

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/673

Troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale*

[Original: espagnol]
[2 juin 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>	
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	88	
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	88	
	<i>Paragraphes</i>	
INTRODUCTION.....	1-9	89
<i>Chapitres</i>		
I. IMMUNITÉ <i>RATIONE MATERIAE</i> : CRITÈRES NORMATIFS.....	10-16	90
II. NOTION DE «REPRÉSENTANT DE L'ÉTAT».....	17-151	92
A. Généralités.....	17-23	92
B. Critères d'identification des personnes bénéficiant de l'immunité.....	24-112	93
1. Jurisprudence interne.....	29-38	93
2. Jurisprudence internationale.....	39-49	95
3. Pratique conventionnelle.....	50-97	98
4. Autres travaux de la Commission du droit international.....	98-110	105
5. Conclusions.....	111-112	108
C. Terminologie.....	113-142	108
1. <i>Funcionario</i>	120-123	110
2. Représentant.....	124-127	111
3. <i>Official</i>	128-129	111
4. <i>Agente</i>	130-132	112
5. <i>Órgano</i>	133-135	112
6. Conclusions.....	136-142	113
D. Notion générale de «représentant» aux fins du projet d'articles.....	143-144	114
E. Portée subjective de l'immunité <i>ratione materiae</i>	145-151	114
III. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL.....	152	115
ANNEXE Projets d'article proposés.....		116

* La Rapporteuse spéciale tient à remercier Francisco José Pascual Vives, professeur de droit international public à l'Université d'Alcalá de Henares (Espagne) pour le précieux concours qu'il lui a apporté à l'occasion de l'établissement du présent rapport. Elle tient également à remercier les personnes suivantes de leur collaboration : Claribel de Castro Sánchez, Teresa Marcos Martín et Fernando Val Garijo, professeurs de droit international public à l'Université nationale d'enseignement à distance (Espagne), ainsi que Louise Lecaros de Cossio et Brian Frenkel, étudiants en maîtrise à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève.

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n° 1021, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)	Ibid., vol. 1035, n° 15410, p. 167.
Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)	<i>Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975</i> , vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	E/1996/99.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Ibid., vol. 2216, n° 39391, p. 225.
Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15 mai 2003)	Ibid., vol. 2466, n° 39391, p. 168.
Convention civile sur la corruption (Strasbourg, 4 novembre 1999)	Ibid., vol. 2246, n° 39988, p. 3.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Ibid., 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

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria «La responsabilité internationale de l'individu», <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> , 1999, t. 280, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 135 à 428.	DUGARD, John <i>International Law: A South African Perspective</i> , 4 ^e éd., Le Cap, Juta, 2011.
ARGENT (D'), Pierre «Immunity of State officials and obligation to prosecute», <i>Cahiers du CeDIE</i> , 2013/04, p. 1 à 20.	FOX, Hazel et Philippa WEBB <i>The Law of State Immunity</i> , 3 ^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013.
BORCHI, Alvaro <i>L'immunité des dirigeants politiques en droit international</i> , Bruxelles, Bruylant, 2003.	JORGE URBINA, Julio «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», <i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i> , vol. VIII, 2008, p. 255 à 306.
CASSESE, Antonio (dir. publ.) <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> , Oxford, Oxford University Press, 2009.	MAGUIRE, Rowena, Bridget LEWIS et Charles SAMPFORD (dir. publ.) <i>Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities</i> , Abingdon, Routledge, 2013.
DOMINICÉ, Christian «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», dans J. Cardona Llorens (dir. publ.), <i>Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international</i> , vol. II, 1998, Pamplune, Aranzadi, p. 305 à 348.	McDOUGALL, Carrie <i>The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

REMIRO BROTONS, Antonio

«La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad», *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006), Washington, OAS, p. 491 à 516.

SCHABAS, William A.

The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010.

STERN, Brigitte

«Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international ?», dans M. Kohen (dir. publ.), *La promotion de la justice, des droits de*

l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007, p. 511 à 548.

TRIFFTERER, Otto

«Irrelevance of official capacity», dans O. Triffterer (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, Hart et Nomos, 2008, p. 779 à 794.

VERHOEVEN, Joe

«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», dans J. Verhoeven (dir. publ.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 61 à 148.

Introduction

1. L'ayant inscrit à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session, en 2006, sur la base de la proposition figurant dans son rapport sur les travaux de cette session¹, la Commission du droit international a décidé, à sa cinquante-neuvième session, en 2007, de retenir le sujet intitulé «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» dans son programme de travail en cours et de nommer M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet³.

2. Dans les trois rapports qu'il a présentés, le Rapporteur spécial précédent a campé le sujet et envisagé divers aspects des questions de fond et de procédure touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État⁴. La Commission a examiné ces rapports à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008 et en 2011 respectivement. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le sujet à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission, en particulier en 2008 et en 2011.

3. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, au cours de sa soixante-quatrième session, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Roman A. Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵.

4. Au cours de cette même session, en 2012, la Rapporteuse spéciale a saisi la Commission d'un rapport préliminaire sur le sujet⁶, que celle-ci a examiné pendant

la seconde partie de la session⁷. Se voulant «rapport de transition», ce rapport préliminaire venait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont on pourrait poursuivre l'examen si la Commission le jugeait utile⁸. Le rapport recensait les questions à examiner par la Commission, posait les bases méthodologiques de l'étude et proposait un plan de travail indicatif pour le traitement du sujet.

5. Ayant examiné le rapport préliminaire à sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a souscrit dans l'ensemble à la méthodologie et au plan de travail proposés⁹. La même année, la Sixième Commission a elle aussi examiné le rapport préliminaire à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission¹⁰.

6. À la soixante-cinquième session de la Commission, la Rapporteuse spéciale a présenté un deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹¹, qui traitait de la portée du sujet et du champ d'application du projet d'articles, des notions d'immunité et de juridiction, de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, ainsi que des critères normatifs de l'immunité *ratione personae*. La Rapporteuse spéciale y proposait six projets d'article, consacrés au champ d'application du projet d'articles (projets d'articles 1 et 2), aux définitions (projet d'article 3) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'articles 4, 5 et 6).

¹ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257 b, et annexe I, p. 199.

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

³ *Ibid.*, p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir document A/CN.4/596 et Corr.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁴ Pour les rapports du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 161 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 417 (deuxième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

⁵ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 60, par. 84.

⁶ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654.

⁷ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 67, par. 82 à 139.

⁸ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, par. 5.

⁹ Pour en savoir plus sur ce débat, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 137, par. 86 à 139. Voir également *ibid.*, vol. I, 3143^e séance, 10 juillet 2012, à 3147^e séance, 20 juillet 2012, p. 100 à 142.

¹⁰ La Sixième Commission a examiné le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État de sa 23^e séance lors de la soixante-septième session de l'Assemblée générale, en 2012 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e à 23^e séance (A/C.6/67/SR.20 à 23)]. En outre, deux États ont évoqué ce sujet à la 19^e séance [*ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19)]. Voir aussi le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session (A/CN.4/657), par. 26 à 38.

¹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661.

7. Ayant examiné le deuxième rapport de sa 3164^e séance à sa 3168^e séance ainsi qu'à sa 3170^e séance¹², la Commission a décidé de renvoyer les six projets d'article au Comité de rédaction¹³. Au vu du rapport de ce dernier, elle a provisoirement adopté trois projets d'article, consacrés au champ d'application du projet d'articles (projet d'article 1) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'articles 3 et 4). Ces projets d'article reprennent, en les réorganisant, les principaux éléments de cinq des projets que la Rapporteuse spéciale avait proposés. La Commission a également souscrit aux commentaires relatifs aux trois projets d'article qu'elle avait adoptés à titre provisoire. En ce qui concerne le projet d'article consacré aux définitions, le Comité de rédaction a décidé d'en poursuivre l'examen et de surseoir à se prononcer à son sujet¹⁴.

8. À sa soixante-huitième session, en 2013, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le

¹² Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir *ibid.*, vol. I, 3164^e séance, 21 mai 2013, à 3168^e séance, 22 mai 2013, p. 29 à 38, et 3170^e séance, 24 mai 2013, p. 42.

¹³ Voir *ibid.*, 3174^e séance, 7 juin 2013, p. 52.

¹⁴ Pour de plus amples informations sur la façon dont le sujet a été traité par la Commission au cours de sa soixante-cinquième session, en 2013, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 41 à 54, par. 40 à 49. Voir en particulier les projets d'article et les commentaires y relatifs au paragraphe 49. Pour ce qui concerne les débats concernant lesdits commentaires, voir *ibid.*, vol. I, 3193^e séance, 6 août 2013, à 3196^e séance, 7 août 2013, p. 150 à 164.

deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la Commission. Les États ont dans l'ensemble accueilli favorablement le texte et l'état d'avancement des travaux de la Commission, et se sont félicités qu'elle ait présenté trois projets d'article à l'Assemblée générale¹⁵.

9. Dans son rapport annuel, la Commission a demandé aux États de lui donner,

avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, reflétée en particulier dans des décisions de justice, en ce qui concerne la signification donnée aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁶.

La Rapporteuse spéciale tient à remercier les États qui ont évoqué le sujet au cours des débats de la Sixième Commission, et en particulier ceux qui ont répondu par écrit à cette demande¹⁷.

¹⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 17^e à 19^e séance (A/C.6/68/SR.17 à 19)*. Voir également le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), par. 10 à 30.

¹⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 25.

¹⁷ Au moment de l'achèvement du présent rapport, des observations avaient été envoyées par les pays suivants : Allemagne, Belgique, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Mexique, Norvège, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse.

CHAPITRE I

Immunité *ratione materiae* : critères normatifs

10. Comme la Rapporteuse spéciale le soulignait dans son deuxième rapport,

la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* est l'une des rares questions qui fassent l'objet d'un large consensus au sein de la Commission¹⁸,

et ce sans aucun doute parce qu'elle est largement admise par la doctrine¹⁹ et la jurisprudence. Par ailleurs, cette distinction a déjà été analysée dans le memorandum du Secrétariat²⁰ et le rapport préliminaire établi par le

¹⁸ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 47, *in fine*.

¹⁹ Voir notamment Dominicé, « Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales », p. 323 à 326 et 337 à 342; Abellán Honrubia, « La responsabilité internationale de l'individu », p. 220 à 223; Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, p. 129 à 131; Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », p. 64 à 67 et 94 à 107; Remiro Brotons, « La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad », p. 505; Jorge Urbina, « Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado », p. 277 à 292; Stern, « Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des États et chefs d'État en cas de crime de droit international ? »; Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, p. 368; Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 253; Fox et Webb, *The Law of State Immunity*; d'Argent, « Immunity of State officials and obligation to prosecute », p. 5 à 7; et Maguire, Lewis et Sampford (dir. publ.), *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, p. 108.

²⁰ Voir document A/CN.4/596 et Corr. I [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session; le texte définitif

Rapporteur spécial M. Roman A. Kolodkin²¹, encore que sous un angle essentiellement descriptif et conceptuel dans l'un et l'autre cas. De son côté, en 2013 la Commission a envisagé la distinction entre ces deux catégories d'un point de vue normatif, le but étant d'établir un régime juridique différencié pour chacune d'elles, sans cependant méconnaître que les deux catégories d'immunité présentent des traits communs, notamment en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de l'immunité au sens large²².

11. Cette solution avait déjà été retenue par la Commission lors des travaux de sa soixante-cinquième session, en 2013. En ce sens, on retiendra les éléments suivants :

a) le projet d'article traitant des définitions qui a été renvoyé au Comité de rédaction consacre la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Ce dernier ne s'est pas encore prononcé sur les définitions proposées, mais il n'y a pas d'avis contraire à cette solution²³;

de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)], par. 88 et suiv.

²¹ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 182 et 183, par. 78 à 83.

²² Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 48 et 53.

²³ Concernant ces définitions, voir *ibid.*, par. 53.

b) l'économie du projet d'articles comporte une partie autonome (la deuxième) consacrée à l'immunité *ratione personae*, laquelle devrait être suivie d'une troisième partie consacrée à l'immunité *ratione materiae*;

c) le paragraphe 3 du projet d'article 4, adopté à titre provisoire par la Commission en 2013, consacre la distinction entre les régimes de l'une et l'autre catégories d'immunité envisagées, partant que « [l']extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*²⁴ ».

12. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a défini les caractéristiques de l'immunité *ratione materiae* comme suit :

a) elle est reconnue d'une manière générale aux représentants de l'État;

b) elle ne s'applique qu'aux actes pouvant être qualifiés d'« officiels »;

c) elle n'est soumise à aucune limite temporelle, l'immunité *ratione materiae* subsistant même après que son bénéficiaire a perdu la qualité de représentant de l'État.

13. Ces trois caractéristiques reflètent fidèlement les différentes définitions de l'immunité *ratione materiae* dégagées par la doctrine²⁵ et la jurisprudence. Elles prennent

²⁴ Sur la distinction entre ces deux catégories d'immunité, voir le commentaire de la Commission relatif au projet d'article 4, en particulier le paragraphe 7 du commentaire [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 53 et 54, par. 49].

²⁵ Ces définitions se présentent sous différentes formes, mais elles reprennent toutes les mêmes éléments susmentionnés. Ainsi, pour Cassese, « l'immunité fonctionnelle de juridiction étrangère couvre les activités réalisées par divers représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions et elle perdure après la fin de leur mandat », et les « activités officielles sont réalisées par des organes étatiques au nom de l'État dont ils dépendent et doivent, en principe, être attribuées à l'État lui-même » (*The Oxford Companion to International Criminal Justice*, p. 368). Pour Fox et Webb, l'expression immunité fonctionnelle, immunité *ratione materiae*, s'appliquait à l'origine aux diplomates lorsqu'ils perdaient leur immunité personnelle à la fin de leur mandat : il s'agissait de leur conserver une immunité mais pour les seuls actes accomplis à titre officiel. Cependant, désormais utilisée dans un sens plus large, l'expression s'applique à l'ensemble des représentants, fonctionnaires et employés du personnel, qu'ils soient ou non en service, qui bénéficient ainsi d'une immunité à raison des actes accomplis à titre officiel (*The Law of State Immunity*). Pour Stern, « l'immunité du chef d'État en exercice est une immunité absolue, *ratione personae*, l'immunité ne continue à lui être accordée, lorsqu'il n'est plus en fonction, que pour les seuls actes « *commiss dans l'exercice de ses fonctions* », c'est-à-dire que l'ancien chef d'État ne bénéficie que d'une immunité *ratione materiae* » (« Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine »... », p. 521). Pour d'Argent, « tous les « représentants de l'État agissant à ce titre » [Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, art. 2, par. 1 b iv)] jouissent d'une immunité *ratione materiae* (ou immunité couvrant les actes accomplis à titre officiel) pour les actes accomplis à titre officiel, même s'ils ont agi en allant au-delà de leurs pouvoirs (*ultra vires*) [...] contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'immunité *ratione personae*, dans le cadre de l'immunité *ratione materiae* la notion de « représentants de l'État » n'englobe pas seulement les personnes incarnant ou personnifiant l'État concerné » (« Immunity of State officials and obligation to prosecute », p. 7). Pour Borghi, « l'immunité [*ratione personae*] n'est pas accordée à un chef d'État dans son propre intérêt, mais dans celui de l'État qu'il dirige, il est normal [qu'elle] cesse de produire ses effets lorsque son mandat officiel prend fin. [...] [L']immunité *ratione materiae* [...] signifie qu'il est protégé

également en compte les travaux antérieurs de la Commission²⁶. De ces trois caractéristiques, on peut déduire les critères normatifs permettant de définir cette catégorie d'immunité, qui, suivant la méthode empruntée pour l'immunité *ratione personae*, s'énonceraient comme suit :

a) portée subjective de l'immunité *ratione materiae* : quelles sont les personnes qui bénéficient de l'immunité ?

b) champ d'application matériel de l'immunité *ratione materiae* : quels sont les actes de ces personnes couverts par l'immunité ?

c) champ d'application temporel de l'immunité *ratione materiae* : durant combien de temps l'immunité peut-elle être invoquée et appliquée ?

14. Bien qu'ils soient généralement acceptés en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, ces trois éléments n'ont pas la même signification. Ainsi, alors qu'on s'accorde à considérer que le champ d'application temporel est illimité, la portée subjective et le champ d'application matériel de l'immunité *ratione materiae* continuent de susciter controverse aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence et la pratique. Il faut donc définir soigneusement ce que l'on entend par les expressions « représentant de l'État » et « actes officiels ». En tout état de cause, il faut souligner que les trois aspects susmentionnés constituent les « critères normatifs » de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, et doivent par conséquent être envisagés ensemble, sans qu'il soit possible de faire abstraction de l'un d'entre eux pour définir le régime juridique de cette catégorie d'immunité.

