

IMMUNITÉ DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT DEVANT LA JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE

[Point 9 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/631

Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère, par M. Roman Anatolevich Kolodkin, Rapporteur spécial

[Original : russe]
[10 juin 2010]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	417
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	418
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-16 419
PORTÉE DE L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT.....	17-94 423
A. Considérations préliminaires	17-20 423
B. Immunité <i>ratione materiae</i>	21-34 424
C. Immunité <i>ratione personae</i>	35-37 429
D. Actes de l'État du for auxquels fait obstacle l'immunité des agents de l'État	38-51 430
E. Champ d'application territoriale de l'immunité	52-53 433
F. Existe-t-il des exceptions à la règle consacrant l'immunité?	54-93 434
1. Considérations préliminaires	54-55 434
2. Fondements des exceptions à l'immunité.....	56-89 435
3. Conclusions à propos des exceptions	90-93 449
G. Résumé	94 449

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972)	Ibid., vol. 1495, n° 25699, p. 181.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	E/1996/99.
Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne (Bruxelles, 26 mai 1997)	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , n° C 195, 25 juin 1997.

Sources

Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2216, n° 39391, p. 225.
Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003)	ILM, vol. 43, 2004, p. 5. Disponible en français à l'adresse suivante : www.peaceau.org/uploads/convention-combating-corruption-fr.pdf .
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2349, n° 42146, p. 41.
Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004)	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)</i> , vol. I, résolution 59/38, annexe.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ALDERTON, Matthew
«Immunity for Heads of State acting in their private capacity — *Thor Shipping A/S v The Ship "Al Duhail"*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58 (juillet 2009), p. 702 à 711.
- AMBOS, Kai
«Prosecuting Guantánamo in Europe: can and shall the masterminds of the "torture memos" be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 42 (2009), p. 405 à 448.
- ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL
«Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences», Committee on International Human Rights Law and Practice, *Report of the 69th Conference held in London, 25-29th July 2000*, Londres, 2000.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«Searching for peace and achieving justice: the need for accountability», dans Christopher C. Joyner (*special editor*), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, Érès, 1998, p. 45 à 70.
- BUZZINI, Gionata Piero
«Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law: some comments on the *Djibouti v. France* case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), p. 455 à 483.
- CAFLISCH, Lucius
«La pratique suisse en matière de droit international public 1990», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 4/1991, p. 513 à 580.
- CAPLAN, Lee M.
«State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory», *AJIL*, vol. 97, n° 4 (octobre 2003), p. 741 à 781.
- CASSESE, Antonio
«When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case», *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4 (2002), p. 853 à 875.
- COLANGELO, Anthony J.
«Universal jurisdiction as an international "false conflict" of laws», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008-2009), p. 881 à 925.
- DAVID, Éric
Éléments de droit pénal international et européen, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- DENZA, Eileen
Diplomatic Law: A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2^e édition, Oxford, Clarendon Press, 1998.
«*Ex parte Pinochet*: lacuna or leap?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, part. 4 (octobre 1999), p. 949 à 958.
- DOMINICÉ, Christian
«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *RGDIP*, t. 103 (1999), p. 297-308.
- FRULLI, Micaela
«The ICJ judgment on the *Belgium v. Congo* case (14 February 2002): a cautious stand on immunity from prosecution for international crimes», *German Law Journal*, vol. 3, n° 3 (2002).
«Immunities of persons from jurisdiction», dans A. Cassese (dir. publ.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 368 et 369.
- GALLAGHER, Katherine
«Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 1087 à 1116.
- HAMIDA, Abdul Ghafur, Khin Maung SEIN et Hunud Abia KADOUF
«Immunity versus international crimes: the impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* cases», *Indian Journal of International Law*, vol. 46, n° 4 (octobre-décembre 2006), p. 495 à 516.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL
«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international* (session de Vancouver, 2001) [disponible à l'adresse suivante : <http://justitiaetpace.org/resolutions.php?lang=fr>].
«La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-II (session de Cracovie, 2005) [disponible à l'adresse suivante : <http://justitiaetpace.org/resolutions.php?lang=fr>].
«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009) [disponible à l'adresse suivante : <http://justitiaetpace.org/resolutions.php?lang=fr>].
- JESSBERGER, Florian
«Universal jurisdiction», dans A. Cassese (dir. publ.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 555 à 558.

KALECK, Wolfgang

«From Pinochet to Rumsfeld: universal jurisdiction in Europe 1998-2008», *Michigan Journal of International Law*, vol. 30 (2008-2009), p. 927 à 980.

KOLLER, David S.

«Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, n° 1 (2004), p. 7 à 42.

LUTZ, Ellen L. et Caitlin REIGER (dir. publ.)

Prosecuting Heads of State, Cambridge University Press, 2009.

O'DONNELL, Kaitlin R.

«Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity: how impenetrable should the immunity veil remain?», *Boston University International Law Journal*, vol. 26, n° 2 (automne 2008), p. 375 à 416.

PARLETT, Kate

«Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», *European Human Rights Law Review*, n° 1 (2006), p. 49 à 66.

PENROSE, Mary Margaret

«The emperor's clothes: evaluating Head of State immunity under international law», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 7, n° 2 (2010), p. 85 à 143.

PRINCETON PROJECT ON UNIVERSAL JURISDICTION

The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Université de Princeton (New Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001, disponible à l'adresse suivante : http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf.

RAU, Markus

«After Pinochet: sovereign immunity in respect of serious human rights violations – The decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case», *German Law Journal*, vol. 3, n° 6 (2002).

RENSMANN, Thilo

«Impact on the immunity of States and their officials», dans M. T. Kamminga et M. Scheinin (dir. publ.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 151 à 170.

ROHT-ARRIAZA, Naomi

«Making the State do justice: transnational prosecutions and international support for criminal investigations in post-armed conflict Guatemala», *Chicago Journal of International Law*, vol. 9 (2008-2009), p. 79 à 106.

SIMBEYE, Yitiha

Immunity and International Criminal Law, Aldershot, Ashgate, 2004.

STERN, Brigitte

«Immunities for Heads of State: where do we stand?», dans M. Lattimer et P. Sands (dir. publ.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford et Portland (Oregon), Hart Publishing, 2006, p. 73 à 106.

«Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», dans M. G. Cohen (dir. publ.), *La Promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*. Liber Amicorum *Lucius Caflish*, Leyde, Brill, 2007, p. 511 à 548.

«Can a State or a head of State claim the benefit of immunities in case an international crime has been committed?», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, n° 2 (2008), p. 441 à 449.

SUMMERS, Mark A.

«Diplomatic immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16 (2007-2008), p. 459 à 473.

TAYLOR, Roger H.

«Pinochet, confusion, and justice: the denial of immunity in U.S. courts to alleged torturers who are former Heads of State», *Thomas Jefferson Law Review* (San Diego), vol. 24, n° 1 (hiver 2001), p. 101 à 120.

VAN ALEBEEK, Rosanne

The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, New York, Oxford University Press, 2008.

WATTS, Arthur

«The legal position in international law of Heads of State, Heads of Government and foreign ministers», dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-III*, vol. 247, Dordrecht, Martinus Nijhoff, p. 9 à 130.

WIRTH, Steffen

«Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in the *Congo v. Belgium* case», *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4 (2002), p. 877 à 893.

YANG, Xiaodong

«State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmation and misconceptions», *The British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), p. 333 à 408.

«*Jus cogens* and State immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), p. 131 à 179.

ZEGVELD, L.

«The *Bouterse* case», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 97 à 118.

ZIMMERMANN, Andreas

«Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16 (1994-1995), p. 433 à 440.

Introduction

1. À sa cinquante-huitième session, en 2006, la Commission du droit international a inscrit le sujet intitulé «L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère» à son programme de travail à long terme, sur la base d'une proposition élaborée par le Rapporteur spécial¹. À sa cinquante-neuvième session,

en 2007, elle a décidé d'inscrire le sujet «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» à son programme de travail en cours, nommant M. Roman Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet², et a prié le Secrétariat d'y consacrer une étude³.

¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257 b.

² *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 376.

³ *Ibid.*, p. 105, par. 386.

2. À sa soixantième session, en 2008, la Commission a été saisie d'un rapport préliminaire⁴ et d'un memorandum du Secrétariat sur le sujet⁵.

3. Le rapport préliminaire contenait un bref historique des travaux de la Commission et de l'Institut de droit international sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État⁶, ainsi que les questions que la Commission pourrait examiner dans la phase préliminaire de ses travaux, parmi lesquelles les sources de cette immunité, les notions d'«immunité», de «juridiction», de «juridiction pénale» et d'«immunité de juridiction pénale» et la relation entre l'immunité et la juridiction, la typologie de l'immunité des représentants de l'État (immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*) et le fondement de l'immunité des représentants de l'État et les rapports entre cette immunité et l'immunité des États, l'immunité diplomatique et consulaire et l'immunité des membres des missions spéciales⁷.

4. De plus, le rapport préliminaire énumérait les questions que le Rapporteur spécial jugeait nécessaire d'examiner afin de déterminer le champ du sujet⁸, autrement dit la question de savoir si tous les représentants de l'État ou certains d'entre eux seulement (par exemple, les seuls chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) devaient être visés par les projets de principes directeurs ou d'articles que la Commission pourrait élaborer à l'issue de l'examen du sujet, la question de la définition de la notion de «représentant de l'État», celle de la reconnaissance dans le contexte du sujet à l'étude et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État.

5. Le Rapporteur spécial estimait aussi qu'il faudrait, pour déterminer le champ du sujet, examiner la question de l'étendue de l'immunité dont devaient bénéficier les représentants et anciens représentants de l'État auxquels s'appliqueraient les projets ultérieurs de principes directeurs ou d'articles et celle de la levée de l'immunité (et, le cas échéant, d'autres aspects procéduraux de l'immunité)⁹.

6. Les conclusions que le Rapporteur spécial a tirées de l'analyse contenue dans ce qu'il a présenté de son rapport préliminaire figurent aux paragraphes 102 et 130 du document correspondant¹⁰.

⁴ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

⁵ Memorandum du Secrétariat, document A/CN.4/596 et Corr.1 [le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁶ Rapport préliminaire (voir *supra* la note 4), par. 6 à 26.

⁷ *Ibid.*, par. 27 à 102.

⁸ *Ibid.*, par. 103 à 130.

⁹ *Ibid.*, par. 4.

¹⁰ Le paragraphe 102 énonce les points suivants :

«a) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouve sa source principale dans le droit international, en particulier le droit international coutumier;

«b) Juridiction et immunité sont deux notions voisines mais différentes. Dans le contexte du sujet à l'étude, on s'intéressera ici à la seule question de l'immunité, à l'exclusion de celle de la juridiction en tant que telle;

«c) La juridiction pénale de l'État, comme sa juridiction générale, est triple (législative, exécutive et judiciaire) ou double (législative et exécutive, si la juridiction exécutive est regardée comme englobant la juridiction judiciaire);

7. Ces conclusions ayant dans l'ensemble été favorablement accueillies par la Commission, le Rapporteur spécial pouvait, dans sa déclaration finale, faire état, en particulier, d'un large consensus sur les points suivants :

a) l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère trouve sa source principale dans le droit international coutumier;

b) la notion d'«immunité» implique un rapport juridique ayant pour corollaire l'existence de droits et des obligations correspondantes;

«d) La juridiction pénale exécutive (ou exécutive et judiciaire) partage certaines caractéristiques de la juridiction civile, mais elle en diffère par le fait que de nombreux actes de procédure pénale sont accomplis au stade précontentieux du procès juridique. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est donc plus importante à la phase précontentieuse;

«e) L'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État est une règle de droit international et correspond au rapport juridique selon lequel le droit de la personne jouissant de l'immunité de ne pas être soumise à la juridiction étrangère fait pendant à l'obligation souscrite par l'État étranger de ne pas exercer sa juridiction sur cette personne;

«f) L'immunité de juridiction pénale désigne exclusivement l'immunité de juridiction exécutive et judiciaire (ou exclusivement l'immunité de juridiction exécutive si celle-ci est regardée comme englobant la juridiction judiciaire). Il s'agit donc d'une immunité des mesures de procédure pénale ou du procès pénal, et non d'une immunité du droit substantiel de l'État étranger;

«g) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est d'ordre procédural et non substantiel. Elle fait obstacle à la responsabilité pénale, sans toutefois l'exclure en principe;

«h) Les actes accomplis par un représentant de l'État en sa qualité officielle sont attribués à l'État. Ce représentant est par conséquent protégé contre la juridiction pénale de l'État étranger par une immunité *ratione materiae*. Cela n'exclut cependant pas que ces actes puissent être imputés à la personne qui les a commis;

«i) C'est en dernier ressort l'État, lequel a seul le droit de lever l'immunité de ses représentants, qui est le garant de cette immunité, qu'il s'agisse de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*;

«j) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État comprend certains éléments interdépendants et qui se renforcent réciproquement : éléments fonctionnels et de représentation; principes de droit international tels que ceux de l'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États; et nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance de leurs prérogatives par les États.»

Le paragraphe 130 énonce les points suivants :

«a) Le sujet ne concerne que l'immunité du représentant de l'État à l'égard de la juridiction pénale (et non civile) nationale (et non internationale) d'un autre État (et non de l'État au service duquel il se trouve);

«b) Il serait bon que le sujet couvre tous les représentants de l'État;

«c) On pourrait essayer de définir la notion de «représentant de l'État» aux fins du sujet ou de préciser quels sont les représentants inclus dans cette notion aux fins du sujet;

«d) Les représentants de haut rang qui bénéficient de l'immunité personnelle au titre de leurs fonctions sont essentiellement les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

«e) On pourrait essayer de préciser quels autres représentants de haut rang, outre les trois catégories susmentionnées, bénéficient de l'immunité *ratione personae*. Pour distinguer ces représentants parmi tous les représentants de haut rang, il faudrait pouvoir définir un ou des critères sur lesquels fonder leur statut particulier;

«f) Il ne semble guère utile d'examiner plus à fond, dans le cadre du présent sujet, la question de la reconnaissance et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de haut rang.»

- c) l'immunité est de nature procédurale ;
- d) l'immunité devant la juridiction pénale étrangère recouvre l'immunité de juridiction exécutive et judiciaire, à l'exclusion de l'immunité de juridiction législative ;
- e) la question de l'immunité se pose dès la phase précontentieuse de la procédure judiciaire ;
- f) la distinction entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae* est utile aux fins de l'analyse ;
- g) les questions d'immunité devant la juridiction pénale internationale n'entrent pas dans le champ du sujet ;
- h) pour déterminer quelles sont les catégories de personnes auxquelles le sujet s'applique, il convient d'examiner le statut de tous les représentants de l'État ;
- i) il convient d'employer les termes « représentant de l'État » avec précision et d'en donner une définition ;
- j) l'immunité *ratione personae* s'applique au moins aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères.

8. Au cours de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixantième session à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en 2008, de nombreuses délégations ont pris la parole sur le sujet à l'étude¹¹.

9. Lorsque, en 2009, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante et unième session, un certain nombre de délégations ont souligné dans leurs interventions qu'il importait de continuer à s'occuper de la question¹², alors même que, comme le Rapporteur spécial n'avait pas présenté la suite de son rapport préliminaire, la Commission n'avait pas examiné le sujet à sa soixante et unième session. La délégation sud-africaine, en particulier, a insisté sur la portée que celui-ci revêtait à la lumière du débat en cours sur l'existence d'une compétence universelle de la juridiction nationale et désigné les questions auxquelles, selon elle, la Commission devrait répondre¹³.

¹¹ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 146 à 152, par. 265 à 311. Voir également le Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-troisième session (A/CN.4/606), par. 89 à 110.

¹² Voir en particulier les interventions des délégations de l'Autriche [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Sixième Commission*, 15^e séance (A/C.6/64/SR.15), par. 30] ; de l'Afrique du Sud (ibid., par. 69 et 70) ; de la Hongrie (ibid., 16^e séance (A/C.6/64/SR.16), par. 35] ; du Portugal (ibid., par. 41) ; du Ghana (ibid., 17^e séance (A/C.6/64/SR.17), par. 6] ; et de la Libye (ibid., par. 16).

¹³ Parmi les questions dont la Commission était saisie, le représentant de l'Afrique du Sud s'est demandé notamment si les ministres des affaires étrangères et autres hauts responsables jouissaient de la pleine immunité en droit international coutumier, si cette immunité était applicable en cas de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, si elle était limitée dans le temps et, dans l'affirmative, si la limite était identique pour toutes les catégories de représentants de l'État, et quelle conséquence aurait pour l'immunité le fait que les crimes susmentionnés pouvaient être rattachés à la catégorie

10. La question de l'immunité a été au cœur aussi bien du débat entre l'Union africaine et l'Union européenne sur la compétence universelle en matière pénale – qui a débouché sur l'établissement d'un rapport d'experts¹⁴ – que de l'examen de la question de la compétence universelle en matière pénale auquel la Sixième Commission a procédé en 2009¹⁵.

11. Dans la période qui a suivi l'examen du rapport préliminaire, la Cour internationale de Justice a été saisie de plusieurs affaires ayant plus ou moins de rapports avec le sujet, à savoir celle relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*¹⁶ et celle concernant les *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*¹⁷. Quant à l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*¹⁸, qui concerne également des questions d'immunité devant la juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État, elle est toujours pendante devant la Cour.

12. Dans la période qui a suivi l'examen du rapport préliminaire, ces questions ont été examinées à plusieurs reprises par des juridictions nationales¹⁹.

des crimes du *jus cogens*. La délégation sud-africaine s'est également intéressée à la question du rapport entre l'immunité et le pouvoir des autorités nationales de faire arrêter de hauts représentants en vertu d'un mandat d'arrêt décerné par un tribunal international [ibid., 15^e séance (A/C.6/64/SR.15), par. 69 et 70].

¹⁴ Voir le rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de compétence universelle, Conseil de l'Union européenne, document 8672/1/09 Rev.1, 16 avril 2009.

¹⁵ Voir les interventions des délégations de l'Afrique du Sud, de l'Autriche, de la Chine, du Costa Rica, de l'Éthiopie, de la Fédération de Russie, de la Finlande, de l'Indonésie, de l'Iran (République islamique d'), du Liechtenstein, du Pérou, du Rwanda, du Sénégal, du Soudan, du Swaziland et de la Tunisie [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Sixième Commission*, 12^e séance (A/C.6/64/SR.12) et 13^e séance (A/C.6/64/SR.13)]. Les délégations ont souligné tout particulièrement le lien entre la notion de compétence universelle et les normes du droit international relatives à l'immunité de l'État et de ses représentants, en insistant sur la nécessité d'adopter une démarche équilibrée pour régler la question de la responsabilité des personnes coupables d'un crime de droit international.

¹⁶ Requête introductive d'instance, 19 février 2009, disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org.

¹⁷ Requête introductive d'instance, 23 décembre 2008, disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org.

¹⁸ Requête introductive d'instance, 11 avril 2003, disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org.

¹⁹ En novembre 2008, Rose Kabuye, directrice du protocole du Président rwandais, a été arrêtée à Francfort (Allemagne) en vertu d'un mandat d'arrêt délivré par un juge français, pour complicité dans l'assassinat en 1994 de l'ancien Président du Rwanda, qui avait marqué le début d'un bain de sang dans ce pays. En mars 2009, elle était libérée et placée sous contrôle judiciaire (« France releases Rwandan official », BBC News, 23 décembre 2008) et, d'après la presse, l'affaire a par la suite été classée [« Judicial restrictions on Rose Kabuye lifted », *The New Times* (Kigali), 26 septembre 2009]. En décembre 2009, le tribunal de première instance de Westminster a émis un mandat d'arrêt à l'encontre de Tzipi Livni, chef de l'opposition israélienne, accusée de crimes de guerre à Gaza. À l'époque des faits qui lui sont reprochés, Tzipi Livni occupait le poste de Ministre des affaires étrangères d'Israël. Le mandat fut rapidement retiré, selon les médias, après qu'il eut été établi que l'intéressée ne se trouvait pas sur le territoire britannique (« Tzipi Livni arrest warrant prompts Israeli government travel "ban" », *The Guardian*, 15 décembre 2009). Peu de temps auparavant, des poursuites avaient été engagées au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Ehud Barak, Ministre israélien de la défense,

13. Récemment, les gouvernements ont exprimé leurs vues à diverses reprises, que ce soit dans le cadre des débats sur la compétence universelle évoqués plus haut, à l'occasion de l'examen des questions relatives à l'immunité des représentants d'États étrangers devant les juridictions nationales ou d'affaires portées devant la Cour internationale de Justice, ou dans d'autres circonstances où intervenait l'immunité de juridiction étrangère²⁰. Certains États ont également modifié leur législation²¹.

14. Après la publication du mémorandum du Secrétariat et du rapport préliminaire, l'Institut de droit international a adopté en 2009 une résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux²². De nouveaux travaux ont par ailleurs été publiés sur le sujet²³.

15. Les faits sont importants pour l'examen du sujet à la Commission. Afin que les travaux du Rapporteur spécial débouchent sur des résultats réalistes, il faut partir de

(Suite de la note 19.)

avant d'être abandonnées, ce dernier ayant bénéficié de l'immunité diplomatique («Israeli minister Ehud Barak faces war crimes arrest threat during UK visit», *The Guardian*, 29 septembre 2009). Au cours de la période 2008-2009, une enquête a été ouverte en Espagne sur des allégations de crimes contre l'humanité et de génocide commis au Tibet par des fonctionnaires et responsables politiques chinois de haut rang (notamment l'ancien Président de la République populaire de Chine Jiang Zemin et le Ministre de la défense Liang Guanglie). Ces affaires ont été classées sans suite après que des modifications de la législation espagnole eurent limité le champ d'application de la «compétence universelle» («Pedraz archiva la investigación por genocidio en Tibet», *El País*, 27 février 2010). En décembre 2009, un mandat d'arrêt était également décerné en Argentine à l'encontre de Jiang Zemin et de Luo Gan, directeur des services de sécurité, pour les persécutions exercées contre le mouvement Falun Gong, assimilées à un crime contre l'humanité («Argentina judge asks China arrests over Falun Gong», Reuters, 23 décembre 2009).

²⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Sixième Commission, 13^e séance (A/C.6/64/SR.13), déclarations du Royaume-Uni et d'Israël (par. 6 et 7, et 18 à 21, respectivement). Voir également les procès-verbaux d'audience de la Cour internationale de Justice sur les mesures conservatoires prises dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, procédure orale, du 6 au 8 avril 2009 (CR 2009/8 à 2009/11), disponibles à l'adresse suivante : www.icj-cij.org.

²¹ Des modifications ont ainsi été apportées à la législation espagnole régissant l'exercice de la compétence universelle qui exige à présent l'existence d'un lien entre l'État espagnol et l'affaire examinée («Spanish Congress enacts bill restricting Spain's universal jurisdiction», à consulter sur : www.cja.org/article.php?id=740&printsafe=1; *The New York Times*, 21 mai 2009).

²² Institut de droit international, «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux».

²³ Par exemple, O'Donnell, «Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity»; Penrose «The emperor's clothes: evaluating Head of State immunity under international law»; Lutz et Reiger, *Prosecuting Heads of State*; Buzzini, «Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law»; Rensmann, «Impact on the immunity of States and their officials»; Colangelo, «Universal jurisdiction as an international "false conflict" of laws»; Roht-Arriaza, «Making the State do justice: transnational prosecutions and international support for criminal investigations in post-armed conflict Guatemala»; Summers, «Diplomatic immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium*»; Ambos, «Prosecuting Guantánamo in Europe»; Kaleck, «From Pinochet to Rumsfeld: universal jurisdiction in Europe, 1998-2008»; Alderton, «Immunity for Heads of State acting in their private capacity — *Thor Shipping A/S v. The Ship "Al Duhail"*»; Gallagher, «Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture».

faits réels et ne pas prendre les désirs pour des réalités. Comme le révèlent Lutz et Reiger dans un ouvrage qui contient des données factuelles très intéressantes pour l'examen du sujet, durant la période écoulée de 1990 à juin 2008, au moins 67 chefs d'État ou de gouvernement ont fait l'objet de tentatives de poursuites pénales devant diverses juridictions, dont 65 devant des juridictions nationales. Près d'une dizaine de ces 65 affaires concernaient d'anciens chefs d'État ou de gouvernement d'États étrangers : anciens dirigeants argentins poursuivis en Espagne (5 affaires), en Italie et en Allemagne (1 affaire), chilien en Espagne (1 affaire), tchadien au Sénégal et en Belgique (1 affaire) et surinamais aux Pays-Bas (1 affaire)²⁴. Ces données ne sont sans doute pas exhaustives. On peut y ajouter, à tout le moins, les récentes mises en accusation de l'ancien Président chinois en Espagne et en Argentine²⁵, ainsi que les affaires citées dans le rapport préliminaire²⁶. Dans l'écrasante majorité des cas, ces tentatives de mise en jeu de la responsabilité pénale d'anciens chefs d'État ou de gouvernement et d'anciens représentants moins haut placés de l'État²⁷ ont échoué. Les faits parlent d'eux-mêmes.

16. D'un côté, les juridictions nationales continuent à essayer de poursuivre de hauts représentants étrangers, de l'autre, ces tentatives émanent d'un nombre très réduit d'États, visent presque exclusivement des représentants qui ne sont plus en exercice et n'aboutissent que lorsque l'État dont est issue la personne mise en cause donne son consentement à l'exercice de la compétence universelle, ce qui est extrêmement rare. Les seuls exemples récents sont, semble-t-il, celui du Tchad, qui a consenti à ce que des poursuites pénales soient engagées au Sénégal contre son ancien Président Hissène Habré²⁸, et celui de

²⁴ Lutz et Reiger, *Prosecuting Heads of State*.

²⁵ Voir *supra* la note 19.

²⁶ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, note 219 par exemple.

²⁷ Au nombre des tentatives qui n'ont pas abouti figurent par exemple les poursuites engagées en France et en Allemagne contre Donald Rumsfeld, Ministre de la défense des États-Unis d'Amérique («French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case», Reuters, 23 novembre 2007; Gallagher, «Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture», p. 1109 à 1112). Une autre affaire qui a fait grand bruit est celle dite «Bush Six» (qui concerne six fonctionnaires de haut rang de l'Administration Bush, dont l'ancien Ministre de la justice et l'ancien Vice-Ministre de la défense) en Espagne (*ibid.*, p. 1112 à 1114). En janvier 2010, à l'encontre de la recommandation du Procureur général espagnol, la Cour centrale d'instruction numéro cinq de l'Audience nationale (Madrid) a confirmé la compétence de l'Espagne en l'espèce et autorisé la poursuite de la procédure engagée contre les hauts fonctionnaires américains (à savoir une action privée intentée par une série d'organisations non gouvernementales espagnoles de défense des droits agissant pour le compte de particuliers victimes de torture ou autres traitements cruels et dégradants infligés par des militaires américains; la compétence de l'Espagne dans cette affaire a été confirmée, malgré les restrictions imposées en 2009 à l'exercice de la compétence universelle dans le pays, la Cour ayant estimé suffisant le fait que l'une des victimes fût de nationalité espagnole).