15. Par ailleurs, il faut rappeler, comme la Rapporteuse spéciale l'a fait dans son deuxième rapport s'agissant de l'immunité *ratione personae*, que, de ce que ces trois éléments constituent les critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, on ne conclura pas qu'ils soient les seuls à devoir être pris en compte pour définir le régime juridique de cette catégorie d'immunité. Il faut préciser qu'il ne s'agit là ni d'une prise de position concernant les exceptions à l'immunité ni d'une reconnaissance du caractère absolu de cette immunité.

16. Au regard des considérations qui précèdent, ici commence l'étude des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, qui s'intéressera en particulier à la notion de « représentant de l'État ».

pour ce qui a trait aux actes de la fonction » (*L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, p. 129 et 130). Pour Jorge Urbina, « la grande portée de l'immunité *ratione personae* accordée aux dirigeants politiques qui constituent des rouages centraux de l'État dans le cadre des relations internationales (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères) se justifie par le fait que ces personnes sont les plus importants représentants de l'État et qu'elles jouent un rôle essentiel dans la conduite de sa politique extérieure. C'est pourquoi, à la fin de leur mandat, elles ne sont plus protégées que par l'immunité *ratione materiae*, qui, comme on le sait, n'empêche le déclenchement d'une action pénale qu'en ce qui concerne les actes publics accomplis pendant l'exercice d'un haut mandat étatique » (« Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado », p. 287 et 288).

²⁶ Pour la définition des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae*, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 14, commentaire relatif au projet d'article 2 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, notamment p. 18 et 19, par. 17 à 19.

CHAPITRE II

Notion de «représentant de l'État»

A. Généralités

17. La notion de «représentant de l'État» revêt un intérêt particulier aux fins de l'étude de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, car elle permet de définir la portée subjective de la question. C'est pourquoi l'expression a expressément été retenue dans l'intitulé du sujet pour désigner toutes les personnes qui peuvent bénéficier de l'immunité, la Commission du droit international n'ayant pas voulu circonscrire le champ de l'étude à l'immunité des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères²⁷.

18. Cela étant, on envisagera la notion de «représentant de l'État» de manière horizontale, le but étant de la définir de manière à inclure aussi bien les personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* que celles bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, comme il est dit dans le deuxième rapport, présenté à la Commission en 2013, il est éminemment important dans le cas de l'immunité *ratione materiae* de définir la notion de «représentant» de manière claire et sans équivoque²⁸, et ce, pour une simple raison. Les personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* peuvent être identifiées et l'ont été par la Commission, à savoir trois hauts représentants de l'État: le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères²⁹. Dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, en revanche, il est impossible de dresser la liste de tous les titulaires de charge ou de poste méritant les qualifications de «représentant de l'État» aux fins du présent sujet, et ce, en raison de la grande diversité des modèles d'organisation de l'État. On ne peut dès lors déterminer les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* qu'au moyen de «critères d'identification» qui, appliqués au cas par cas, permettraient d'établir que telle ou telle personne a la qualité de «représentant de l'État» aux fins du présent projet d'articles.

19. En outre, il convient de souligner que le terme «représentant» a été proposé par le précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, qui lui a préféré celui d'«organe» sans exclure que l'on puisse réexaminer ce choix dans l'avenir et changer de terminologie si la Commission le jugeait opportun³⁰. À l'époque, déjà divers

membres de la Commission avaient toutefois été d'avis qu'on pourrait employer les mots «agents» ou, dans le texte anglais, *representatives*³¹. La Rapporteuse spéciale est revenue sur cette question dans ses précédents rapports, pour faire observer que le terme «représentant» ne convenait sans doute pas le mieux pour désigner toutes les catégories de personnes qui seraient couvertes par l'immunité de juridiction pénale étrangère. De plus, les termes utilisés dans les différentes versions linguistiques ne sont ni uniformes ni interchangeables et ne peuvent être considérés comme ayant un sens identique ou similaire³².

20. Compte tenu de ce qui précède, la Rapporteuse spéciale a annoncé dans son deuxième rapport son intention d'envisager la notion de «représentant» en examinant l'immunité *ratione materiae* et de continuer d'utiliser à titre provisoire le seul terme «représentant» pour désigner toutes les catégories de personnes couvertes par l'une ou l'autre catégorie d'immunité de juridiction pénale étrangère envisagée³³. Approuvée par la Commission, cette proposition est exposée dans la note de bas de page du projet d'article 1, paragraphe 1, adopté à titre provisoire en 2013, d'où il résulte que «[l]'emploi du terme «représentants» fera l'objet d'un réexamen³⁴».

21. En conséquence, vu l'intérêt de la notion de «représentant»³⁵, le présent rapport se chargera d'identifier les personnes pouvant être considérées comme bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale étrangère, ou, de définir la notion de «représentant» suivant la terminologie utilisée jusqu'ici. À cette fin les quatre postulats ci-après doivent être pris en considération:

a) le droit international ne définit généralement pas la notion de «représentant»;

b) quelle qu'elle soit, la définition de la notion de «représentant» retenue doit couvrir aussi bien les personnes qui peuvent bénéficier de l'immunité *ratione personae* que celles susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*;

³¹ Voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 148 et 149, par. 288 et 289.

³² Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, par. 66; et *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 32.

³³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 32.

³⁴ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 42, note 237.

³⁵ Les États ont également reconnu l'intérêt de définir la notion de «représentant». Voir, par exemple, les déclarations faites par les États ci-après à la dernière session de la Sixième Commission de l'Assemblée générale: Bélarus [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 10]; Chili, *ibid.*, par. 78; République de Corée, *ibid.*, par. 107; Roumanie, *ibid.*, par. 112; Irlande, *ibid.*, par. 121; Italie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 5; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 46; et Australie, *ibid.*, par. 81. En outre, les États suivants ont déjà exprimé leurs vues sur la question terminologique ou les critères d'identification d'un «représentant»: Portugal, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 92 et suiv.; Espagne, *ibid.*, par. 142; Pays-Bas, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 31; Chili, *ibid.*, par. 79; Thaïlande, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 26; et Malaisie, *ibid.*, par. 37.

²⁷ Le résumé sur lequel la Commission s'est fondée pour inscrire le sujet à son programme de travail à long terme met l'accent sur le chef de l'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et d'autres hauts représentants de l'État [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 202, annexe I, par. 19, al. 4]. Pour sa part, le précédent Rapporteur spécial a adopté dans son rapport préliminaire une approche globale en parlant de tous les fonctionnaires [*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 190 et 191, par. 106 et 107]. Si lors des débats sur le rapport préliminaire certains membres de la Commission ont été d'avis que seule l'immunité du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères devait être envisagée [*Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 149 et suiv., par. 289], c'est cette approche globale qui est suivie depuis.

²⁸ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 32; voir également *ibid.*, par. 56 et 57.

²⁹ Voir projet d'article 3, adopté à titre provisoire par la Commission en 2013 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 46].

³⁰ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 191, par. 108.

c) le terme choisi pour désigner toutes les personnes qui jouissent de cette immunité doit tenir compte des différences entre les catégories de personnes couvertes par l'immunité *ratione personae* et celles couvertes par l'immunité *ratione materiae* ;

d) les termes utilisés dans chaque langue pour désigner les personnes bénéficiant de l'immunité doivent être uniformes et comparables, et doivent, dans toute la mesure possible, suivre la terminologie consacrée par la Commission du droit international.

22. En résumé, la notion de «représentant» suscite deux types de questions différentes mais complémentaires et interdépendantes. La première, de fond, a trait aux critères utilisés pour identifier les personnes pouvant prétendre à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Essentiellement d'ordre linguistique, la seconde intéresse le choix du terme le mieux indiqué pour désigner les personnes qui, d'une manière générale, répondent aux critères de fond susmentionnés. L'une et l'autre question seront examinées séparément.

23. En tout état de cause, par souci de concision et de clarté, le terme «représentant», qui figure dans l'intitulé du sujet, à titre provisoire, continuera d'être utilisé dans le présent rapport.

B. Critères d'identification des personnes bénéficiant de l'immunité

24. Comme cela a été dit plus haut, le champ de la notion de «représentant» n'est pas défini par le droit international³⁶. Cependant, comme la définition de ce terme (ou des termes voisins) varie d'un ordre juridique interne à l'autre, les définitions issues de l'ordre interne n'ont guère d'intérêt s'agissant de définir le concept, voire de choisir le terme le plus approprié pour désigner cette catégorie de personnes. Pour définir la notion de «représentant» et les critères d'identification aux fins du présent sujet, force est donc de procéder par approximation en interrogeant la jurisprudence (interne et internationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la Commission.

25. La Commission a d'ores et déjà examiné ces critères pour ce qui est des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, c'est-à-dire le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Ce faisant, elle a également dégagé les qualités dont elles tirent cette immunité. Comme il ressort du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale, il s'agit d'«un nombre limité de personnes qui, par les hautes fonctions qu'elles exercent ou le poste de haut niveau qu'elles occupent, représentent l'État dans les relations internationales³⁷». Cette fonction «trouve son fondement dans le droit international lui-même, et [elles] l'exercent automatiquement, sans qu'il soit besoin de lettre de créance de la part de l'État qu'[elles] représentent³⁸».

³⁶ Le mémorandum établi en 2008 par le Secrétariat [document A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 20)] et le rapport préliminaire du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin [Annuaire... 2008, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 191 et 192, par. 108] partent de la même observation.

³⁷ Annuaire... 2013, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 57.

³⁸ Ibid., par. 59.

26. Dans le même ordre d'idées, le commentaire du projet d'article 3, adopté par la Commission en 2013, dit ce qui suit :

La Commission considère qu'il y a deux raisons, l'une liée à la notion de représentation et l'autre à celle de fonction, d'accorder l'immunité *ratione personae* aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Premièrement, en vertu des règles du droit international, ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques. Deuxièmement, ils doivent être en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave³⁹.

27. De ce qui précède on peut dégager les critères d'identification des personnes suivants :

a) elles occupent une position spéciale au sein de l'État et ont donc un lien spécial avec l'État ;

b) elles exercent des fonctions qui relèvent des prérogatives de la puissance publique de l'État, tant au sein de l'État qu'au niveau international ;

c) elles représentent l'État sur le plan international au plus haut niveau du seul fait du poste qu'elles occupent.

28. Par suite du paragraphe précédent, l'analyse de la pratique – en particulier de la jurisprudence interne – ci-après peut être circonscrite aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, le but sera d'abord d'identifier les personnes auxquelles l'immunité de la juridiction pénale étrangère a été accordée ou pour le compte desquelles elle a été invoquée avant de rechercher si cette pratique est venue dégager les critères permettant d'identifier les personnes désignées comme «représentants», et, le cas échéant, si l'on pouvait déduire ces critères de ceux intéressant les catégories de personnes précédemment identifiées.

1. JURISPRUDENCE INTERNE

29. Ainsi qu'il a été dit plus d'une fois, la jurisprudence pénale interne en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère est loin d'être abondante. En effet, rares sont les affaires pénales dans lesquelles il est question de «représentants» autres que le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, ces affaires intéressant du reste un petit nombre d'États. En revanche, cette jurisprudence pénale non étendue est compensée par une jurisprudence plus abondante en matière civile qui, même si elle déborde le cadre du présent sujet, présente un intérêt s'agissant d'identifier les personnes que les États considèrent couvertes par telle ou telle forme d'immunité de juridiction.

30. La jurisprudence interne est analysée dans les rapports et documents soumis à la Commission du droit international depuis 2007, date à laquelle elle a inscrit pour la première fois ce sujet à son programme de travail, qui reste d'actualité. De l'analyse de celle-ci et de la jurisprudence interne postérieure, on peut dégager certains éléments susceptibles de présenter quelque intérêt aux fins de la définition de la notion de «représentant».

³⁹ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 46, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 3.

31. Premièrement, on notera que dans les causes pénales à l'occasion desquelles les tribunaux internes ont conclu à l'immunité de juridiction *ratione materiae* des représentants étrangers en question, les intéressés occupaient certains postes et remplissaient des fonctions spécifiques au sein de l'État: un ancien premier ministre et ministre de la défense⁴⁰, un ministre de l'intérieur⁴¹, des responsables (chef de Scotland Yard)⁴² et des membres (un policier⁴³ et un militaire⁴⁴) des forces de police et de sécurité ainsi que le directeur exécutif d'une autorité maritime⁴⁵.

32. Deuxièmement, le cercle des personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction *ratione materiae* est beaucoup plus vaste et plus varié si l'on en juge par les actions en réparation intentées au civil à des fonctionnaires étrangers. Dans ce contexte également, on a invoqué avec succès l'immunité *ratione materiae* en faveur de certaines catégories de représentants de l'État. Ainsi, des poursuites intentées contre un ancien chef d'État⁴⁶, un membre du gouvernement⁴⁷, un membre d'une commission du pouvoir exécutif⁴⁸, le Procureur général et divers fonctionnaires de rang subalterne de l'État de Floride (un procureur et ses substituts, un détective du Bureau du Procureur général et un avocat d'un organisme public)⁴⁹, un ancien chef du service de renseignement⁵⁰ et un ancien chef d'une agence de sécurité nationale⁵¹.

33. Troisièmement, il convient de souligner qu'en d'autres occasions l'exception d'immunité de juridiction n'a pas prospéré devant le juge interne. Cependant, dans la mesure où le juge interne s'est prononcé sur le statut de «représentant» des personnes en cause, sa décision est aussi digne d'intérêt. Il s'agit en particulier d'anciens

chefs d'État⁵² ou de gouvernement⁵³, d'un vice-président et ministre des forêts⁵⁴, de membres de la famille d'un ancien chef d'État qui n'ont occupé aucun poste au sein du gouvernement⁵⁵, d'un ministre de la défense⁵⁶, d'anciens ministres de la défense⁵⁷, d'un ministre d'État⁵⁸, de chefs de services de sécurité nationale⁵⁹, d'un colonel de l'armée⁶⁰ et d'autres militaires de rang subalterne (marins italiens)⁶¹, de gardes frontière⁶² et d'un fonctionnaire (anciennement dans l'armée)⁶³.

⁵² États-Unis, *Republic of the Philippines v. Ferdinand E. Marcos et al.*, cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 26 novembre 1986, 806 F.2d 344; et Royaume-Uni, *Regina v. Bartle and others*, ex parte Pinochet, Chambre des lords, arrêt du 24 mars 1999, ILM, vol. 38 (1999), p. 581.

⁵³ États-Unis, *Marcos Perez Jimenez v. Miguel Aristiguieta and John E. Maguire*, cour d'appel du cinquième circuit, arrêt du 12 décembre 1962, 311 F.2d 547.

⁵⁴ France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et consorts*, cour d'appel de Paris, Pôle 7, deuxième chambre d'instruction, arrêt du 13 juin 2013. Cet arrêt est intéressant aussi parce que c'est le seul cas où un tribunal national semble restreindre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à l'immunité *ratione materiae*. L'arrêt fait suite à une plainte déposée par la République de Guinée équatoriale dans le cadre d'une procédure pénale pour blanchiment d'argent et dissimulation d'actifs à l'encontre de plusieurs personnes, dont Teodoro Nguema Obiang Mangue, fils du Président de la République de Guinée équatoriale, qui à l'époque était Vice-Président et Ministre des forêts. La Guinée équatoriale a demandé l'annulation du mandat d'arrêt délivré à l'encontre de M. Nguema au motif, entre autres, que la France avait violé l'immunité dont jouissent les chefs d'État et d'autres hauts responsables d'un gouvernement étranger. La cour d'appel a admis que «si la coutume internationale, en l'absence de dispositions internationales contraires, s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger, et que cette coutume s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de cet État, ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'État concerné, ce principe trouve ses limites dans l'exercice de fonctions étatiques», ajoutant que les crimes donnant lieu à ces poursuites «sont détachables de l'exercice des fonctions étatiques protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique» (motifs, sect. C, par. 2 et 3).

⁵⁵ États-Unis, *Maximo Hilao, et al., Vicente Clemente, et al., Jaime Piopongco, et al., v. Estate of Ferdinand Marcos*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 16 juin 1994, 25 F.3d 1467.

⁵⁶ Royaume-Uni, affaire du *General Shaul Mofaz*, tribunal de première instance de Bow Street (Magistrates' Court), arrêt du 12 février 2004, voir le commentaire dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 3^e partie (2004), p. 771.