²⁸ Il convient de noter que, d'une part, le tribunal sénégalais a confirmé l'immunité de l'ancien chef d'État alors que le Tchad la lui avait refusée et que, d'autre part, le Sénégal s'est appuyé sur la décision de l'Union africaine pour établir sa compétence pénale en la matière [voir Union africaine, Décision sur le procès d'Hissène Habré et l'Union africaine, Doc. Assembly/AU/3 (VII)]. Voir également l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 139.

l'Argentine, qui a autorisé l'Espagne à poursuivre Adolfo Scilingo, ancien officier de l'armée (condamné pour des crimes contre l'humanité commis pendant la « guerre sale » de 1976 à 1983)²⁹. On notera que, jusqu'à présent, la compétence universelle ne s'est concrétisée que dans les cas où l'État intéressé y avait consenti³⁰. Le plus souvent, les États réagissent négativement lorsqu'un pays tente d'exercer sa compétence pénale à l'égard de leur chef d'État ou de gouvernement – même lorsqu'il n'est plus en exercice – ou de hauts fonctionnaires. Si l'État dont est issue la personne visée refuse de coopérer, il est quasiment impossible de mener une poursuite pénale digne de ce nom et juridiquement valable. La plupart du temps, ces

²⁹ « Argentina recognizes Spain's jurisdiction to try rights abuser », Inter Press Service, 18 avril 2005.

³⁰ « The "Pinochet Precedent": a mixed legacy for human rights », Jurist, 11 décembre 2006, www.jurist.org.

tentatives n'aboutissent donc qu'à une dégradation des relations interétatiques³¹.

³¹ La menace d'arrestation dont Tzipi Livni faisait l'objet a entraîné l'annulation d'une série de visites de hauts représentants israéliens au Royaume-Uni et la détérioration des relations entre les deux pays, laquelle a suscité un certain nombre de publications et de déclarations de la part de personnages officiels (« Israel fury at UK attempt to arrest Tzipi Livni », BBC News, 15 décembre 2009). La Chine a exprimé son indignation devant les décisions prises en Espagne et en Argentine à l'encontre de ses anciens dirigeants (« China warns Spain over Tibet lawsuit », *The New York Times*, 6 juin 2006 ; « China criticizes Argentina for arrest request of Jiang Zemin, Falun Gong support », *Voice of America*, 24 décembre 2009). Les efforts de la Belgique pour obtenir l'arrestation de son Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo ont entraîné un litige interétatique qui a été porté devant la Cour internationale de Justice [*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*]. Par ailleurs, la délivrance, en France, de mandats d'arrêt contre un certain nombre d'officiers supérieurs de l'armée rwandaise a entraîné en 2006 la rupture des relations diplomatiques entre les deux pays (*The New York Times*, 24 novembre 2006).

Portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Considérations préliminaires

17. En guise de point de départ pour l'examen des questions relatives à la portée de l'immunité, il convient de rappeler quelques dispositions énoncées dans le rapport préliminaire. On notera en particulier les conclusions importantes présentées aux alinéas e à j du paragraphe 102, auxquelles ont abouti les analyses figurant aux paragraphes 56 à 59, 64 à 70 et 84 à 96 et qui sont reproduites ci-après :

e) L'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État est une règle de droit international et correspond au rapport juridique selon lequel le droit de la personne [...] de ne pas être soumise à la juridiction étrangère fait pendant à l'obligation souscrite par l'État étranger de ne pas exercer sa juridiction sur cette personne³²;

f) [...] Il s'agit [l'immunité de juridiction pénale] [...] d'une immunité des mesures de procédure pénale ou du procès pénal, et non d'une immunité du droit substantiel de l'État étranger ;

g) L'immunité [...] fait obstacle à la responsabilité pénale, sans toutefois l'exclure en principe ;

³² Il est évidemment plus exact de parler des droits de l'État au service duquel se trouve ou se trouvait la personne que des droits de la personne. C'est au premier chef un État, et non une personne, qui a le droit d'invoquer l'immunité. Un différend portant sur une violation des droits et obligations découlant de l'immunité survient entre un État qui invoque l'immunité et un État qui exerce sa juridiction. Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 17, par. 40 : « [...] malgré les changements intervenus dans la situation professionnelle de [M. Yerodia], le caractère du différend dont [la Cour] a été saisie par la requête demeure inchangé : ce différend concerne toujours la licéité du mandat d'arrêt délivré [...] à l'encontre d'une personne qui était alors ministre des affaires étrangères du Congo, ainsi que la question de savoir si les droits du Congo ont été ou non violés par ce mandat d'arrêt. » Dans l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 102, à la page 108, par. 28, le Congo a fondé sa demande en indication de mesures conservatoires sur son « droit au respect par la France des immunités conférées par le droit international [...] au chef de l'État congolais ». Voir également, au Royaume-Uni, le commentaire suivant de Lord Phillips of Worth Matravers : « On s'accorde à reconnaître que le fondement sur lequel repose l'immunité revendiquée est une obligation à l'égard du Chili, et non à l'égard du sénateur Pinochet. L'immunité alléguée est celle du Chili » [*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n° 3) [2000] 1 AC 147, p. 79 et 80].

h) Les actes accomplis par un représentant de l'État en sa qualité officielle sont attribués à l'État. Ce représentant est par conséquent protégé contre la juridiction pénale de l'État étranger par une immunité *ratione materiae*. Cela n'exclut cependant pas que ces actes puissent être imputés à la personne qui les a commis ;

i) C'est en dernier ressort l'État [...] qui est le garant de [l']immunité [de ses représentants], qu'il s'agisse de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae* ;

j) L'immunité [...] comprend certains éléments interdépendants [...] [notamment] : [...] principes de droit international tels que ceux de l'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États ; et nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance de leurs prérogatives par les États³³.

18. L'idée selon laquelle l'immunité de juridiction étrangère est la norme, c'est-à-dire une règle générale qui correspond à l'ordre naturel des choses, et son absence dans certaines circonstances constitue une exception à cette règle, est assez largement admise, même s'il existe un point de vue différent dans la doctrine³⁴. Ce qui importe dans le présent contexte, ce n'est pas de savoir si un État doit ou non invoquer l'immunité de son représentant pour que la question de l'immunité soit étudiée ou prise en considération par l'État exerçant sa juridiction (ce sujet sera examiné plus loin dans la section consacrée à la procédure). Si des représentants de haut rang, d'autres représentants en fonctions ou des actes accomplis par d'anciens représentants dans l'exercice de leurs fonctions sont mis en cause, il importe de prouver l'existence d'une exception ou d'une dérogation à la norme susmentionnée – c'est-à-dire l'absence d'une

³³ Rapport préliminaire (voir *supra* la note 4), par. 102.

³⁴ Dans le même ordre d'idées, le mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 5) mentionne, au paragraphe 88, la nécessité d'examiner, en particulier, la question de savoir si le droit international admet des exceptions ou des limitations quelconques à cette immunité. Il est également notable que la Convention européenne sur l'immunité des États et la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens reflètent le principe général de l'immunité de l'État, mais qu'elles énoncent ensuite des dispositions sur des exceptions à ce principe. Pour le point de vue selon lequel l'immunité n'existe pas en tant que règle générale, voir, par exemple, la première note du paragraphe 215 du mémorandum du Secrétariat.

immunité – et non pas l'existence de cette norme et, partant, l'existence d'une immunité. Sachant que l'immunité trouve son fondement dans le droit international général, on peut démontrer son absence (bien entendu quand l'immunité n'est pas levée dans un cas déterminé) par l'existence d'une norme spéciale ou bien d'une pratique et d'une *opinio juris* attestant que la règle générale a connu ou connaît des exceptions. C'est précisément sur cette base que semble reposer la logique de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*³⁵. Il est donc impossible de souscrire à la critique adressée à cet arrêt suivant laquelle, au lieu de prouver l'existence d'une immunité, la Cour a entrepris une étude de la pratique des États, des décisions judiciaires et des traités internationaux, entre autres, pour s'enquérir de l'existence de preuves sur l'absence d'une immunité³⁶. La Cour n'était pas non plus tenue de rechercher des preuves sur l'immunité d'un ministre des affaires étrangères puisqu'elle repose sur une norme en vigueur, selon une opinion prédominante. Elle a recherché des preuves de l'existence d'une norme sur des exceptions à la règle de l'immunité et n'en a pas trouvé.

19. Une autre considération préliminaire qui découle des conclusions citées plus haut est que l'immunité d'un représentant en fonctions ou d'un ancien représentant appartient non pas au représentant mais à l'État. Par exemple, on peut difficilement affirmer qu'un représentant d'un État qui a cessé d'exister jouit d'une immunité³⁷.

20. Enfin, la dernière considération préliminaire est la suivante. Pour le moment, le Rapporteur spécial ne voit pas l'utilité d'examiner séparément la question de l'immunité des mesures conservatoires préalables au

procès et de l'immunité d'exécution et celle de l'immunité de la juridiction pénale prise dans son ensemble³⁸. La juridiction pénale, telle qu'elle a été conçue dès le départ dans la présente étude, englobe la totalité des mesures de procédure pénale qui sont à la disposition des autorités s'agissant d'un représentant d'un État étranger.

B. Immunité *ratione materiae*³⁹

21. La question de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État qui ne font pas partie de la « triade » a été examinée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁴⁰. Il s'agissait de l'immunité du Procureur de la République et du chef de la sécurité nationale de Djibouti. La Cour n'a pas assimilé ces représentants à des personnalités de haut rang qui jouissent de l'immunité *ratione personae*. Elle a noté qu'

il n'exist[ait] en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la convention de 1969 sur les missions spéciales n'était pas applicable en l'espèce⁴¹.

Constatant ainsi que les intéressés ne jouissaient pas, en l'espèce, d'une immunité personnelle en vertu aussi bien des dispositions générales que de régimes particuliers du droit international, la Cour n'a pas non plus indiqué explicitement qu'ils bénéficiaient d'une immunité fonctionnelle. Par ailleurs, il semblerait, d'après le raisonnement exposé aux paragraphes 195 et 196 de l'arrêt de la Cour que, si Djibouti avait fait savoir en temps voulu à la France que les faits imputés aux personnes considérées, qui faisaient l'objet d'un examen par les autorités françaises, étaient des actes accomplis à titre officiel, c'est-à-dire des actes de l'État djiboutien lui-même et que, en conséquence, les intéressés jouissaient d'une immunité de la juridiction pénale française à raison de ces actes, la question du respect par la France des engagements qui découlent d'une immunité aurait pu se poser. La Cour a même formulé une disposition générale à cet égard en assimilant les représentants de l'État à des organes de celui-ci⁴². Dans le mémorandum

³⁵ Arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 24, par. 58.

³⁶ La juge Van den Wyngaert formule cette critique dans son opinion dissidente dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (ibid., p. 143, par. 11). Frulli [«The ICJ judgment on the *Belgium v. Congo* case (14 February 2002): a cautious stand on immunity from prosecution for international crimes», par. 3] présente une analyse similaire dans son article. Selon elle, la question de savoir si un ministre des affaires étrangères jouit d'une immunité absolue de juridiction étrangère demeure controversée, alors même que la Cour internationale de Justice «n'a pas fondé correctement ses conclusions sur l'existence de règles de droit coutumier conférant ce type d'immunité absolue aux ministres des affaires étrangères, [...] elle n'a pas étayé ses constatations par la pratique des États ni par des preuves de l'existence d'une *opinio juris*, comme elle l'a fait de manière satisfaisante dans des affaires précédentes». Koller («Immunities of foreign ministers...», p. 15) met également en doute l'existence de fondements justifiant la reconnaissance de l'immunité «absolue» d'un ministre des affaires étrangères, faisant observer que la Cour internationale de Justice ne produit pas de preuves de l'existence d'une norme correspondante en droit international («la décision de la Cour n'indique pas clairement pourquoi les fonctions des ministres des affaires étrangères requièrent une telle immunité absolue, en particulier s'agissant de visites privées effectuées dans des pays étrangers. L'immunité dont jouissent les chefs d'État devant les tribunaux étrangers procède de la dignité de l'État, non des fonctions attachées au poste qu'ils occupent. La Cour doit établir une base fonctionnelle pour l'extension d'une telle immunité aux ministres des affaires étrangères; il n'est cependant pas certain qu'une telle base existe»).

³⁷ Voir, par exemple, les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne dans l'affaire concernant l'ex-dirigeant de la République démocratique allemande (RDA) Honecker, en 1992, et dans celle concernant des membres du Gouvernement de l'ex-RDA qui ont été reconnus coupables de meurtres, en 1996, ainsi que la décision de la Cour fédérale de justice d'Allemagne dans l'affaire des gardes-frontières, en 1992 [voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), première note du paragraphe 179].

³⁸ Dans la résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international adoptée par l'Institut de droit international à sa session de 2001, une disposition distincte est consacrée à l'immunité d'exécution («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», par. 1). Toutefois, cette résolution traite non seulement de l'immunité de la juridiction pénale, mais aussi d'autres formes de juridiction. Dans le mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 5), on prête également attention au fait que la distinction est établie quand il est question d'autres formes de juridiction, tout en émettant l'opinion que la distinction entre immunité d'exécution et immunité de juridiction soulève plusieurs questions (par. 230), et on fait valoir l'opportunité d'envisager une différenciation pour l'immunité d'exécution selon qu'elle intervient avant ou après que le tribunal statue sur le fond (par. 234).

³⁹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 154 à 212.

⁴⁰ Arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 177.

⁴¹ Ibid., p. 243 et 244, par. 194.

⁴² «L'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'État du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet État» (ibid., p. 244, par. 196).

du Secrétariat, on cite plusieurs décisions de tribunaux reconnaissant l'immunité de représentants d'État pour des actes officiels⁴³. De toute évidence, il existe également un accord dans la doctrine sur la question de la catégorie des personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae*: sont visés tous les représentants de l'État, indépendamment de leur place dans l'organigramme des services de l'État⁴⁴.

22. Si l'on part du principe que les représentants de l'État jouissent *ratione materiae* de l'immunité de juridiction pénale étrangère, il y a plusieurs questions à éclaircir quant à la portée de cette immunité. Il faut déterminer quels actes peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, par opposition à ceux qui revêtent un caractère privé, si cette immunité est une immunité de l'État et si elle est identique à celle-ci pour ce qui est de l'étendue (en particulier, les représentants bénéficient-ils d'une immunité à raison des actes officiels relevant du *ius gestionis*?). Il faut préciser si l'on peut considérer que les actes *ultra vires* et les actes illicites ont un caractère officiel et qu'ils sont, en conséquence, couverts par l'immunité *ratione materiae*. Il faut se demander si les représentants jouissent de l'immunité *ratione materiae* à raison des actes accomplis avant leur prise de fonctions, pendant la période d'exercice de leurs fonctions et après la cessation de leurs fonctions. Il faut élucider si l'immunité *ratione materiae* dépend de la nature du séjour à l'étranger de la personne qui en bénéficie, au moment où intervient la décision d'exercer la juridiction pénale étrangère à son encontre. On notera que les représentants dont il est ici question ne jouissent pas de l'immunité *ratione personae*, c'est-à-dire qu'ils ne jouissent pas de l'immunité de juridiction étrangère pour les actes accomplis à titre personnel. Les réponses qui seront données à ces questions vaudront simultanément pour les représentants de haut rang qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*. Par ailleurs, la situation sera ici envisagée sous l'angle du droit général. La question des exceptions possibles sera examinée plus loin.

23. Lors des débats consacrés à l'immunité des représentants de l'État, les parties à l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* sont convenues que, dans l'ensemble, les représentants jouissaient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, c'est-à-dire pour les actes accomplis à titre officiel, ces actes étant attribuables à l'État au service duquel ils se trouvent⁴⁵. Au fond, elles ont identifié cette immunité à l'immunité de l'État⁴⁶. La Cour, elle aussi, semble s'être appuyée sur les mêmes prémisses dans l'arrêt qu'elle a rendu en cette affaire, en indiquant que

⁴³ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 169.

⁴⁴ Voir *ibid.*, par. 166 et la deuxième note de ce paragraphe.

⁴⁵ Voir le rapport préliminaire (note 4 *supra*), note 163.

⁴⁶ «Ce que la partie djiboutienne demande à la Cour est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions» [*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Cour internationale de Justice, CR 2008/3, par. 24]. Le Conseiller juridique du Gouvernement de la République française a également fait référence à cette identification [voir le rapport préliminaire (note 4 *supra*), note 163].

soutenir une telle thèse [la nouvelle formulation de la thèse de Djibouti concernant l'immunité fonctionnelle revendiquée pour le Procureur de la République et le chef de la sécurité nationale] revient, en substance, à invoquer l'immunité de l'État djiboutien, dont le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale seraient censés bénéficier⁴⁷.

Buzzini appelle l'attention sur cette interprétation dans son analyse détaillée de l'arrêt considéré⁴⁸. La Commission avait abordé le même point, il y a près de cinquante ans, dans son commentaire sur un projet d'article relatif à l'immunité des fonctionnaires consulaires :

La règle selon laquelle les membres du consulat ne sont pas justiciables des autorités [...] de l'État de résidence en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions (actes de la fonction) fait partie du droit international coutumier. Cette exemption représente une immunité reconnue à l'État d'envoi en ce qui concerne les actes qui constituent des actes d'un État souverain. Ces actes échappent de par leur nature à toute juridiction de l'État de résidence, qu'il s'agisse de la juridiction civile, criminelle ou administrative. Les actes de la fonction, étant soustraits à la juridiction de l'État de résidence, ne peuvent non plus donner lieu à des poursuites pénales⁴⁹.

⁴⁷ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* [voir *supra* la note 40], p. 242, par. 188.

⁴⁸ Buzzini, «Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law», p. 462 et 463.

⁴⁹ *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 122, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 43. Ce point de vue est également répandu dans la doctrine. Par exemple, David (*Éléments de droit pénal international et européen*, p. 58) indique que «[l']immunité des agents étatiques n'est qu'une application du principe de l'immunité des États». Selon Simbeye (*Immunity and International Criminal Law*, p. 109 et 110), «[t]out comportement qui est directement imputable à l'action de l'État est considéré comme un fait de l'État. Étant donné que la personne en cause ne commet pas les actes correspondants pour son bénéfice personnel, les tribunaux nationaux étrangers doivent accorder l'immunité pour ces actes. Bien qu'elle soit l'auteur de l'acte, la personne considérée est réputée jouir de l'immunité de poursuites pour un tel comportement parce que c'est l'État qu'elle représente qui a agi. L'acte lui-même n'est pas justiciable d'un tribunal étranger pour une période de durée indéfinie». Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials...*, p. 103) fait observer que «[l]e principe de l'immunité fonctionnelle des (anciens) représentants d'États étrangers est souvent envisagé comme un corollaire de la règle de l'immunité des États». Elle se réfère sur ce point à la célèbre opinion exprimée par la Cour d'appel du Royaume-Uni dans l'affaire *Propend Finance v. Sing*: «La protection offerte aux États par [la loi relative à l'immunité de l'État] serait compromise si les employés, les agents ou [...] "les fonctionnaires" [...] pouvaient être poursuivis en justice à titre personnel dans des affaires visant un comportement étatique pour lesquelles l'État au service duquel ils se trouvent jouit d'une immunité. [Les dispositions pertinentes de la loi susmentionnée] doivent s'interpréter comme couvrant les différents employés ou agents d'un État étranger de la même protection que celle dont jouit l'État» (*Propend Finance Pty Limited. v. Sing, International Law Reports*, vol. 111, p. 611 et suiv., à la page 669). Cependant, cet auteur estime que «[l']application de la règle de l'immunité de l'État aux représentants d'États étrangers peut s'expliquer autrement. En règle générale, la responsabilité personnelle des représentants d'États étrangers n'est pas engagée pour les actes accomplis sous l'autorité de leur État d'origine [...]. La dépersonnalisation de la responsabilité attribuée à un agent étatique à l'égard des actes commis au nom de l'État peut être considérée comme un principe autonome qui entre en jeu avant l'application de la règle de l'immunité de l'État aux faits de la cause» (*The Immunity of States and their Officials...*, p. 106 et 107). Le Rapporteur spécial n'est pas convaincu qu'il soit judicieux d'établir une opposition entre ces démarches, d'autant plus qu'elles aboutissent aux mêmes résultats. Van Alebeek affirme un peu plus loin dans son ouvrage: «En résumé, les représentants d'un État étranger jouissent de l'immunité à l'égard des actes officiels. Les actes qu'ils accomplissent en tant que simples agents ou porte-parole de l'État étranger sont des actes de cet État et non des actes personnels. Les représentants de l'État ne peuvent donc pas être invités à en rendre compte à titre personnel»

24. Le Rapporteur spécial estime qu'il est légitime d'utiliser le critère de l'attribution du comportement du représentant d'un État à cet État pour déterminer si ce représentant jouit de l'immunité *ratione materiae* et en déterminer la portée⁵⁰. En même temps, il ne voit pas de raisons objectives pour l'établissement d'une distinction entre l'imputation du comportement aux fins de la responsabilité, d'une part, et aux fins de l'immunité, d'autre part. On ne serait guère fondé à alléguer que, aux fins de la responsabilité des États, un seul et même acte accompli par un représentant d'un État est attribuable à cet État et doit être considéré comme un acte dudit État alors que, aux fins de l'immunité de juridiction, il n'est pas qualifiable comme tel et doit être regardé comme un acte du représentant.

25. La question de la détermination du caractère – officiel ou privé – du comportement d'un représentant d'un État et, corrélativement, de l'attribution ou non de ce comportement à l'État doit logiquement être examinée avant celle de l'application de l'immunité à ce représentant pour le comportement considéré. Commentant les dispositions prévues pour le traitement de la question de l'immunité fonctionnelle au paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Denza fait observer que le critère applicable est celui de l'imputabilité et que si le comportement considéré est imputable à l'État d'envoi – quand bien même ce dernier ne l'aurait pas expressément ordonné ou avalisé – l'immunité *ratione materiae* devrait être accordée⁵¹.

26. Il est universellement admis que les actes accomplis par un représentant de l'État qui agit *ès qualités* sont attribuables à cet État⁵². Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a fait observer à propos du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*,

(Suite de la note 49.)

(*The Immunity of States and their Officials...*, p. 112). Par ailleurs, la référence à la «non-responsabilité des représentants étrangers» (surtout si elle est envisagée comme un principe) ne peut être admise qu'avec certaines réserves. Comme on l'a déjà fait observer dans le rapport préliminaire, d'un point de vue juridique, l'immunité et la responsabilité sont deux choses très différentes. Les actes officiels accomplis par un représentant sont certainement attribuables à l'État, mais cela ne veut pas dire qu'il est impossible de les attribuer simultanément à cette personne. Par exemple, il suffit à l'État pour le compte duquel le représentant a agi de lever l'immunité pour que l'État étranger ait la possibilité d'exercer sa compétence pénale à l'encontre de ladite personne. Voir néanmoins Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials...*), selon laquelle l'immunité ne peut pas être révoquée dans certains cas. Premièrement, il se peut que l'immunité ne soit pas déclarée. Deuxièmement, qu'en est-il de la mise en œuvre par une juridiction pénale internationale de la responsabilité en vertu du droit international pour un acte de même nature? Cela n'a-t-il pas une incidence sur l'attribution des actes ou la qualification d'acte officiel qui leur est donnée?

⁵⁰ Voir le paragraphe 89 du rapport préliminaire (note 4 *supra*) et la conclusion qui figure à l'alinéa *h* du paragraphe 102. À cet égard, le Rapporteur spécial approuve la démarche exposée par le Secrétariat concernant la signification de l'attribution au paragraphe 156 de son memorandum (note 5 *supra*).

⁵¹ Denza, «*Ex parte Pinochet: lacuna or leap*», p. 951. Voir également Denza, *Diplomatic Law. A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*.

⁵² Voir le commentaire de la Commission relatif à l'article 4 (Comportement des organes de l'État) du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 41 à 44.

[s]elon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle [...] revêt un caractère coutumier⁵³.

Par conséquent, la question est de savoir quels actes accomplis par le représentant d'un État peuvent (doivent) être considérés comme officiels et, partant, attribués à un État, c'est-à-dire considérés comme le fait d'un État, et quels sont ceux qui ne peuvent pas être qualifiés comme tels et peuvent (doivent) être considérés comme relevant d'un comportement privé. Autrement dit, il s'agit d'établir un critère sur la base duquel on pourra affirmer que le représentant de l'État agit *ès qualités* et non à titre personnel.

27. Cette question a déjà été examinée par la Commission du droit international. Dans le commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle faisait observer ceci :

En particulier, il s'agit de déterminer si une personne qui est un organe de l'État agit en cette qualité. Peu importe à cette fin que la personne concernée ait nourri des arrière-pensées ou agi sur la base de motifs illicites ou qu'elle ait pu abuser de prérogatives de puissance publique. Lorsqu'elle agit à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence, les faits en question seront attribuables à l'État⁵⁴.

⁵³ Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, à la page 87, par. 62.

⁵⁴ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 44, paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 4. Voir les exemples de distinctions établies entre «le comportement d'un organe de l'État non autorisé et un comportement purement privé» dans des sentences arbitrales internationales. Les juges japonais ont utilisé un critère légèrement différent dans des procédures pénales engagées à l'encontre de soldats américains servant sur le territoire du Japon pour déterminer si les actes examinés avaient un caractère officiel ou privé et ils les ont analysés pour voir s'ils avaient été accomplis dans l'intérêt du service. Ainsi, dans l'affaire *Japon v. William S. Girard*, où un membre des forces armées américaines était accusé d'avoir causé un préjudice corporel ayant entraîné la mort, la Cour a indiqué ceci : «Bien que la Cour puisse constater que les faits reprochés à l'accusé se sont produits pendant l'exercice de fonctions officielles et sur le lieu d'affectation, ces faits n'ont aucun rapport direct avec l'accomplissement des tâches liées à la protection d'une mitrailleuse légère et autres tâches similaires assignées par un officier supérieur. [...] [L]'acte n'a pas été commis dans l'exercice de fonctions officielles.» Elle a ajouté que «l'acte est de toute évidence un acte de malveillance excessive, [...] un acte qui a été accompli à seule fin de satisfaire un caprice momentané de la part de l'accusé» [tribunal de district de Maebashi, 19 novembre 1957, *The Japanese Annual of International Law*, n° 2 (1958), p. 132 et 133]. Statuant sur le recours formé contre la décision de la cour de justice supérieure d'Osaka dans une affaire mettant en cause un autre membre des forces armées des États-Unis (accusé d'avoir causé un grave dommage corporel lors d'une tentative de viol), la Cour suprême du Japon a confirmé que «le tribunal de première instance avait raison d'affirmer que la disposition qui faisait référence à l'exercice de fonctions officielles au paragraphe 3 a ii) de l'article XVII de l'accord administratif [cet article de l'accord conclu entre le Japon et les États-Unis accorde la primauté à la juridiction des États-Unis dans le cas d'une infraction commise par un membre des forces armées des États-Unis, imputable à des actes accomplis dans le cadre de ses attributions] devait être interprétée comme signifiant «dans le cadre de l'exercice de fonctions officielles» plutôt que «pendant les heures de service»; et que, en l'espèce, l'acte commis par l'accusé avait été accompli pendant les heures de service, mais avait un caractère privé et était sans rapport avec ses fonctions, de sorte qu'il ne constituait pas une infraction «résultant d'un acte accompli ou d'une omission faite dans l'exercice de fonctions officielles» (*Japan v. Dennis Cheney*, Cour suprême du Japon, 3 mars 1955, *ibid.*, p. 137).