⁵⁷ États-Unis, *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabeth Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas v. Héctor Gramajo et Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, cour de district du Massachusetts, arrêt du 12 avril 1995, 886 F. Supp. 162; et Suisse, *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C.*, Tribunal pénal fédéral, arrêt du 25 juillet 2012 (BB.2011.140).

⁵⁸ France, *Ali Ali Reza c. Grimpel*, cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961, RGDIP, vol. 66, n° 2 (1962), p. 418.

⁵⁹ États-Unis, *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, cour de district sud de New York, arrêt du 18 avril 1996, *Federal Supplement*, vol. 921, p. 1189 (921 F. Supp. 1189); et Royaume-Uni, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Haute Cour de Justice, tribunal administratif du banc de la Reine, jugement du 29 juillet 2011, ILR, vol. 147, p. 633.

⁶⁰ Italie, *Ministère public c. Adler et consorts*, tribunal de Milan, quatrième chambre pénale, jugement du 1^{er} février 2010, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1492 [ILDC 1492 (IT 2010)].

⁶¹ Inde, *Republic of Italy and Others v. Union of India and Others*, Cour suprême, arrêt du 18 janvier 2013, *Supreme Court Cases*, vol. 4, p. 721 (4 SCC 721).

⁶² Allemagne, *Poursuites à l'encontre des gardes frontière*, Cour suprême fédérale, arrêt du 3 novembre 1992, ILR, vol. 100, p. 364.

⁶³ Royaume-Uni, *R. v. Lambeth Justices*, ex-parte Yusufu, tribunal divisionnaire, arrêt du 8 février 1985, ILR, vol. 88, p. 323.

⁴⁰ France, *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 19 janvier 2010, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, janvier 2010, n° 9, p. 41.

⁴¹ Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Chambre des lords, arrêt du 14 juin 2006 (Jones n° 2), [2006] United Kingdom House of Lords 26.

⁴² République fédérale d'Allemagne, *Affaire de l'Église de scientologie*, Cour suprême fédérale, arrêt du 26 septembre 1978, ILR, vol. 65, p. 193.

⁴³ Irlande, *Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom et al.*, Cour suprême, arrêt du 24 avril 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, p. 121.

⁴⁴ Italie, *Mario Luis Lozano*, Cour suprême de cassation, chambre criminelle, arrêt du 24 juillet 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1085 [ILDC 1085 (IT 2008)].

⁴⁵ France, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 23 novembre 2004, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, 2004, n° 292, p. 1096.

⁴⁶ États-Unis, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and Others Similarly Situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, connu également sous le nom Office 610, cour d'appel du septième circuit, arrêt du 8 septembre 2004, 383 F.3d 620.

⁴⁷ États-Unis, *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Cour suprême du comté de New York, arrêt du 31 octobre 1988, 141 Misc. 2d 787.

⁴⁸ États-Unis, *Chiudian v. Philippine National Bank*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990, 912 F.2d 1095.

⁴⁹ Canada, *Jaffe v. Miller and Others*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 17 juin 1993, ILR, vol. 95, p. 446.

⁵⁰ États-Unis, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, cour d'appel du circuit du district de Columbia, arrêt du 15 février 2008, 515 F.3d 1279.

⁵¹ États-Unis, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, tribunal du district sud de New York, arrêt du 2 mai 2007, 500 F.Supp.2d 284.

34. Par ailleurs, il convient de noter que, dans les cas où ils ont conclu à l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* de représentants étrangers, les tribunaux internes ont fondé cette immunité sur leur qualité d'agents agissant pour le compte de l'État. Ainsi, la Chambre des lords, à l'occasion d'un procès engagé contre divers responsables saoudiens, a conclu que « tous les individus accusés agissaient ou prétendaient agir, à l'époque des faits, en qualité de fonctionnaires ou d'agents » et que « leurs actes étaient par conséquent attribuables au Royaume »⁶⁴. Dans une autre affaire tranchée par la Cour suprême fédérale allemande, mettant en cause le comportement de la police britannique, la Cour a déclaré que « Scotland Yard – et par conséquent son chef – agissait en tant qu'agent expressément nommé par l'État britannique dans le cadre de l'application du traité en question [...]. Les actes de ces agents relèvent du comportement direct de l'État et ne peuvent être qualifiés d'actes privés »⁶⁵. La Cour suprême irlandaise retiendra la même solution en déclarant qu'un agent de la police « prétendait et entendait s'acquitter des devoirs et fonctions de sa charge et qu'il s'en acquittait effectivement »⁶⁶. Les tribunaux français ont évoqué la relation entre le représentant en cause et l'État, observant en ce qui concerne le directeur exécutif d'une autorité maritime qu'« il lui est fait grief d'actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l'État de Malte »⁶⁷. S'agissant de l'immunité de juridiction pénale d'un ancien Ministre de la défense du Sénégal, les tribunaux français ont conclu que « ce ministre, de par la spécificité de ses fonctions et de son action prioritairement dirigée vers l'international, doit pouvoir s'en acquitter librement pour le compte de l'État qu'il représente »⁶⁸.

35. Les tribunaux internes saisis au civil contre des représentants de l'État ont intégralement évoqué la relation entre le représentant de l'État et l'État. On peut ainsi citer plusieurs précédents des États-Unis consacrant l'immunité de juridiction du représentant qui agit au nom de l'État, c'est-à-dire « en sa qualité officielle »⁶⁹ et « en tant qu'agent ou instrument de l'État »⁷⁰. Dans le même ordre d'idées, *a contrario*, ces mêmes tribunaux ont estimé que « l'action intentée contre un représentant de l'État étranger agissant en dehors du champ de ses attributions ne suscite aucun des problèmes de politique étrangère inhérents à l'exercice de poursuites contre un autre gouvernement devant les tribunaux américains »⁷¹.

36. De cette pratique se dégage avant tout cette première conclusion que les représentants étrangers qu'une juridiction étrangère a poursuivis ou tenté de poursuivre

et en faveur desquels on a invoqué l'immunité de juridiction constituent un groupe hétéroclite. Ils relèvent également de catégories très différentes en ce qui concerne leur relation à l'État. Ainsi, si certains d'entre eux ont un lien éminemment politique du fait de leur mandat (ministre ou autre membre du gouvernement, procureur général, chef d'une agence de sécurité nationale, etc.), d'autres ont un lien administratif en tant que membres permanents de la hiérarchie militaire ou civile de l'État (diplomates, procureurs ou autres membres du parquet, policiers, militaires, douaniers, etc.).

37. Vu ce qui précède, on distinguera deux grandes catégories de représentants de l'État, selon le rang qu'ils occupent et l'étendue de leur influence et pouvoir de décision au sein de l'État. Appartiennent à la première catégorie, qui représente la majorité d'après la jurisprudence analysée, les fonctionnaires les plus hauts placés dans la hiérarchie (civile ou militaire) de l'État, qui ont qualité de ministre ou chef de département ou autre organe administratif (pris au sens large) au sein de l'État ; ils sont investis de pouvoirs de décision étendus et, dans certains cas, remplissent les conditions requises pour représenter l'État aux niveaux national ou international (dans cette seconde hypothèse, par nomination expresse de l'État). Le second groupe, moins large, comprend les représentants non investis de pouvoir de décision qui ont pour seule mission d'exécuter les décisions prises par des fonctionnaires de rang supérieur. On peut ainsi établir une distinction entre les « hauts représentants de haut niveau de l'État » et les « autres », distinction qui revient souvent dans la jurisprudence internationale, dans la pratique des États et dans la doctrine. S'agissant de ces catégories, il ressort de la jurisprudence interne que la majorité des représentants étrangers en faveur desquels l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* a été invoquée occupent des postes élevés ou intermédiaires au sein du gouvernement, les cas concernant des fonctionnaires de rang subalterne étant rares. En tout état de cause, la jurisprudence n'autorise pas à conclure que l'ensemble des hauts représentants ont un lien essentiellement politique avec l'État.

38. Enfin, en règle générale, les tribunaux internes n'établissent pas les critères propres à permettre de qualifier telle ou telle personne « représentant », si ce n'est par référence à l'exercice de fonctions publiques ou l'exécution d'actes exécutés en tant qu'agent de l'État, au nom de celui-ci ou pour son compte.

2. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

39. Plusieurs juridictions internationales se sont directement ou indirectement prononcées sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Parmi elles, la Cour internationale de Justice occupe une place de choix, ayant eu à statuer à deux reprises en la matière et donc à examiner la qualité de diverses personnes investies de charges officielles qui peuvent être rangées dans la catégorie de « représentants de l'État ». Par exemple, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*⁷², elle a connu de l'immunité de

⁶⁴ *Jones v. Saudi Arabia* (Jones n° 2) [voir *supra* la note 41], Lord Bingham of Cornhill, par. 11 et 13.

⁶⁵ *Affaire de l'Église de scientologie* (voir *supra* la note 42), p. 198.

⁶⁶ *Schmidt v. Home Secretary* (voir *supra* la note 43).

⁶⁷ *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X* (voir *supra* la note 45).

⁶⁸ *Association des familles des victimes du Joola* (voir *supra* la note 40), p. 50.

⁶⁹ *Affaire Matar* (voir *supra* la note 51).

⁷⁰ *Affaire Ali Saadallah Belhas* (voir *supra* la note 50).

⁷¹ *Affaires Kline et al. v. Kaneko et al.* (voir *supra* la note 47) ; *Chiu-dian v. Philippine National Bank* (voir *supra* la note 48) ; *Hilao* (voir *supra* la note 55) ; *Xuncax* (voir *supra* la note 57) ; et *Bawol Cabiri* (voir *supra* la note 59).

⁷² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

juridiction pénale étrangère du Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo; dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁷³, le litige portait sur l'immunité de juridiction pénale étrangère du Président de la République, du Procureur de la République et du Chef de la sécurité nationale de Djibouti.

40. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour a estimé 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, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales⁷⁴». Cependant, dans ladite espèce, comme on le sait, la Cour s'est spécialement intéressée dans son arrêt au cas du Ministre des affaires étrangères, déclarant que «les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente⁷⁵». Ces fonctions, qui sont analysées en détail par la Cour, correspondent à l'exercice des prérogatives de la puissance publique au plus haut niveau.

41. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour, reprenant la solution concernant les personnes occupant un rang élevé dans l'État qu'elle avait dégagée dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁷⁶ conclut concernant le traitement à réserver au Procureur de la République et au Chef de la sécurité nationale, qu'ils n'étaient pas protégés par une immunité de juridiction *ratione personae*, sans toutefois se prononcer quant à savoir si l'immunité *ratione materiae* pouvait ou non leur être appliquée. Cependant, en envisageant cette hypothèse, la Cour a formulé des observations dignes d'intérêt s'agissant de définir les catégories de représentants de l'État pouvant prétendre à l'immunité *ratione materiae*. Par exemple, la Cour pose expressément comme condition que les actes accomplis par ces hauts représentants de l'État soient «effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État⁷⁷». Elle déclare également qu'il n'est pas évident que l'argument selon lequel les personnes en question bénéficiaient d'immunités fonctionnelles en tant qu'organes de l'État soit la thèse principale avancée par Djibouti⁷⁸. Enfin, la Cour rappelle que Djibouti n'a jamais informé la France que «les actes dénoncés [...] étaient des actes de l'État djiboutien, et que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution⁷⁹». De ces observations, on peut déduire les critères qui, d'après la Cour, permettent d'identifier les personnes pouvant bénéficier de l'immunité *ratione materiae*: ce sont celles qui ont la qualité d'organes de l'État

et agissent au nom ou pour le compte de ce dernier. En ce qui concerne le premier de ces critères, on retiendra que la Cour emploie le terme «organe», résultant de l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

42. En résumé, des deux arrêts susévoqués, on peut déduire quatre principes permettant de définir la notion de «représentant de l'État» aux fins du sujet: a) il existe deux catégories de personnes: celles qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* et celles qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae*; b) les premières occupent un rang élevé dans l'État et remplissent des fonctions de représentation de l'État au niveau international; c) les secondes sont des organes de l'État qui agissent au nom ou pour le compte de l'État; et d) l'exercice de fonctions officielles est un critère clef s'agissant de déterminer qui est susceptible d'être couvert par l'immunité.

43. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi été saisie de plusieurs affaires découlant de cas où l'immunité de juridiction était invoquée devant les tribunaux internes et qui, d'une façon ou d'une autre, mettent en cause des actes délictueux imputés à des personnes pouvant prétendre au statut de représentant de l'État dont il est question dans le présent rapport. On notera que, dans lesdites espèces, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme parlent non pas d'immunité de juridiction pénale étrangère mais d'immunité de juridiction civile⁸⁰, se prononçant sur la compatibilité de cette dernière avec le droit à un procès équitable reconnu à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme).

44. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, par exemple, précédemment examinée par la Commission, les faits étayant la requête sont la détention et les actes de torture qu'aurait subis le requérant et dont les responsables seraient le cheik Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah et deux autres personnes. Les faits se seraient déroulés à la maison d'arrêt de la sécurité koweïtienne et dans le palais du frère de l'émir du Koweït, où le requérant avait été conduit dans une voiture officielle. Cependant, dans cette affaire la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse à la seule question de l'immunité de juridiction civile du Koweït devant les tribunaux britanniques, à l'exclusion de celle de l'éventuelle immunité des auteurs des actes de torture, les tribunaux britanniques ayant déjà poursuivi les trois personnes en cause; ils avaient rendu un arrêt *in absentia* contre le cheik et autorisé le requérant à poursuivre les deux autres personnes impliquées⁸¹. L'arrêt *Al-Adsani* n'a donc dégagé aucun critère permettant de définir la notion de «représentant de l'État» aux fins du présent sujet.

⁷³ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

⁷⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 72), p. 21, par. 51.

⁷⁵ *Ibid.*, par. 53.

⁷⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 73), p. 236 et 237, par. 170.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 243, par. 191.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 193.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 244, par. 196.

⁸⁰ La Cour européenne des droits de l'homme évoque expressément la distinction entre le civil et le pénal dans son arrêt en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* ([GC], n° 35763/97, par. 34, 61 et 66, CEDH 2001-XI). Cette distinction est cependant rejetée par les juges ayant voté contre l'arrêt (voir l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Cafferis, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić). Cette distinction a de nouveau été mise en avant par la Cour dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* (nos 34356/06 et 40528/06, par. 207, CEDH 2014). Remise en cause ici encore, cette fois par le juge Kalaydjieva dans son opinion dissidente, la distinction est retenue par le Gouvernement (voir paragraphe 179 de la décision).

⁸¹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 14 et 15, CEDH 2001-XI.

45. En revanche, l'arrêt récemment rendu dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* est de plus grand intérêt pour le sujet. Même si elle affirme s'en tenir à la solution dégagée dans l'affaire *Al-Adsani*, dans l'affaire *Jones*, la Cour européenne des droits de l'homme a statué non pas sur les poursuites au civil intentées contre l'État en cause (l'Arabie saoudite), mais sur l'immunité de juridiction civile associée aux actions introduites au civil déposées contre des personnes agissant en qualité d'organes de l'État. Dans l'affaire *Jones*, les requérants ont allégué avoir été torturés en cours de détention par des représentants de l'État saoudien, ce qui les a amenés à poursuivre au civil devant les tribunaux britanniques ces représentants et l'État saoudien proprement dit, en réparation du préjudice subi. Étaient ainsi poursuivis devant les tribunaux britanniques le Ministre de l'intérieur, un lieutenant-colonel, le directeur adjoint de la prison où certains requérants avaient été détenus et deux policiers. Dans un premier temps, la Haute Cour a rejeté les plaintes déposées contre l'Arabie saoudite et les représentants susmentionnés, au motif que l'État saoudien comme les mis en cause étaient protégés par une immunité de juridiction civile⁸². Cependant, la Cour d'appel faisant droit à leur appel a autorisé les requérants à poursuivre à titre individuel les mis en cause au motif qu'ils ne pouvaient pas invoquer d'immunité de juridiction civile étant poursuivis du chef de torture⁸³. Toutefois, la Chambre des lords statuant en dernier ressort déclarera que les personnes poursuivies étaient bien couvertes par l'immunité, estimant qu'elles avaient la qualité d'agents ou de représentants de l'État et que les actes en cause étaient des actes de l'État, encore qu'il s'agisse d'actes de torture, et que l'État bénéficiait de l'immunité⁸⁴.

46. Dans l'arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni* du 14 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'homme, reprenant et développant la solution issue de l'affaire *Al-Adsani*, s'est prononcée sur les qualités des auteurs présumés être les auteurs des actes allégués, sur leurs liens avec l'État et sur la nature des actes en cause. Ayant examiné la question, la Cour a conclu que l'immunité accordée par les tribunaux britanniques en l'espèce n'était pas incompatible avec le droit à un procès équitable consacré dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est là la première fois que la Cour s'est prononcée sur le sujet⁸⁵, et l'arrêt retrace l'historique de la question en droit international contemporain, en faisant référence aux travaux de la Commission⁸⁶. L'intérêt de l'arrêt est tel qu'il mérite d'être étudié en détail sous différents angles. Cependant, aux fins du présent rapport, il faut souligner que la Cour ne s'arrête pas sur les critères permettant de qualifier telle

personne de représentant de l'État, se bornant à affirmer que « l'immunité d'État offre en principe aux employés ou agents d'un État étranger, à raison des actes accomplis pour le compte de celui-ci, une protection⁸⁷ » et qu'« un individu ne jouit de l'immunité *ratione materiae* de l'État que lorsque les actes dénoncés ont été accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles⁸⁸ ».

47. En résumé, la Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé les deux critères de base que l'on retrouve dans les jurisprudences interne et internationale : d'une part, l'existence d'un lien entre l'État et la personne agissant en son nom ; et l'exercice de fonctions officielles, d'autre part. Quoi qu'il en soit, on retiendra que l'immunité envisagée par la Cour est celle dite *ratione materiae*, qu'elle a appliquée à toutes les personnes poursuivies au Royaume-Uni en l'espèce, dont plusieurs personnes occupant un rang élevé dans l'État, notamment le Ministre de l'intérieur.

48. Les tribunaux pénaux internationaux ont poursuivi des personnes qui, aux fins du présent rapport, pourraient être qualifiées de « représentants de l'État », encore que ces poursuites reposent sur les principes de l'indifférence de la qualité officielle de l'accusé et de l'inopposabilité de l'immunité de juridiction devant les juridictions pénales internationales. D'où la difficulté de trouver dans la jurisprudence de ces tribunaux des solutions dignes d'intérêt s'agissant de définir la notion de « représentant de l'État ». Cependant, l'arrêt du 29 octobre 1997 rendu par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*⁸⁹ fait figure d'exception, car on y trouve un certain nombre d'observations sur le sujet.

49. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel a répondu à la requête de la Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1999. Par cette demande d'examen, la Croatie contestait le pouvoir du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'assigner les États et leurs hauts responsables officiels, c'est-à-dire de leur décerner des ordonnances de comparution et de production de documents. À cette occasion, la Chambre d'appel statuant sur la relation liant l'État et ses responsables officiels conclut dans ce contexte que les responsables officiels d'États (*funcionarios publicos* en espagnol et *State officials* en anglais) agissant ès qualités jouissent d'une immunité fonctionnelle, établie par le droit international coutumier⁹⁰, et ce en raison des caractéristiques des personnes considérées, dont elle dit ailleurs dans son arrêt qu'elles « ne sont que des agents de l'État », « des instruments aux mains des États souverains⁹¹ » et qu'elles agissent « au nom d'un État⁹² ». Une chose est sûre : les responsables officiels ne sont des organes de l'État que lorsqu'ils accomplissent leurs fonctions officielles⁹³ ; le reste du temps, ils tombent

⁸² Décisions du Président de la Haute Cour du 30 juillet 2003 et du 18 février 2004.

⁸³ Royaume-Uni, Cour d'appel, *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, arrêt du 28 octobre 2004 (Jones n° 1), EWCA Civ 1394.

⁸⁴ *Jones v. Saudi Arabia* (Jones n° 2) [voir *supra* la note 41].

⁸⁵ Deux juges de la Cour européenne des droits de l'homme s'en autoriseront pour dire dans leurs opinions respectives que l'affaire aurait dû être renvoyée devant la Grande Chambre, afin que celle-ci se prononce sur la question de savoir si la solution dégagée dans l'arrêt *Al-Adsani* était toujours valable. Voir l'opinion concordante du juge Bianku et l'opinion dissidente du juge Kalaydjieva.

⁸⁶ *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n°s 34356/06 et 40528/06, par. 95 à 101, CEDH 2014.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 204.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 205.

⁸⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-AR 108 bis, Chambre d'appel, 29 octobre 1997.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 38.

⁹¹ *Ibid.*, par. 38, 44 et 51.

⁹² *Ibid.*, par. 38.

⁹³ *Ibid.*, par. 44.

dans la catégorie des « personnes agissant à titre privé⁹⁴ ». On peut donc conclure que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estime lui aussi que le statut de représentant de l'État est lié à l'accomplissement d'actions réalisées au nom et pour le compte d'un État et à l'exercice de fonctions officielles.

3. PRATIQUE CONVENTIONNELLE

50. Si le droit international général ne définit pas la notion de « représentant de l'État », il est des traités qui emploient l'expression ou visent plus généralement des catégories de personnes pouvant mériter cette qualification. Le présent rapport s'intéressera exclusivement ici à un ensemble de traités multilatéraux particulièrement dignes d'intérêt, soit parce qu'ils consacrent des dispositions à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants, soit parce qu'ils font de la notion de représentant de l'État un élément clef de la définition du régime juridique qu'ils instituent.

a) *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*

51. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques emploie l'expression *funcionarios diplomáticos*⁹⁵ dans le préambule de la version espagnole, qui est ensuite remplacée par *agente diplomático* dans le corps du texte : elle englobe le chef de la mission et le reste des membres du personnel diplomatique⁹⁶ (la formulation « agents diplomatiques » est utilisée dans les deux cas dans la version française). Cependant, la Convention ne définit pas précisément l'expression quant au fond, sans doute parce qu'il s'agit là d'une notion qui fait l'objet d'un large consensus international. Il en va de même dans les travaux de la Commission qui ont débouché sur cette convention⁹⁷. En outre, la Convention vise d'autres catégories de personnes qui sont liées à la mission diplomatique sans être des agents diplomatiques. Les fonctions de ces catégories de personnel, parmi lesquelles on trouve le personnel administratif et technique et le personnel de service, sont brièvement décrites dans l'article premier de la Convention.

52. Toutes ces catégories de personnes bénéficient de quelque forme d'immunité de juridiction, même si la portée de l'immunité en question varie d'un cas à l'autre, la plus large étant celle accordée aux agents diplomatiques et la plus restreinte celle dont bénéficie le personnel de service⁹⁸. Enfin, il faut souligner que les « domestiques privés » ne jouissent d'aucune immunité, à moins que l'État accréditaire ne la leur accorde volontairement⁹⁹. En tout cas, le dénominateur commun justifiant l'octroi de l'immunité à ces diverses personnes

réside dans l'exercice de certaines fonctions au service de l'État accréditant, auquel elles sont liées de façon formelle, indépendamment de la nature juridique de ce lien (légal ou contractuel). La nature de ces fonctions, telles qu'elles résultent de la Convention, ne fait aucun doute : il s'agit de fonctions et d'activités de nature publique et officielle. Bref, toutes ces tâches s'accomplissent en exécution des fonctions propres à la mission diplomatique énumérées à l'article 3 de la Convention, lesquelles fonctions sont une manifestation évidente de la puissance publique. Ce lien avec l'exercice de fonctions publiques est plénier dans le cas des agents diplomatiques, qui, aux termes de l'article 42, n'ont pas le droit d'exercer « dans l'État accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel ». En ce qui concerne les autres catégories de personnel de la mission, la référence au lien avec l'État accréditant et avec la finalité publique des activités de la mission est également manifeste comme il ressort de la fréquente mention des « fonctions officielles » comme critère de détermination aux fins de l'octroi de toute forme d'immunité de juridiction.

53. On retiendra également que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques consacre un lien spécial entre les catégories de personnel susmentionnées et l'État, à savoir la nationalité. Sans être déterminant pour l'exercice de fonctions diplomatiques, administratives, techniques ou de service dans une mission diplomatique, ce lien influe sur le régime de l'immunité de juridiction et est digne d'intérêt aux fins du présent sujet¹⁰⁰. Ainsi, l'article 38, paragraphe 1, limite l'immunité de juridiction d'un agent diplomatique qui a la nationalité de l'État accréditaire ou y a sa résidence principale aux seuls « actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions ». Par contre, il ne reconnaît aucune forme d'immunité aux autres catégories de personnel dans la même situation, lesquelles ne bénéficient d'immunité que dans la mesure où l'État accréditaire la leur aurait accordée librement et volontairement. Le lien entre octroi d'immunité et exercice de fonctions officielles au nom de l'État se trouve ainsi renforcé. Ce lien avait déjà été mis en évidence par la Commission elle-même, qui, dans son commentaire sur le projet d'article 37 (qui deviendra l'article 38, paragraphe 1, de la Convention), estime nécessaire que l'agent diplomatique dans cette situation « bénéficie d'un minimum d'immunité pour pouvoir utilement remplir ses fonctions¹⁰¹ ».

54. En résumé, le lien avec l'État, le fait d'agir pour le compte de ce dernier et l'exercice d'activités officielles au bénéfice de cet État par l'intermédiaire de la mission diplomatique sont les critères qui permettent de distinguer les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité dans le contexte des relations diplomatiques, et, par conséquent, d'identifier les représentants de l'État.

b) *Convention sur les missions spéciales*

55. La Convention sur les missions spéciales octroie une forme d'immunité aux mêmes catégories de personnes

⁹⁴ Ibid., par. 49.

⁹⁵ Préambule, premier paragraphe.

⁹⁶ Ibid., art. 1 e.

⁹⁷ Voir *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 92 et suiv., par. 53, où figure le projet d'articles relatif aux relations et immunités diplomatiques, adopté en seconde lecture. On notera que l'article premier n'est pas accompagné de commentaire (définitions).

⁹⁸ Voir *ibid.*, p. 103, le commentaire relatif au projet d'article 31 ; et p. 106, paragraphes 2 et 3 du commentaire relatif au projet d'article 37.

⁹⁹ Voir *ibid.*, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 37.

¹⁰⁰ Voir art. 8 et 38.

¹⁰¹ Voir *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 106, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 37.

que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, à une exception près, qui s'explique par la nature particulière des activités diplomatiques qu'elle régit. En effet, elle s'applique non seulement au chef de la mission, aux membres du personnel diplomatique et aux membres du personnel administratif et technique et du personnel de service de la mission spéciale, mais aussi aux «représentants de l'État», à savoir toutes personnes investies d'un mandat spécial de représentation, peu importe la catégorie à laquelle elles appartiennent¹⁰². On notera que l'expression «fonctionnaire» ne figure nulle part dans la Convention.

56. Le régime des immunités de juridiction résultant de la Convention sur les missions spéciales est comparable à celui défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les fonctions remplies au sein de la mission étant ici encore le critère déterminant pour établir tant les catégories de personnes bénéficiant des immunités que la portée de ces dernières¹⁰³. Le lien de rattachement à l'État et le caractère public des fonctions de l'intéressé résultent de la définition même de l'expression «mission spéciale», qui s'entend d'«une mission temporaire, ayant un caractère représentatif de l'État, envoyée par un État auprès d'un autre État avec le consentement de ce dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée¹⁰⁴». Interdiction est ici encore faite aux représentants de l'État et membres du personnel diplomatique d'exercer «dans l'État de réception une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel¹⁰⁵». En outre, les représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci qui sont ressortissants de l'État de réception ou y ont leur résidence permanente «ne bénéficient que de l'immunité de juridiction [...] pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁶».

57. De surcroît, la Convention sur les missions spéciales reconnaît, en son article 21, des immunités particulières à une certaine catégorie de personnes, comme suit :

1. Le chef de l'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'État de réception ou dans un État tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État en visite officielle.

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

¹⁰² Voir l'article 14, qui dispose que «[l]e chef de la mission spéciale ou, si l'État d'envoi n'a pas nommé de chef, l'un des représentants de l'État d'envoi, désigné par ce dernier, est autorisé à agir au nom de la mission spéciale et à adresser des communications à l'État de réception». Aux termes de l'article premier, paragraphe e, «[l]'expression "représentant de l'État d'envoi dans la mission spéciale" s'entend de toute personne à qui l'État d'envoi a attribué cette qualité». Il convient de noter que le représentant de l'État n'est pas nécessairement un membre du personnel diplomatique puisque la Convention distingue entre les deux catégories de personnes (voir, par exemple, les articles 29, 31, 40, par. 1, et 48).

¹⁰³ Voir, en particulier, les articles 31, 36 et 37.

¹⁰⁴ Voir l'article premier, paragraphe a. Le caractère représentatif de la mission spéciale découle également du préambule de la Convention.

¹⁰⁵ Voir l'article 48.

¹⁰⁶ Voir l'article 40. Voir aussi l'article 10.

58. Ces dispositions tirent sans aucun doute leur raison d'être dans la spécificité des missions spéciales qui, dans bien des cas, sont dirigées par le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou un autre ministre ou haut représentant de l'État. Leur intérêt réside précisément en ceci qu'elles distinguent entre deux catégories de personnes auxquelles s'appliquent des régimes partiellement distincts. Par ailleurs, elles consacrent l'expression «autres personnalités de rang élevé», inconnue de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁰⁷.

59. Dans tous les cas, la Convention sur les missions spéciales retient comme critère le lien de rattachement à l'État, le fait d'agir pour le compte de celui-ci et le caractère officiel des fonctions exercées aux fins de déterminer les représentants de l'État bénéficiant de l'immunité. En outre, la mention du chef de l'État, du chef de gouvernement, du ministre des affaires étrangères et d'autres personnalités de rang élevé introduit la notion de fonctionnaire de haut rang dont le lien de rattachement à l'État va au-delà de la place qu'il occupe dans l'organisation administrative (au sens large) de l'État.

c) *Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel*

60. La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel énumère en son article premier les différentes catégories de personnes auxquelles elle s'applique, dont, outre le chef de mission et le chef de délégation, les membres du personnel diplomatique de la mission ou délégation et les membres du personnel administratif et technique et du personnel de service. Pas plus que la Convention sur les missions spéciales, elle ne définit pas précisément quant au fond la notion de chef de mission ou de délégation. La Commission ne s'est pas davantage intéressée à cette question à l'occasion de ses travaux à l'origine de ladite convention¹⁰⁸.

61. La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel institue un régime d'immunités de juridiction qui dépendent de la nature du lien de rattachement entre l'intéressé et l'État, et en particulier des fonctions exercées au sein de la mission ou de la délégation. Ainsi accorde-t-elle la plus large immunité aux chefs de mission et de délégation et aux autres membres du personnel diplomatique¹⁰⁹, les membres du personnel de service bénéficiant de la plus restreinte¹¹⁰. On notera à cet égard que l'immunité des membres du personnel administratif et technique ne couvre pas les actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions¹¹¹, cette restriction

¹⁰⁷ La Commission a déjà formulé des observations au sujet de l'emploi de cette expression dans le commentaire adopté à titre provisoire en 2013 [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 50, paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 3].

¹⁰⁸ Voir le projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et les commentaires y relatifs dans *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 301 et suiv., par. 60.

¹⁰⁹ Voir art. 30 et 60.

¹¹⁰ Voir art. 36, par. 3, et 66, par. 3.

¹¹¹ Voir art. 36, par. 2, et 66, par. 2.

étant également valable pour les membres du personnel de service¹¹². Quant à elles, les personnes au service privé des membres de leur délégation ne bénéficient de l'immunité de juridiction que dans la mesure admise par l'État hôte¹¹³. Par ailleurs, le caractère officiel des fonctions confiées aux personnes qualifiées comme représentants de l'État est d'autant plus affirmé que, aux termes de la Convention, le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission « n'exerceront pas dans l'État hôte une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel¹¹⁴ ». Enfin, le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission ou délégation qui sont ressortissants de l'État hôte ou y ont leur résidence permanente bénéficient de l'immunité de juridiction uniquement pour « les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions¹¹⁵ ».

62. En ce qui concerne les délégations envoyées à des conférences organisées sous les auspices d'une organisation internationale de caractère universel, l'article 50 de la Convention dispose que le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et toute autre personne de rang élevé jouissent, en plus de ce qui est accordé par la Convention, des immunités qui leur sont reconnues par le droit international :

1. Le chef de l'État ou tout membre d'un organe collectif exerçant les fonctions de chef de l'État conformément à la constitution de l'État en cause, quand ils se trouvent à la tête de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État.

2. Le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou toute autre personne de rang élevé, quand ils se trouvent à la tête ou sont membres de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international à ces personnes.