Ce critère a trouvé des partisans dans la doctrine. Par exemple, Simbeye (*Immunity and International Criminal Law*, p. 128) fait observer que «[p]our agir en tant qu'organes de l'État dans le cadre de

Ainsi, la Commission estime que, pour que les actes d'un représentant de l'État soient réputés être accomplis ès qualités, c'est-à-dire considérés comme des actes officiels, ils doivent être manifestement perçus comme tels ou leur auteur doit agir sous le couvert d'une autorité⁵⁵. Il en résulte que le caractère officiel que le comportement d'un représentant de l'État peut revêtir ne dépend pas des mobiles dudit représentant ou de la teneur de son comportement. Il est déterminé par le fait que le représentant agit ès qualités. Pour apprécier quels actes d'un représentant ont un caractère officiel ou privé, il convient de tenir compte des circonstances de chaque cas d'espèce⁵⁶.

28. Une des questions qui se posent à cet égard est de savoir si la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, qui est importante dans le contexte de l'immunité de l'État, trouve application aussi dans le contexte de l'immunité des représentants de l'État. Notant qu'il existe différents points de vue sur cette question dans la doctrine, le Secrétariat conclut, dans son mémorandum, qu'

il semblerait qu'il y ait des motifs raisonnables de considérer qu'un organe de l'État accomplissant un acte *jure gestionis* qui est attribuable à l'État agit effectivement à titre officiel et jouirait donc de l'immunité *ratione materiae* au regard de cet acte⁵⁷.

Il serait sans doute difficile de ne pas l'admettre. D'ailleurs, comme la Commission l'a déjà fait remarquer, aux fins de l'attribution de la conduite à l'État, «[p]eu importe [...] que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de "commercial" ou de *acta jure gestionis*⁵⁸». Dans ce contexte, l'immunité a une étendue différente selon qu'il s'agit de l'État ou de ses représentants, bien qu'elle soit de même nature⁵⁹. Un représentant qui a accompli un acte commercial jouit de l'immunité de juridiction étrangère si cet acte est attribué à l'État, mais non l'État lui-même à l'égard d'un tel acte (il s'agit de la juridiction civile et

leurs fonctions officielles, les chefs d'État et de gouvernement doivent régler leur conduite sur la position de l'État qu'ils représentent sur un sujet donné, ou inscrire leurs actes dans les champs d'action définis par cet État. C'est là une condition indispensable pour que leurs actes puissent être considérés comme officiels».

⁵⁵ Voir la note précédente. Comme le fait observer Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials...*, p. 113), «[e]n règle générale, on peut dire que l'autorité apparente est acceptée comme une autorité réelle». Voir également Watts, «The legal position in international law of Heads of State, Heads of Government and foreign ministers», p. 56 et 57.

⁵⁶ «Ce critère doit naturellement être appliqué compte tenu des faits et circonstances de chaque cas d'espèce» [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 44, par. 13 *in fine* du commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite]. En même temps, on ne peut pas ne pas tenir compte du fait qu'il n'y a toujours pas d'unanimité à ce sujet dans la doctrine. Selon un point de vue assez largement répandu, il faudrait à tout le moins tenir compte de la teneur du comportement pour déterminer s'il a un caractère officiel et résoudre la question de son attribution à l'État. Voir à cet égard les débats sur les actes qui constituent des crimes de droit international en tant que faits excluant l'octroi de l'immunité à des représentants (par. 57 et suiv. *infra*).

⁵⁷ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 5), par. 161.

⁵⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 42, paragraphe 6 du commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

⁵⁹ On notera que, dans le passage de l'arrêt relatif à l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, cité au paragraphe 23 *supra*, la Cour internationale de Justice utilise l'expression «en substance» pour la caractériser. Voir également *supra* la note 47.

pénale dans le cas du représentant, alors qu'il ne s'agit que de la juridiction civile dans le cas de l'État⁶⁰.

29. Il faut aussi se demander si un comportement *ultra vires* et un comportement illicite peuvent être attribués à l'État et, partant, couverts par l'immunité. La notion d'«acte d'un représentant de l'État en tant que tel», c'est-à-dire d'«acte officiel», doit être distinguée de celle d'«acte entrant dans le cadre des fonctions officielles». La première englobe la seconde, mais est plus vaste. Dès 1961, commentant le projet d'articles relatif aux relations consulaires, aux termes duquel «[l]es membres du consulat ne sont pas justiciables des autorités [...] de l'État de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires⁶¹», la Commission faisait observer ce qui suit :

Selon l'opinion de certains membres de la Commission, il aurait fallu préciser que seuls les actes officiels accomplis dans les limites des attributions consulaires jouissent de l'immunité de juridiction. La Commission n'a pu se rallier à cette façon de voir⁶².

Le fait que les actes accomplis par un représentant d'un État qui agit en cette qualité outrepassent les limites de ses fonctions ne leur confère pas un caractère privé. Ils n'entrent pas dans le cadre de ses attributions et acquièrent, par exemple, un caractère *ultra vires*, mais demeurent néanmoins des actes officiels et, partant, sont attribuables à l'État. C'est de cela que traite l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶³. Ainsi que la Commission l'a fait observer dans le commentaire relatif à l'article 4 de ce projet d'articles,

[i]l faut se garder de confondre l'hypothèse d'un comportement purement privé avec celle d'un organe agissant en tant que tel mais *ultra vires* ou en violation des règles régissant son activité. Dans ce dernier cas, l'organe agit néanmoins au nom de l'État⁶⁴.

En conséquence, les actes correspondants sont également couverts par l'immunité de juridiction étrangère *ratione materiae* applicable aux représentants qui les ont commis. Comme le fait remarquer Buzzini,

le fait d'exclure globalement les actes *ultra vires* du champ d'application de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère poserait

⁶⁰ Il est bon de rappeler à cet égard que, comme on l'a fait observer dans le rapport préliminaire (voir *supra* la note 5, par. 89), cela ne veut pas dire que l'acte en question ne puisse pas être attribué au représentant.

⁶¹ *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 122, article 43 (Immunité de juridiction).

⁶² *Ibid.*, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 43. La Commission ajoutait ceci : «En effet, il est souvent très difficile de tracer une limite précise entre ce qui est encore l'acte officiel du fonctionnaire consulaire entrant dans le cadre des fonctions consulaires et ce qui constitue déjà un acte privé ou une communication personnelle dépassant ces fonctions» (*ibid.*). Cette dernière observation ne fait que confirmer la nécessité d'évaluer les circonstances de chaque cas d'espèce.

⁶³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 :

«Article 7. *Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions*

«Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions.»

⁶⁴ *Ibid.*, paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 4. Voir également *ibid.*, p. 48, paragraphes 7 et 8 du commentaire relatif au projet d'article 7.

un problème, étant donné que cela risquerait d'enlever toute valeur à cette immunité; dans la plupart des cas, les actes officiels qui donnent lieu à une infraction pénale devraient probablement être aussi considérés comme *ultra vires*⁶⁵.

30. Il est également difficile de partager le point de vue selon lequel la conduite d'un représentant qui outrepassé les limites du champ des attributions de l'État peut être considérée comme un fait de l'État mais, parce qu'elle présente cette caractéristique, n'est pas couverte par l'immunité⁶⁶. Cette façon de voir est justifiée par le fait que l'immunité de l'État et de ses représentants a pour but de protéger la fonction souveraine et que tout ce qui ne relève pas de cette fonction doit être exclu du bénéfice de l'immunité⁶⁷. Toutefois, l'immunité ne protège pas la fonction souveraine en tant que telle – elle ne serait alors qu'une abstraction entièrement détachée de la réalité – mais, comme on l'a noté plus haut, la souveraineté proprement dite et son titulaire, l'État, vis-à-vis des ingérences étrangères⁶⁸.

⁶⁵ Buzzini, «Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law», p. 466. En même temps, il faut tenir compte de l'existence d'une jurisprudence interne fondée sur une optique diamétralement opposée à l'égard des actes *ultra vires*. L'arrêt de la Cour suprême des Philippines en l'affaire *United States of America et al. v. Luis R. Reyes et al.* (G. R. n° 79253, 1^{er} mars 1993) en fournit une illustration. Dans cette affaire, on contestait devant la Cour le refus de déférer à une requête des États-Unis portant sur le rejet d'une action civile contre la défenderesse [une citoyenne des États-Unis qui était employée dans un service du Joint United States Military Assistance Group]. La requête était motivée par le fait que les États-Unis jouissaient d'une immunité de juridiction à l'égard de cette action et que la défenderesse jouissait d'une immunité de poursuites à l'égard des actes qu'elle avait accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles. En même temps, la partie requérante a souligné que les actes accomplis par la défenderesse (fouille corporelle et fouille d'une automobile en présence de témoins étrangers au service et sur une base discriminatoire) débordaient le cadre de ses fonctions officielles, constituaient des actes *ultra vires* et devaient être considérés comme des actes accomplis à titre privé. Les États-Unis ont fait valoir que «quand bien même les actes accomplis par [la défenderesse] seraient *ultra vires*, elle jouirait de l'immunité de poursuites car la règle suivant laquelle les fonctionnaires ou les agents publics peuvent être poursuivis à titre personnel pour des actes *ultra vires* ou des actes délictueux relève du "droit interne" et n'est pas applicable en droit international. Il est allégué que l'application de la doctrine de l'immunité ne dépend pas de l'illicéité de l'acte ou de l'omission imputable au ressortissant étranger car s'il en était ainsi, la notion d'immunité perdrait tout son sens puisqu'il faudrait commencer par s'interroger sur l'illicéité ou l'illicéité de l'acte ou de l'omission avant de se pencher sur la question de l'immunité; en d'autres termes, l'immunité ne jouerait que si la légalité de l'acte ou de l'omission en question a été établie». Toutefois, la Cour n'a pas estimé que les arguments des États-Unis étaient convaincants et elle a refusé de donner suite à la requête, ayant indiqué que «[l]a protection conférée aux fonctionnaires et aux agents de l'État est supprimée à partir du moment où ils font l'objet de poursuites à titre individuel. Cette situation se produit habituellement lorsque l'agent public agit sans être habilité à le faire ou outrepassé les pouvoirs dont il est investi. Selon un principe de droit bien établi, un agent public peut avoir à répondre personnellement et à titre individuel de tout dommage qu'il est susceptible d'avoir causé par ses actes en faisant preuve de malveillance et de mauvaise foi ou en outrepassant ses pouvoirs ou ses compétences» (*Philippine Laws and Jurisprudence Databank*).

⁶⁶ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 206, dernière note.

⁶⁷ Par exemple, Stern écrit que «les immunités ou autres doctrines de protection de l'État et de ses représentants ont été développées pour protéger la fonction souveraine, et rien d'autre: doit donc être exclu de leur bénéfice tout ce qui ne relève pas de cette fonction souveraine» («Vers une limitation de l'"irresponsabilité souveraine" des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», p. 516).

⁶⁸ Il est très important de se demander qui doit jouer un rôle décisif pour ce qui est de déterminer si les actes d'un représentant ont été accomplis à titre officiel ou à titre privé. Suffit-il que l'État au service

31. L'immunité *ratione materiae* s'étend aussi aux actes illicites commis par un représentant de l'État qui agit en cette qualité. La logique qui sous-tend cette inclusion semble être la même que celle qui s'applique aux actes *ultra vires*. Les actes illicites accomplis dans ces conditions sont des actes officiels, c'est-à-dire des actes de l'État. Comme l'a fait observer la cour d'appel de la province de l'Ontario dans son arrêt en l'affaire *Jaffe*, mettant en cause des représentants des États-Unis d'Amérique, «[l]e caractère illégal et malveillant des actes allégués ne saurait en lui-même sortir les actes en question du champ des fonctions officielles des défenseurs⁶⁹». Comme l'a écrit Watts à propos de la question de l'immunité des anciens chefs d'État,

[i]l va de soi qu'un chef d'État peut commettre une infraction à titre personnel, mais il semble tout aussi évident que la conduite qu'il adopte dans l'exercice de ses fonctions officielles de chef d'État peut être entachée d'irrégularités liées à des actes criminels ou illicites. Il semble que l'élément critique soit celui de savoir si le comportement a été adopté sous le couvert ou dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique conférée par le chef de l'État. Si tel est le cas, il doit être considéré comme un comportement officiel et, partant, soustrait à la juridiction d'autres États, que ce comportement ait été ou non illicite ou illégal au regard des lois de son propre État⁷⁰.

Si l'on affirme que l'immunité ne couvre pas ce type d'actes, la notion même d'immunité n'a plus aucun sens. La question de l'exercice de la juridiction pénale à l'encontre d'une personne quelconque, y compris un représentant d'un État étranger, ne se pose que lorsqu'il y a des raisons de soupçonner qu'il commet des actes illégaux et, de surcroît, passibles de sanctions pénales. Corrélativement, l'immunité de juridiction pénale étrangère répond précisément à un besoin pour ce type de situation. Comme le Secrétariat le fait observer dans son mémorandum,

[s]i les actes illicites ou criminels étaient regardés, par principe, comme "non officiels" aux fins de l'immunité *ratione materiae*, la notion même d'immunité serait vidée d'une bonne part de son sens⁷¹.

duquel se trouve ce représentant informe l'État exerçant sa juridiction que les actes ont un caractère officiel? Est-il nécessaire d'en fournir la preuve devant un tribunal, auquel cas le rôle décisif serait dévolu à ce tribunal? Existe-t-il pour ces questions une réponse valable dans tous les cas ou la réponse dépend-elle des circonstances factuelles propres à chaque affaire? Elles ont fait l'objet d'un examen plus détaillé dans la partie du rapport préliminaire relative aux aspects procéduraux de l'immunité.

⁶⁹ Canada, cour d'appel de l'Ontario, *Jaffe v. Miller and Others*, 1993, *International Law Reports*, vol. 95, p. 446 et suiv., à la page 460.

⁷⁰ Watts, «The legal position in international law of Heads of State...», p. 56 et 57. Les réflexions citées s'appliquent également en totalité aux autres représentants de l'État.

⁷¹ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 5), par. 160 (note incluse). Voir également la position des États-Unis dans l'affaire *Reyes* (note 65 *supra*). Au demeurant, il convient de noter que la plupart des chercheurs qui ont défendu l'idée que les fonctionnaires ne doivent pas jouir d'une immunité pour les actes illicites ne font entrer dans la définition de ces actes que les crimes de droit international, c'est-à-dire les types d'infraction les plus graves. Voir, par exemple, Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, p. 127: «Les représentants de l'État, y compris les chefs d'État ou de gouvernement, sont susceptibles de commettre des infractions dans l'exercice de leurs fonctions. On peut néanmoins soutenir que la commission de certains actes par un individu devrait être un motif d'exclusion dans la reconnaissance de la qualité d'organe de l'État pour les besoins du droit international. Si cet individu commet un crime international, il ne saurait être considéré comme agissant en qualité d'organe de l'État soit en droit interne soit en droit international.» L'auteur ajoute: «Dans le contexte du droit pénal international, les États, en tant qu'entités abstraites, ne peuvent pas ordonner ou

32. Dès lors qu'elle ne protège un représentant de l'État que pour les actes qu'il accomplit en cette qualité, l'immunité *ratione materiae* ne couvre pas ceux qui ont été accomplis par lui, à titre privé, avant son entrée en fonctions. Ces derniers n'étaient pas des actes de l'État et n'ont pas acquis ce caractère au moment où le représentant a pris ses fonctions au service de l'État.

33. Inversement, un ancien représentant de l'État est protégé par l'immunité *ratione materiae* à l'égard des actes qu'il a accomplis pendant la période où il agissait en sa qualité de représentant. Ces actes ne cessent pas d'être des faits de l'État au motif que l'intéressé n'agit plus en cette qualité et, par voie de conséquence, continuent d'être couverts par l'immunité, qui est, en substance, une immunité d'État⁷².

34. Il découle également de cette logique que la nature du séjour qu'un représentant ou un ancien représentant de l'État effectue à l'étranger, et notamment sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction, influe peu sur l'immunité *ratione materiae*. De toute évidence, que cette personne soit en visite officielle à l'étranger ou y séjourne à titre privé, elle jouit dans les deux cas de l'immunité de

sanctionner une conduite tombant sous le coup de la juridiction pénale et, bien entendu, un État ne peut pas non plus accomplir lui-même des actes de cette nature. [...] [L]orsque les règles coutumières interdisent certains actes ou qu'il existe un traité que l'État en question a ratifié, l'imputabilité est exclue» (ibid., p. 129). Stern estime aussi qu'«on ne devrait pas accepter de faire jouer les immunités pour protéger un État ou ses représentants au pénal ou au civil quand un crime international est commis, puisqu'un tel acte devrait être considéré comme étant absolument sans rapport avec les fonctions d'un État» («Can a State or a head of State claim the benefit of immunities in case an international crime has been committed?», p. 448 et 449). Cependant, elle précise que «[s]i l'on considère les actes officiels auxquels l'immunité s'applique, il faut admettre que le fait qu'un acte soit illégal n'implique pas *ipso facto* que la qualification d'acte officiel est exclue : s'il en était ainsi, l'institution de l'immunité n'aurait aucun sens, car c'est précisément pour mettre le chef de l'État à l'abri des poursuites qu'elle a été conçue» («Immunities for Heads of State: where do we stand?», p. 99). Il semble néanmoins que, même dans les circonstances mentionnées, les actes considérés, dès lors qu'ils sont commis par une personne agissant à titre officiel, seront attribués à l'État avec toutes les conséquences qui en résultent. Voir à cet égard Dominici («Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», p. 304 et 305) : «Certains juges ont déclaré [dans l'affaire *Pinochet*] que ce n'est pas la fonction d'un Chef d'État d'ordonner des actes de torture, manifestement contraires au droit international. [...] Cela voudrait dire que le droit international apporte un correctif aux attributions constitutionnelles d'un Chef d'État. Et selon quel critère? Selon que l'acte est, ou non, contraire au droit international? Cette construction n'est pas satisfaisante. Un acte de fonction reste un acte de fonction, même s'il est contraire au droit international. Dans cette hypothèse, il entraîne la responsabilité internationale de l'État, sans préjudice de celle de l'individu-organe.»

⁷² Selon Cassese, l'immunité «ne disparaît pas lorsque l'agent de l'État cesse d'exercer ses fonctions officielles (la raison étant que l'acte est légalement attribué à l'État et que, de ce fait, toute responsabilité juridique afférente à cet acte ne peut être assumée que par l'État)» («When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case», p. 863). Selon O'Donnell, «[u]ne fois que l'agent [diplomatique] cesse ses fonctions, l'immunité *ratione personae*, ou immunité personnelle, disparaît pour les actes privés, mais subsiste pour les actes officiels. La protection limitée conférée pour les actes officiels au titre de l'immunité *ratione materiae*, ou immunité fonctionnelle, procède de la conviction que les actes de "l'ambassadeur" sont le fait de son gouvernement et non l'expression d'un choix personnel» [«Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity», p. 384 et 385]. L'auteur cite M. A. Tunks, «Diplomats or defendants? Defining the future of Head-of-State immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), p. 651.

juridiction pénale étrangère à raison des actes accomplis en sa qualité de représentant⁷³.

C. Immunité *ratione personae*⁷⁴

35. La présente section se limite aux questions touchant le champ d'application de cette immunité et ne traite pas la question de savoir quel groupe de personnes en bénéficie. Le Rapporteur spécial part du principe que ce sont le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères qui forment, pour ainsi dire, la «triade de base» des personnes bénéficiant de l'immunité personnelle – à laquelle s'ajoutent certaines autres personnalités de rang élevé.

36. Comme il est indiqué dans le rapport préliminaire,

[l']immunité *ratione personae* couvre les actes accomplis par un représentant de l'État à la fois à titre officiel et privé, avant et pendant la période où il occupe ses fonctions⁷⁵.

La raison d'être d'une telle immunité s'explique par l'importance qu'elle revêt pour l'État, pour l'exercice de sa souveraineté et pour sa représentation dans les relations internationales au niveau correspondant⁷⁶. Dans le monde contemporain, les fonctions de chef de gouvernement, de ministre des affaires étrangères et, vraisemblablement, de certains autres représentants de l'État sont comparables, de ce point de vue, à la charge de chef d'État. C'est pourquoi, il ne semble pas judicieux – du moins au stade actuel des travaux sur la question – d'examiner séparément le champ d'application de l'immunité *ratione personae* pour le chef d'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et d'autres personnes pouvant prétendre à cette immunité⁷⁷.

37. Comme il est indiqué dans le mémorandum du Secrétariat,

[l]a portée matérielle de cette immunité est bien établie tant en jurisprudence qu'en doctrine qui expriment souvent cette idée en appelant l'immunité *ratione personae* l'immunité «complète», «totale», «intégrale» ou «absolue»⁷⁸.

Par sa portée, cette immunité de juridiction pénale étrangère est analogue à l'immunité de juridiction pénale accordée par l'État accréditaire aux chefs de mission diplomatique

⁷³ En sus de l'immunité *ratione materiae*, les représentants de l'État en visite officielle à l'étranger peuvent naturellement jouir d'une immunité en vertu d'autres règles du droit international, par exemple celles qui régissent le statut des membres de missions spéciales ou de délégations dans les organes des organisations internationales. Il va de soi que, dans le cas d'un ancien représentant, la question de la nature de la visite qu'il effectue auprès d'un gouvernement étranger ne se pose pas : cette visite ne peut pas être officielle. Mais cela ne change rien pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*.

⁷⁴ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 94 à 153.

⁷⁵ Rapport préliminaire (voir *supra* la note 4), par. 79 ; voir également le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 137.

⁷⁶ Rapport préliminaire (voir *supra* la note 4), par. 93.

⁷⁷ Rappelant en quels termes la Cour internationale de Justice, en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, a expliqué le champ de l'immunité *ratione personae* du ministre des affaires étrangères, le Secrétariat fait observer, dans son mémorandum (voir *supra* la note 5), par. 138, que l'«[o]n pourrait décrire et expliquer de la même façon la condition du chef de l'État, du chef de gouvernement ou de tout autre représentant officiel jouissant d'une immunité semblable».

⁷⁸ Ibid., par. 137.

ou autres agents diplomatiques aux termes de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁷⁹ et du droit international coutumier, ou aux représentants de l'État d'envoi et aux membres du personnel diplomatique de missions spéciales, conformément à la Convention sur les missions spéciales. Elle peut être considérée comme une immunité *ratione materiae* complémentaire ou comme incluant une immunité *ratione materiae*, dans la mesure où elle couvre, dès lors que le représentant de l'État occupe une fonction élevée, des actes en complément accomplis à titre officiel, et les actes accomplis à titre privé, avant et pendant la période où il exerce cette fonction. Liée à une fonction élevée spécifique dans l'administration publique, l'immunité personnelle est de nature temporaire et cesse de s'appliquer le jour où les fonctions prennent fin⁸⁰. Il apparaît, en conséquence, que les actes, à l'égard desquels s'exerce la juridiction, accomplis hors du cadre des fonctions du représentant de l'État ou la nature de son séjour à l'étranger, y compris sur le territoire de l'État du for, n'ont pas d'effet sur l'immunité *ratione personae*⁸¹.

D. Actes de l'État du for auxquels fait obstacle l'immunité des agents de l'État

38. Dans ce contexte, on entend par « juridiction pénale » non seulement la phase judiciaire de la procédure pénale, mais l'ensemble des mesures de procédure pénale prises par l'État à l'encontre d'un agent public étranger. Comme il est observé dans le rapport préliminaire,

son immunité [de juridiction pénale étrangère] [...] protège cette personne [...] des poursuites pénales et de l'action pénale exercées par les autorités judiciaires et d'exécution de l'État du for (la question se pose de savoir s'il serait plus exact de parler non d'immunité des

⁷⁹ Ibid., par. 139. En l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour internationale de Justice a rappelé que « la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, bien que concernant les agents diplomatiques, est nécessairement applicable aux chefs d'État » [arrêt (voir *supra* la note 40), p. 238, par. 174].

⁸⁰ Voir le rapport préliminaire (note 4 *supra*), par. 79 à 83.

⁸¹ D'autres décisions de justice portent sur cette question. Ainsi, dans l'opinion individuelle commune de trois juges en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, on peut lire que « [l]a réponse aux questions de savoir [si le ministre des affaires étrangères] a aussi droit à des immunités durant ses voyages privés, et quelle est l'étendue de ces immunités éventuelles, est beaucoup moins claire ». Et les auteurs toutefois de préciser : « Assurément, il ne peut pas être assujéti à des mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères » [arrêt (voir *supra* la note 35), par. 84]. Watts établit une distinction, du point de vue du champ d'application de l'immunité, entre visite officielle et visite privée d'un chef d'État dans un État étranger. Il doute notamment que le chef d'État, en visite privée, ne se prévale de son immunité dans trois cas de figure qui, conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, font exception à l'immunité de l'agent diplomatique, à savoir lorsqu'il s'agit : d'une action réelle concernant un immeuble privé, d'une action concernant une succession, ou d'une action concernant une activité exercée par l'agent en dehors de ses fonctions officielles. Il fait également observer que, si un chef d'État « ne saurait faire l'objet de poursuites pour ce qui est des [...] actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions, ou même après avoir quitté ses fonctions, et doit également bénéficier de l'immunité pour ces actes lorsqu'il se déplace à titre privé, [...] dans la mesure où l'immunité est refusée à un chef d'État pour les actes privés qu'il accomplit lorsqu'il se trouve dans un État étranger à un titre officiel ou lorsqu'il y est poursuivi en justice sans y être présent, il est probable qu'elle lui soit aussi refusée lorsqu'il sera en visite privée » (« The legal position in international law of Heads of State... », p. 74).

représentants de l'État de la juridiction pénale ou de l'action pénale étrangère, mais de l'immunité de certaines mesures de procédure pénale et de l'exercice de l'action pénale par l'État étranger. On ne peut toutefois répondre à cette question tant qu'on n'a pas examiné celle de la portée de l'immunité⁸².

C'est là que réside essentiellement la distinction entre le sujet à l'examen et celui de l'immunité de juridiction civile.

39. Outre la question de savoir si l'immunité protège l'agent public contre la totalité – ou une partie – des mesures pouvant être prises dans l'exercice de la juridiction pénale étrangère, il convient également de s'interroger sur les mesures qui peuvent être prises à l'égard d'un agent public qui, dans une affaire pénale, n'est pas suspect, mais intervient en une autre qualité, notamment celle de témoin.

40. Dans son jugement en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice conclut que

les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions⁸³.

Et la Cour d'ajouter :

C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre État à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. [...] En outre, le simple fait qu'en se rendant dans un autre État ou qu'en traversant celui-ci un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions⁸⁴.

Ainsi, la Cour, dans les circonstances de l'espèce (il s'agissait, rappelons-le, de la licéité du mandat d'arrêt délivré à l'encontre du ministre des affaires étrangères d'un autre État), a retenu comme critère pour se prononcer celui de savoir s'il est possible ou non de mettre en œuvre une quelconque mesure de procédure pénale à l'encontre d'un agent public étranger : l'État qui exerce ou entend exercer sa juridiction pénale à l'égard de ce dernier ne saurait accomplir d'actes de procédure pénale qui

⁸² Rapport préliminaire (voir *supra* la note 4), par. 66.