63. On notera qu'au paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 50, la Commission a apporté une précision importante au sujet des personnes de rang élevé, également mentionnées dans la Convention sur les missions spéciales, faisant observer que

la Commission a considéré que les personnes de rang élevé visées au paragraphe 2 avaient droit à des privilèges et immunités spéciaux en vertu des fonctions qu'elles exercent dans leur pays, fonctions qu'elles n'exerceraient pas en qualité de chef de mission. L'expression « personnes de rang élevé » doit donc s'entendre, non pas des personnes auxquelles leur État accorde un rang particulièrement élevé à cause des fonctions qu'elles exercent dans une mission, mais aux personnes qui ont un rang élevé dans leur État et sont temporairement appelées à prendre part à une délégation à un organe ou à une conférence¹¹⁶.

64. De l'examen du régime juridique institué par la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, on peut dégager les mêmes conclusions que de ceux de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention sur les missions spéciales. Premièrement, comme les deux autres, cette

convention ne parle pas expressément de « représentant de l'État », ne définit pas les catégories de personnes auxquelles elle s'applique, mais établit clairement un lien de rattachement entre tous les bénéficiaires de l'immunité de juridiction et l'État. Deuxièmement, en faisant référence, en son article 50, à une catégorie comprenant des « personnes de rang élevé », elle réintroduit l'idée de deux régimes d'immunités partiellement différenciés.

d) *Convention de Vienne sur les relations consulaires*

65. La Convention de Vienne sur les relations consulaires diffère quelque peu des autres instruments examinés, tant parce qu'elle vise des personnes employées dans un poste consulaire que parce qu'elle définit la portée de l'immunité de juridiction qui leur est octroyée. Sa singularité tient en ceci qu'elle opère une distinction entre « fonctionnaires consulaires » et « employés consulaires », les deux seules catégories de personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction¹¹⁷. L'expression « fonctionnaire consulaire » s'entend de « toute personne, y compris le chef de poste consulaire, chargée en cette qualité de l'exercice de fonctions consulaires¹¹⁸ », et l'expression « employé consulaire » de « toute personne employée dans les services administratifs ou techniques d'un poste consulaire¹¹⁹ ». Elle institue en outre, en son article 69, la catégorie des « agents consulaires », précisant que les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leurs activités et le régime juridique auxquels ils sont soumis sont fixés par accord entre les États intéressés. La Commission n'a toutefois pas traité de cette disposition dans son projet d'articles.

66. L'immunité de juridiction reconnue aux fonctionnaires consulaires et aux employés consulaires est moins étendue que celle des agents diplomatiques étant expressément circonscrite aux « actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires¹²⁰ ». De surcroît, l'immunité de juridiction civile ne joue pas en cas d'action « résultant de la conclusion d'un contrat passé par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire qu'il n'a pas conclu expressément ou implicitement en tant que mandataire de l'État d'envoi¹²¹ ». On retiendra également que, sans accorder l'immunité de juridiction pénale aux fonctionnaires consulaires, la Convention prévoit néanmoins expressément que toute procédure pénale doit être conduite « avec les égards qui sont dus au fonctionnaire consulaire en raison de sa position officielle et [...] de manière à gêner le moins possible l'exercice des fonctions consulaires¹²² ».

67. De ce qui précède, on peut conclure que la Convention de Vienne sur les relations consulaires lie plus étroitement encore l'octroi de l'immunité à certaines catégories de personnes à l'exercice par celles-ci de fonctions spécifiques pour le compte de l'État. Il est de nouveau

¹¹⁷ Voir art. 43. Voir aussi art. 58, par. 2, et par. 63, concernant les fonctionnaires consulaires honoraires.

¹¹⁸ Article premier, paragraphe 1 d.

¹¹⁹ Article premier, paragraphe 1 e.

¹²⁰ Art. 43, par. 1.

¹²¹ Art. 43, par. 2 a.

¹²² Art. 41, par. 3. La même formule est reprise à l'article 63 de la Convention, qui concerne l'ouverture d'une procédure pénale contre un « fonctionnaire consulaire honoraire ».

¹¹² Voir *supra* la note 110.

¹¹³ Voir art. 36, par. 4, et 66, par. 4.

¹¹⁴ Voir art. 39.

¹¹⁵ Voir art. 36 et 37.

¹¹⁶ *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 334, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 50.

établi que ces fonctions doivent être une émanation de la puissance publique, ainsi qu'il ressort de l'article 5 de la Convention et de la disposition selon laquelle le fonctionnaire consulaire peut, dans certaines conditions, accomplir des « actes diplomatiques » ou « être chargé de représenter l'État d'envoi auprès de toute organisation intergouvernementale »¹²³. Le lien de rattachement entre les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité et l'État est donc évident et se trouve encore accentué par l'article 43, par. 2 a, qui qualifie les fonctionnaires consulaires et employés consulaires de « mandataire[s] de l'État d'envoi »¹²⁴.

68. On peut ainsi dire que les critères permettant de déterminer les bénéficiaires de l'immunité sont les mêmes dans les quatre conventions susévoquées, à savoir : l'existence d'un lien de rattachement à l'État, le fait d'agir pour le compte de celui-ci et l'exercice de fonctions officielles. On notera toutefois que la Convention de Vienne sur les relations consulaires emploie une terminologie distincte, et notamment des expressions nouvelles comme « fonctionnaire », « employé » et « mandataire de l'État d'envoi ».

e) *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*

69. En cinquième lieu, même si elle ne traite pas des immunités, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, procède de la même logique que les autres conventions examinées ici dans la mesure où elle institue un régime spécial applicable à certaines catégories de personnes rattachées à l'État et bénéficiant d'une protection internationale du fait de l'exercice de fonctions particulières. Examiner les catégories de « personnes jouissant d'une protection internationale » au sens de la Convention peut donc aider à définir les critères permettant de qualifier certaines personnes de « représentants de l'État » aux fins de notre sujet.

70. À cet effet, la disposition pertinente ici est le paragraphe 1 de l'article premier, aux termes duquel l'expression « personne jouissant d'une protection internationale » s'entend :

a) [d]e tout chef d'État, y compris chaque membre d'un organe collégial remplissant en vertu de la constitution de l'État considéré les fonctions de chef d'État; de tout chef de gouvernement ou de tout ministre des affaires étrangères [...];

b) [d]e tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État [...].

71. Cette formulation diffère quelque peu de celle du projet d'article que la Commission avait initialement approuvé, aux termes duquel devaient être considérés comme ayant droit à une protection internationale :

a) [t]out chef d'État ou tout chef de gouvernement [...];

¹²³ Art. 17.

¹²⁴ Voir aussi article 71, paragraphe 1, qui limite la portée des immunités accordées aux fonctionnaires consulaires qui sont ressortissants ou résidents permanents de l'État de résidence.

b) [t]oute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État [...] qui, conformément au droit international général ou à un accord international, a droit à une protection spéciale aux fins ou en raison de l'accomplissement de fonctions au nom de cet État [...]»¹²⁵.

72. On retiendra que les alinéas a et b du paragraphe 1 du projet d'article retenu en définitive par la Convention visent respectivement le ministre des affaires étrangères et les fonctionnaires et personnalités officielles¹²⁶ et que l'alinéa b ne parle plus de protection spéciale accordée à ces derniers en raison de l'exercice de fonctions au nom de l'État.

73. Cet article est d'autant plus digne d'intérêt qu'il énumère toutes les catégories de personnes jouissant d'une protection internationale, les regroupant en deux catégories distinctes qui pourraient correspondre à celles examinées par la Commission à l'occasion de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et donc bénéficiers, respectivement, de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*.

74. En ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, la Commission avait déjà évoqué le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention dans son commentaire du projet d'article 3, qu'elle a adopté à titre provisoire à sa soixante-cinquième session, en 2013¹²⁷. Cette disposition est néanmoins utile s'agissant de définir la notion de « représentant de l'État » aux fins du présent rapport dans la mesure où elle énumère les catégories de personnes susceptibles de bénéficier d'une protection spéciale du fait de leur rattachement à l'État et des fonctions de représentation qu'elles exercent pour le compte de l'État ou en son nom. À cet égard, on retiendra en particulier le commentaire de la Commission sur le projet d'article premier, adopté en 1972, qui distingue entre, d'une part, le chef de l'État et le chef du gouvernement et, d'autre part, les autres fonctionnaires et représentants officiels. La protection reconnue aux premiers en droit international découle de leur statut spécial et de leur qualité de chef d'État ou de gouvernement¹²⁸. Les seconds sont définis selon des critères¹²⁹ comme le statut de « fonctionnaire » ou de « personnalité officielle » « au service d'un État »¹³⁰, leur droit à une protection internationale « exist[ant] aux fins ou en raison de l'accomplissement de fonctions officielles¹³¹ ». Ces observations sont toujours valables au regard de l'actuel article premier de

¹²⁵ Projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, projet d'article premier, dans *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.I, p. 339 et 340.

¹²⁶ La version française et la version espagnole du texte officiel de la Convention ont ajouté « personnalité officielle » et *personalidad oficial*, respectivement, aux fonctionnaires ou représentants d'un État. Cela est dû au fait que l'expression « personnalité officielle » figurait déjà dans la version française du projet d'article premier adopté par la Commission.

¹²⁷ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 51, commentaire relatif au projet d'article 3, notamment le paragraphe 4 (p. 54).

¹²⁸ *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.I, p. 340, paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article premier.

¹²⁹ *Ibid.*, par. 4. Bien que la Commission donne quelques exemples au paragraphe 9 de son commentaire (*ibid.*, p. 341 et 342), elle se contente de mentionner les agents diplomatiques, les experts en mission et les fonctionnaires consulaires, ainsi que certains fonctionnaires des organisations internationales.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 341, par. 7.

¹³¹ *Ibid.*, p. 342, par. 10.

la Convention, même si celui-ci ne vise pas l'exercice de fonctions au nom de l'État.

75. La Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, présente donc un double intérêt aux fins du présent rapport: premièrement, elle établit deux catégories de personnes relevant de régimes de protection distincts; deuxièmement, elle met l'accent sur le rattachement à l'État, soit en raison de la qualité ou du statut spécial de l'intéressé ou du fait qu'il agit au nom de l'État. De surcroît, elle opère une distinction d'ordre terminologique entre les deux catégories en réservant l'expression «représentant de l'État» aux membres de la deuxième, dont relèvent également les «fonctionnaire[s]» et autres «personnalité[s] officielle[s]».

f) *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*

76. La Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens définit également les organes et personnes bénéficiaires d'immunité. Ainsi parle-t-elle, en son article 2, paragraphe 1 b i), de «[l']État et ses divers organes de gouvernement»; en son article 2, paragraphe 1 b iv), des «représentants de l'État agissant à ce titre»; et en son article 3, paragraphe 2, des «privileges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État».

77. On notera que cette convention ne couvre pas les poursuites au pénal, ni, donc, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹³². Les références aux organes de gouvernement de l'État, aux représentants de l'État agissant à ce titre et à l'immunité *ratione personae* du chef de l'État sont néanmoins utiles pour ce qui est de définir le concept de «représentant de l'État» aux fins du présent rapport, d'une part, parce qu'elles indiquent qu'il existe deux catégories de personnes distinctes auxquelles s'appliquent, respectivement, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* et, d'autre part, parce qu'elles mettent l'accent sur les fonctions représentatives exercées par les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*¹³³.

78. On retiendra que le terme «fonctionnaire» ne figure ni dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens élaboré par la Commission, ni dans la Convention. Ainsi qu'il est dit plus haut, ces textes parlent d'«organes de gouvernement» et de «représentants» de l'État. En outre, dans le projet d'articles, la Commission a estimé que l'expression «organe de l'État» s'entendait d'entités et non de «personnes», exception faite du chef de l'État et du chef du gouvernement, qui entrent dans certains cas dans cette catégorie¹³⁴.

¹³² Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 48, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 3, et la note 267.

¹³³ À cet égard, on notera les observations formulées par la Commission dans son commentaire relatif au projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté en seconde lecture en 1991: voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 14, 15 et 18, paragraphes 6, 8 et 17 du commentaire relatif au projet d'article 2, et p. 21, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 14 à 16, paragraphe 6 et paragraphes 8 à 10 du commentaire relatif au projet d'article 2.

g) *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*

79. S'agissant des conventions internationales incriminant des comportements répréhensibles indépendamment de leur rapport avec les relations internationales, on trouve très tôt mention de la catégorie des fonctionnaires dans la pratique conventionnelle. Ainsi, en son article IV, qui désigne les personnes pouvant commettre le génocide, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vise expressément les «gouvernants», les «fonctionnaires» et les «particuliers». S'il est vrai que la Convention ne définit pas ces termes, on peut néanmoins déduire de la mention «gouvernants» et «fonctionnaires», d'un côté, et «particuliers», de l'autre, qu'il existe deux catégories de personnes, les premières agissant à titre officiel et les secondes à titre privé. Toutefois, ladite disposition ne fournit aucun autre élément qui permette de distinguer les «gouvernants» des «fonctionnaires» ou de dégager les critères d'identification du caractère officiel de leurs actes.

80. Cependant, l'emploi des termes «gouvernants» et «fonctionnaires» nous permet de conclure qu'il existe deux catégories distinctes de personnes qui agissent pour le compte de l'État et dont les fonctions relèvent d'une nature différente. On se rappellera à ce propos que l'inclusion du terme «gouvernants» a donné lieu, en 1948, au sein de la Sixième Commission, à de longs et riches débats qui ont mis en évidence que, pour la majorité des États, les termes «gouvernants» et «fonctionnaires» n'étaient pas interchangeables¹³⁵. Ainsi, on peut citer l'intervention de l'Égypte, selon laquelle «le concept de gouvernant englobe, en effet, non seulement le monarque constitutionnel [...] mais également les ministres et tous ceux qui exercent le pouvoir gouvernemental, par opposition aux fonctionnaires de l'administration¹³⁶» ou les propos de l'Inde, qui a déclaré qu'il fallait «inclure, outre les fonctionnaires publics et les particuliers, les personnes exerçant l'autorité dans l'État¹³⁷». On doit encore mentionner la déclaration de la France, pour qui le mot contesté «gouvernants» «ne vise en réalité que ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir¹³⁸. Ce débat n'a rien perdu de son intérêt pour le présent propos.

81. Il convient enfin de relever que la proposition de remplacer les termes «gouvernants et fonctionnaires» par «agents de l'État» faite par la Belgique¹³⁹, selon laquelle cette expression permettait d'englober les deux catégories de personnes, n'a pas été retenue.

h) *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

82. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants fait de la

¹³⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 93^e séance, p. 314 à 322. Sur l'emploi de ces deux termes, on relèvera les propos du Venezuela, qui a fait remarquer que «les gouvernants de son pays [étaient] tous considérés comme des fonctionnaires», mais que, «puisque'il n'en [était] pas ainsi dans les autres États», il ne voyait pas d'inconvénient à maintenir le mot «gouvernants» (*ibid.*, p. 318).

¹³⁶ *Ibid.*, p. 315.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 317.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 315.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 316.

qualité de fonctionnaire un élément de la définition même de la torture en énonçant que la « douleur » ou les « souffrances » subies par la victime doivent avoir été « infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite » (art. 1, par. 1). Par ailleurs, selon l'article 2, paragraphe 3, les ordres donnés par un supérieur doivent émaner « d'un supérieur ou d'une autorité publique ». Enfin, dans ses dispositions qui mettent à la charge de l'État l'obligation d'incriminer la torture en droit interne, la Convention fait à nouveau expressément référence à « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » (art. 16, par. 1)¹⁴⁰.

83. Pour sa part, le Comité contre la torture a repris la terminologie de la Convention dans les observations générales adoptées jusqu'à aujourd'hui¹⁴¹, ajoutant les expressions « quiconque agit, de droit ou de fait, au nom de l'État partie¹⁴² », « [les] agents [de l'État] [...] et quiconque agit à sa demande¹⁴³ », « les autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel¹⁴⁴ », « un supérieur ou [...] une autorité publique¹⁴⁵ », les « personnes appartenant à la chaîne de commandement¹⁴⁶ » ou les « supérieurs hiérarchiques – y compris les fonctionnaires¹⁴⁷ ». Par ailleurs, dans les dispositions de son observation générale n° 3 (2012) relative à l'application de l'article 14 sur l'incompatibilité de l'immunité de certaines personnes avec la Convention, le Comité emploie l'expression « agents [de l'État]¹⁴⁸ ».

84. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne définit toutefois pas les termes « agent », « autorité publique » ou « toute autre personne agissant à titre officiel ». À ce

¹⁴⁰ Parallèlement à ces mentions expresses des agents de la fonction publique et des autorités publiques, l'article 10, paragraphe 1, qui prévoit les mesures de formation visant à prévenir la torture, énumère les catégories de personnes suivantes : « [le] personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, [le] personnel médical, [les] agents de la fonction publique et [les] autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou emprisonné de quelque façon que ce soit ».

¹⁴¹ Dans son observation générale n° 1 (1997) sur l'application de l'article 3, le Comité emploie les termes « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » [Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 44 (A/53/44)*, annexe IX, p. 54, par. 3 et 8 b. Dans son observation générale n° 2 (2007) sur l'application de l'article 2, le Comité utilise les termes « fonctionnaires et agents [...] ainsi que [...] toute autre personne agissant à titre officiel » (par. 15) et « agents » (par. 18) [ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 44 (A/63/44)*, annexe VI, p. 171 et 172]. Dans son observation générale n° 3 (2012) sur l'application de l'article, il emploie les expressions « autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel » au paragraphe 7 et « agents de l'État » au paragraphe 18 [ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe X, p. 268 et 270, respectivement].

¹⁴² Observation générale n° 2 (2007) [ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 44 (A/63/44)*, annexe VII, p. 169, par. 7.

¹⁴³ Ibid., par. 7, et p. 171, par. 15.

¹⁴⁴ Ibid., p. 172, par. 18 ; observation générale n° 3 (2012) [ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe X], p. 268, par. 7.

¹⁴⁵ Observation générale n° 2 (voir *supra* la note 142), p. 174, par. 26.

¹⁴⁶ Ibid., p. 170, par. 9.

¹⁴⁷ Ibid., p. 174, par. 26.

¹⁴⁸ Observation générale n° 3 (2012) [ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe X], p. 276, par. 42.

jour, le Comité n'a pas non plus donné de définition à ces notions. La Convention met néanmoins clairement l'accent sur la notion « à titre officiel » et emploie le qualificatif « public » pour désigner aussi bien les « agents » que les « autorités ». Ce lien avec l'État et avec l'exercice de fonctions propres à ce dernier apparaît ainsi avec évidence. Ce lien a également été souligné par le Comité contre la torture par l'affirmation récurrente selon laquelle les fonctionnaires, les autorités et les personnes agissent « à titre officiel ou au nom de l'État » et par l'emploi de l'expression « autorités de l'État », mais aussi par l'affirmation selon laquelle les personnes « agissent à titre officiel en ce sens qu'[elles] se substituent à l'État en s'acquittant des obligations qui lui incombent¹⁴⁹ ». Des considérations qui précèdent, on peut dégager un deuxième critère d'identification, à savoir qu'il existe une pluralité des personnes ayant un lien avec l'État et avec l'exercice de fonctions officielles. Ces personnes ne se réduisent pas à la notion stricte de « fonctionnaire » et sont également désignées par d'autres formulations comme « autorités » ou « agents »¹⁵⁰.

i) Instruments contre la corruption

85. Pour les besoins du présent rapport, les instruments universels et régionaux qui ont été adoptés depuis les années 1990 pour lutter contre le phénomène de la corruption présentent un intérêt tout particulier. Tous ces textes ont pour point commun de s'articuler autour des fonctionnaires de l'État. Par conséquent, non seulement il est expressément fait mention de cette catégorie de personnes dans leurs articles, mais en outre on y trouve des définitions de ce qu'il faut entendre par agent public.

86. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose en son article 2 a qu'

[o]n entend par « agent public » : i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et quel que soit son niveau hiérarchique ; ii) toute autre personne qui exerce une fonction publique, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique, ou qui fournit un service public, tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État ; iii) toute autre personne définie comme « agent public » dans le droit interne d'un État Partie. Toutefois, aux fins de certaines mesures spécifiques prévues au chapitre II de la présente Convention, on peut entendre par « agent public » toute personne qui exerce une fonction publique ou qui fournit un service public tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État.

87. La Convention vise également l'« agent public étranger », défini dans l'article 2 b comme

toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue ; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique.

¹⁴⁹ Observation générale n° 2 (voir *supra* la note 142), p. 172, par. 17.

¹⁵⁰ La pluralité des personnes ayant un lien avec l'État ressort avec évidence de l'énumération suivante tirée de l'observation générale n° 2 : « [les] fonctionnaires et [les] agents [de l'État], ainsi que [...] toute personne agissant à titre officiel, au nom de l'État ou en liaison avec celui-ci, sous sa direction ou son contrôle, ou encore au nom de la loi » (ibid., p. 171, par. 15).

Les termes « agents publics » et « agents publics étrangers » reviennent dans tout le texte de la Convention¹⁵¹, à l'exception de quelques dispositions où il est également question de « fonctionnaire » comme d'une catégorie distincte de celle d'« agent public »¹⁵².

88. La Convention interaméricaine contre la corruption emploie conjointement les termes « fonctionnaire », « employé gouvernemental » ou « serviteur public », définis à l'article premier comme

tout fonctionnaire ou employé d'un État ou de ses entités, y compris ceux qui ont été choisis, désignés ou élus pour mener des activités ou exercer des fonctions au nom de l'État ou au service de l'État, à tous les échelons hiérarchiques.

89. Enfin, la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe dispose que

a) l'expression « agent public » est interprétée par référence à la définition de « fonctionnaire », « officier public », « maire », « ministre » ou « juge » dans le droit national de l'État dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal;

b) le terme « juge » qui figure à l'alinéa a ci-dessus comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires;

c) dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre État, l'État qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national¹⁵³.

90. Cette définition est également applicable à la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, laquelle se borne à mentionner les « agents publics dans l'exercice de [leurs] fonctions »¹⁵⁴.

91. La définition d'« agent public » donnée par la Convention pénale sur la corruption présente un intérêt tout particulier pour le présent rapport. En effet, comme il est indiqué dans le Rapport explicatif de la Convention :

Les rédacteurs de la présente Convention ont souhaité couvrir, dans la mesure du possible, toutes les catégories d'agents publics afin d'éviter des lacunes dans l'incrimination de la corruption dans le secteur public. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que les États doivent modifier leur définition générale d'« agent public ». Concernant la référence à la « loi nationale », il doit être noté que l'intention des rédacteurs de la Convention était d'imposer des obligations aux Parties contractantes en vertu de cette convention seulement dans la mesure où elles sont compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique y compris, le cas échéant, les principes relatifs au fédéralisme¹⁵⁵.

92. Autrement dit, les systèmes nationaux restent libres de conserver leur définition d'« agent public » en droit interne, mais les catégories de personnes et de fonctions qui doivent à tout le moins apparaître dans la notion d'agent public sont expressément énoncées pour éviter les lacunes dans la répression de la corruption. À cet égard, la mention des « maires » et des « ministres », qui « [d]ans

beaucoup de pays [...] sont assimilés à des agents publics, aux fins de l'application des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions¹⁵⁶ », revêt un intérêt particulier. De la même façon, aux termes du rapport explicatif, les « juges » sont des « personnes, élues ou non élues, qui exercent des fonctions judiciaires. Cette notion doit être interprétée le plus largement possible : l'élément décisif, ici, ce n'est pas le titre officiel de la personne, mais le caractère judiciaire des fonctions qu'elle exerce. Il va de soi que les procureurs entrent dans le champ de cette définition, bien que dans certains États ils ne soient pas considérés comme faisant partie de "la magistrature"¹⁵⁷ ». Cette conception large de la notion d'agent public se retrouve également dans le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, qui étend le champ d'application de la Convention aux arbitres et aux jurés nationaux comme étrangers¹⁵⁸.

93. Par-delà les différences que l'on peut constater entre les différents instruments examinés dans la présente section, on peut dégager plusieurs éléments communs pour circonscrire la notion d'« agent public » : a) ce terme désigne des personnes exerçant des fonctions officielles au nom ou pour le compte de l'État ; b) il est indifférent que ces personnes aient accédé à ces fonctions par élection ou par nomination ; c) il est indifférent également que ces fonctions soient exercées à titre permanent ou temporaire, contre rémunération ou à titre gratuit ; d) il est indifférent en outre que ces fonctions officielles relèvent des pouvoirs exécutif (administration), judiciaire ou législatif ; e) il est indifférent enfin que ces fonctions officielles soient exercées au sein de l'administration centrale de l'État ou dans d'autres structures politiques ou administratives ou encore au sein d'entreprises ou d'organismes du secteur public. Si l'on peut s'interroger sur l'applicabilité de ces éléments dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, il est néanmoins indéniable que l'on peut s'en servir comme point de départ pour dégager les critères permettant de définir la notion de représentant de l'État aux fins du présent sujet.

j) *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*

94. Au paragraphe 1 de son article 27, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pose ce qui suit :

Le présent Statut s'applique 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 au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

95. L'article énumère plusieurs catégories de personnes dotées de la « qualité officielle », laquelle n'est pas à prendre en considération aux fins d'établir la responsabilité pénale internationale. Cette énumération présente un intérêt pour le présent rapport, étant donné qu'en son paragraphe 2, l'article 27 relie le concept de « qualité officielle » à l'immunité, disposant que

¹⁵¹ Voir art. 7, 8, 12, 15 à 20, 25, 30, 38 et 52.

¹⁵² Voir art. 7 et 30.

¹⁵³ Art. 1.

¹⁵⁴ Art. 5.

¹⁵⁵ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, *Série des traités européens*, n° 173, p. 6 et 7, par. 27.

¹⁵⁶ Ibid., par. 28.

¹⁵⁷ Ibid., par. 29.

¹⁵⁸ Voir article premier du Protocole additionnel.

[I]es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

96. L'article 27 est de portée générale en ce qu'il vise à inclure toute personne à laquelle peut s'appliquer le concept de «qualité officielle»; cela correspond dans une certaine mesure à l'approche qu'a suivie la Commission dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en 1996¹⁵⁹. On peut donc supposer que les termes «qualité officielle» s'appliquent à toute personne qui représente l'État ou qui agit pour le compte ou au nom de celui-ci¹⁶⁰.

97. L'article 8 *bis* du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui traite du crime d'agression, définit celui-ci comme un crime de dirigeant, posant en son paragraphe 1 qu'un tel crime est commis «par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État¹⁶¹». Il convient toutefois de noter que cette disposition ne modifie ni le contenu ni la portée de l'article 27. En réalité, il faut interpréter la référence à la capacité effective «de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État» comme un élément factuel, rattaché au pouvoir d'influence ou de décision de la personne considérée, qui s'applique indépendamment de l'appartenance de l'auteur du crime d'agression à l'une des catégories de personnes énumérées au paragraphe 1 de l'article 27¹⁶². En conséquence, cet élément factuel ne peut en lui-même être pris comme critère pour définir le concept général de «qualité officielle», indépendamment de son application éventuelle à des personnes ayant cette qualité.

4. AUTRES TRAVAUX DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

98. À l'occasion de ses travaux passés, la Commission a dû plusieurs fois aborder le concept de représentant de l'État, d'organe de l'État ou d'agent de l'État. Les travaux ayant débouché sur des traités ont déjà été examinés plus haut, dans la section consacrée à la pratique conventionnelle. Néanmoins, d'autres travaux de la Commission peuvent être utilement considérés aux fins du présent rapport. Il s'agit de la formulation des Principes de Nuremberg, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

¹⁵⁹ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 50.

¹⁶⁰ La doctrine a elle aussi suivi cette interprétation, étant entendu que le concept de «qualité officielle» s'applique aux personnes qui, de fait, exercent les fonctions mentionnées à l'article 27 du Statut de Rome. Voir, notamment, Triffterer, «Irrelevance of official capacity», p. 788 et 789; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, p. 449 et 450.

¹⁶¹ Un libellé similaire est utilisé dans les amendements aux éléments de crime relatifs à l'article 8 *bis*, adoptés par la Conférence de révision du Statut de Rome. Voir *Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010, Documents officiels*, p. 23, résolution RC/Res.6, annexe II, «Éléments», par. 2.

¹⁶² Rappelons que la référence à la direction et au contrôle effectifs trouve son origine dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg concernant la responsabilité pénale des industriels qui, manifestement, ne peuvent être considérés comme ayant une qualité officielle. Voir à ce sujet McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 178 et 179, ainsi que p. 181.

a) *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal*

99. Dans le projet de document exposant les principes de Nuremberg, qui furent ensuite adoptés par l'Assemblée générale¹⁶³, la Commission faisait référence, sous le principe III, à une personne ayant agi «en qualité de chef d'État ou de gouvernant» et, sous le principe IV, aux ordres donnés par le «gouvernement» ou par un «supérieur hiérarchique». Ni le Rapporteur spécial, M. Jean Spiropoulos, ni la Commission n'ont donné une définition du «chef de gouvernement», mais il apparaît clairement, à la lecture des commentaires approuvés par la Commission, que dans l'un et l'autre de ces deux cas, et surtout dans celui du principe III, il est question d'une personne agissant au titre d'une qualité officielle, sur la base des références faites par le Tribunal de Nuremberg aux «représentants de l'État» et aux personnes «allégu[ant] [un] mandat [...] reçu de l'État»¹⁶⁴.

b) *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954*

100. À l'article 2 du premier projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁶⁵, adopté en seconde lecture en 1954, la Commission mentionne les «autorités d'un État» parmi les auteurs éventuels des infractions définies dans ce même article. En outre, à l'article 3 du code, qui dispose que la qualité officielle n'a pas d'incidence sur la responsabilité encourue pour avoir commis de tels crimes, les termes «chef d'État ou de gouvernant» (*Head of State et responsible government official* dans la version anglaise) sont utilisés. Le projet de code ne définit cependant pas davantage que les Principes de Nuremberg ce qu'il faut pour entendre par «autorités d'un État», lesquelles sont opposées aux termes «particuliers» (*private individuals* en anglais) dans le commentaire du projet d'article 2. Quoi qu'il en soit, on peut conclure sur la base de ce lien entre le projet de code et les Principes de Nuremberg adoptés en 1950 que les deux textes se réfèrent à une personne agissant au nom et pour le compte de l'État.

101. Il ressort néanmoins des travaux de la Commission qui ont conduit à l'adoption du premier projet de code que la définition des termes *responsible government official* suscitait déjà des doutes à l'époque. Il convient à cet égard de prendre tout particulièrement note du deuxième rapport du Rapporteur spécial M. Jean Spiropoulos, qui, dans son analyse des points de vue exprimés par les États à la Sixième Commission, citait notamment les déclarations de la Belgique (M. Van Glabbeke) et des Pays-Bas (M. Röling). De l'avis de la Belgique, «il exist[ait] encore une certaine confusion quant à la signification exacte du

¹⁶³ Résolution 488 (V) de l'Assemblée générale du 12 décembre 1950.

¹⁶⁴ Voir *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 12 à 16, par. 95 à 127, notamment les paragraphes 103 et 104. Le texte des Principes de Nuremberg est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45.