⁸³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), p. 22, par. 54.

⁸⁴ Ibid., par. 55. Retenant ce critère, la Cour a conclu que le mandat d'arrêt portait atteinte à l'immunité du Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo. Les conclusions de la Cour à ce sujet suivent à bien des égards l'argumentation qu'a avancée en l'espèce la partie congolaise, même si la Cour semble néanmoins réduire, en adoptant le critère précité, l'éventail de mesures dont la mise en œuvre fait obstacle à l'immunité. La République démocratique du Congo, dans son mémoire du 15 mai 2001, indique, notamment, que « [l']inviolabilité et l'immunité sont en effet fonctionnelles, en ce sens qu'elles sont accordées automatiquement par le droit international général à la personne qui en bénéficie en conséquence des fonctions officielles que celle-ci exerce et afin de permettre leur bon accomplissement par leur protection contre toute ingérence étrangère non autorisée par l'État que cette personne représente » (par. 47). En ce qui concerne expressément le mandat d'arrêt, « [l]a simple crainte de l'exécution du mandat d'arrêt est en effet de nature à limiter les déplacements à l'étranger du ministre mis en cause, portant ainsi préjudice à la bonne conduite des relations internationales de son État que les principes d'inviolabilité et d'immunité ont pour finalité de sauvegarder » (par. 52).

l'empêcheraient d'exercer ses fonctions (on notera que ce critère défini par la Cour s'applique au ministre des affaires étrangères dont il est question en l'espèce).

41. Ce critère a été développé dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. En l'espèce, examinant la question de savoir si une invitation ou une citation à comparaître adressée à un chef d'État en tant que témoin dans une affaire pénale constituait ou non une atteinte à la règle relative à l'immunité, la Cour, rappelant la disposition citée plus haut de sa décision en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, a déclaré que

pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité du chef de l'État, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant ; c'est là l'élément déterminant⁸⁵.

Appliquant ce critère, la Cour a conclu que

la convocation adressée par le juge d'instruction français [...] au président de la République de Djibouti n'était pas assortie [de] mesures de contrainte [...] ; il s'agissait en effet d'une simple invitation à témoigner, que le chef d'État pouvait accepter ou refuser librement. Par conséquent, il n'a pas été porté atteinte, de la part de la France, aux immunités de juridiction pénale dont jouit le chef de l'État, *puisque aucune obligation ne lui a été imposée* dans le cadre de l'instruction de l'affaire *Borrel*⁸⁶.

Ainsi, la Cour a précisé qu'une mesure de procédure pénale prise à l'encontre d'un agent public étranger portait atteinte à son immunité lorsqu'en lui imposant une obligation elle l'empêchait d'exercer ses fonctions⁸⁷.

⁸⁵ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt (voir *supra* la note 40), p. 237, par. 170.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 171. Telle était globalement la position de la France, qui a déclaré que « seule la limitation de la liberté d'action nécessaire à un chef d'État étranger pour s'acquitter de sa fonction est de nature à méconnaître l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouit » (*ibid.*, p. 236, par. 167.) Dans son contre-mémoire du 13 juillet 2007, la partie française fait observer que, « d'une façon générale, une demande de témoignage adressée au représentant d'une puissance étrangère n'a [...] aucun caractère obligatoire et s'analyse en une simple invitation, qui ne saurait dès lors porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité dont bénéficient les chefs d'État étrangers – ce dont la France convient sans réserve » (par. 4.41 iii). Djibouti, de son côté, dans son mémoire du 15 mars 2007, reconnaissant que l'invitation à témoigner n'est pas un acte de même nature qu'un mandat d'arrêt (par référence à l'affaire sur le *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*), a fait observer que la citation à comparaître est déjà, en soi, une atteinte à l'immunité : « Or certes, une convocation à témoigner n'est pas en soi un acte de contrainte comparable à un mandat d'arrêt, mais elle a tout de même indiscutablement une composante contraignante, du fait même de l'intimation à comparaître qui est adressée à la personne convoquée : une telle intimation contredit alors elle aussi l'immunité de juridiction. Les deux convocations à témoin précitées à l'encontre du Président de la République de Djibouti, qui visaient à lui imposer de témoigner dans l'affaire *Borrel*, portent donc atteinte à son immunité bien qu'il ne s'agisse pas d'actes de contrainte de même nature qu'un mandat d'arrêt » (par. 135).

⁸⁷ Quant à savoir si l'immunité s'oppose à l'adoption, notamment, de mesures de contrainte et de répression à l'encontre d'un chef de l'État, la question a également été abordée devant la Cour internationale de Justice par les parties dans l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*. Voir, par exemple, la requête du Congo le 11 avril 2003, p. 15 ; déclaration du 28 avril 2003 du représentant de la France, Ronny Abraham : « [E]n tout état de cause, les immunités dont bénéficient les chefs d'État étrangers s'opposeraient à ce que des mesures de contrainte soient prises à leur encontre » (CR 2003/21, p. 15, par. 31).

42. Ayant appliqué ce critère, la Cour internationale de Justice a restreint le champ d'application de l'immunité par rapport à celle, par exemple, qui ressortait de la décision rendue par la Cour suprême fédérale d'Allemagne en l'affaire *Honecker* en 1984, aux termes de laquelle « toute enquête ou instruction ouverte par la police ou le Procureur [était] irrecevable⁸⁸ ». Il est évident que, selon ce critère formulé par la Cour, l'immunité ne fait pas obstacle à toutes les mesures de procédure pénale prises à l'encontre d'un agent public étranger ; elle ne s'oppose qu'à celles qui lui imposent une obligation juridique, c'est-à-dire qui peuvent s'accompagner de sanctions en cas de non-respect ou de mesures coercitives à caractère contraignant. Ainsi, le fait d'ouvrir une instruction préliminaire ou d'engager une procédure pénale, non seulement au sujet d'une infraction présumée, mais aussi à l'encontre de l'agent public en cause lui-même, et pour autant qu'il ne lui est imposé aucune obligation au titre du droit national en vigueur, ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte à son immunité⁸⁹.

43. Cette approche de l'immunité permet, tout au moins, à l'État qui est fondé à présumer que l'agent public étranger a commis un acte répréhensible au regard de sa législation de rassembler à titre préliminaire des éléments de preuve (témoignages, pièces, preuves matérielles, etc.) en l'espèce, en appliquant des mesures non contraignantes

⁸⁸ Cour suprême fédérale (deuxième chambre criminelle), arrêt du 14 décembre 1984, *International Law Reports*, vol. 80 (1989), p. 366.

⁸⁹ Ainsi que le relève David (*Éléments de droit pénal international et européen*, p. 123), « [c]omme le simple fait d'ouvrir une instruction n'entrave nullement l'exercice des fonctions, cette instruction reste compatible avec l'immunité de juridiction ». Comme on l'observe dans l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, « ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas en soi [les principes de l'inviolabilité ou de l'immunité des personnes concernées]. La fonction que sert le droit international des immunités n'exige pas des États qu'ils ne se tiennent pas informés » [arrêt (voir *supra* la note 35), p. 80, par. 59]. En l'occurrence se pose la question de savoir si l'immunité s'oppose aux actes n'imposant pas directement une obligation à l'agent public qui en bénéficie, mais qui, d'une manière ou d'une autre, restreignent son immunité. Ainsi, la saisie de ses biens personnels – tels que ses comptes bancaires (si, par exemple, ils sont utilisés dans des opérations illicites) ou son automobile (si, par exemple, elle a servi à commettre une infraction présumée) – est-elle licite ? Il apparaît que de tels actes sont licites.

À l'appui de cet argument de la Cour, on peut aussi citer l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, dans laquelle la Cour internationale de Justice, ayant examiné la question des mesures conservatoires, les a rejetées, au motif qu'il n'existait aucune circonstance de nature à exiger d'interdire à la France de poursuivre son enquête sur les agents publics congolais, y compris le Président du Congo. Cette conclusion se fondait, en particulier, sur le fait que le Congo n'avait pas apporté la preuve que l'enquête avait eu pour effet de porter atteinte à l'immunité du chef de l'État (dans les circonstances de l'espèce, où la France n'avait pris aucune mesure contraignante ou de nature à empêcher le Président de s'acquitter de ses fonctions). Alors que la décision en l'espèce ne préjuge en rien de la décision de la Cour quant au fond de l'affaire, on n'en relèvera pas moins qu'elle n'exclut pas la possibilité de poursuivre la procédure d'enquête (mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 102).

Voir, toutefois, la position de Watts : « Un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères effectuant une visite officielle dans un autre État, qui ferait l'objet d'une procédure judiciaire dans ledit État, risquerait de voir sa capacité d'exercer ses fonctions gravement entravée. Le risque même, par sa visite, d'ouvrir la voie à l'engagement de poursuites judiciaires à son encontre, pourrait le dissuader d'effectuer cette visite, au détriment de la façon dont il mène les affaires internationales de l'État qu'il représente » (« The legal position in international law of Heads of State... », p. 106).

à l'égard de l'agent public étranger en question⁹⁰. Ensuite, on pourra déterminer, avec plus ou moins de certitude, si (et, le cas échéant, dans quelle mesure) l'agent en question est impliqué dans la commission de l'infraction présumée, s'il y a lieu de considérer qu'en l'espèce il a agi dans l'exercice de ses fonctions, etc. S'il existe des motifs raisonnables de penser que l'agent public étranger est impliqué dans l'infraction, l'État du for aura alors tout loisir, en fonction des circonstances, de décider des mesures à prendre, pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à l'immunité dudit agent. Il pourra ainsi informer l'État étranger concerné des circonstances de l'affaire et lui proposer de lever l'immunité de l'agent en question, ou lui adresser une demande d'entraide judiciaire concernant l'affaire, ou encore lui transmettre les pièces rassemblées lors de l'instruction préliminaire ou à l'ouverture de la procédure pénale, après lui avoir proposé d'engager des poursuites pénales à l'encontre dudit agent. S'il s'agit d'une infraction présumée qui relève de la compétence d'un tribunal pénal international ou de la Cour pénale internationale, cette approche permettra alors de transmettre les pièces recueillies à la juridiction compétente en matière de droit pénal international. Enfin, une fois recueillis les éléments de preuve, l'État du for pourra, en renonçant à prendre toute mesure qui porterait atteinte à l'immunité de l'agent visé, attendre que celui-ci cesse ses fonctions pour engager des poursuites pénales à son encontre (dans le cas d'actes commis, à titre privé, par une personne jouissant de l'immunité personnelle avant ou pendant la période où elle exerçait ses fonctions).

44. Comme le relève, à juste titre, Buzzini, «le critère défini par la Cour semble convaincant⁹¹». Tout aussi convaincant lui semble l'avis de la Cour, pour laquelle

la notion d'«acte d'autorité contraignant» recouvre non seulement les actes visant des représentants de l'État eux-mêmes accusés d'une infraction pénale, mais aussi certains actes – par exemple, convocations à témoin ou autres citations – qui peuvent être notifiés, dans le cadre d'une procédure judiciaire, à des personnes qui ne sont pas (ou pas encore) accusées d'une infraction pénale⁹².

Le critère formulé par la Cour internationale de Justice se révèle en fait pleinement convaincant, lorsqu'on est en présence d'agents publics jouissant de l'immunité *ratione personae* qui sont suspects ou convoqués pour témoigner dans une affaire pénale. Toutefois, dans le cas d'agents publics jouissant de l'immunité *ratione materiae*, la question requiert des précisions supplémentaires.

45. Un agent public qui jouit de l'immunité *ratione materiae* est protégé contre les mesures de procédure

⁹⁰ O'Donnell [«Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity», p. 396], à propos de la décision de la Cour internationale de Justice sur la question des mesures conservatoires en l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, formule le commentaire suivant : «Tout en prenant soin de reconnaître que le chef d'État bénéficie d'une immunité de poursuites dans l'exercice de ses fonctions, la [Cour internationale de Justice] augmente les chances pour les victimes de violations des droits de l'homme de constituer un dossier contre un agent public lorsque les éléments de preuve à son encontre sont encore récents et que les témoins sont encore en vie ou peuvent être localisés. Ainsi, une fois que l'agent public quitte ses fonctions et n'est plus protégé par une impénétrable immunité, il peut faire l'objet de poursuites, en fonction des requêtes et des éléments de preuve présentés.»

⁹¹ «Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law», p. 476.

⁹² Ibid.

pénale pour les actes accomplis par lui à titre officiel. En conséquence, il est logique de penser que des mesures restrictives ne peuvent être prises à son encontre pour le seul fait d'avoir commis une infraction présumée dans l'accomplissement de ses fonctions.

46. Un ancien agent public n'exerce évidemment plus de fonctions officielles. À cet égard, il ne s'agit pas de savoir si l'immunité *ratione materiae* qu'il conserve le protège contre des mesures de procédure pénale qui, à cette période-là, l'empêchent de s'acquitter de ses fonctions. On peut seulement dire que l'absence d'une telle protection, après qu'il aurait quitté ses fonctions, l'empêcherait de s'acquitter en toute indépendance de ses responsabilités pendant la période où il exerce ses fonctions. On notera dans ce contexte que la Cour internationale de Justice précise qu'il s'agit d'une protection contre des mesures de procédure pénale imposant des obligations à l'agent public à l'égard duquel elles s'appliquent. Il importe, pour les États, en ce qui concerne la garantie de leur souveraineté et de l'égalité des droits, que leurs représentants ne fassent pas l'objet de mesures de procédure pénale de la part d'un État étranger, qui leur imposeraient des obligations en relation avec leurs fonctions officielles, non seulement pendant la période où ils les exercent, mais également par la suite. Ainsi, un ancien agent public qui, au même titre qu'un agent en exercice, jouit de l'immunité *ratione materiae* est protégé contre des mesures contraignantes de procédure pénale imposant une obligation, engagées en relation avec l'infraction présumée commise par lui dans l'accomplissement de fonctions officielles. Il s'agit évidemment ici de l'immunité dispensant précisément de l'injonction de témoigner. L'invitation à témoigner qui, à la différence de la convocation à témoin, n'impose à l'agent public aucune obligation juridique et, de ce fait, peut être déclinée sans aucune conséquence juridique préjudiciable ne porte pas atteinte à son immunité et représente une mesure procédurale licite⁹³.

47. La situation de l'agent public jouissant de l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne la convocation à témoin exige des commentaires supplémentaires. En principe, il est manifestement possible de convoquer, aux fins de l'entendre en tant que témoin, un représentant de l'État bénéficiant de ce type d'immunité, si son témoignage est requis et porte sur des actes accomplis par des tiers ou par l'agent lui-même à titre privé (pour autant, bien entendu, que cette convocation n'entrave pas ledit agent dans l'accomplissement des actes de sa fonction). Mais que faire si les témoignages portent sur des actes accomplis par l'agent lui-même – en exercice ou dont les fonctions ont pris fin – ou par des tiers?

48. L'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* a permis d'examiner, notamment, la question de l'immunité en ce qui concerne une convocation à témoigner adressée à des fonctionnaires djiboutiens qui jouissaient de l'immunité *ratione materiae*⁹⁴. Djibouti a indiqué que, pour déterminer si deux fonctionnaires djiboutiens avaient agi à titre officiel et, en conséquence, jouissaient de

⁹³ Voir *supra* le paragraphe 41 et la note 86.

⁹⁴ Nous n'évoquons pas ici la question des spécificités de la législation française sur le sujet, qui, en l'espèce, a été analysée en détail tant par les parties que par la Cour internationale de Justice.

l'immunité à l'égard d'une convocation à témoigner sur des actes accomplis à ce titre, il importait effectivement de vérifier concrètement s'ils avaient agi ès qualités ou en leur capacité personnelle⁹⁵. La Cour internationale de Justice a fait observer à ce sujet qu'

il n'avait pas été «concrètement vérifié» devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner adressées aux intéressés en qualité de témoins assistés par la France étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État⁹⁶.

Ce critère est devenu l'une des raisons pour lesquelles la Cour n'a pas reconnu au Procureur de la République et au chef de la sécurité nationale de Djibouti l'immunité à l'égard de la convocation à témoigner devant le tribunal français. Ainsi, si on suit la logique de la Cour en l'espèce, on peut parler d'immunité à l'égard de la convocation à témoigner adressée à un représentant de l'État jouissant de l'immunité *ratione materiae*, lorsque celui-ci est convoqué afin de témoigner sur des actes qu'il a accomplis à titre d'organe de l'État.

49. Ce critère est clair et suffisant dans les circonstances de l'affaire dont la Cour internationale de Justice était saisie. Mais serait-il suffisant dans le cas d'une convocation à témoigner devant un tribunal étranger adressée à un fonctionnaire jouissant de l'immunité *ratione materiae*, qui ne serait pas en relation avec des actes relevant de ses responsabilités, mais avec des actes *ultra vires* ou avec des actes accomplis par des tiers ?

50. Le raisonnement applicable à la convocation adressée à l'agent public en question en tant que témoin en relation avec des actes *ultra vires* semble être le même que celui qui porte sur son immunité à l'égard de tels actes. En conséquence, on peut supposer que l'immunité doit protéger contre une telle injonction de témoigner.

51. Il apparaît, par ailleurs, que, s'agissant de la convocation à témoigner en relation avec des actes accomplis par des tiers, des événements et des faits dont l'agent public a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions officielles, l'immunité *ratione materiae* protège ce dernier en ce qui concerne l'imposition par un État étranger de toute obligation à cet égard⁹⁷.

⁹⁵ Arrêt (voir *supra* la note 40), p. 243, par. 190.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 191.

⁹⁷ Buzzini écrit : « Sans doute un critère plus approprié [que celui qu'a utilisé la Cour internationale de Justice en l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*] serait-il celui de savoir si le témoignage requis implique, le cas échéant, la communication d'éléments d'information ou de preuve sur des faits dont l'agent de l'État aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'organe de l'État » (« Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law », p. 468). Dans une décision concernant une affaire civile, la Cour d'appel fédérale de la République fédérale d'Allemagne a refusé, en 1988, d'assigner le Ministre indien de la défense à comparaître en qualité de témoin sur une question portant sur des opérations lancées par les forces armées indiennes contre des Tamouls à Sri Lanka, ayant conclu que l'immunité de l'État le protégeait, ainsi que ses agents en ce qui concerne toute convocation à témoigner sur les questions se rapportant aux actes souverains de l'État, dont participent les opérations de ses forces armées [voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 238, ainsi que la première note de ce paragraphe]. En l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a adopté une position analogue, en décidant qu'on ne pouvait décerner au Ministre croate de la défense une injonction lui intimant de produire des documents officiels (injonction de produire ou *subpoena duces tecum*)

E. Champ d'application territoriale de l'immunité⁹⁸

52. Dans sa décision en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice a établi qu'un ministre des affaires étrangères bénéficiait de l'immunité de juridiction pénale étrangère lorsqu'il se trouvait à l'étranger⁹⁹. Dans la même décision, la Cour a ajouté qu'il était

clairement établi en droit international que [...] certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouiss[ai]ent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales¹⁰⁰.

[n° IT-95-14, Chambre d'appel, arrêt du 29 octobre 1997 relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance rendue le 18 juillet 1997 (l'arrêt peut être consulté à l'adresse suivante : www.icty.org/case/blaskic/4/). Comme il est indiqué dans le mémorandum du Secrétariat [(voir *supra* la note 5), par. 237, ainsi que la dernière note de ce paragraphe], « [e]ncore que l'espèce concerne l'immunité devant un tribunal international et non devant un tribunal pénal interne, la Chambre d'appel observe que l'exercice de la compétence judiciaire du Tribunal pénal international suit la même approche que celle adoptée normalement [par un tribunal national] ». En l'affaire *Le Procureur c. Radislav Krstić*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a tranché dans un autre sens, affirmant que l'immunité fonctionnelle d'un agent public, sur laquelle s'est fondée la Chambre d'appel en l'affaire *Blaškić* précitée, n'inclut pas l'immunité dispensant les représentants officiels « de devoir témoigner sur ce qu'ils ont vu ou entendu dans l'exercice de leurs fonctions », et que « [c]e type d'immunité n'existe pas » (affaire n° IT-98-33-A, Chambre d'appel, arrêt du 1^{er} juillet 2003 relatif à la demande d'injonctions, par. 27). Il ressort de la décision de la Cour que, « [à] la différence de la production de documents officiels, l'État ne peut lui-même produire les éléments de preuve que seul ce témoin peut fournir » (*ibid.*, par. 24). Le raisonnement à l'origine de cette décision n'est pas entièrement clair. Plus convaincante semble l'opinion dissidente du juge Shahabuddeen, lequel a relevé en l'espèce que l'immunité d'un agent public à l'égard d'une injonction ne se limite pas à la situation exigeant la production de documents officiels, mais s'applique à toute l'information obtenue par lui dans l'exercice de ses fonctions officielles. « [I]l n'est pas juste de restreindre la définition du terme "information" aux documents centralisés en un lieu sous l'autorité de l'État, comme les archives. Un État agit par l'intermédiaire de ses fonctionnaires ; il dispose des informations qu'ils ont acquises dans tout le champ de son activité, nationale et internationale, y compris les informations sur ce qu'ils ont vu ou entendu » (par. 15). Se référant à l'affaire *Blaškić*, il souligne que « le critère retenu est celui de savoir si les pièces ont été acquises par le témoin éventuel ès qualités » (par. 16). Comme l'écrit Buzzini (« Lights and shadows of immunities and inviolability of State officials in international law », p. 468, note 78), « il demeure difficile de comprendre pourquoi une injonction de témoigner sur des faits dont le représentant de l'État a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions doit être traitée différemment, à des fins d'immunité *ratione materiae*, d'une injonction de produire des documents officiels ». Néanmoins, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, par exemple, en l'affaire *Le Procureur c. Théoneste Bagosora et consorts*, renvoyant à la décision précitée en l'affaire *Krstić*, a constaté sans autres commentaires, lors de la décision relative à la demande d'injonction de témoigner, que « [L]es fonctionnaires ne bénéficiaient d'aucune immunité à l'égard d'une injonction de comparaître, même lorsque l'objet de leur témoignage avait été obtenu dans le cadre de leurs fonctions officielles » (affaire n° ICTR-98-41-T, Chambre de première instance, décision relative à la demande d'injonction décernée au major Jacques Biot, 14 juillet 2006).

⁹⁸ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 153.

⁹⁹ « [L]es fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger » [*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), p. 22, par. 54].

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 20 et 21, par. 51. Cette disposition se retrouve également dans la décision de la Cour en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt (voir *supra* la note 40), p. 236 et 237, par. 170. La Cour n'y parle pas de la « juridiction des autres États », mais de la juridiction « dans » les autres États.

La question de l'immunité des représentants de l'État en déplacement à l'étranger a également été évoquée par les parties dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*¹⁰¹, ainsi que dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*¹⁰². En ce qui concerne les circonstances des deux affaires, cette position était claire. Cela étant, dans quelle mesure, sur le principe, est-il exact d'affirmer que l'immunité ne s'applique que lorsque le fonctionnaire se trouve à l'étranger ?

53. Certes, dans le cas d'agents publics représentant l'État dans les relations internationales, il importe que l'État étranger ne puisse entraver l'exercice de cette fonction spécifique. C'est pourquoi l'immunité est particulièrement importante lorsque le représentant de l'État se trouve à l'étranger. Qui plus est, c'est lorsqu'il se trouve hors de son propre État qu'il est le plus vulnérable, pouvant faire l'objet de mesures de procédure pénale de la part d'un État étranger. Néanmoins, il apparaît que l'immunité de juridiction étrangère s'applique également lorsque le fonctionnaire se trouve sur le territoire de l'État au service duquel il est ou a été affecté. Il ressort de ce qui précède que l'immunité est une protection procédurale, fondée sur la souveraineté de l'État, contre les mesures de procédure pénale d'un État étranger imposant à son représentant une quelconque obligation. D'un point de vue juridique, on ne comprend pas très bien pourquoi cette protection prend effet lorsque le représentant de l'État se trouve à l'étranger. L'immunité, en tant que norme de droit, comprend l'obligation pour l'État du for de renoncer à (et, éventuellement, d'empêcher) l'adoption de mesures de procédure pénale, qui empêcheraient le représentant de l'État de s'acquitter de ses fonctions officielles en lui imposant une obligation. On voit mal pourquoi cette obligation ne prend effet ou ne peut être considérée comme violée que lorsque ce dernier se trouve hors des frontières du territoire de son propre État. Par ailleurs, les agents publics qui ne représentent pas leur État dans les relations internationales, ou exercent des fonctions ne concernant pas ce type de représentation, sont aussi couverts par l'immunité. Ainsi, un procureur, juge ou autre agent public exerçant uniquement des fonctions « internes » ne jouit-il pas, lorsqu'il se trouve sur le territoire de son propre État, de la même immunité *ratione materiae* à l'égard d'un mandat d'arrêt émis par un État étranger ou d'une convocation à témoigner dans une affaire pénale, que celle dont il bénéficierait s'il se trouvait à l'étranger ? Il semble que les mesures de procédure pénale qui imposent une obligation à un agent public étranger portent atteinte à l'immunité dont il jouit et, partant, à la souveraineté de l'État qu'il représente, que cet agent se trouve à l'étranger ou sur le territoire de son propre État. L'obligation de ne pas prendre de telles mesures à l'encontre d'un agent public étranger est violée dès qu'une mesure de ce type est adoptée, et non uniquement lorsque l'agent à l'encontre duquel elle est prise se trouve à l'étranger. Il est par conséquent

justifié de poser la question de l'abrogation d'une telle mesure, au lieu de sa suspension pour la durée du séjour de l'agent public à l'étranger (ce qui serait plus logique, si cette mesure ne portait atteinte à son immunité que pendant la période de son séjour à l'étranger)¹⁰³.

F. Existe-t-il des exceptions à la règle consacrant l'immunité ?¹⁰⁴

1. CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

54. Tout d'abord, les exceptions à l'immunité envisagées sont celles qui sont fondées sur le droit international coutumier. En effet, il ne fait aucun doute que la levée ou l'exclusion de l'immunité peuvent être obtenues par la conclusion d'un accord international. Comme il est précisé plus haut, la règle consacrant l'immunité relève du droit international coutumier commun. Il convient donc de s'appuyer sur la pratique et l'*opinio juris* des États pour prouver la validité de la thèse selon laquelle il existe des exceptions à cette règle en droit international coutumier, autrement dit pour démontrer qu'une ou plusieurs normes de droit international coutumier en la matière existent ou tendent au moins à s'établir. En outre, le Rapporteur spécial part du principe que les exceptions à la règle de l'immunité ne sont pas synonymes d'absence normale d'immunité. Par exemple, le fait que l'ensemble des représentants de l'État qui ne jouissent pas de l'immunité *ratione personae* (soit la majorité écrasante des représentants et anciens représentants de l'État) ne sont pas couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère pour des infractions qu'ils ont commises alors qu'ils agissaient à titre privé est normal et ne saurait constituer une exception à la règle. Ainsi, si l'on sait (s'il est prouvé) qu'en accomplissant des actes criminels un ancien représentant de l'État agissait à titre privé, la non-immunité va de soi et ne nécessite aucune preuve. En ce qui nous concerne ici, la notion d'exception à l'immunité renvoie à l'annulation, dans certaines circonstances, de l'immunité qui couvre en règle générale un représentant de l'État. À titre d'exemple, les représentants de l'État jouissent en règle générale de l'immunité pour les infractions qu'ils peuvent avoir commises dans l'exercice de leurs fonctions officielles ; certains estiment toutefois qu'il ne saurait y avoir d'immunité de juridiction étrangère pour des infractions particulièrement graves et constitutives de crimes au regard du droit international. Dans le présent rapport, ce type de situation est considéré comme une exception à l'immunité.