¹⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 9.

mot «gouvernant». Les avis [étaient] partagés quant à la question de savoir s'il faut entendre par «gouvernant» un membre du gouvernement exclusivement, ou également un ancien membre d'un gouvernement ou bien encore toute personne qui occupe dans l'État une fonction très élevée dans les trois domaines du pouvoir, exécutif, législatif et judiciaire. Certains documents parl[ai]ent de fonctionnaires de grade élevé et la signification de cette expression n'est guère plus claire que celle du mot «gouvernant»¹⁶⁶. Pour leur part, les Pays-Bas soutenaient que «la disposition relative à la qualité officielle du défendeur ne saurait être appliquée de la même manière aux grands et aux petits criminels de guerre¹⁶⁷». Malgré ces observations, le Rapporteur spécial n'a pas abordé, dans son rapport, la question de la définition et de la portée du terme «gouvernant» (*responsible government official*), se contentant d'indiquer que, dans le cas de l'invasion du territoire d'un État par les forces armées d'une autre État, «le simple soldat ne serait pas pénalement responsable en droit international [...] il serait contraire à toute logique de considérer le simple soldat comme pénalement responsable d'une action décidée et dirigée par les autorités d'un État¹⁶⁸». Cependant, dans son troisième rapport, soumis à la Commission en 1954 et sur la base duquel le code a été adopté en seconde lecture, le Rapporteur spécial s'est expressément référé à l'utilisation, dans le projet d'article 3, du terme «gouvernant» (*responsible government official*) et, renvoyant aux débats de l'Assemblée générale sur la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, a indiqué que

¹⁶⁶ *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, document A/CN.4/44, par. 85. La version anglaise du commentaire indique ceci : *there was still some confusion regarding the exact meaning of the words "responsible government official". Opinions differed: some said "responsible government official" referred solely to a member of a government ... or even any person occupying an important post in the three important branches of government, the legislative, the executive or the judicial. Some documents referred to highly placed officials and the meaning of that expression was no clearer than the words "responsible government official"*.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 82. La version anglaise du commentaire indique ce qui suit : *the provision concerning the official position of a defendant could not be applied in the same way to major and minor war criminals*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 58, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article premier. La version anglaise du commentaire indique ce qui suit : *the simple soldier would not be criminally responsible under international law ... It would go beyond any logic to consider a mere soldier as criminally responsible for an action which has been decided and directed by the authorities of a State*. La Commission a souscrit à ce point de vue dans son rapport sur l'adoption du projet de code en première lecture, en particulier dans son commentaire, où, au sujet de la question de la complicité, elle a également affirmé ceci : «[O]n n'a pas voulu stipuler que tous ceux qui contribuent, dans l'exercice normal de leurs fonctions, à la perpétration de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pourraient, de ce seul fait, être considérés comme complices de ces crimes. Il ne peut être question de punir, comme complices d'un tel crime, tous les membres des forces armées d'un État ou les travailleurs des industries de guerre» (*it is not intended to stipulate that all those contributing, in the normal exercise of their duties, to the perpetration of offences against the peace and security of mankind could, on that ground alone, be considered as accomplices in such crimes. There can be no question of punishing as accomplices in such an offence all the members of the armed forces of a State or the workers in war industries*) [Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément n° 9 (A/1858), p. 16, paragraphe 12 du commentaire relatif au projet d'article 2, au troisième paragraphe]. S'il est vrai que ces commentaires concernent manifestement la pertinence de la situation hiérarchique d'une personne au regard de sa responsabilité pénale, ils présentent un intérêt pour le présent sujet, car ils affirment qu'une distinction peut être établie entre un «gouvernant» (*responsible government official*) et d'autres personnes accomplissant des actes au nom de l'État, en exécution de décisions prises par d'autres (*ibid.*).

ce terme visait «ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir¹⁶⁹». Quoiqu'il en soit, la Commission ne propose, dans son commentaire du projet de code, aucune définition des «autorités d'un État».

c) *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996*

102. Dans plusieurs dispositions du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996, la Commission vise des personnes qui appartiendraient à chacune des catégories définies dans le présent rapport. La disposition la plus importante à cet égard est le projet d'article 7, qui prévoit, aux fins d'établir la responsabilité pénale individuelle résultant de la commission des crimes définis dans le code, que la «qualité officielle de l'auteur d'un crime [est indifférente] [...] même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement¹⁷⁰». En outre, dans les commentaires des projets d'articles 2, 4, 5 et 16, la Commission se réfère également, de différentes manières, aux diverses catégories de personnes examinées dans le présent rapport.

103. Lorsqu'elle définit la responsabilité individuelle et distingue celle-ci de la responsabilité de l'État, la Commission fait référence à l'«agent de l'État», ainsi qu'à l'individu ayant agi «pour le compte de l'État», «au nom de l'État» ou même «en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal»¹⁷¹, et elle insiste particulièrement sur le fait que «l'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'État et qui se servent de leur pouvoir de commandement et des moyens qu'il procure pour commettre ce crime¹⁷²». Les commentaires contiennent aussi des références aux individus qui «occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire¹⁷³», à la «hiérarchie gouvernementale ou [...] la chaîne de commandement militaire¹⁷⁴» et aux «hauts fonctionnaires de l'administration et [...] chefs militaires¹⁷⁵». La Commission ne présente cependant dans aucun des commentaires une définition ou une liste des personnes auxquelles s'appliquent ces catégories. À cet égard, si la Commission ne précise pas, dans le commentaire relatif au projet d'article 7, en quoi consiste la «qualité officielle de l'auteur d'un crime» mentionnée dans le projet d'article, elle apporte toutefois des indications sur ce concept en faisant état des «personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques» et qui peuvent «invoker la souveraineté de l'État»¹⁷⁶, des «per-

¹⁶⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, document A/CN.4/85, seconde partie, sect. XIV c, p. 120.

¹⁷⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 19, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 2. Les mêmes termes sont soulignés par la Commission dans le commentaire du projet d'article 4 (*ibid.*, p. 23).

¹⁷² *Ibid.*, p. 20, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 2. Voir également le commentaire du projet d'article 16 (*ibid.*, p. 45).

¹⁷³ *Ibid.*, p. 24, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 22, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 2, et p. 24, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 5.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 27, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 7.

sonnes occupant les plus hautes fonctions officielles et ayant, de ce fait, les plus grands pouvoirs de décision¹⁷⁷ » et des personnes qui prétendent « que les faits constitutifs du crime entraînent dans le cadre de l'exercice de [leurs] fonctions¹⁷⁸ ».

104. Il découle de ces références que les personnes dont il est question dans les dispositions susmentionnées du projet de code ont un lien avec l'État (elles sont des agents de l'État, des représentants de l'État ou des officiers ou agissent au nom ou pour le compte de l'État) et exercent une forme ou une autre d'autorité gouvernementale, notamment au plus haut niveau. Ces qualités sont particulièrement pertinentes pour poser les critères permettant de définir le « représentant de l'État » aux fins du présent sujet.

105. Il convient enfin de relever que la Commission n'a pas non plus utilisé de termes précis pour désigner ces personnes, à l'exception du « chef d'État ». En ce qui concerne les autres personnes, elle se borne à mentionner, au projet d'article 7, leur « qualité officielle » ou à faire référence, dans les commentaires des projets d'article, aux « hauts fonctionnaires de l'administration » et aux « chefs militaires », à l'exercice des « plus hautes fonctions officielles » ou à l'occupation de « postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire ».

d) *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*

106. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁷⁹ contient plusieurs dispositions pertinentes aux fins du présent rapport, tout particulièrement les projets d'article du chapitre II de la première partie, qui concernent l'attribution à l'État du comportement de personnes ou d'entités. L'intérêt de ces dispositions tient à ce qu'elles visent différentes catégories de personnes (ou d'entités) qui agissent au nom ou pour le compte de l'État et auxquelles s'applique par conséquent le concept de « représentant de l'État » analysé dans le présent rapport.

107. Il convient à cet égard de relever que les projets d'articles 4 et 5 se rapportent à deux catégories distinctes, définies respectivement comme les « organes de l'État » et les personnes ou entités « exerçant des prérogatives de puissance publique », sans pour autant être des organes de l'État. Aux termes du projet d'article 4, un organe de l'État est toute personne ou entité qui « exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'[elle] occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État » (par. 1). Cette personne ou entité doit en outre avoir le « statut [d'un organe de l'État] d'après le droit interne de l'État » (par. 2). Le projet d'article 5 vise les « personne[s] ou entité[s] qui ne [sont] pas [des] organe[s] de l'État au titre de l'article 4, mais qui [sont] habilité[e]s

par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique ». Bien que les projets d'articles 4 et 5 concernent tant les personnes que les entités, seule la référence aux personnes est à prendre en considération pour définir le concept de représentant de l'État aux fins du présent rapport.

108. Les commentaires des projets d'article du chapitre II de la première partie contiennent également des éléments intéressants. Ainsi, le commentaire introductif du chapitre II pose la règle générale en matière d'attribution de la responsabilité, selon laquelle « le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses organes de gouvernement ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État¹⁸⁰ ». Le comportement d'un organe de l'État est attribuable à l'État « quel que soit le niveau de l'administration ou du gouvernement auquel ce comportement intervient¹⁸¹ », ce qui signifie qu'il peut y avoir en pratique une diversité de personnes ou de représentants de l'État qui agissent en qualité d'agents de l'État. Pour que le comportement soit attribué à l'État, la condition essentielle est que le représentant de l'État doit avoir agi en qualité d'organe de l'État, quelles qu'aient pu être ses motivations propres. De surcroît, ce qui compte n'est pas la fonction qu'exerce l'agent au sein de l'appareil d'État mais le fait qu'il assume « des fonctions publiques » et exerce « des prérogatives de puissance publique »¹⁸². En ce qui concerne le concept de représentant de l'État, le commentaire de cette disposition établit clairement que même le comportement de subordonnés, si ces derniers ont agi en leur qualité officielle, peut être attribué à l'État. Comme l'indique la Commission dans son commentaire relatif au projet d'article 7, la question essentielle est celle de savoir « si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle¹⁸³ ».

109. En outre, considérant le champ de l'exercice de la puissance publique, la Commission fait observer dans son commentaire relatif au projet d'article 5 que le terme « publique » est nécessairement imprécis. En vue de le définir, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État¹⁸⁴ ». En droit interne, le lien entre l'État et la personne exerçant des prérogatives de puissance publique peut prendre diverses formes. En droit international, il importe principalement que l'acte accompli soit considéré comme un acte officiel de « puissance publique ». Même des organes ou des agents agissant de facto peuvent exercer cette autorité s'ils « exercent » en fait des prérogatives de puissance publique, en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives » (art. 9).

¹⁷⁷ Ibid., p. 28, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁷⁸ Ibid., paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁷⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

¹⁸⁰ Ibid., p. 40, paragraphe 2 du commentaire introductif du chapitre II.

¹⁸¹ Ibid., paragraphe 5 du commentaire introductif du chapitre II.

¹⁸² Ibid., paragraphe 6 du commentaire introductif du chapitre II.

¹⁸³ Ibid., p. 48, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁸⁴ Ibid., p. 45, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 5.

110. Ainsi, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite contient des éléments qui sont d'une aide appréciable pour déterminer les critères permettant de définir le concept de «représentant de l'État» aux fins du présent sujet, à savoir: *a)* l'existence d'un lien, qui peut prendre différentes formes, entre la personne considérée et l'État; *b)* le fait que la personne considérée agit au nom de l'État; et *c)* la condition selon laquelle la personne considérée doit exercer des fonctions officielles et des prérogatives de puissance publique.

5. CONCLUSIONS

111. Sur la base de l'examen de la pratique qui précède, il est possible de tirer un certain nombre de conclusions aux fins d'établir les critères permettant de déterminer ce qui constitue un représentant de l'État aux fins du présent projet d'articles, à savoir:

a) le représentant de l'État a un lien avec l'État. Ce lien peut prendre plusieurs formes (constitutionnelle, légale ou contractuelle) et il peut être temporaire ou permanent. Il peut être *de jure* ou *de facto*;

b) le représentant de l'État agit en cette qualité sur le plan international ou exerce des fonctions officielles au double plan international et interne;

c) le représentant de l'État exerce des prérogatives de puissance publique, agissant au nom de l'État. La puissance publique inclut les fonctions exécutives, législatives et judiciaires.

112. Ces critères s'appliquent tant aux représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae* (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) qu'à ceux qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* (tous les autres). Toutefois, ils sont particulièrement pertinents dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, étant donné qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des catégories de personnes auxquelles celle-ci s'applique. En conséquence, afin d'établir si une personne donnée est un représentant de l'État, il faut déterminer au cas par cas si tous les critères sont remplis.

C. Terminologie

113. Le deuxième élément à envisager aux fins du sujet a trait aux termes désignant les personnes concernées par l'immunité. Comme indiqué plus haut, cette question, essentiellement terminologique, va au-delà de la simple préférence linguistique pour tel ou tel mot. En substance, le choix des termes suit deux critères: *a)* l'acception retenue doit être suffisamment large pour englober toutes les personnes concernées; et *b)* la pratique établie de la Commission doit être prise en compte. À ces deux critères, il faudrait en ajouter un troisième: le terme retenu doit être facile à comprendre – sans ambiguïté aucune – par les fonctionnaires nationaux responsables de l'application des règles régissant l'immunité, notamment les juges, procureurs, avocats et autres responsables de l'application des lois. Il convient de garder à l'esprit que ces fonctionnaires, spécialisés dans leurs domaines de compétence juridiques respectifs, sont naturellement amenés à «raisonner» suivant les catégories et les termes utilisés dans leur propre

droit interne. En conséquence, le choix de mots ici doit être guidé par l'intérêt d'utiliser des termes qui ne peuvent en aucun cas induire en erreur, notamment dans le cas de termes qui ont un sens différent selon les pays et dont l'emploi pourrait avoir un fâcheux effet de préjuger la manière dont la portée subjective de l'immunité est interprétée.

114. Dans cette optique, il convient de souligner premièrement que l'analyse de la pratique qui précède fait ressortir l'absence d'uniformité dans l'utilisation d'un ou plusieurs termes pour désigner les mêmes personnes. À l'exception de l'emploi clair et uniforme d'expressions comme «chef d'État», «chef de gouvernement» et «ministre des affaires étrangères», force est de constater que tant la jurisprudence que les conventions examinées, voire la doctrine, utilisent différents termes pour désigner la catégorie des personnes visées dans le présent rapport. Qui plus est, il n'est pas toujours possible d'expliquer chaque fois pourquoi tel terme est employé et non tel autre.

115. Ainsi, s'agissant des seuls traités, on constate que la terminologie suivante est utilisée en français, les termes correspondants en anglais et en espagnol étant indiqués:

a) agent diplomatique (*diplomatic agent/funcionario diplomático*)¹⁸⁵;

b) agent diplomatique (*diplomatic agent/agente diplomático*)¹⁸⁶;

c) personnel diplomatique (*diplomatic staff/personal diplomático*)¹⁸⁷;

d) fonctionnaire consulaire (*consular officer/funcionario consular*)¹⁸⁸;

e) employé consulaire (*consular employee/empleado consular*)¹⁸⁹;

f) agent consulaire (*consular agent/agente consular*)¹⁹⁰;

g) mandataire de l'État d'envoi (*agent of the sending State/agente del Estado que envía*)¹⁹¹;

h) personnel administratif et technique, personnel de service (*administrative and technical staff, service staff/personal administrativo y técnico, personal de servicio*)¹⁹²;

i) représentants (*representatives/representantes*), de manière générale¹⁹³;

¹⁸⁵ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁸⁸ Convention de Vienne sur les relations consulaires.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁹³ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens.

j) représentant (*representative/representante*), dans le cadre des missions spéciales¹⁹⁴ ;

k) représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle (*representative or official/representante, funcionario o personalidad oficial*)¹⁹⁵ ;

l) personnalités de rang élevé (*persons of high rank/personalidades de rango elevado*)¹⁹⁶ ;

m) organes de gouvernement (*organs of Government/órganos de gobierno*) ; cette catégorie comprend les chefs d'État et de gouvernement¹⁹⁷ ;

n) gouvernants, fonctionnaires (*constitutionally responsible rulers, public officials/gobernantes, funcionarios*)¹⁹⁸ ;

o) agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel (*public official or other person acting in an official capacity/funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas*)¹⁹⁹ ;

p) supérieur ou autorité publique (*superior officer or a public authority/funcionario superior o autoridad pública*)²⁰⁰ ;

q) agent public (*public official/funcionario público*) et agent public étranger (*foreign public official/funcionario público extranjero*)²⁰¹ ;

r) fonctionnaires (*civil servants/empleados públicos*)²⁰² ;

s) fonctionnaire, employé gouvernemental ou serviteur public (*public official, government official or public servant/funcionario público, oficial gubernamental o servidor público*)²⁰³ ;

t) agent public (*public official/agente público*)²⁰⁴ ;

u) qualité officielle (*official capacity/cargo oficial*)²⁰⁵.

116. Comme on peut le voir, les termes employés sont non seulement très variés, mais ils ne correspondent pas toujours aux termes utilisés en anglais et en espagnol.

117. Deuxièmement, dans l'analyse des travaux de la Commission qui n'ont pas été pris en compte dans les traités, on retrouve les termes suivants :

a) chef d'État ou de gouvernement (*responsible government official/autoridad del Estado*)²⁰⁶ ;

b) qualité officielle (*official position/carácter oficial*)²⁰⁷ ;

c) agent de l'État (*agent of the State/agente del Estado*)²⁰⁸ ;

d) hauts fonctionnaires de l'administration ou chefs militaires (*high-level government officials or military commanders/funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel*) et hauts fonctionnaires de l'administration et chefs militaires (*senior government officials and military commanders/funcionarios y jefes militares*)²⁰⁹ ;

e) organe de l'État (*State organ/órgano del Estado*)²¹⁰ ;

f) personne qui exerce des prérogatives de puissance publique (*person exercising governmental authority/persona que ejerce atribuciones del poder público*)²¹¹.

118. Comme s'agissant des traités, il convient de souligner la diversité des termes utilisés et le fait qu'ils ne correspondent pas toujours à la terminologie utilisée dans les deux autres langues.