¹⁰³ Lors de l'examen de cette question à la soixantième session de la Commission du droit international, en 2008, M. Gaja a abordé un point touchant à l'immunité des agents publics à l'égard de la juridiction d'États tiers, espérant que la question serait examinée dans son prochain rapport (*Annuaire... 2008*, vol. I, 2983^e séance, p. 201, par. 35). Le Rapporteur spécial n'est pour l'heure pas convaincu de la nécessité d'étudier séparément la question, car il ne voit pas – du moins pour le moment – de raison de supposer que l'immunité (le champ d'application de l'immunité) serait liée à la question de savoir si un agent public étranger se trouve sur le territoire de son propre État ou sur celui d'un État tiers. Il conviendrait plutôt d'examiner plus en détail le point de savoir si l'immunité est fonction du lieu où se trouve l'agent (ou de la commission par lui d'une infraction présumée) sur le territoire de l'État du for exerçant sa juridiction pénale. Cette question sera examinée plus avant.

¹⁰⁴ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 141 à 153 et 180 à 212.

¹⁰¹ Voir, par exemple, le mémoire présenté par la République démocratique du Congo.

¹⁰² Voir, par exemple, le paragraphe 164 de l'arrêt (voir *supra* la note 40), et les paragraphes 4.21 et 4.34 du contre-mémoire présenté par la France.

55. La question des exceptions à la règle de l'immunité se pose principalement pour les représentants et anciens représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione materiae*. L'opinion qui prédomine est que, au moins en ce qui concerne les hauts représentants de l'État – chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères – qui sont en exercice, l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère n'est pas susceptible d'exceptions. L'immunité *ratione personae*, dite absolue, qui ne peut en aucun cas être levée, a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et de *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*¹⁰⁵, dans les décisions de tribunaux nationaux¹⁰⁶ et dans les résolutions de l'Institut de droit international¹⁰⁷. C'est le point de vue qui prévaut également dans la doctrine¹⁰⁸. Comme le fait remarquer Frulli, «la pratique des États montre invariablement qu'il est impossible de déroger aux règles concernant les immunités personnelles au niveau national¹⁰⁹». Selon une autre opinion, la règle

¹⁰⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), par. 51, 54, 56 et 58; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt (voir *supra* la note 40), par. 170 et 174.

¹⁰⁶ France, Cour de cassation, chambre criminelle, *Kadhafi, Bulletin criminel*, n° 64 (2001), p. 218; Belgique, Cour de cassation, *H.S.A. et al. v. S.A. et al. (Ariel Sharon et al.)*, arrêt du 12 février 2003, ILM, vol. 42, n° 3 (2003), p. 601; États-Unis, cour d'appel du septième circuit, *Wei Ye and others v. Jiang Zemin and others*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944, arrêt du 8 septembre 2004; États-Unis, cour d'appel du deuxième circuit, *Adella Chiminya Tachiona v. United States of America (affaire Mugabe)*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879, arrêt du 6 octobre 2004; Autriche, Cour suprême, *Anita W. v. Johannes (Hans) Adam, Fürst von Liechtenstein*, 70b316/00x, arrêt du 14 février 2001; Royaume-Uni, Cour d'appel, *Ronald Grant Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) and others*, EWCA Civ 1394, arrêt du 28 octobre 2004; Royaume-Uni, Chambre des lords, *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)*, [2006] UKHL 26, arrêt du 14 juin 2006; Royaume-Uni, cour de district, *Tatchell v. Mugabe*, arrêt du 14 janvier 2004, et *Application for Arrest Warrant against general Shaul Mofaz*, arrêt du 12 février 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n° 3 (juillet 2004), respectivement p. 769 et p. 771. Les procédures pour traduire Fidel Castro devant la justice pénale en Espagne et en Belgique ont également été suspendues lorsque son immunité a été confirmée (www.trial-ch.org).

¹⁰⁷ «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», art. 2: «En matière pénale, le chef d'État bénéficie de l'immunité de juridiction devant le tribunal d'un État étranger pour toute infraction qu'il aurait pu commettre, quelle qu'en soit la gravité» (il s'agit en l'occurrence du chef d'État en exercice); et «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», art. III, par. 1: «Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux» (il s'agit en l'occurrence de l'immunité de personnes agissant pour le compte d'un État).

¹⁰⁸ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 137, et deuxième note de ce paragraphe. Selon Hamida, Sein et Kadouf, «même lorsqu'il a commis un crime de droit international alors qu'il était en exercice, un représentant de l'État peut jouir de l'immunité *ratione personae* (immunité personnelle ou statutaire) [...], conserve son inviolabilité et demeure à l'abri des poursuites pendant toute la durée de son mandat» («Immunity versus international crimes: the impact of Pinochet and Arrest Warrant cases», p. 511). Parlett considère que «[n]ul ne conteste que, pour les cas de torture, l'immunité s'applique dans les procédures engagées contre les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*» («Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», p. 60).

¹⁰⁹ Frulli, «Immunities of persons from jurisdiction», p. 369.

de l'immunité *ratione personae* doit être susceptible d'exceptions¹¹⁰. Cette thèse, qui a la faveur d'un certain nombre d'auteurs¹¹¹, a par exemple été défendue par la Belgique devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹¹². Elle a été soutenue dans les opinions dissidentes des juges en désaccord avec la décision adoptée à une grande majorité par la Cour¹¹³, puis reprise dans une certaine mesure dans l'opinion individuelle commune rédigée par trois juges dans cette affaire¹¹⁴.

2. FONDEMENTS DES EXCEPTIONS À L'IMMUNITÉ

56. Les exceptions à l'immunité sont tout particulièrement nécessaires parce qu'il est impératif de défendre les droits de l'homme contre les violations les plus graves et massives et de lutter contre l'impunité. Le fait est ici qu'il est nécessaire de défendre les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble et que, eu égard à ces intérêts et à la nécessité de lutter contre les crimes internationaux les plus graves, la responsabilité pénale de ceux qui les ont commis, lesquels sont le plus souvent des représentants de l'État, doit en conséquence

¹¹⁰ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 151; le cinquième des Principes de Princeton sur la compétence universelle («la qualité officielle d'un accusé, qu'il s'agisse d'un chef d'État ou de gouvernement ou d'un haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un facteur d'atténuation de la peine») a donné lieu au commentaire suivant: «Une immunité substantielle de poursuites exonérerait de toute responsabilité pénale les chefs d'État, les diplomates et d'autres fonctionnaires auteurs de crimes graves au regard du droit international lorsqu'ils ont commis ces crimes dans l'exercice de leurs fonctions. Le cinquième principe rejette cette immunité substantielle» (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, p. 48). Il est observé plus loin que ce précepte ne s'applique pas à l'immunité «procédurale», qui continue de protéger les chefs d'État ou les autres représentants de l'État tant qu'ils sont en exercice: «Aux termes du droit international en vigueur, tant qu'ils sont en exercice, les chefs d'État en fonction, les diplomates accrédités et d'autres fonctionnaires ne peuvent faire l'objet de poursuites pour des actes commis en leur qualité officielle» (*ibid.*, p. 49).

¹¹¹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 151.

¹¹² Dans son contre-mémoire du 28 septembre 2001, la Belgique précise notamment que «ce ne sont pas les sources internationales qui manquent pour démontrer qu'un chef d'État ou un membre de son gouvernement ne bénéficient pas de l'immunité lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes de droit international humanitaire» (par. 3.5.13). Voir également *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique)*, arrêt (note 35 *supra*), p. 23, par. 56.

¹¹³ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 149. Dans l'opinion dissidente qu'il a rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique)*, le juge Al-Khasawneh a fait la remarque suivante: «On peut arguer que la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *ius cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir» [arrêt (voir *supra* la note 35), p. 98, par. 7]. La juge Van den Wyngaert a elle aussi pris fermement position, affirmant que «l'immunité ne devrait jamais s'appliquer aux crimes au regard du droit international, que ce soit devant des juridictions internationales ou nationales» (*ibid.*, p. 161, par. 36).

¹¹⁴ Dans leur opinion individuelle commune, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal expriment leurs doutes quant aux cas de non-immunité que la Cour énumère au paragraphe 61 de son arrêt, regrettant en particulier que «[l]a seule alternative crédible semble donc être la possibilité d'engager une procédure devant un tribunal étranger après que la personne soupçonnée cesse d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères» (*ibid.*, p. 86, par. 78).

être mise en jeu dans tout État compétent¹¹⁵. À cette fin, il est donc nécessaire que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État soit susceptible d'exceptions. Les exceptions à l'immunité des représentants en exercice et anciens représentants de l'État, qui jouissent de l'immunité *ratione materiae*, sont fondées sur des arguments divers, dont les principaux sont exposés ci-après. Premièrement, comme il a déjà été observé, certains sont d'avis que les actes criminels les plus graves au regard du droit international qui ont été commis par des représentants de l'État ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel¹¹⁶. Deuxièmement, des auteurs estiment que, étant donné qu'un crime international commis à titre officiel par un représentant de l'État est imputable non seulement à l'État concerné mais également au représentant lui-même, ce dernier n'est pas couvert par l'immunité *ratione materiae* dans une procédure pénale¹¹⁷. Troisièmement, d'autres affirment que les normes impératives du droit international, qui interdisent et criminalisent certains actes, priment la norme relative à l'immunité et l'annulent en cas de crimes de ce type¹¹⁸. Quatrièmement, l'opinion est avancée qu'une norme de droit coutumier s'est formée au plan international, selon laquelle l'immunité *ratione materiae* cesse de s'appliquer aux représentants de l'État lorsqu'ils ont commis un crime grave au regard du droit international¹¹⁹. Cinquièmement, certains établissent un lien entre l'exercice de la compétence universelle pour les crimes les plus graves et l'inapplicabilité de l'immunité en cas de crimes de ce type¹²⁰. Sixièmement, d'autres enfin

voient un lien analogue entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et l'inapplicabilité de l'immunité pour les infractions soumises à cette obligation¹²¹. Tous ces arguments en faveur d'exceptions à l'immunité sont plus ou moins étroitement liés.

57. L'idée s'est assez largement répandue que les crimes les plus graves au regard du droit international¹²² ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, et que l'immunité *ratione materiae* n'offre donc aucune protection contre l'exercice de la juridiction pénale étrangère pour ce type de crimes¹²³. En conséquence, si l'on adopte ce point de vue, l'immunité ne protège de la juridiction pénale étrangère que les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*, autrement dit la « triade », et éventuellement certains autres hauts fonctionnaires pendant la durée de leur mandat. Ainsi, les autres représentants de l'État en exercice et tous ceux qui ont cessé d'exercer leurs fonctions, y compris la « triade », sont soumis à la juridiction pénale étrangère lorsqu'ils ont commis un tel crime. C'est d'ailleurs ainsi que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* peut être interprétée. Dans son énumération des circonstances dans lesquelles l'immunité ne peut faire obstacle à l'exercice de la juridiction pénale étrangère, la Cour a en effet notamment indiqué qu'

[à] condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'*au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé*¹²⁴.

Cette affirmation a permis à trois juges globalement favorables à la décision de la Cour de souligner, dans leur opinion individuelle commune, que l'immunité ne protège un ministre des affaires étrangères après qu'il a quitté sa charge que pour les actes qu'il a commis à titre officiel, et de préciser plus loin :

On affirme maintenant de plus en plus en doctrine [...] que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques

(Association de droit international, « Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences », p. 14).

¹²¹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), note du paragraphe 10 e et du paragraphe 205.

¹²² Si l'on ne peut guère parler d'une liste universellement admise des actes que les tenants de cette thèse comptent comme crimes ne pouvant être considérés comme des actes officiels, l'opinion générale est qu'entrent dans cette catégorie les crimes qui sont du ressort de la Cour pénale internationale, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression. Comme Verhoeven l'a fait remarquer dans Institut de droit international, « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », « [I]a difficulté reste de s'entendre sur les crimes qui autorisent une dérogation à l'immunité. La Commission a préféré demeurer sur ce point relativement vague. Ces crimes sont certainement ceux qui sont visés par le Statut de la Cour pénale internationale (agression, crime de guerre, génocide, crime contre l'humanité) » (p. 594 et 595). « La Commission n'a pas souhaité reprendre à son compte une définition de ces crimes de manière à laisser la porte ouverte à des évolutions qui permettraient de considérer comme des crimes graves de droit international des infractions qui ne rentrent pas à l'heure actuelle dans la compétence des tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale » (p. 614 et 615).

¹²³ Voir *supra* la note 116.

¹²⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), p. 25, par. 61.

¹¹⁵ Voir, par exemple, O'Donnell [« Certain criminal proceedings in France (*Republic of Congo v. France*) and Head of State immunity », p. 416] : « Au moment où le mandat d'un chef d'État prend fin, [...] l'État devrait pouvoir mettre en œuvre sa responsabilité au titre des crimes de droit international qu'il aurait commis. Il importe que les victimes de violations des droits de l'homme obtiennent réparation. En principe, le fait de savoir qu'ils perdront le bénéfice de l'immunité à l'issue de leur mandat aura sur les chefs d'État en exercice un effet suffisamment dissuasif pour qu'ils s'abstiennent de commettre des crimes de droit international. »

¹¹⁶ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 191 et 192. Voir également *supra* la note 71.

¹¹⁷ Par exemple, quatre organisations non gouvernementales – Redress Trust, Amnesty International, Interights et Justice – défendent cette position dans leurs observations écrites adressées en 2010 à la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Jones c. Royaume-Uni*, requête n° 34356/06, et *Mitchell et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 40528/06 (document disponible à l'adresse suivante : www.interights.org/jones, par. 10 à 17).

¹¹⁸ Cette approche, fondée sur la théorie de la « hiérarchie normative », part du principe que les normes interdisant la torture et autres actes sont des normes de *ius cogens*, tandis que l'immunité de l'État et de ses représentants est dénuée de caractère impératif. Voir, par exemple, Bassiouni, « Searching for peace and achieving justice: the need for accountability », p. 56 (« Les crimes contre l'humanité, le génocide, les crimes de guerre [...] et la torture constituent des crimes de droit international qui ont acquis rang de *ius cogens*. D'où les devoirs ci-après : obligation d'extrader ou de poursuivre, [...] de façon à supprimer l'immunité dont jouissent les hauts fonctionnaires, chefs d'État compris »).

¹¹⁹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 197 à 204.

¹²⁰ Voir le principe 5 des Principes de Princeton sur la compétence universelle (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, p. 48). « De fait, il semblerait que la notion d'immunité de responsabilité pénale pour les crimes de droit international commis à titre officiel par des hauts fonctionnaires en exercice ou d'anciens hauts fonctionnaires est fondamentalement incompatible avec l'affirmation selon laquelle les violations flagrantes des droits de l'homme relèvent de la compétence universelle »

normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) peut exercer. [...] Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des États, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires¹²⁵.

58. Avant la décision rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, cette idée avait déjà été formulée au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord par Lord Steyn et Lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n° 1) [*Pinochet n° 1*], et par Lord Hutton et Lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n° 3) [*Pinochet n° 3*]¹²⁶. En outre, aux Pays-Bas, la

¹²⁵ Ibid., opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 88, par. 85. Les juges se réfèrent à l'article d'Andrea Bianchi, « Denying State immunity to violators of human rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227 et 228, à l'arrêt de la Cour suprême israélienne dans l'affaire *Eichmann*, Cour suprême, arrêt du 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312, et à l'arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2). Ils mentionnent également les opinions des juges des tribunaux nationaux du Royaume-Uni dans les affaires *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n° 1) [*Pinochet n° 1*] et *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n° 3) [*Pinochet n° 3*] (Lord Steyn et Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hutton et Lord Phillips of Worth Matravers, respectivement). Voir également ILM, vol. 38, n° 3 (mai 1999), p. 581.

¹²⁶ Lord Steyn : « Il est donc clair que l'immunité statutaire reconnue à un ancien chef d'État n'est pas absolue. Elle nécessite la réunion de deux conditions, à savoir : 1) le défendeur doit être un ancien chef d'État (*ratione personae* selon le droit international), et 2) il doit être inculpé d'actes officiels commis alors qu'il exerçait ses fonctions de chef d'État (*ratione materiae*). S'agissant de la seconde condition, le fait qu'il s'agisse d'actes officiels ne suffit pas : ceux-ci doivent également avoir été accomplis par le défendeur dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État. [...] [L]'évolution du droit international depuis la Deuxième Guerre mondiale permet de conclure qu'à l'époque du coup d'État de 1973 et certainement depuis lors, le génocide, la torture, la prise d'otages et les crimes contre l'humanité (pendant un conflit armé ou en temps de paix) étaient condamnés par le droit international en tant que crimes de droit international punissables. Au stade de l'évolution du droit international, il me semble difficile de soutenir que des crimes graves de ce type puissent être assimilés à des actes accomplis dans l'exercice des fonctions de chef d'État » (*Pinochet n° 1*).

Lord Nicholls of Birkenhead : « À mon sens, le paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention de Vienne [sur les relations diplomatiques], tel que modifié et appliqué aux anciens chefs d'État en vertu de la section 20 de la loi de 1978, tend à reconnaître l'immunité au titre d'actes accomplis dans l'exercice de fonctions que le droit international reconnaît être celles d'un chef d'État, quelles que soient les dispositions de la constitution nationale dudit État. [...] Le droit international ne requiert pas l'octroi d'une immunité plus étendue. Il va sans dire que le fait de soumettre à la torture ses propres citoyens ou des étrangers ne serait pas considéré par le droit international comme relevant des fonctions de chef d'État. [...] [L]e droit international a clairement établi que certains comportements, notamment la torture et la prise d'otages, sont inadmissibles, quel qu'en soit l'auteur. Ce principe s'applique tout autant, voire davantage, aux chefs d'État qu'au reste de la population ; soutenir le contraire reviendrait à vider le droit international de tout son sens » (ibid.).

Lord Hutton : « En conséquence, eu égard aux dispositions de la Convention contre la torture [et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants], j'estime que ni le sénateur Pinochet ni le Chili ne peuvent prétendre que les actes de torture commis après le 29 septembre 1988 relevaient des fonctions de chef d'État. Si les actes de torture reprochés au sénateur Pinochet ont été commis sous le couvert de sa qualité de chef d'État, ils ne peuvent toutefois pas être considérés comme relevant des fonctions de chef d'État au regard du

cour d'appel d'Amsterdam a précisé, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2000 dans l'affaire *Bouterse*, que la commission de très graves infractions pénales de cette nature ne pouvait être regardée comme relevant des fonctions officielles du chef d'État¹²⁷.

59. Il n'en reste pas moins que, comme constaté dans le memorandum du Secrétariat, cette idée a été critiquée tant par les tribunaux nationaux que par la doctrine¹²⁸. Lord Goff of Chieveley a notamment déclaré dans l'affaire *Pinochet n° 3* qu'un acte commis à titre non privé par un chef d'État ne saurait perdre son caractère d'« acte de gouvernement » du fait de son caractère illicite, et ce, quelle que soit la nature des crimes en question¹²⁹. L'arrêt rendu dans l'affaire *Bouterse*, évoqué plus haut, a été accueilli avec scepticisme par certains spécialistes¹³⁰. Dans l'opinion dissidente qu'elle a rendue dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la juge ad hoc Van den Wyngaert, tout en reprochant à la Cour internationale de Justice d'avoir considéré, dans son énumération des restrictions à l'immunité, que l'immunité d'un ancien ministre des affaires étrangères ne pouvait être levée au titre d'actes commis alors qu'il était en exercice que si ceux-ci l'avaient été à titre privé, a fait observer que, dans son arrêt, la Cour

aurait pu – et aurait même dû – ajouter que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne tombent jamais dans cette catégorie.

droit international, ce dernier interdisant expressément l'usage de la torture par un État en toutes circonstances et l'ayant érigé en crime de droit international. [...] J'en conclus que le sénateur Pinochet ne peut bénéficier de l'immunité, car la commission d'actes de torture n'entre pas dans les fonctions d'un chef d'État et, par conséquent, l'immunité qui peut lui être reconnue en l'occurrence en tant qu'ancien chef d'État ne s'applique pas pour les actes de torture » (*Pinochet n° 3*).

Lord Phillips of Worth Matravers : « Même si la section III de la loi de 1978 stipule qu'un ancien chef d'État bénéficie de l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles, je ne crois pas que ces fonctions puissent, s'il l'on interprète la loi, englober des actes qui sont interdits car considérés comme criminels au regard du droit international » (ibid.).

¹²⁷ Voir le memorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 191 et sa dernière note. L'ancien dirigeant du Suriname a été inculpé pour le meurtre avec torture de 15 hommes en décembre 1982. Voir le memorandum de Zegveld sur cette affaire, « *The Bouterse case* ».

¹²⁸ Voir, dans le memorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 192 et ses notes, la liste des décisions rendues par des tribunaux nationaux. Voir également Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials*..., p. 286 et suiv.

¹²⁹ Lord Goff of Chieveley : « Les fonctions d'un chef d'État, par exemple, constituent, contrairement aux actes accomplis à titre privé, des fonctions gouvernementales ; et un acte criminel commis à titre non privé par un chef d'État n'en demeure pas moins un acte de gouvernement. Ce principe s'applique aussi bien pour un crime grave, tel qu'un meurtre ou un acte de torture, que pour un délit moindre » (*Pinochet n° 3*). Lord Slynn of Hadley, dans l'affaire *Pinochet n° 1*, a également observé qu'« à n'en point douter, le droit international ne reconnaît pas la commission d'actes de torture ou de génocide comme faisant partie des fonctions spécifiques d'un chef d'État. Néanmoins, le fait qu'un chef d'État commette un acte illicite dans l'exercice d'autres fonctions ne signifie pas qu'il n'est plus considéré comme s'acquittant d'une de ses fonctions. Si tel était le cas, l'immunité en matière d'actes criminels serait vidée d'une bonne part de son sens. J'estime donc qu'il ne convient pas d'établir à cette fin une distinction entre les infractions en fonction de leur caractère criminel et immoral ».

¹³⁰ Selon Zegveld (« *The Bouterse case* », p. 115), « aucun ordre donné à ses subordonnés par un chef d'État en sa qualité de commandant des forces armées ne peut être qualifié de "non officiel". La décision de la cour d'appel d'Amsterdam, qui établit que les meurtres de décembre sont des actes "non officiels" et qu'ils échappent en conséquence à l'immunité, devrait donc être rejetée ».

Certains crimes de droit international (par exemple certains actes de génocide et d'agression) ne peuvent être commis, pour des raisons d'ordre pratique, qu'avec des moyens dont seul un État peut disposer et dans le cadre d'une politique adoptée par lui – en d'autres termes, vus sous cet angle, ces actes ne peuvent être que des actes « officiels »¹³¹.

Ainsi que même ses détracteurs le reconnaissent, l'idée selon laquelle l'immunité fonctionnelle de représentants d'États étrangers protège les actes des États dont ils sont les agents « est de plus en plus prégnante dans la réflexion judiciaire et universitaire »¹³².

60. Certains estiment en outre que si les crimes de droit international commis par un représentant ou ancien représentant de l'État ne sont pas considérés comme des actes imputables à l'État dont cette personne est ou a été un agent, on ne pourra pas parler de responsabilité juridique internationale de cet État au titre de ces actes¹³³. Bien que logique, voire pertinent, cet argument s'appuie davantage sur des considérations pragmatiques que sur des bases juridiques.

61. Si l'on envisage la situation d'un point de vue strictement juridique, les considérations ci-après s'imposent d'elles-mêmes. On ne voit pas bien pour quelle raison la gravité d'un acte criminel entraînerait un changement d'imputation tant aux fins de la responsabilité qu'aux fins de l'immunité. Si les actes illicites commis à titre officiel par un représentant de l'État sont généralement imputés à l'État et continuent d'être considérés comme actes de l'État, et donc comme actes officiels, pourquoi les plus graves d'entre eux cesseraient-ils d'être imputés à l'État et perdraient-ils leur caractère officiel? Et, par conséquent, pour quelle raison la gravité d'un acte supposément commis par un représentant d'un État étranger devrait invalider le principe de l'égalité souveraine des États, duquel procède l'immunité *ratione materiae* reconnue au représentant de l'État étranger? Certes, il arrive que des crimes internationaux graves soient commis par des personnes qui ne sont pas les agents d'un État (mais représentent par exemple une partie non gouvernementale dans un conflit armé non international). Toutefois, dans ces situations, la question de l'immunité ne se pose même pas. Elle ne se pose que dans le cas des représentants d'un État. D'ailleurs, ceux-ci ne peuvent en règle générale commettre des actes illicites de grande envergure que parce qu'ils sont soutenus par l'État, agissant en son nom, faisant appel à son appareil répressif, donnant des ordres, etc. Ainsi, affirmer que ces actes ont été accomplis à titre privé et non officiel revient, semble-t-il, à tenter, de manière artificielle et sans véritable fondement juridique, de contourner l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

¹³¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), p. 161, par. 36.

¹³² Voir, par exemple, Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials...*, p. 303 et 304. L'auteur n'est toutefois pas tenant de cette thèse.

¹³³ Voir, par exemple, Koller, « Immunities of foreign ministers... », p. 29 : « Tout d'abord, les actes de ce type constituent assez fréquemment des actes officiels en ce sens que les agents de l'État les accomplissent au nom de l'État. [...] Deuxièmement, cette fiction juridique aurait pour effet d'éliminer la responsabilité de l'État, étant donné qu'un acte, dès lors qu'il est accompli ès qualités, n'est plus imputable à l'État. » Voir également Wirth, « Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in *Congo v. Belgium case* », p. 891.

62. Un autre fondement est que l'immunité *ratione materiae* n'est pas recevable du fait qu'un acte criminel commis par un représentant de l'État est imputé non seulement à l'État concerné mais également au représentant lui-même¹³⁴. On peut noter à cet égard que le rapport préliminaire précise que le fait qu'un acte illicite accompli par un représentant de l'État agissant à titre officiel soit imputé à l'État n'exclut pas qu'il soit également imputé au représentant lui-même¹³⁵. Cet acte n'en conserve pas moins son caractère officiel. On ne voit donc pas bien pourquoi un représentant de l'État devrait être privé de l'immunité *ratione materiae*, qui est par définition l'immunité de l'État, lorsqu'il a commis un acte qui n'est pas seulement contraire au droit mais constitue un crime au regard du droit international¹³⁶.

63. Ce qui justifie aussi la non-immunité *ratione materiae* des représentants en exercice et ex-représentants d'un État qui ont commis des crimes de droit international graves, c'est l'idée que ces violations graves des droits de l'homme sont criminalisées et interdites par les normes impératives du droit international commun. Dès lors, selon les tenants de ce point de vue, ces normes de *jus cogens* l'emportent sur la norme supplétive d'immunité *ratione materiae*¹³⁷. C'est notamment cette position qu'a adoptée la minorité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani*¹³⁸. Dans l'opinion dissidente des juges Rozakis et Cafisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić, il est dit en particulier que

[...] la norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des États étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des États se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique. De même, on ne peut invoquer le droit national, censé donner effet sur le plan interne aux règles internationales en matière d'immunité des États, pour l'ériger en obstacle à la compétence; on doit au contraire l'interpréter dans les limites et à la lumière des principes impératifs du *jus cogens*¹³⁹.

C'est à peu près ce que disait Lord Millett dans l'affaire *Pinochet n° 3*¹⁴⁰. Dans l'affaire *Ferrini*, la Cour de cassation italienne a indiqué que le fait d'avoir commis des crimes internationaux constituait une violation grave des droits fondamentaux de l'homme et des valeurs

¹³⁴ Voir *supra* la note 117.

¹³⁵ Voir le paragraphe 89 du rapport préliminaire (note 4 *supra*).

¹³⁶ En principe, si l'on suit la logique des tenants de cette thèse, l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État devrait non seulement être inapplicable en cas de crimes de droit international mais tout bonnement ne pas exister, étant donné que tout acte illicite (et pas seulement tout acte grave) commis à titre officiel par un représentant de l'État peut être imputé non seulement à l'État mais aussi au représentant lui-même.

¹³⁷ Bien que l'immunité découle du principe d'égalité souveraine des États, qui est un des principes fondamentaux du droit international, il semblerait que l'on puisse effectivement considérer la norme de l'immunité comme norme supplétive, dont les États peuvent s'écarter s'ils en décident ainsi.

¹³⁸ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

¹³⁹ *Ibid.*, opinion dissidente commune à MM. les juges Rozakis et Cafisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et M^{me} Vajić, juges, par. 3.

¹⁴⁰ Lord Millett : « La communauté internationale avait créé une infraction pour laquelle il ne pouvait pas y avoir d'immunité *ratione materiae*. Le droit international ne peut être censé avoir défini un crime qui relève du *jus cogens* et en même temps avoir prévu une immunité qui couvre le même champ que l'obligation qu'il cherche à imposer. »

universelles de la communauté internationale, et que ces valeurs étaient protégées par les normes impératives du droit international, ce qui avait pour conséquence que les tribunaux nationaux jouissaient d'une compétence civile et pénale universelle pour en connaître et que ces normes primaient sur le principe d'immunité¹⁴¹. Dans l'affaire *Lozano*, qui portait surtout sur la question de l'immunité de juridiction pénale italienne d'un militaire américain en relation avec un crime qui aurait été commis en Iraq, la Cour de cassation a indiqué que, «selon une règle coutumière qui semble se dégager, l'immunité d'un État ne couvre pas des actes constitutifs de crimes aux termes du droit international. L'explication de cette exception d'immunité est que, en cas de conflit entre les règles d'immunité et les règles définissant les crimes internationaux, ces dernières, étant des règles de *jus cogens*, doivent prévaloir¹⁴²». Ce point de vue existe dans la doctrine¹⁴³, et le juge Al-Kasawneh s'en est prévalu dans

¹⁴¹ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, Cour de cassation, n° 5044, arrêt du 11 mars 2004, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 82, n° 2 (2004), p. 546 et 547, par. 9 et 9.1. Dans cette affaire, comme dans l'affaire *Al-Adsani* devant la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agissait de l'immunité de l'État et non de ses représentants. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a également examiné les décisions de certains autres tribunaux nationaux dans des affaires criminelles concernant des représentants de l'État étrangers et a estimé qu'il en ressortait que l'immunité fonctionnelle de ces personnes ne pouvait être invoquée si elles étaient accusées de crimes internationaux. Cet avis de la Cour de cassation italienne a trouvé un développement avec sa décision dans l'affaire civile *Milde* [arrêt du 13 janvier 2009, n° 1072, *ibid.*, vol. 92, n° 2 (2009), p. 618]. Voir également le commentaire de Francesco Moneta, «State immunity for international crimes: the case of Germany versus Italy before the ICJ», disponible à l'adresse suivante: www.haguejusticeportal.net. Voir également l'affaire *Préfecture de Voïotia c. République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême de Grèce, n° 11/2000, 4 mai 2000 (AJIL, vol. 95, p. 198). Selon l'opinion de Lord Bingham of Cornhill, «[L]a décision dans l'affaire *Ferrini* ne peut [...] être comprise comme une déclaration de droit international précise au sens où on l'entend généralement» [affaire *Jones* (voir *supra* la note 106), par. 22].

¹⁴² *Lozano c. Italie*, n° 31171/2008, jugement d'appel. Dans cette décision, la Cour de cassation, en dépit de ce qui avait été dit, a reconnu que les tribunaux italiens ne pouvaient connaître du crime qu'aurait commis Lozano dans la mesure où ce n'était pas un crime de guerre et que, par conséquent, il n'entraînait pas l'exception en question, un militaire étranger jouissant de l'immunité *ratione materiae* dont jouissent aussi, conformément au droit international coutumier, les agents d'un État. En ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, il est considéré que selon une règle bien établie du droit international coutumier, qui était universellement acceptée à la fois dans la littérature juridique généralement admise et dans la jurisprudence nationale et internationale, [...] les *acta iure imperii* commis par des agents d'un État dans l'exercice de leurs fonctions étaient couverts par l'immunité et ne pouvaient donc pas être soumis à la juridiction civile ou pénale d'un État étranger. La règle de l'immunité *ratione materiae*, qui devait être distinguée de la règle de l'immunité *ratione personae* dont jouissent certains représentants de l'État, était simplement un corollaire de la règle internationale coutumière établissant l'immunité d'un État de la juridiction d'un État étranger s'agissant des *acta iure imperii* de ses agents. Étant donné que chaque État souverain était libre de déterminer sa structure interne et de désigner les particuliers appelés à être ses agents, il s'ensuivait que les actes accomplis par des agents de l'État revenaient à l'exercice de fonctions étatiques et devaient donc être attribués à l'État. Par conséquent, seul l'État pouvait être tenu responsable de pareils actes [voir *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 1085 (IT 2008)].

¹⁴³ Voir, par exemple, Taylor: «Dès lors que la torture viole les normes de *jus cogens*, on peut penser qu'elle lève l'immunité. Les normes de *jus cogens* sont les règles de conduite acceptées sur le plan international pour les États souverains. Elles sont en droit international d'une importance éminente. L'immunité souveraine, d'autre part, découle du droit international coutumier et n'est pas une norme de *jus cogens*. L'immunité souveraine peut donc ne pas pouvoir être invoquée par les violateurs du *jus cogens* – en effet, les violations

son opinion dissidente dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁴⁴.

64. Dans les affaires *Al-Adsani* et *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹⁴⁵ devant la Cour européenne des droits de l'homme, la majorité des juges se sont cependant déclarés en désaccord avec ce point de vue. Dans l'appréciation de la Cour dans l'affaire *Al-Adsani*, il était dit à cet égard:

Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture¹⁴⁶.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire a trouvé un appui dans la doctrine¹⁴⁷. En même temps, il faut savoir que, dans les affaires susmentionnées, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie de la question de l'immunité de l'État d'une action civile et non pas de l'immunité des agents de cet État d'une juridiction pénale étrangère. Dans le mémorandum du Secrétariat, il est dit qu'

[i] peut en effet ne pas sembler évident qu'une règle de droit international érigeant certains comportements en infraction soit incompatible avec une règle interdisant, dans certaines circonstances, l'exercice de poursuites à raison de ces comportements devant une juridiction pénale étrangère¹⁴⁸.

peuvent être comprises comme renoncement implicite à l'immunité» («*Pinochet*, confusion and justice: the denial of immunity in U.S. courts to alleged torturers who are former Heads of State», p. 114). Parlett («Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», p. 51) explique en ces termes le fondement de cette approche: «Bien que l'argument majeur n'ait pas été retenu de façon générale, le raisonnement qui le sous-tend a quelque validité. Premièrement, les effets d'une norme de *jus cogens* ne sont pas limités aux traités mais s'étendent au droit international coutumier ainsi qu'au droit et à la jurisprudence au niveau national. Deuxièmement, pour donner pleinement effet à une norme de *jus cogens*, elle doit prévaloir non seulement sur les règles fondamentales en sens contraire mais sur les règles qui empêchent son application. Dans le cas de la torture, cela voudrait dire que l'interdiction de *jus cogens* prime non seulement le droit interne permettant la pratique de la torture mais qu'elle l'emporte aussi sur le fonctionnement de l'immunité pour empêcher la jouissance de droits liés à la norme elle-même. Comme les règles d'immunité ne sont pas de *jus cogens*, elles doivent céder devant l'effet d'une norme hiérarchiquement supérieure.»

¹⁴⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt (voir *supra* la note 35), p. 98, par. 7 («la lutte effective contre des crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir»).

¹⁴⁵ *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (déc.), n° 59021/00, CEDH 2002-X.

¹⁴⁶ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 138), par. 61. Cette position s'est également reflétée dans la décision sur l'affaire *Kalogeropoulou* (note précédente, p. 9 et 10): «Toutefois, la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre État.»

¹⁴⁷ Voir, par exemple, Caplan, «State immunity, human rights, and *jus cogens*», et Rau, «After Pinochet: sovereign immunity in respect of serious human rights violations – The decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case».

¹⁴⁸ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 5), par. 195.

Il semblerait toutefois que la situation soit plus nette. Les normes impératives qui criminalisent les crimes internationaux relèvent du droit substantiel. La norme d'immunité, comme on l'a noté ci-dessus, a un caractère procédural et n'exerce aucune influence sur la criminalisation des actes en question, elle ne supprime pas la responsabilité et n'exclut pas même entièrement la compétence pénale pour ces actes lorsqu'ils ont été commis par un représentant étranger (l'immunité ne protège que dans le cas de certains actes). Dans la mesure où la norme en matière d'immunité, d'une part, et les normes qui criminalisent un comportement donné ou qui déterminent la responsabilité de cet acte, d'autre part, s'appliquent à des questions diverses et relèvent de domaines différents du droit (à savoir, respectivement, le droit procédural et le droit substantiel), elles ne peuvent guère entrer en conflit, même si ces dernières sont impératives et la première est supplétive¹⁴⁹.

65. L'idée selon laquelle la norme impérative interdisant la torture prévaut sur la norme d'immunité de l'État étranger n'a pas été retenue, en 2006, par l'instance judiciaire suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Jones* (dans cette affaire, il s'agissait de l'immunité de juridiction étrangère d'un État aussi bien que d'un de ses agents)¹⁵⁰. À cette occasion, Lord Hoffmann a notamment fait remarquer ce qui suit :

Le *jus cogens* porte interdiction de la torture. [...] Pour qu'il y ait conflit avec l'immunité d'un État, il faut [...] montrer que l'interdiction de la torture a entraîné une règle secondaire de procédure qui, à titre

¹⁴⁹ Zimmermann, par exemple, note à cet égard qu'« il semble plus judicieux de considérer que les deux problèmes mettent en jeu deux ensembles de règles différentes qui sont sans interaction » (« Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks », p. 438). Il serait peut-être aussi indiqué de renvoyer, par analogie, à l'avis de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*. Le Portugal, dans cette affaire, soutenait l'argument selon lequel « les droits que l'Australie aurait violés étaient opposables *erga omnes* et [selon lequel], par conséquent, le Portugal pouvait exiger de l'Australie, prise individuellement, le respect de ces droits, qu'un autre État ait ou non adopté un comportement illicite analogue ». Ce à quoi la Cour a fait observer que « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction [étaient] deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes* » (arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 90, à la page 102, par. 29). C'est cet avis de la Cour que, dans un même contexte, Stern invoque (« Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des États et chefs d'État en cas de crime de droit international ? », p. 546 et 547). Critiquant lui aussi la théorie de « hiérarchie normative », quoique sous un angle quelque peu différent, Caplan (« State immunity, human rights, and *jus cogens* », p. 772) écrit : « Essentiellement, les normes en matière de droits de l'homme et d'immunité des États, tout en se renforçant mutuellement, régissent des aspects distincts et exclusifs de l'ordre juridique international. D'une part, les normes en matière de droits de l'homme protègent les « droits inaliénables et ayant force obligatoire » de l'individu [...] contre l'intervention de l'État et l'abus de pouvoir des gouvernements. D'autre part, les normes en matière d'immunité des États permettent aux fonctionnaires « de s'acquitter de leurs fonctions de façon efficace et [...] de veiller au bon fonctionnement des relations internationales ». Pour donner la preuve d'un conflit de normes juridiques internationales, la théorie de la hiérarchie normative doit prouver l'existence d'une norme de *jus cogens* qui interdirait d'accorder l'immunité en cas de violation des droits de l'homme par des États étrangers. Or, la théorie de la hiérarchie normative ne donne aucune preuve de norme inconditionnelle de ce type. »

¹⁵⁰ Affaire *Jones* (voir *supra* la note 106).

d'exception de l'immunité des États, permet aux États, et peut-être même exige d'eux, d'exercer une juridiction civile sur d'autres États en cas d'allégation de torture. Pareille règle peut sembler désirable et, puisque le droit international évolue, il peut y avoir eu développement en ce sens. Mais, contrairement à ce qu'affirme la minorité dans l'affaire *Al-Adsani*, elle ne découle pas de l'interdiction de la torture¹⁵¹.

66. L'Allemagne a jugé la décision qui la visait dans l'affaire *Ferrini* (par. 63 *supra*), ainsi que d'autres décisions de tribunaux italiens allant dans le même sens, comme des initiatives de l'Italie qui violaient son immunité et, par conséquent, étaient contraires au droit international ; elle s'est donc tournée vers la Cour internationale de Justice. Dans sa requête à la Cour, l'Allemagne indique notamment ceci :

Dans l'affaire *Ferrini* en particulier, puis dans d'autres, la Corte di Cassazione a ouvertement reconnu qu'elle n'appliquait pas le droit international actuellement en vigueur mais tenait à le développer en se fondant sur une règle « en voie de constitution », règle qui n'existe pas en tant que norme de droit international positif. De par ses propres termes, elle a donc admis que, en interprétant ainsi de manière restrictive l'immunité de juridiction, c'est-à-dire en étendant le pouvoir de juridiction de l'Italie, elle portait atteinte aux droits qui sont ceux de l'Allemagne en vertu du principe fondamental de l'égalité souveraine¹⁵².

La Cour suprême de l'Ontario (Canada), dans sa décision sur l'affaire *Bouzari*, en 2002, a indiqué ceci :

L'examen des décisions des tribunaux nationaux et internationaux, ainsi que de la législation des États en matière d'immunité souveraine, fait ressortir qu'il n'y a pas de principe de droit international coutumier qui prévoient une exception de l'immunité de l'État lorsqu'un acte de torture a été commis en dehors de l'État du for, même pour des actes contraires au *jus cogens*. Effectivement, il ressort de la pratique des États, telle qu'elle apparaît notamment dans ces sources, que l'on peut conclure qu'il existe une règle de droit international coutumier en vigueur qui prévoit l'immunité des États pour des actes de torture commis en dehors de l'État du for¹⁵³.

Or, dans les affaires *Ferrini* et *Bouzari*, c'est une juridiction civile que les tribunaux ont exercée. En outre, dans l'affaire *Bouzari*, la distinction a été faite entre les situations d'immunité de juridiction étrangère pour les crimes de torture, selon qu'il s'agissait d'une juridiction civile ou d'une juridiction pénale. En confirmant l'immunité de l'État dans le premier cas, la cour d'appel a fait observer qu'une personne pouvait être traduite devant une instance criminelle pour des actes de torture commis à l'étranger sans qu'un État soit soumis à la juridiction d'un autre¹⁵⁴. Cette décision donne de bonnes raisons de penser que la traduction en justice d'un agent d'une puissance étrangère au Canada pour actes de torture est possible du fait des obligations du Canada au titre de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou – de façon, du reste, très hypothétique – du fait que la torture ne saurait être considérée comme une fonction de l'État, mais, dans un cas comme dans l'autre, non en raison de l'existence d'une norme coutumière impérative de droit

¹⁵¹ *Ibid.*, Lord Hoffmann, par. 44 et 45.

¹⁵² *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, requête introductive d'instance, 23 décembre 2008, par. 13, disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org.

¹⁵³ *Bouzari v. Iran* [2002] O.J. n° 1624, arrêt, par. 63. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de l'Ontario en 2004, *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* [2004] O.J. n° 2800, par. 95. Cette affaire avait pour objet une procédure civile intentée à la République islamique d'Iran pour qu'elle compense le tort causé à la suite des tortures dont un de ses citoyens aurait été victime sur le territoire iranien.

¹⁵⁴ Cour d'appel de l'Ontario, *ibid.*, par. 91 et 93.

international qui prévaudrait sur la norme supplétive en matière d'immunité¹⁵⁵. La question qui se pose alors est de savoir si l'on peut dire en principe que les conséquences de l'interdiction des crimes internationaux graves par des normes de *jus cogens* en matière d'immunité peuvent différer selon le type de juridiction qui s'exerce, à savoir si elle est civile ou pénale. Il semblerait que ni la pratique ni la logique n'indiquent qu'une distinction soit faite entre ces conséquences¹⁵⁶.

67. Une autre question se pose encore à propos des raisons de l'exception d'immunité. Si les normes qui criminalisent et interdisent certains actes, en tant que ce sont des normes de *jus cogens*, l'emportent sur l'immunité d'un État et/ou d'un agent d'un État, pourquoi ne prévalent-elles que sur l'immunité *ratione materiae*? L'immunité *ratione personae* a elle aussi un caractère supplétif¹⁵⁷. On pourrait logiquement supposer qu'elle devient également caduque sous l'effet d'une norme impérative qui entre en conflit avec elle. Cependant, même ceux qui défendent la thèse selon laquelle l'immunité *ratione materiae* disparaît lorsqu'il s'agit de crimes internationaux graves se refusent en règle générale à aller «aussi loin» et ne contestent pas la validité de l'immunité personnelle des plus hauts représentants de l'État lorsqu'ils sont en exercice¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Voir, en particulier, *ibid.*, par. 69 à 81 et 89 à 91.

¹⁵⁶ Par nature, les deux types de juridiction sont semblables, puisqu'il s'agit de la réalisation par l'État de ses prérogatives de pouvoir. Si la norme impérative l'emporte sur l'immunité, peu importe de quelle juridiction – civile ou pénale – vient l'immunité. Et vice versa. C'est d'autant plus vrai qu'il arrive que les deux formes de juridiction exercées soient très proches, par exemple quand une requête civile est présentée et examinée dans le cadre d'une affaire criminelle.

¹⁵⁷ On rencontre également l'opinion selon laquelle l'immunité d'un chef d'État en exercice, c'est-à-dire son immunité personnelle, a un caractère impératif (c'est, par exemple, l'opinion de Lord Hope évoquée dans la note suivante), mais on ne saurait guère l'admettre. Les États, semble-t-il, peuvent évidemment conclure un accord international aux termes duquel leurs chefs en exercice ne jouiront pas de l'immunité de juridiction pénale de n'importe quelle partie audit accord. Il semblerait qu'il n'y ait aucune raison de penser qu'un traité de ce type ne soit pas valide. Voir la résolution de l'Institut de droit international, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», art. 8, par. 1: «Les États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes.»

¹⁵⁸ Il est intéressant à cet égard de citer le passage ci-après de l'article de Stern «Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», p. 525 et 526: «Une autre interrogation concerne le statut du chef d'État en exercice, dont l'immunité absolue en matière pénale a été réaffirmée. Si la solution adoptée pour l'ancien chef d'État est fondée sur la nature de *jus cogens* de l'interdiction d'un crime qui prévaut sur toute règle accordant l'impunité pour un tel crime, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne s'appliquerait pas également aux chefs d'État en exercice, à moins que leur immunité absolue soit également considérée comme une règle de *jus cogens*, ce qui est loin d'être évident. C'est pourtant la position adoptée par Lord Hope dans la deuxième décision [il s'agit ici de l'affaire *Pinochet*], puisqu'il a invoqué «*the jus cogens character of the immunity enjoyed by serving heads of states*» précisément pour dire qu'il n'est pas évident que l'immunité ayant cette place dans la hiérarchie des normes doive être facilement enlevée aux chefs d'État en fonction. Mais le raisonnement inverse est aussi possible et déjà certains considèrent que puisque l'immunité a été levée pour certains actes commis par d'anciens chefs d'État, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas également pour les chefs d'État en exercice. Bien sûr, le recul de l'impunité doit être encouragé, mais pas à n'importe quel prix. Personnellement, je pense que la prochaine étape, demandée par certaines ONG, autorisant la poursuite de chefs d'État en exercice devant n'importe quelle juridiction nationale exerçant une compétence universelle ne devrait pas être franchie. L'exemple

68. Ce qui justifie aussi l'exclusion d'immunité *ratione materiae*, c'est l'idée que s'est constituée une norme coutumière du droit international selon laquelle cette immunité est sans effet si le représentant de l'État a commis un crime grave aux termes du droit international¹⁵⁹. La preuve qui est alléguée de l'existence d'une norme de ce type, ce sont les dispositions de documents constitutifs de tribunaux pénaux internationaux, à commencer par le Tribunal de Nuremberg ou celui de Tokyo, ainsi que leurs décisions¹⁶⁰ et les accords internationaux qui criminalisent des actes comme, par exemple, le génocide et l'apartheid. Ces arguments sont exposés de façon assez détaillée dans le mémorandum du Secrétariat¹⁶¹. Ils ont été invoqués aussi par la Belgique devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁶². Comme on le sait, la Cour n'a pas retenu cette argumentation ni s'agissant de l'immunité *ratione personae* d'un ministre des affaires étrangères en exercice (et d'autres fonctionnaires

d'une cour de Belgrade condamnant, le 21 septembre 2000, 14 leaders occidentaux parmi lesquels Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, à 20 ans d'emprisonnement pour les actions de l'OTAN en Yougoslavie, montre certains des possibles effets contre-productifs qu'il y aurait à ouvrir trop largement cette voie.»

¹⁵⁹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 197 à 204. En somme, la Cour de cassation italienne, dans les arrêts déjà mentionnés, parle déjà de norme coutumière énonçant la dérogation à l'immunité *ratione materiae*, mais c'est dans un sens plus étroit. Il s'agit là d'une norme du droit international qui, selon elle, est en voie de formation, et aux termes de laquelle les normes impératives interdisant les crimes internationaux l'emportent sur l'immunité *ratione materiae*.

¹⁶⁰ Parmi les décisions relativement récentes des tribunaux internationaux citées à cette occasion, il convient de relever la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Blaškić*, où il est dit en particulier que les exceptions à la norme coutumière du droit international relative à l'immunité fonctionnelle des représentants d'un État «découlent des normes du droit pénal international qui interdisent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. Au titre de ces normes, les personnes responsables de pareils crimes ne peuvent invoquer l'immunité de juridiction nationale ou internationale même si elles ont perpétré ces crimes dans l'exercice de leurs fonctions officielles» [*Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, n° IT-95-14, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, par. 41; voir également *supra* la note 97]. Dans cette décision, il n'est pas dit que s'est constituée une norme internationale du droit coutumier énonçant l'exclusion d'immunité *ratione materiae* et, de manière générale, aucune explication n'est donnée à l'existence d'exceptions. Si l'on souhaite trouver de quelle justification se rapproche le plus cette opinion du Tribunal, ce serait sans doute l'explication examinée plus haut selon laquelle les normes interdisant les crimes mentionnés dans la décision ont un caractère de *jus cogens*. Sinon, il est difficile de comprendre à partir de cette décision pourquoi ces normes prévalent sur l'immunité.

¹⁶¹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 197 à 204.

¹⁶² Le contre-mémoire de la Belgique du 28 septembre 2001, par. 3.5.13 et suiv. Il convient de remarquer qu'au paragraphe 3.5.84 du contre-mémoire la partie belge, répondant à d'éventuelles objections, fait au fond équivaloir les conséquences de l'application de la norme qu'elle entend démontrer sur l'exclusion d'immunité *ratione materiae* et l'exclusion d'immunité *ratione personae*, adoptant à ce titre une position radicale («d'autres juges [...] dans l'arrêt du 24 mars 1999 [dans l'affaire *Pinochet* n° 3], tout en considérant que Pinochet ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione materiae*, réservaient toutefois le cas de l'immunité *ratione personae*, c'est-à-dire l'immunité du chef d'État en exercice; pour la Belgique, cette réserve n'est pas fondée eu égard aux règles internationales rappelées plus haut sur le rejet de l'immunité pour crimes de droit international humanitaire, règles qui ne font aucune distinction entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*»).

jouissant de cette immunité)¹⁶³ ni s'agissant de l'immunité *ratione materiae* d'anciens représentants de l'État, tout en reconnaissant l'existence de cette argumentation¹⁶⁴. Néanmoins, la thèse de l'existence de ladite norme coutumière continue d'être mise en avant. L'un des principaux arguments en sa faveur, en dehors de ceux qui ont été cités, consiste à invoquer tout un ensemble de décisions de tribunaux nationaux qui, selon les tenants de ce point de vue, montrent que l'immunité n'est pas un obstacle pour exercer une compétence pénale à l'égard d'agents d'un État étranger. Au nombre des derniers arguments avancés en ce sens, on citera les observations adressées à la Cour européenne des droits de l'homme par quatre organisations non gouvernementales – à savoir Redress Trust, Amnesty International, Interights et Justice – dans les affaires *Jones et Mitchell*¹⁶⁵. Dans ces observations, il est fait référence à toute une série de décisions de tribunaux nationaux allant dans le sens dont il a été question. Elles concernent en particulier des poursuites engagées contre des agents d'États étrangers qui ont commis des crimes au cours de la Seconde Guerre mondiale, l'affaire *Pinochet* et des affaires de représentants d'États étrangers en Espagne, aux États-Unis, en France, en Italie, aux Pays-Bas, au Sénégal et en Suède¹⁶⁶. Pour évaluer dans quelle mesure ces décisions peuvent être considérées comme preuves de l'existence de ladite norme de droit coutumier international, il faut les examiner de plus près, ainsi qu'étudier la réaction des États intéressés après certaines de ces décisions.

69. «Les milliers d'anciens fonctionnaires des États de l'Axe condamnés pour des crimes au cours de la Seconde Guerre mondiale» dont il est question dans les observations¹⁶⁷ ont été condamnés sur la base du «droit de Nuremberg» [l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international (Tribunal de Nuremberg), comme on le sait, disposait que «[l]a situation officielle des accusés, soit comme chefs d'États, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine¹⁶⁸»]. La Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo) et la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié contenaient des dispositions analogues¹⁶⁹, que l'on retrouve dans les législations nationales adoptées dans leur prolongement. Les documents dont le Rapporteur spécial a eu connaissance concernant des procédures

pénales engagées contre des fonctionnaires ayant commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité au cours de la Seconde Guerre mondiale ne font pas apparaître que les États dont ils étaient les agents aient défendu leur immunité d'anciens fonctionnaires au regard d'une juridiction pénale étrangère¹⁷⁰. On peut y voir le témoignage d'un consensus entre les États exerçant une juridiction et les États dont ces personnes étaient les agents sur le fait que, s'agissant des crimes commis par des agents de pays de l'Axe, l'immunité ne pouvait s'appliquer. Il ne semble pas toutefois que cela puisse confirmer la présence d'une norme coutumière générale du droit international concernant la non-immunité de juridiction pénale étrangère s'agissant de crimes commis par d'autres représentants d'un État après la Seconde Guerre mondiale¹⁷¹:

a) dans l'affaire *Ben Saïd* (ex-agent consulaire de la Tunisie) en France en 2008, rien ne prouve que la question de son immunité *ratione materiae* ait été examinée (en tant que commissaire de police, il était accusé d'avoir commis le crime de torture). Le jugement a été rendu *in absentia* et l'affaire n'a pas eu de suites pratiques¹⁷²;

b) en Italie, les affaires de 2000-2001 concernant sept anciens militaires argentins, dont le général G. Suárez, accusés d'avoir enlevé et assassiné des citoyens italiens, portaient sur la période de la «sale guerre». L'Argentine n'a pas exigé de l'Italie qu'elle s'abstienne d'exercer sa juridiction pénale concernant ces personnes en invoquant leur immunité¹⁷³. Comme on le sait, l'Argentine entendait traduire devant ses tribunaux les militaires qui avaient trempé dans la «sale guerre» et c'est pourquoi les lois pertinentes en matière d'amnistie avaient été levées; dans les procès de ces personnes, la question qui se pose maintenant est plutôt une affaire de prépondérance de juridiction que d'immunité¹⁷⁴;

c) dans l'affaire de l'ancien chef des services de renseignements afghans et de l'ancien vice-ministre afghan chargé de la sécurité (affaire du directeur du service de renseignement militaire KhAD-e-Nezami) aux Pays-Bas

¹⁶³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), par. 58.

¹⁶⁴ *Ibid.*, par. 61. La Cour internationale de Justice avait, naturellement, connaissance de la décision du TPIY dans l'affaire *Blaškić* mentionnée ci-dessus (voir *supra* les notes 97 et 160).

¹⁶⁵ *Jones c. Royaume-Uni*, requête n° 34356/06, et *Mitchell et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 40528/06 (voir *supra* la note 117), observations écrites de Redress Trust, Amnesty International, Interights et Justice, présentées à la Cour les 14 et 25 janvier 2010.

¹⁶⁶ *Ibid.*, par. 18 à 21.

¹⁶⁷ *Ibid.*, note 37.

¹⁶⁸ Statut du Tribunal militaire international, annexe à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° 251, p. 279].

¹⁶⁹ Pour la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo), voir *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. 8, p. 354; pour la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié du 20 décembre 1945, voir T. Taylor, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council law No. 10*, Washington, Government Printing Office, 1949, p. 250.

¹⁷⁰ La question de l'immunité a été soulevée par la défense lors du procès *Eichmann*. Cependant, il s'agissait non pas de l'immunité du fonctionnaire mais de l'immunité qui découlait du séjour d'A. Eichmann en Argentine en tant que réfugié, concernant des actes qui ne tombaient pas sous l'acte formel d'extradition («immunité d'un criminel réfugié» compte tenu du «principe de spécialité»). Voir Israël, tribunal de district de Jérusalem, *Attorney-General of Israel v. Eichmann, International Law Reports*, vol. 36, p. 5.

¹⁷¹ Comme l'écrit Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials...*, p. 216), «[l]a législation promulguée par certains États après la Seconde Guerre mondiale se limitait aux crimes commis pendant cette guerre et ne prévoyait pas de tribunaux dotés d'une compétence générale pour être saisis de crimes contre le droit international commis à l'étranger. C'est seulement dans un très petit nombre de cas que des tribunaux nationaux ont dans les faits exercé une juridiction universelle, et ces procès – comme l'affaire *Eichmann* en Israël, l'affaire *Barbie* en France, l'affaire *Finta* au Canada et l'affaire *Polyukhovich* en Australie – concernaient tous des crimes nazis».

¹⁷² Voir *Khaled Ben Saïd*, cour d'assises du Bas-Rhin, jugement du 15 décembre 2008 [Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), Ligue des droits de l'homme, *L'affaire Khaled Ben Saïd. Le premier procès en France d'un fonctionnaire tunisien accusé de torture*, Groupe d'action judiciaire de la FIDH, n° 512, mars 2009].

¹⁷³ Voir «Disappeared, but not forgotten», *The Guardian*, 15 juin 2006.

¹⁷⁴ Voir, par exemple, «Argentina holds "Dirty War" trial», BBC News, 21 juin 2006.

en 2008¹⁷⁵, la question de l'immunité s'est effectivement posée (l'acte d'accusation mentionnait des crimes de guerre)¹⁷⁶. Cependant, il convient de relever que les accusés avaient commis leurs actes dans les années 1980 alors que les opérations militaires se poursuivaient encore, et l'actuel Gouvernement afghan n'a pas défendu leur immunité ;

d) l'affaire *Scilingo* en Espagne a déjà été abordée dans le présent rapport¹⁷⁷. On peut dire qu'il y a eu là, de la part de l'Argentine, refus d'immunité¹⁷⁸.

70. En ce qui concerne les mandats d'arrêt mentionnés dans la communication adressée par quatre organisations non gouvernementales à la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁹, on peut relever ce qui suit :

a) les mandats d'arrêt espagnol et français concernant un groupe de hauts fonctionnaires rwandais ont suscité des protestations du Rwanda et de l'Union africaine. En particulier, dans une décision du onzième Sommet de l'Union africaine, il est dit que ces mesures violaient la souveraineté et l'intégrité territoriale du Rwanda et constituaient un abus de compétence universelle¹⁸⁰. En novembre 2006, en liaison avec cet incident, le Rwanda a rompu ses relations diplomatiques avec la France (elles ne seront rétablies qu'en novembre 2009) et a menacé en représailles de traduire en justice des ressortissants français¹⁸¹. Jusqu'à présent, ces mesures n'ont fait qu'envenimer les relations internationales¹⁸², et les parties

¹⁷⁵ LJN : BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E).

¹⁷⁶ La défense a notamment fait valoir que le tribunal « avait omis de considérer (*ex proprio motu*) que l'action pénale [...] était irrecevable faute de juridiction compétente étant donné que le défendeur jouissait de l'immunité en tant que personne exerçant ses fonctions à cette époque en Afghanistan » (ibid., par. 7.1). La Cour suprême des Pays-Bas a fait valoir à ce sujet que « les moyens d'appel ne peuvent aboutir pour la simple raison que l'accusé ne jouit pas de l'immunité de juridiction ainsi qu'il est indiqué précédemment au paragraphe 6.6 [qui dit notamment : « Bien que l'article 8 du Code pénal [des Pays-Bas] dispose effectivement que l'applicabilité des dispositions néerlandaises en matière de juridiction se trouve limitée par les exceptions reconnues en droit international, cela ne signifie pas autre chose [...] qu'une reconnaissance légale, d'immunité de juridiction ayant sa source dans le droit international »] ni en sa qualité d'ancien chef des services de renseignements afghans ni en sa qualité de vice-ministre chargé de la sécurité publique » (ibid., par. 7.2).

¹⁷⁷ Voir *supra* le paragraphe 16.

¹⁷⁸ « Dans une interview accordée à IPS, le Secrétaire argentin aux droits de l'homme, M. Eduardo Duhalde, a déclaré que les tribunaux espagnols étaient compétents pour juger l'ancien capitaine de corvette argentin Adolfo Scilingo, traduit devant la justice espagnole pour génocide et torture » (« Argentina recognizes Spain's jurisdiction to try rights abuser », Inter Press Service, 18 avril 2005).

¹⁷⁹ Voir *supra* la note 117.

¹⁸⁰ « La nature politique et l'utilisation abusive du principe de compétence universelle par des juges de certains États non africains contre des dirigeants africains, en particulier du Rwanda, est une violation flagrante de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de ces États » [« Décision sur le rapport de la Commission relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle, Doc. Assembly/AU/14(XI) », par. 5 ii) (Assembly/AU/ Dec.199(XI))]. On peut penser que cette situation a été une des causes à l'origine des discussions entre l'Union africaine et l'Union européenne au sujet du principe de compétence universelle. Voir aussi « African presidents condemn western indictments », Radio Nederland Wereldomroep, 2 juillet 2008.

¹⁸¹ « Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest », *The Guardian*, 12 novembre 2008.

¹⁸² « Smear against Rwanda unfounded, Spanish official said », *The New Times* (Kigali), 17 octobre 2009 ; « Rwanda and Spain discuss genocide warrants », *Expatica.com*, 18 octobre 2009.

s'efforcent d'apaiser les tensions (ce dont témoignent les déclarations du Président français, M. Sarkozy, lors de sa visite officielle au Rwanda en février 2010)¹⁸³. En France, les poursuites engagées contre la chef du protocole du Président rwandais, Rose Kabuye, mentionnées dans les observations des organisations non gouvernementales¹⁸⁴, ont été levées¹⁸⁵ ;

b) la mise à exécution des mandats délivrés en Espagne concernant d'anciens agents de l'Argentine, du Guatemala et d'autres pays accusés de crimes graves aux termes du droit international¹⁸⁶ se heurte non pas à la question de l'immunité mais à des problèmes complexes de conflits de compétences ;

c) la Suède a lancé un mandat d'arrêt contre l'Argentin A. Astiz, ex-capitaine des services de renseignements militaires argentins, accusé de crimes commis pendant la période de la « sale guerre » et qui a été condamné en France à la réclusion à perpétuité. L'Argentine a refusé de le livrer à la France¹⁸⁷ et à la Suède¹⁸⁸. Elle entend le juger en toute indépendance et la question de l'immunité dans cette affaire n'entre pas en jeu. Dans l'ensemble, en ce qui concerne les crimes commis pendant la période de la « sale guerre », si on les considère dans divers États, il semble que la première question qui se pose soit celle de la compétence prépondérante¹⁸⁹ ;

d) Aux États-Unis, l'affaire *Álvarez (Sosa c. Álvarez-Machain)*¹⁹⁰, mentionnée dans les observations des organisations non gouvernementales, ne concernait pas l'immunité d'agents d'un État étranger et, dans l'affaire *Hissène Habré* au Sénégal, comme on l'a vu ci-dessus (par. 16), il y a eu renoncement à l'immunité.

71. Certes, les résultats que l'on vient de donner de l'étude des affaires pénales qu'invoquent les quatre organisations non gouvernementales dans leurs observations à la Cour européenne des droits de l'homme n'épuisent en rien la question. Cependant (et surtout si l'on y ajoute les décisions des tribunaux nationaux et des organismes de défense des droits de l'homme, où l'immunité a été pleinement confirmée, ainsi que les réactions des États intéressés), ils donnent de bonnes raisons de douter sérieusement que ces affaires confirment l'existence d'une norme du droit international coutumier qui consacre l'exclusion d'immunité *ratione materiae*. Il faut plutôt y voir une confirmation des efforts entrepris pour exercer une juridiction pénale universelle ou une juridiction nationale extraterritoriale pour certains crimes aux termes du droit international, efforts qui, par ailleurs, sont loin de toujours porter fruit.

¹⁸³ « On visit to Rwanda, Sarkozy admits "grave errors" in 1994 genocide », *The New York Times*, 25 février 2010.

¹⁸⁴ Voir *supra* la note 117.

¹⁸⁵ Voir *supra* la note 19.

¹⁸⁶ Espagne, Audience nationale, Cour centrale d'instruction n° 1, *Diligentias previas* 331/1999 (2008).

¹⁸⁷ Voir « Argentina rejects French Astiz bid », BBC News, 21 septembre 2003.

¹⁸⁸ Voir « Astiz freed : extradition bid fails », MercoPress, 29 janvier 2002.

¹⁸⁹ Par exemple, il est remarquable que l'affaire de l'officier argentin Ricardo Cavallo ait été examinée en Espagne (il était accusé de crimes de génocide et de terrorisme). Or, le 31 mars 2008, il a été extradé vers l'Argentine (www.trial-ch.org).

¹⁹⁰ Cour suprême des États-Unis, 542 U.S. (2004).

72. Néanmoins, on fait aussi valoir que l'immunité *ratione materiae* d'un agent de l'État est sans effet dans le cas d'un crime dans lequel un État étranger exerce une compétence pénale nationale universelle – ou, semblablement, une compétence extraterritoriale¹⁹¹. Il n'existe pas de définition généralement admise de la compétence universelle. Aux fins du présent rapport, il n'apparaît pas nécessaire d'étudier et de définir en quoi consiste la compétence pénale nationale universelle ni de savoir si elle se distingue, et comment, de la compétence nationale extraterritoriale. Il semble suffisant de partir d'une des définitions que l'on trouve dans la doctrine ou dans les documents d'organisations non gouvernementales. Par exemple, dans une résolution de 2005, l'Institut de droit international donne la définition suivante :

La compétence universelle en matière criminelle, en tant que titre additionnel de compétence, comprend la compétence d'un État de poursuivre tout suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou à d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international¹⁹².

Il est dit en outre dans la résolution que la compétence universelle est fondée en premier lieu sur le droit international coutumier et qu'elle s'exerce en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme génocide, crimes contre l'humanité, violations graves du droit humanitaire international, s'il n'y a pas accord sur d'autres points¹⁹³. Il s'agit donc des mêmes crimes pour lesquels on apporte d'autres justifications des exclusions d'immunité *ratione materiae*.

73. D'aucuns affirment que la compétence universelle ou extraterritoriale pour les crimes internationaux les plus graves et l'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient les représentants de l'État sont incompatibles. Lords Phillips, Brown-Wilkinson et Hope en ont parlé dans l'affaire *Pinochet n° 3* (s'agissant de la compétence

fondée sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)¹⁹⁴. On trouve ce point de vue dans la doctrine¹⁹⁵. Il figure dans le rapport final établi en 2000 par l'Association de droit international sur l'exercice de la compétence universelle en cas de violations flagrantes des droits de l'homme. On y lit en particulier ce qui suit :

[I] semblerait que la notion d'immunité pénale pour les crimes de droit international commis à titre officiel, que ce soit par de hauts responsables ou d'anciens hauts responsables, est fondamentalement incompatible avec la proposition selon laquelle les violations massives des droits de l'homme sont assujetties à la compétence universelle¹⁹⁶.

On remarquera à propos de cette citation du rapport de l'Association que la question qu'elle soulève n'est pas celle de l'immunité en matière de *responsabilité* pénale, laquelle n'existe pas à proprement parler. L'immunité, comme cela a déjà été noté, ne constitue qu'un obstacle procédural pour certaines mesures de procédure pénale.

74. Au premier abord, la possibilité d'exercer une compétence universelle pour les crimes internationaux graves est inscrite dans la législation de nombreux pays. En même temps, si l'on examine la question plus en détail, on s'aperçoit qu'il ne s'agit pas d'une compétence réellement universelle dans la mesure où l'exercice de cette compétence suppose un lien avec l'État du for¹⁹⁷. Des dispositions législatives sont adoptées en ce sens, en particulier aux fins de l'application du Statut de la Cour pénale internationale et pour garantir le respect du principe de complémentarité. En outre, dans certains cas – il est vrai peu nombreux –, la législation rejette catégoriquement l'immunité des représentants étrangers¹⁹⁸. (La question qui se pose est celle de savoir

¹⁹⁴ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 205 et première note.

¹⁹⁵ *Ibid.*, première note du paragraphe 206.

¹⁹⁶ Association de droit international, « Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences », p. 416.

¹⁹⁷ Par exemple, à propos de la législation des États membres de l'Union africaine et des États membres de l'Union européenne relative à la compétence pénale universelle et à ses limites, voir le rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne (note 14 *supra*), par. 16 à 18 et 22 à 25. Comme le note Ambos (« Prosecuting Guantánamo in Europe », p. 445 et 446, note 230) à propos de l'étude de l'Institut Max-Planck de droit pénal étranger et international [voir *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen*, Albin Eser *et al.* (dir. publ.), 2003-2006], « la compétence extraterritoriale fondée sur la compétence universelle est "pratiquement toujours limitée d'une façon ou d'une autre". Soit elle dépend du devoir international d'entamer des poursuites (consacré par des traités) (en Autriche, au Bélarus, en Chine, en Croatie, en Estonie, dans la Fédération de Russie, en Grèce, en Pologne, et [au Royaume-Uni:] Angleterre et Pays de Galles), soit de la présence du suspect dans l'État du for (au Canada, en Croatie, en Espagne, aux États-Unis, aux Pays-Bas, en Serbie, Monténégro) et Suisse). La compétence universelle ne s'applique que dans des cas exceptionnels à tous les crimes internationaux les plus graves (en Allemagne, en Australie et en Slovaquie) ou à certains d'entre eux (en Finlande, en Italie, en Israël et en Suède) ».

¹⁹⁸ D'après le paragraphe 17 du rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de compétence universelle (voir *supra* la note 14), au moins trois États sont dans ce cas en Afrique, à savoir la République démocratique du Congo, le Niger et la République sud-africaine. Le Rapporteur spécial ne dispose pas d'information concernant l'application de cette législation et la réaction à ce sujet des États concernés. En Belgique, le paragraphe 3 de l'article 5 de la Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire de 1999 (*Moniteur*

¹⁹¹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 205 à 207.

¹⁹² Institut de droit international, « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », par. 1. Les experts de l'Union africaine et de l'Union européenne ont donné en 2009 la définition suivante: « La compétence universelle en matière pénale est l'affirmation par un État de sa compétence pour juger d'infractions pénales qui auraient été commises sur le territoire d'un autre État par des ressortissants d'un autre État contre des ressortissants d'un autre État, lorsque l'infraction alléguée ne constitue pas une menace directe pour les intérêts vitaux de l'État qui affirme sa compétence. En d'autres termes, la compétence universelle équivaut à la revendication, par un État, du droit d'engager des poursuites dans des circonstances où aucun des liens traditionnels que constituent la territorialité, la nationalité, la personnalité passive ou le principe de compétence réelle (ou de protection), n'est présent au moment où l'infraction alléguée est commise » [rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de compétence universelle (voir *supra* la note 14), par. 8].

¹⁹³ « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », par. 2 et 3 *a*. La question de l'extension universelle de la compétence pénale pour ces crimes ainsi que pour la piraterie est abordée dans le rapport des experts de l'Union africaine et de l'Union européenne mentionné dans la note précédente (par. 9). Comme le fait observer Jessberger, « le nombre de crimes susceptibles d'entraîner des poursuites au titre du principe d'universalité peut, tout au moins sur le plan théorique, aller bien au-delà des grands crimes répertoriés dans le droit international » (« Universal jurisdiction », p. 556). On trouve dans le même ouvrage une liste non exhaustive de la littérature sur la compétence universelle (*ibid.*, p. 558).

dans quelle mesure la législation qui rejette l'immunité est conforme au droit international¹⁹⁹.) La législation qui rejette l'immunité n'a pourtant pas toujours résisté à l'épreuve de la pratique. En Belgique, par exemple, elle a été modifiée, notamment pour tenir compte de l'immunité des représentants étrangers conformément au droit international. Non seulement dans le droit belge, mais aussi dans celui de plusieurs autres pays, l'immunité que le droit international confère aux représentants de l'État constitue un obstacle à l'exercice de la compétence pénale universelle²⁰⁰.

75. Nous avons déjà examiné plusieurs affaires pénales nationales résultant de l'exercice de la compétence pénale universelle ou extraterritoriale, qui viennent confirmer la thèse de l'existence d'une norme conventionnelle du droit international prévoyant des exceptions à l'immunité. Le rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de la compétence universelle évoque plusieurs autres affaires dans lesquelles la compétence universelle a été exercée à l'égard de représentants étrangers²⁰¹. L'une d'elles concernait des personnes bénéficiant d'une immunité personnelle, d'autres – des personnes bénéficiant d'une immunité fonctionnelle (y compris des chefs d'État et de gouvernement, des ministres des affaires étrangères, de la défense, etc., et d'anciens représentants de l'État). Le rapport note que

[c]es procédures ont connu des issues diverses : certaines ont abouti à des condamnations, mais la plupart ont pris fin pour divers motifs, notamment la reconnaissance d'immunités accordées par le droit international²⁰².

belge, 23 mars 1999, p. 9286) disposait que « [l']immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi ». Elle a toutefois été modifiée en 2003, à la suite de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*. Le nouveau paragraphe 3 de l'article 5 se lisait alors comme suit : « L'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international » (voir P. d'Argent, « Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003 », *jura falconis*, jg 40, 2003-2004, p. 73). La même année, cette loi a été supprimée, mais ses dispositions ont été intégrées au Code pénal et au Code de procédure pénale belges. L'article 1 *bis* de ce dernier comportait dorénavant la disposition suivante relative à l'immunité : « Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard : des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international ; des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique. »

¹⁹⁹ Voir la note précédente.

²⁰⁰ Rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de compétence universelle (voir *supra* la note 14), par. 18 à 25. Le mandat d'arrêt européen de 2002, dont le champ d'application couvre notamment des infractions qui relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale, comporte également un article sur les privilèges et immunités et la levée de ceux-ci [article 20 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002.584/JAI), *Journal officiel des Communautés européennes*, L 190, 18 juillet 2002, p. 8]. La législation de la Fédération de Russie garantit aussi directement l'immunité des représentants des États étrangers pour les actions de procédure pénale (art. 3, par. 2) du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie. Voir par. 38 du rapport préliminaire (note 4 *supra*).

²⁰¹ Rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne (voir *supra* la note 14), par. 24 et 26.

²⁰² *Ibid.*, par. 26.

76. Il n'est pas difficile de constater que la grande majorité des tentatives visant à exercer une compétence pénale universelle est effectuée dans des pays développés à propos d'anciens représentants de l'État ou de représentants en poste dans des pays en développement. Ces derniers y voient non la mise en œuvre de la justice mais un outil politique utilisé pour résoudre divers problèmes en appliquant deux poids, deux mesures, qui ne produit pas tant les résultats escomptés par la justice que des complications dans les relations entre États²⁰³. C'est précisément ce qui a conduit l'Union africaine et l'Union européenne à entamer un dialogue sur la compétence universelle, qui a notamment abouti à l'établissement du rapport mentionné. D'après l'une des recommandations qui y sont formulées,

[l]es autorités judiciaires nationales compétentes en matière pénale qui envisagent d'exercer la compétence universelle à l'égard de personnes soupçonnées de crimes graves de portée internationale sont juridiquement tenues de prendre en compte toutes les immunités dont peuvent jouir les responsables d'État étrangers en vertu du droit international et ont par conséquent l'obligation de s'abstenir de poursuivre les responsables qui bénéficient de telles immunités²⁰⁴.

Cette recommandation élude la question de savoir si un représentant de l'État poursuivi par une juridiction pénale étrangère conserve une immunité *ratione materiae*. Cependant, ni la teneur du rapport, qui résume les pratiques et préoccupations de nombreux États africains et européens, ni cette recommandation n'indiquent que la compétence pénale universelle exclut cette immunité.

77. Si l'on fait valoir l'incompatibilité de l'immunité avec la compétence universelle, on ne voit pas très bien pourquoi cela ne devrait pas s'appliquer non seulement à l'immunité fonctionnelle mais aussi à l'immunité personnelle. Pour examiner le rapport de la compétence universelle à l'immunité dans son ensemble ou uniquement à l'immunité *ratione materiae*, il convient de rappeler la position de la Cour internationale de Justice à cet égard, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, déjà citée dans le rapport préliminaire²⁰⁵, mais importante dans ce contexte précis :

[L]es règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées : la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions²⁰⁶.

78. Compte tenu de ce qui précède, il semble que l'on manque d'arguments satisfaisants pour juger convaincants les motifs examinés en faveur de l'exception à l'immunité. Au moins, dans la résolution qu'il a adoptée

²⁰³ Voir, par exemple, *ibid.*, section IV.1 (Préoccupations de l'Afrique), par. 33 à 38, ainsi que *supra* les notes 14 et 192 ; Ambos (« Prosecuting Guantánamo in Europe », p. 444 et 445).

²⁰⁴ Rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne (voir *supra* la note 14), par. 46, R.8.

²⁰⁵ Rapport préliminaire (voir *supra* la note 4), par. 61.

²⁰⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique)*, arrêt (voir *supra* la note 35), p. 24 et 25, par. 59.

en 2005 (c'est-à-dire quatre ans après avoir adopté une résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, conformément à laquelle les anciens chefs d'État et de gouvernement ne peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction étrangère *ratione materiae* s'ils ont commis des crimes graves au regard du droit international²⁰⁷) à propos de la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, l'Institut de droit international s'est-il limité à déclarer ceci, dans le dernier paragraphe :

Les dispositions qui précèdent sont sans préjudice des immunités établies par le droit international²⁰⁸.

79. Les arguments en faveur de l'exception à l'immunité qui sont examinés à propos de la compétence universelle sont semblables à d'autres, il est vrai moins répandus, selon lesquels l'immunité ne vaut pas, si le principe *aut dedere aut judicare* s'applique au crime imputé au représentant étranger. Dans son mémorandum, le Secrétariat a noté que cette thèse avait été défendue par Lord Saville of Newdigate dans l'affaire *Pinochet n° 3*²⁰⁹. Dans le rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) qu'il a présenté à la Commission du droit international en 2006, le Rapporteur spécial Zdzislaw Galicki assimilait les immunités à l'un des obstacles au fonctionnement effectif des dispositifs visant à poursuivre les crimes de droit international qui ne convenait pas à de tels crimes²¹⁰. Parallèlement, lors de l'examen de cette question à la Sixième Commission, il a été observé que l'application de cette obligation « ne devrait pas [...] porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État²¹¹ ». Le Rapporteur

²⁰⁷ Institut de droit international, « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », art. 13 et 16. L'article 13 dispose ceci :

« 1. Le chef d'État qui n'est plus en fonction ne bénéficie d'aucune inviolabilité sur le territoire d'un État étranger.

« 2. Il n'y bénéficie d'aucune immunité de juridiction tant en matière pénale qu'en matière civile ou administrative, sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice. Il peut toutefois y être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État.

« 3. Il n'y bénéficie d'aucune immunité d'exécution. »

Conformément à l'article 16, les dispositions de l'article 13 sont applicables aux anciens chefs de gouvernement.

²⁰⁸ Institut de droit international, « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », par. 6.

²⁰⁹ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 259 : Lord Saville of Newdigate a notamment fait observer ceci : « En ce qui concerne les États parties à la Convention, je ne vois pas en quoi, s'agissant de torture, cette immunité cadrerait avec les dispositions de cette Convention. Chaque État partie est convenu que les autres États parties peuvent exercer leur compétence à l'égard de tortionnaires présumés ayant qualité officielle présents sur leur territoire, en les extradant ou en les déférant auprès de leurs propres autorités compétentes aux fins de poursuites ; par suite, à mon avis, cet État peut difficilement invoquer en même temps l'immunité d'extradition ou de poursuites qui est nécessairement fondée sur la nature officielle de la torture alléguée. »

²¹⁰ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/571, p. 271, par. 14.

²¹¹ Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-deuxième session (A/CN.4/588), par. 161.

spécial ne dispose d'aucune indication concernant des pratiques répandues parmi les États, notamment des pratiques judiciaires, ou leur *opinio juris*, qui confirmerait la présence d'exceptions à l'immunité des représentants étrangers lorsqu'une juridiction nationale exerce sa compétence à leur encontre conformément à la règle *aut dedere aut judicare*. La position de la Cour internationale de Justice sur la question de la compétence universelle, énoncée plus haut (par. 77), que l'on retrouve dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* à propos de la relation existant entre l'immunité, la compétence universelle et aussi l'obligation *aut dedere aut judicare* semble tout à fait convaincante.

80. Dans la pratique, lorsqu'elle est formulée dans le cas d'un crime grave de droit international, l'argumentation en faveur d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État fait généralement intervenir plusieurs des motifs évoqués plus haut, sans doute parce que aucun n'est irréfutable. D'autant plus que les partisans des exceptions sont loin d'être toujours d'accord entre eux sur le bien-fondé d'un motif ou d'un autre. Pour plusieurs juristes et organisations non gouvernementales, la question des exceptions à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes graves au regard du droit international reste posée. Cette thèse apparaît dans deux résolutions de l'Institut de droit international. Comme indiqué plus haut, les articles 13 et 16 de la résolution de 2001 prévoient de telles exceptions pour les anciens chefs d'État et de gouvernement. D'après la résolution que l'Institut a adoptée en 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et des personnes agissant au nom de l'État en cas de crimes internationaux, aucune immunité, hormis l'immunité personnelle dont elles bénéficieraient en vertu du droit international, n'est appliquée, en cas de crimes internationaux, aux personnes agissant au nom de l'État et l'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire²¹². Cependant, comme on peut le constater, non seulement ce point de vue n'est pas prédominant dans la doctrine, mais il semble par ailleurs qu'il n'exerce pas une influence décisive sur la pratique et la position des États.

81. La question de l'absence d'immunité *ratione materiae* en cas d'infraction commise sur le territoire de l'État du for constitue un cas particulier²¹³. En l'occurrence, il ne s'agit pas nécessairement de crimes internationaux graves. Un facteur supplémentaire est

²¹² Institut de droit international, « Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », art. III. Cet article dispose ce qui suit :

« Immunités des personnes agissant au nom d'un État

« 1. Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux.

« 2. L'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire. »

Par ailleurs, conformément à l'article IV de cette résolution, les dispositions qui précèdent « ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet État peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre État ».

²¹³ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 162 à 165. Pour l'analyse de la question de l'immunité de l'État devant la juridiction civile de l'État sur lequel est commise l'action à l'origine d'un préjudice, voir par exemple Yang, « State immunity in the European Court of Human Rights : reaffirmations and misconceptions ».

susceptible d'intervenir en faveur de la compétence prioritaire de l'État sur le territoire duquel l'infraction est commise : conformément au principe de souveraineté, un État détient le pouvoir et la compétence absolue et suprême sur son territoire. Il convient toutefois de rappeler que l'exercice de cette suprématie tient compte des exceptions instituées par le droit international et, en l'occurrence, de l'immunité de l'État étranger et de ses représentants²¹⁴.

82. Comme indiqué dans le mémorandum du Secrétariat,

[o]n a fait valoir que, pour déterminer si tels actes accomplis par tel représentant de l'État sur le territoire d'un État étranger sont couverts par l'immunité *ratione materiae*, la considération décisive serait de savoir si l'État du territoire avait ou non consenti à l'accomplissement sur son territoire de fonctions officielles par un organe d'un État étranger²¹⁵.

L'accord de l'État d'accueil non seulement en ce qui concerne l'accomplissement des fonctions, mais aussi le séjour même du représentant étranger sur son territoire peut être important. Dans le contexte de la question examinée, on peut distinguer plusieurs types de situations²¹⁶. Par exemple, il est possible que le représentant étranger se trouve et accomplisse l'action à l'origine de l'infraction sur le territoire de l'État du for, en accord avec ce dernier. On peut aussi imaginer la même situation mais sans que l'État d'accueil n'ait consenti à l'activité à l'origine de l'infraction. Enfin, il existe des cas où non seulement l'activité, mais aussi la présence même du représentant étranger sur le territoire de l'État du for ne recueillent pas l'accord de cet État.

83. La première catégorie de situations ne semble pas présenter de problèmes particuliers. En substance, l'État sur le territoire duquel a eu lieu l'infraction présumée a accepté d'avance l'immunité du représentant étranger se trouvant et opérant sur son territoire pour les actes que celui-ci effectue à titre officiel. Ainsi, si le représentant étranger est venu assister à des négociations et qu'en chemin il a commis une infraction au Code de la route passible d'une sanction pénale dans l'État d'accueil, ce représentant semble devoir bénéficier de l'immunité.

84. Dans la deuxième situation, il s'agit apparemment de savoir si l'immunité intervient dans le cas où le domaine d'activité du représentant étranger était défini d'avance et où l'État y avait consenti mais n'avait pas donné son accord pour l'activité à l'origine de l'infraction. Ainsi, si un représentant est venu assister à des négociations sur l'agriculture, mais que, sous couvert de ces négociations, il fait de l'espionnage ou mène des activités terroristes, on peut alors douter qu'il bénéficie de l'immunité de

juridiction pénale de l'État d'accueil pour ces activités illicites. Dans ce cas, ce qui semble important, c'est plutôt dans quelle mesure l'activité à l'origine de l'infraction est liée à l'activité à laquelle l'État a consenti. Dans cette situation, d'un côté, les actions du représentant revêtent un caractère officiel, sont attribuées à l'État au service duquel se trouve (se trouvait) la personne ; il existe en conséquence des raisons de s'interroger sur l'immunité de cette personne compte tenu de la souveraineté de cet État. De l'autre côté, en la personne de son représentant, cet État a accompli une action sur le territoire d'un autre État sans l'accord de celui-ci et donc en portant atteinte à sa souveraineté²¹⁷.

85. Si l'État n'a pas consenti au séjour du représentant étranger et à l'activité qui l'a conduit à commettre un acte passible de sanction pénale sur son territoire, il semble que l'on dispose de raisons suffisantes pour penser que ce représentant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction *ratione materiae* à l'égard de cet État. Dans la situation examinée aux paragraphes précédents, en acceptant la présence et l'activité du représentant étranger sur son territoire, l'État a accepté d'avance l'immunité de cette personne dans l'exercice de ses fonctions. En l'absence de cet accord, non seulement la personne agit, mais se trouve sur le territoire de cet État illégalement ; il est alors difficile d'invoquer son immunité. Les situations de ce type concernent notamment l'espionnage, les actes de sabotage et les enlèvements. Dans les procédures judiciaires concernant ce type d'affaires, soit l'immunité a été invoquée, mais n'a pas été prise en considération²¹⁸, soit elle n'a même pas été invoquée²¹⁹. Il convient de souligner ici que, dans des affaires telles que les affaires *Distomo*²²⁰ et *Ferrini*²²¹, dans lesquelles les cours allemande et grecque

²¹⁷ D'après Van Alebeek (*The Immunity of States and their Officials...*, p. 129), pour évaluer la situation du représentant étranger en matière d'immunité, il est important de savoir si son activité est passible de sanctions pénales au regard du droit de l'État sur le territoire duquel elle a été accomplie («Un représentant étranger est ou non effectivement appelé à rendre compte de sa conduite selon qu'un acte particulier constitue de fait une infraction à la législation nationale de l'État à la souveraineté duquel il a été porté atteinte ou que seule une norme interétatique a été enfreinte»). Voir également les exemples cités par l'auteur d'arrêts rendus par des tribunaux nationaux dans des affaires concernant des représentants étrangers qui avaient commis des infractions sur le territoire de l'État du for.

²¹⁸ Voir l'affaire de l'agent de la Central Intelligence Agency (CIA) des États-Unis, arrêté en Italie pour enlèvement en 2003 [mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), première note du paragraphe 163].

²¹⁹ Voir, par exemple, l'affaire du *Rainbow Warrior* (ibid., note du paragraphe 162). Il peut d'ailleurs exister des cas où un représentant de l'État se trouve sur le territoire d'un État étranger dans l'exercice de fonctions officielles sans le consentement de celui-ci, mais sans que ce soit intentionnel. Le seul acte du représentant passible de sanctions pénales est alors le passage illégal de la frontière. Il semble dans ce cas qu'il soit fondé de soulever la question de l'immunité. Ainsi, en 2005, lors d'un exercice, un avion de guerre russe est entré par inadvertance dans l'espace aérien lituanien et s'est écrasé. Une action pénale a été engagée en Lituanie à l'encontre du pilote rescapé. La Fédération de Russie a soulevé la question de l'immunité de juridiction du pilote vis-à-vis de l'État sur le territoire duquel il était entré par inadvertance (voir le commentaire en date du 19 septembre 2005 du Ministère russe des affaires étrangères à propos de cette affaire, «Russian MFA Information and Press Department Commentary regarding a question from ITAR-TASS news agency concerning the situation around the Russian air force aircraft which crashed in Lithuania», disponible en anglais à l'adresse suivante : www.mid.ru/en).

²²⁰ *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne* (voir *supra* la note 141).

²²¹ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania* (voir *supra* la note 141).

²¹⁴ Voir le projet de déclaration sur les droits et les devoirs des États, dont l'article 2 dispose ceci : «Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes [...] qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international» [*La Commission du droit international et son œuvre*, 6^e éd. (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.04.V.6), New York, 2005, vol. I, p. 262].

²¹⁵ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 5), par. 163.

²¹⁶ Le Rapporteur spécial souligne qu'il ne s'agit pas seulement de l'immunité *ratione materiae* du représentant. Les immunités des officiers consulaires ou du personnel des missions spéciales ne sont pas concernées par cette question. Certaines analogies peuvent pourtant être utiles.

n'ont pas reconnu l'immunité de l'Allemagne à l'égard de la juridiction italienne, il était question d'infractions commises sur le territoire de l'État du for²²². L'arrêt rendu dans l'affaire *Bouzari*, dans laquelle la cour canadienne a reconnu l'immunité, alors que l'interdiction des tortures est une norme impérative, comporte des passages dont l'interprétation *a contrario* permet de conclure que l'issue de cette affaire aurait pu être différente si les tortures avaient été pratiquées sur le territoire de l'État du for²²³.

86. Les situations évoquées peuvent concerner n'importe quels représentants de l'État, y compris des militaires. Par ailleurs, la question de la poursuite pénale et de l'immunité des militaires pour les infractions commises lors d'un conflit armé sur le territoire de l'État du for semble relever, en premier lieu, du droit humanitaire; c'est un cas particulier qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici.

87. Conformément à la résolution que l'Institut de droit international a adoptée en 2001, des poursuites pénales peuvent être engagées contre un ancien chef d'État (et, par voie de conséquence, contre un ancien chef de gouvernement) si ses actes sont «accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État²²⁴». De ce fait, deux cas supplémentaires dans lesquels les anciens chefs d'État (et donc de gouvernement) ne bénéficient pas de l'immunité *ratione materiae* ont été ajoutés à la perpétration des crimes internationaux les plus graves. Ainsi, de l'avis des auteurs de la résolution, même si un représentant protégé par l'immunité personnelle agissait à titre officiel, mais à des fins d'enrichissement personnel, il perdrait la protection de l'immunité *ratione materiae* en quittant son poste. Un point de vue similaire a été exprimé dans la doctrine par certains auteurs à propos de modalités analogues d'enrichissement personnel lors de l'exercice de fonctions officielles²²⁵. Si ce type d'acte de la part de représentants de l'État n'était pas assimilé à un acte officiel, cette thèse serait claire. Cependant, puisqu'on considère toujours qu'il s'agit de l'acte officiel d'un représentant et, donc, d'un État, on peut douter de la validité de cette thèse. Toute une série de traités internationaux sont consacrés à la lutte contre la corruption et à l'acquisition illicite de biens personnels par des représentants de l'État²²⁶. Ils criminalisent ces actes (notamment ceux qui ne peuvent être accomplis que dans le cadre de l'exercice d'une fonction officielle) et définissent les droits et obligations des États en ce qui concerne l'établissement et l'exercice de la compétence pénale applicable à ces actes. Certains traités n'abordent pas la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants étrangers²²⁷. D'autres

comportent des réserves précisant que leurs dispositions sont sans préjudice de celles des autres traités internationaux pour ce qui concerne la levée de l'immunité de ces représentants²²⁸. La solution la plus simple pour trancher la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère de représentants ayant commis des infractions à des fins d'enrichissement personnel semblerait être d'inclure les dispositions correspondantes dans un traité international consacré à la répression de ces infractions. Ce n'est toutefois pas ce qui se produit, à moins, bien sûr, qu'on ne considère que ces traités prévoient implicitement de rejeter l'immunité.

88. Apparemment, pour décider si un représentant de l'État jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère dans les cas examinés, il faut tout de même déterminer dans chaque cas concret si le représentant a accompli à titre officiel ou personnel l'acte qui l'a notamment conduit à s'enrichir illicitement. Il y a eu des cas où une juridiction étrangère a exercé sa compétence pour ce type d'infractions et où l'État n'a pas invoqué l'immunité de son représentant. C'est notamment ce qui s'est produit aux États-Unis dans l'affaire *Marcos*, du nom de l'ancien président des Philippines²²⁹. En même temps, dans l'affaire *Adamov*, la question de l'extradition de l'ex-Ministre russe de l'industrie nucléaire aux États-Unis ou en Fédération de Russie a été examinée par le Tribunal fédéral suisse, et la Fédération de Russie a insisté pour que son ancien représentant bénéficie de l'immunité vis-à-vis de la juridiction pénale des États-Unis, en faisant notamment observer que l'enrichissement illicite dont était accusé Adamov s'était produit en Fédération de Russie à la suite de l'activité qu'il avait exercée à titre officiel (abus de fonctions)²³⁰.

paragraphe 5 de l'article 7 de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption).

²²⁸ Voir, par exemple, l'article 16 de la Convention pénale sur la corruption; et le paragraphe 4 de l'article 4 de la Convention établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point c), du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

²²⁹ Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Marcos* (Suisse, Tribunal fédéral, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, 2 novembre 1989, ATF 115 Ib 496, 5 b, dans Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1990»), le Tribunal fédéral suisse n'a pas analysé en détail la nature de l'activité de cette personne, estimant qu'elle ne bénéficiait pas de l'immunité car les Philippines avaient refusé de reconnaître qu'elle agissait à titre officiel. Une situation analogue s'est produite lors de l'arrêt rendu dans cette affaire aux États-Unis (*In re Grand Jury Proceedings, Doe n° 700*, 817 F.2d, p. 1111; voir également *International Law Reports*, vol. 81, p. 599): le Gouvernement des Philippines a informé le département d'État des États-Unis de la levée de l'immunité de Marcos dans le cadre de cette affaire. Dans l'affaire *United States of America v. Manuel Antonio Noriega et al.* [117 F.3d 1206, voir *International Law Reports*, vol. 99, p. 145, et le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 211 et la dernière note de ce paragraphe], la cour des États-Unis a levé l'immunité de Manuel Noriega, ancien chef d'État du Panama, en se fondant sur le fait que le Gouvernement des États-Unis ne reconnaissait pas en lui un chef d'État au moment où il a accompli les actes concernés. Panama n'a pas invoqué l'immunité de Noriega. En d'autres termes, dans cette affaire, les actes accomplis ne revêtaient pas un caractère déterminant. Si le pouvoir exécutif des États-Unis avait reconnu le caractère légitime du mandat de Noriega, l'immunité de ce dernier aurait sans doute aussi été reconnue. Voir, par exemple, H. Altman, «The future of Head of State immunity: the case against Ariel Sharon», 2002, p. 6.

²³⁰ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, arrêt du 22 décembre 2005, par. 3.4.2; voir aussi les commentaires du Département de l'information et de la presse du Ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie en date du 18 mai 2005 (www.mid.ru).

²²² On trouve dans la doctrine l'opinion selon laquelle cette circonstance précise est devenue une raison justifiant la non-reconnaissance de l'immunité de l'Allemagne dans ces affaires (voir Yang, «*Jus cogens and State immunity*», p. 164 à 169).

²²³ Par exemple, *Bouzari v. Iran* (voir *supra* la note 153), par. 63.

²²⁴ Voir *supra* la note 207.

²²⁵ Voir le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*), par. 211.

²²⁶ Par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption; la Convention interaméricaine contre la corruption; la Convention pénale sur la corruption; et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption.

²²⁷ Certaines dispositions concernent cependant l'immunité des représentants de l'État du for (voir, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies contre la corruption; le

89. Les faits exposés ne donnent pas de raison d'affirmer que les dispositions susmentionnées de la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 2001 sont représentatives d'une norme du droit international coutumier²³¹. Parallèlement, il semble que l'immunité *ratione materiae* ne protège pas le représentant contre les mesures de procédure pénale engagées par un État étranger à l'encontre de ses biens personnels (par exemple, de ses avoirs dans des banques étrangères) dans le cadre de procédures pénales engagées parce qu'il aurait commis une infraction à des fins d'enrichissement personnel. On ne saurait considérer que de telles mesures restreignent ses activités officielles.

3. CONCLUSIONS À PROPOS DES EXCEPTIONS

90. De l'avis du Rapporteur spécial, les faits exposés témoignent de ce que, examinés plus en détail, les divers arguments avancés en faveur d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont pas suffisamment convaincants. Ces arguments demeurent sujets à controverses dans la doctrine. La pratique des États est loin d'être uniforme à cet égard. L'arrêt rendu dans l'affaire *Pinochet*, qui a suscité des débats sur cette question, n'a pas conduit à la constitution d'une jurisprudence homogène. À cet égard, on ne peut guère parler des exceptions à l'immunité comme d'une norme constituée du droit international coutumier, non plus qu'on ne saurait d'ailleurs affirmer positivement qu'il existe une tendance à l'émergence d'une telle norme. Le cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel a été commise l'infraction présumée et où cet État n'a consenti ni à la conduite sur son territoire des activités à l'origine de l'infraction, ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée est un cas particulier. Il semble dans ce cas que l'on dispose de raisons suffisantes pour parler de l'absence d'immunité.

91. On peut se demander à quel point il est souhaitable d'instituer d'ultérieures restrictions à l'immunité *de lege ferenda*. Rappelons à cet égard plusieurs recommandations, dont certaines ont été mentionnées plus haut, qui figurent dans le rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne :

R6. Lorsqu'ils exercent la compétence universelle à l'égard de crimes graves de portée internationale [...], les États devraient ne pas perdre de vue qu'il est nécessaire d'éviter de mettre en péril les relations amicales entre États. [...]

R8. Les autorités judiciaires nationales compétentes en matière pénale qui envisagent d'exercer la compétence universelle à l'égard de personnes soupçonnées de crimes graves de portée internationale sont juridiquement tenues de prendre en compte toutes les immunités dont peuvent jouir les responsables d'État étrangers en vertu du droit international et ont par conséquent l'obligation de s'abstenir de poursuivre les responsables qui bénéficient de telles immunités²³².

92. Il n'est pas certain que l'émergence de telles exceptions dans le droit international général et, en conséquence, de la possibilité d'exercer la compétence

pénale nationale à l'égard de représentants étrangers soit souhaitable pour lutter contre l'impunité en complétant la compétence pénale internationale ou la compétence de l'État au service duquel se trouve (se trouvait) le représentant si cet État n'engage pas de poursuites pénales²³³. La législation de certains États prévoit cet exercice subsidiaire de la compétence pénale²³⁴. Cependant, l'inscription dans la législation de la possibilité d'exercer cette compétence n'équivaut pas encore, comme expliqué plus haut, à des exceptions à l'immunité des représentants étrangers.

93. Que les États aient incontestablement le droit d'imposer des restrictions à l'immunité de leurs représentants vis-à-vis de la juridiction pénale d'autres États en concluant un accord international est une autre question²³⁵. À cet égard, la Commission pourrait envisager, parallèlement à la codification du droit international coutumier actuellement en vigueur, la question de l'élaboration d'un protocole facultatif ou de clauses types concernant la limitation ou la levée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

G. Résumé

94. Les thèses formulées dans le présent rapport peuvent être résumées comme suit :

a) dans l'ensemble, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, à l'instar des États eux-mêmes, constitue la règle générale ; l'absence d'immunité dans des situations particulières relève de l'exception ;

b) les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère, c'est-à-dire de l'immunité pour les actes qu'ils commettent à titre officiel, dans la mesure où ces actes sont assimilés à des actes de l'État au service duquel ils se trouvent ;

c) il n'existe pas de raisons objectives d'établir une distinction entre l'attribution de la conduite aux fins de la responsabilité et aux fins de l'immunité. Il n'y a guère de raison d'affirmer qu'un même acte commis par un représentant soit attribué à l'État et considéré comme

²³³ Voir les interventions de M. McRae (*Annuaire... 2008*, vol. I, 2984^e séance, p. 206, par. 19) ; de M^{me} Jacobsson (*ibid.*, 2985^e séance, p. 216, par. 5 et 6) ; et de M. Vargas Carreño (*ibid.*, 2987^e séance, p. 245, par. 17).

²³⁴ Voir Ambos, « Prosecuting Guantánamo in Europe », p. 414, 423 et 440.

²³⁵ Le Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination (signé le 29 novembre 2006 lors de la Conférence internationale des Grands Lacs) définit en son article 12 l'application aux « autorités officielles » de ses dispositions relatives à la répression du génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. Ces dispositions « s'appliquent à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale ». Les parties au Protocole considèrent probablement que cet article lève l'immunité de leurs représentants vis-à-vis de la juridiction pénale de chacun d'entre eux, bien qu'il ne soit directement question ni de restrictions ni d'exceptions à l'immunité dans le Protocole (le Rapporteur spécial n'a malheureusement pas connaissance de la pratique de l'application de ces dispositions du Protocole par les tribunaux de ses États parties).

²³¹ Voir l'opinion de Hazel Fox exposée dans le mémorandum du Secrétariat (note 5 *supra*, par. 209) à propos de la formulation des dispositions de l'article 13 de la résolution *de lege ferenda*.

²³² Rapport du Groupe d'experts techniques de l'Union africaine et de l'Union européenne (voir *supra* la note 14), par. 46.

étant l'acte de celui-ci aux fins de l'établissement de la responsabilité de l'État et qu'il ne soit pas attribué à l'État et soit considéré comme étant le seul acte du fonctionnaire aux fins de l'immunité de juridiction. Il convient logiquement de déterminer d'abord la nature – officielle ou personnelle – de la conduite d'un représentant de l'État et, en conséquence, d'attribuer ou non cette conduite à l'État avant de se pencher sur la question de l'immunité du représentant en ce qui concerne cette conduite ;

d) on ne considère pas qu'un représentant de l'État agit à titre officiel en fonction de ses motifs ou du caractère de sa conduite. Le facteur déterminant semble être de savoir si ce représentant agit en qualité d'agent de l'État. Il convient de distinguer la notion d'«acte accompli par un représentant de l'État en qualité de représentant», c'est-à-dire d'«acte officiel», de la notion d'«acte relevant de fonctions officielles». La première est plus large et englobe la seconde ;

e) l'étendue de l'immunité de l'État et celle de l'immunité de ses représentants ne sont pas identiques, même s'il s'agit en fait d'une seule et même immunité. Un représentant de l'État qui accomplit un acte de nature commerciale bénéficie de l'immunité de juridiction pénale étrangère si cet acte est attribué à l'État ;

f) l'immunité *ratione materiae* s'étend aux excès de pouvoir des représentants de l'État et à leurs actes illicites ;

g) l'immunité *ratione materiae* ne concerne pas les actes commis par un représentant de l'État avant son entrée en fonctions ; elle protège les anciens représentants de l'État pour les actes qu'ils ont accomplis en qualité d'agent de l'État lorsqu'ils étaient en fonctions ;

h) la nature de la présence du représentant ou de l'ancien représentant de l'État à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for n'a guère d'incidence sur son immunité *ratione materiae*. Il semble qu'un représentant de l'État jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes qu'il a accomplis en qualité d'agent de l'État indépendamment du fait qu'il se trouve à l'étranger en visite officielle ou à titre personnel ;

i) l'immunité *ratione personae* dont bénéficie un cercle étroit de hauts représentants de l'État s'étend aux actes illicites accomplis par un représentant tant à titre officiel qu'à titre privé, y compris avant son entrée en fonctions. C'est ce qu'on appelle l'immunité absolue ;

j) étant liée à une haute fonction déterminée, l'immunité personnelle est par essence temporaire et prend fin lorsque cette fonction n'est plus exercée. Ni le fait que le représentant ait accompli les actes à propos desquels la compétence est exercée en dehors de l'exercice de ses fonctions ni la nature de son séjour à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'ont d'incidence sur son immunité *ratione personae* ;

k) l'étendue de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dépend du grade du

poste occupé. Tous les représentants de l'État bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel. Seuls certains hauts représentants de l'État jouissent en outre de l'immunité pour les actes accomplis à titre personnel. L'étendue de l'immunité des anciens représentants de l'État est la même quel que soit le grade du poste qu'ils occupaient lorsqu'ils étaient en fonctions. Ils bénéficient de l'immunité pour les actes qu'ils effectuent à titre personnel pendant la durée de leur mandat ;

l) lorsque des accusations sont portées contre un représentant étranger (auteur présumé d'une infraction, suspect, etc.), seules ne peuvent être prises à son encontre les mesures de procédure pénale restrictives qui l'empêchent de s'acquitter de ses fonctions en lui imposant une obligation juridique s'il jouit d'une immunité *ratione personae* ou d'une immunité *ratione materiae* si ces mesures concernent une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de fonctions officielles. De telles mesures ne peuvent être prises à l'encontre d'un représentant étranger cité comme témoin dans une procédure pénale si celui-ci jouit d'une immunité *ratione personae* ou d'une immunité *ratione materiae*, s'il est cité à comparaître en qualité de témoin à propos d'actions officielles qu'il aurait exécutées lui-même, ou d'actes dont il aurait eu connaissance du fait de l'exercice de ses fonctions officielles ;

m) l'immunité s'étend à la période pendant laquelle le représentant se trouve à l'étranger ainsi que pendant la durée de son séjour sur le territoire de l'État au service duquel il se trouve (trouvait). Les mesures de procédure pénale qui imposent une obligation à un représentant étranger enfreignent l'immunité dont il bénéficie, que celui-ci se trouve à l'étranger ou sur le territoire de son propre État. Il y a manquement à l'obligation de ne pas prendre ces mesures à l'encontre d'un représentant étranger dès lors qu'une telle mesure est prise et non pas uniquement si le représentant à l'encontre duquel elle a été prise se trouve à l'étranger ;

n) les divers arguments avancés pour justifier les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont pas suffisamment convaincants ;

o) on ne peut guère parler d'exceptions à l'immunité en tant que norme du droit coutumier de même qu'on ne peut pas formellement affirmer l'existence d'une tendance à l'émergence d'une telle norme ;

p) le cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel l'infraction présumée a été commise et où cet État n'a consenti ni à l'accomplissement sur son territoire des actions à l'origine de l'infraction, ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée constitue un cas particulier. Il semble dans ce cas qu'on dispose de motifs suffisants pour parler d'absence d'immunité²³⁶.

²³⁶ Le Rapporteur spécial souhaiterait exprimer sa gratitude à M^{me} S. S. Sarenkova et à M. V. Musikhin pour leur contribution à l'établissement du présent rapport.