119. Par conséquent, on peut conclure qu'il n'y a pas de terme utilisé de manière uniforme et constante pour désigner la catégorie de personnes visées dans le présent rapport. De surcroît, les termes utilisés ne renvoient pas toujours à l'ensemble des personnes qui pourraient, selon les critères décrits plus haut, être rangées dans cette catégorie. Au contraire, certains des termes figurant dans les paragraphes ci-dessus ne renvoient souvent qu'à une seule catégorie de personnes, à l'exclusion de celles qui répondraient à la définition de bénéficiaire de l'immunité *ratione personae*. Compte tenu de ce qui précède et des débats antérieurs de la Commission ainsi que de la façon dont cette dernière elle-même utilise ces termes dans ses travaux, la Rapporteuse spéciale estime qu'il importe de s'arrêter sur ceux qui résultent de l'intitulé même du sujet, c'est-à-dire « représentant » en français, *official* en anglais et *funcionario* en espagnol ; de même que sur les mots « organe » (*organ* en anglais et *órgano* en espagnol) et « agent » (*agent* en anglais et *agente* en espagnol). Ces

¹⁹⁴ Convention sur les missions spéciales.

¹⁹⁵ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques.

¹⁹⁶ Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁹⁷ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens.

¹⁹⁸ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

¹⁹⁹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Convention des Nations Unies contre la corruption.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Convention interaméricaine contre la corruption.

²⁰⁴ Convention pénale sur la corruption.

²⁰⁵ Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Cette expression couvre le chef de l'État (*Head of State/Jefe de Estado*), le chef de gouvernement (*Head of Government/Jefe de Gobierno*), un membre du gouvernement (*member of government/miembro de un gobierno*), un membre du Parlement (*member of parliament/parlamentario*), un représentant élu (*elected representative/representante elegido*) et un agent d'un État (*government official/funcionario de gobierno*).

²⁰⁶ Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal ; et projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954.

²⁰⁷ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996.

²⁰⁸ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (commentaires).

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

²¹¹ Ibid.

termes, dont la définition est tirée de dictionnaires généraux et de dictionnaires juridiques, sont brièvement étudiés ci-après, afin de déterminer s'ils conviennent.

1. *FUNCIONARIO*

120. D'après le *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española), le terme espagnol *funcionario* («fonctionnaire») s'entend généralement de toute «personne titulaire d'une charge publique», bien qu'en Argentine, en Équateur et en Uruguay il puisse également désigner «tout fonctionnaire de haut rang, notamment dans la hiérarchie de l'État»²¹². Ces deux acceptions ne sont pas fondamentalement différentes. Par ailleurs, selon divers dictionnaires juridiques, le terme «fonctionnaire» s'entend de toute «personne qui s'acquitte de fonctions relevant de l'administration et est au service de l'État, ayant volontairement pris place dans l'organisation de l'État et gagnant ainsi sa vie»²¹³, de «toute personne au service de l'administration publique et qui exerce une activité professionnelle rémunérée, régie par le droit administratif»²¹⁴, de «toute personne qui exerce des fonctions publiques et est au service de l'État, ayant volontairement pris place dans l'organisation de l'État»²¹⁵, et de «toute personne investie d'une charge officielle» ou qui «exerce des fonctions publiques, est investie d'une mission de service public, qu'elle ait été élue ou nommée par l'autorité compétente»²¹⁶. Quoiqu'il en soit, il convient de préciser que dans les pays de langue espagnole le terme *funcionario* ne désigne pas en général le chef d'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou d'autres ministres, ni même, d'ailleurs, d'autres hauts responsables politiques. On utilise plus couramment le terme *mandatorio* ou *dignatario* dans le cas du premier groupe et *alto cargo* ou *alto funcionario* pour les autres. En outre, ce mot ne désigne pas non plus les parlementaires, qui sont appelés *representantes*, ni, quoique dans une moindre mesure, les personnes qui exercent des fonctions judiciaires, alors même qu'elles ont généralement qualité de fonctionnaire, au sens administratif du terme.

121. On traduit généralement *funcionario* par «fonctionnaire» en français et par *officer*, *official*, *civil servant* ou *public servant* en anglais²¹⁷.

²¹² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22^e éd., Madrid, Espasa, 2001, p. 1099. On y lit : [p]ersona que desempeña un empleo público ; et : [e]mpleado jerárquico, particularmente en el estatal.

²¹³ *Gran Diccionario Jurídico*, Barcelone, De Vecchi, 1991, p. 167. On y lit : la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida.

²¹⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 446. On y lit : aquellas personas incorporadas a la [Administración] por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo.

²¹⁵ L. Ribó Durán (dir. publ.), *Diccionario de Derecho*, 2^e éd., Barcelone, Bosch, 1995, p. 294. On y lit : la persona que realiza funciones públicas y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo.

²¹⁶ I. Rivera García (dir. publ.), *Diccionario de términos jurídicos*, 2^e éd., Orford, New Hampshire, Equity, 1985, p. 110. On y lit : [a]quel que ha sido investido con la autoridad de un cargo ; et : que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

²¹⁷ E. Le Docte (dir. publ.), *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*, Anvers, Maklu Uitgevers, 1987, p. 312 et 313.

122. S'agissant du terme français «fonctionnaire», on trouve la définition suivante dans les dictionnaires généraux : «[a]gent public qui, nommé dans un emploi permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État», ou «[t]itulaire d'une fonction publique»²¹⁸, et «[p]ersonne qui remplit une fonction publique ; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique»²¹⁹. Selon les dictionnaires juridiques est «fonctionnaire» tout «[a]gent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie» ou toute «personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie»²²⁰, tel que régi, par cette définition, par le droit administratif²²¹. D'après le *Dictionnaire de droit international public*, le fonctionnaire, synonyme d'agent de l'État, s'entend de toute «[p]ersonne nommée pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement»²²².

123. En outre, on retiendra que le terme anglais *official*, qui sera étudié plus loin, a une acception plus large que le terme «fonctionnaire» ou *funcionario*, bien que, dans certains cas, il puisse avoir la même signification. On notera également qu'à l'expression espagnole *funcionario* peut également correspondre l'expression *civil servant*, dont la portée plus limitée renvoie à une catégorie de personnes appartenant à la «fonction publique», définie comme suit : «La fonction publique est l'ensemble des fonctionnaires [...] ayant pour mission d'administrer l'État [...] sous le contrôle et la direction des ministres. [...] Les fonctionnaires ne doivent pas leur emploi à telle ou telle allégeance politique ; les activités politiques auxquelles ils peuvent participer sont limitées et ils conservent leur poste au-delà des changements de gouvernement»²²³.

²¹⁸ *Larousse* (voir à l'adresse suivante : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>).

²¹⁹ *Le Grand Robert de la langue française* (voir à l'adresse suivante : <https://grandrobert.lerobert.com>).

²²⁰ G. Cornu (dir. publ.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 354.

²²¹ S. Guinchard et T. Debard (dir. publ.), *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 427.

²²² J. Salmon (dir. publ.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 50.

²²³ P. Cane et J. Conaghan (dir. publ.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 140. On y lit : *The civil service is the body of officials ... whose task it is to administer the government ... under the control and direction of Ministers. ... Civil servants do not owe their employment to political allegiance; they are restricted as to the political activities in which they may engage, and remain in post notwithstanding changes of government.* L'explication qui suit est également intéressante : *This fundamental division among the personnel of central government, often recognized in foreign constitutions in a distinction between "government" and "administration", is in the United Kingdom essentially a matter of politics, not law. In law, both Ministers and civil servants are "servants of the Crown"* («Cette division fondamentale entre le personnel de l'État central, souvent exprimée dans les constitutions étrangères dans la distinction entre "gouvernement" et "administration", est, au Royaume-Uni, essentiellement une question de politique et non de droit. En droit, les ministres tout comme les fonctionnaires sont "serviteurs de la Couronne" »).

2. REPRÉSENTANT

124. Dans les dictionnaires généraux, le terme français «représentant» s'entend de toute «[p]ersonne qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu'un²²⁴» et de toute «personne qui représente, qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un»; de toute «[p]ersonne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l'exercer en son nom», de toute «[p]ersonne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d'un pouvoir (surtout du pouvoir législatif)» ou de toute «[p]ersonne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d'un autre²²⁵». D'après le *Vocabulaire juridique* est «représentant» tout «[o]rgane d'une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe²²⁶», ce terme étant utilisé dans le domaine des relations internationales pour désigner plus spécifiquement les représentants diplomatiques et les représentants auprès d'une organisation internationale. Définissant le mot «gouvernant», le même dictionnaire confère aux représentants un sens proche: «[t]erme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l'ensemble des représentants, dépositaires ou titulaires du pouvoir politique²²⁷». Le *Dictionnaire de droit international* définit le représentant comme toute «[p]ersonne physique dûment investie du pouvoir de parler, d'agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d'un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d'engager ce sujet de droit». La définition précise que «[c]e terme s'applique notamment aux agents diplomatiques [...] ainsi qu'aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d'une organisation internationale» et est «utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d'éviter l'emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission²²⁸». On notera également que ce dictionnaire définit le terme «représentativité (ou caractère représentatif)» comme le «[c]aractère d'un organe ou d'une personne qui apparaît comme l'image ou le symbole de la nation qu'il incarne. Tel est un des caractères attribués encore aujourd'hui aux chefs d'État²²⁹».

125. Le terme «représentant» se traduit d'ordinaire en espagnol par *representante* et en anglais par *representative*²³⁰, parfois aussi par *agent*²³¹.

126. En espagnol, le mot *representante* est défini de manière générale dans le *Diccionario de la lengua española* comme celui «qui représente», la «personne qui représente une communauté». Les dictionnaires juridiques ne sont guère plus explicites: ils ne définissent généralement pas ce terme mais seulement celui de «représentation», comme un ensemble «de personnes qui représentent une entité, une collectivité, une entreprise ou

un gouvernement²³²»; ou comme «le mécanisme permettant à une personne, la personne représentée, de charger une autre personne, le représentant, d'exprimer sa volonté avec effet juridique²³³». Enfin, certains dictionnaires se bornent à définir l'expression «représentation politique» au sens du seul droit constitutionnel, comme la «relation existant entre le peuple et les personnes qui agissent en son nom, constituant la volonté du corps politique²³⁴».

127. Selon les dictionnaires généraux, le terme anglais *representative* s'entend de toute «personne choisie ou nommée pour agir ou parler au nom d'une ou plusieurs autres», en particulier «pour prendre la parole et agir au nom d'autres personnes dans une assemblée législative ou un organe délibérant» ou «du délégué qui participe à une conférence, à des négociations, etc., aux fins d'y représenter les intérêts d'une autre personne ou d'un groupe²³⁵». Le *Black's Law Dictionary* le définit simplement comme «celui qui représente un autre ou agit en son nom», renvoyant également à la notion d'agent (*agent*)²³⁶.

3. OFFICIAL

128. Le terme *official* s'entend de «[toute] personne exerçant un mandat public ou des fonctions publiques, en particulier comme représentant d'une organisation ou d'un ministère²³⁷». Selon le *Black's Law Dictionary*, c'est «[celui] qui exerce un mandat public ou en est investi; la personne choisie ou nommée pour exercer certains des pouvoirs souverains d'un gouvernement, appelée également fonctionnaire public²³⁸». Ces définitions diffèrent de celles de *civil service* – «les branches administratives

²³² Rivera García, *Diccionario de términos jurídicos*, p. 242. La définition en espagnol est: [conjunto] de personas que representan a una entidad, colectividad, corporación o Gobierno.

²³³ *Gran diccionario jurídico DVE*, p. 309. La définition en espagnol est la suivante: la institución jurídica que posibilita la actuación de una persona, llamada representado, por medio de otra, llamada representante, que manifiesta una voluntad en nombre de la primera con eficacia jurídica.

²³⁴ *Diccionario jurídico Espasa*, p. 876. La définition en espagnol est la suivante: Relación existente entre el pueblo y las personas que actúan en su nombre, formando la voluntad del cuerpo político.

²³⁵ Voir à l'adresse suivante: www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante: A person chosen or appointed to act or to speak for another or others; [a] person chosen or elected to speak and act on behalf of others in a legislative assembly or deliberative body; et: [a] delegate who attends a conference, negotiations, etc., so as to represent the interests of another person or group.

²³⁶ B. A. Garner (dir. publ.), *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., St. Paul, West, 2009, p. 1416. La définition en anglais est la suivante: One who stands for or acts on behalf of another.

²³⁷ Voir à l'adresse suivante: www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante: A person holding public office or having official duties, especially as a representative of an organization or government department.

²³⁸ Garner, *Black's Law Dictionary*, p. 1195. La définition en anglais est la suivante: One who holds or is invested with a public office; a person elected or appointed to carry out some portion of a government's sovereign powers. Also termed public official. Ce même dictionnaire juridique définit un *officer* comme «une personne exerçant un mandat de confiance, d'autorité ou de commandement. Dans les affaires publiques, ce terme désigne en particulier la personne exerçant un mandat public au service d'un gouvernement national, étatique ou local, autorisée par ce gouvernement à exercer une fonction précise» (A person who holds an office of trust, authority, or command. In public affairs, the term refers especially to a person holding public office under a national, state, or local government, and authorized by that government to exercise some specific function) [ibid., p. 1193].

²²⁴ *Larousse*. Le dictionnaire donne comme synonymes les mots «agent» et «mandataire».

²²⁵ *Le Grand Robert*.

²²⁶ Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 691.

²²⁷ *Ibid.*, p. 377.

²²⁸ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 979 et 980.

²²⁹ *Ibid.*, p. 984.

²³⁰ Le Docte, *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*, p. 608 et 609.

²³¹ B. Dhucq et D. Frison, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Paris, BMS, 2004, p. 591.

de l'État» et «le corps de personnes employées par ces branches-fonctionnaires publics»²³⁹ – et de *civil servant* : «un membre de la fonction publique»²⁴⁰, et correspondraient davantage au concept de *funcionario*, examiné précédemment.

129. Le terme *official* se traduit habituellement en espagnol par *funcionario*²⁴¹ ou *responsable*²⁴² et en français par «fonctionnaire»²⁴³ mais il ressort de ce qui précède que pour le présent propos ces significations ne sont ni équivalentes ni interchangeables.

4. AGENTE

130. Selon le *Diccionario de la lengua española* est *agente* toute «personne agissant sous pouvoir d'autrui» (en espagnol : *persona que obra con poder de otro*). D'après les dictionnaires juridiques, il s'entend de toute «personne qui agit, opère et exécute au nom et avec le pouvoir d'autrui», la formulation *agencia de Gobierno* («agence de l'État») s'entendant d'«une entité subordonnée au souverain, investie d'une mission publique»²⁴⁴. D'autres dictionnaires juridiques le définissent comme «la personne agissant ou intervenant au nom d'autrui avec des pouvoirs prévus pour une fin déterminée»²⁴⁵ ou renvoient simplement au concept d'organes administratifs comme équivalent²⁴⁶. Enfin, dans un dictionnaire juridique, la seule mention de ce terme vise l'agent diplomatique²⁴⁷.

131. Selon les dictionnaires généraux, le terme français «agent» s'entend de toute «[p]ersonne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, État...)» ou de tout «[e]mployé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire»²⁴⁸, ou encore de toute «[p]ersonne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit» et est présenté comme synonyme de «fonctionnaire»²⁴⁹. D'après les dictionnaires juridiques est agent «toute personne au service d'une administration publique; en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de

représentant²⁵⁰», «tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif»²⁵¹ ou toute «personne recrutée par l'État, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions» et «chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'État que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes»²⁵². Dans tous les cas, ces définitions envisagent l'«agent» essentiellement du point de vue du droit administratif de l'État. Cependant, les dictionnaires juridiques parlent également d'agent dans le domaine du droit international. De ce point de vue, il est intéressant de noter le sens que lui donne le *Dictionnaire de droit international public* : «personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargée par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées [...]; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires [...]; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique [...]» et «[e]n matière de responsabilité internationale : organes de l'État ou de l'organisation internationale»²⁵³.

132. En anglais, le terme *agent* s'entend généralement de toute «personne agissant au nom d'une autre personne ou d'un groupe»²⁵⁴ et juridiquement, de tout «employé ou représentant d'un organe de l'État»²⁵⁵ (*government agent*) ou de «toute personne nommée pour traiter publiquement de questions relevant de l'administration de l'État ou de la chose publique»²⁵⁶ (*public agent*). En outre, selon le *Black's Law Dictionary*, l'expression *public power* s'entend du «pouvoir dont est investie une personne en qualité d'agent ou d'organe de l'État», étant entendu que «les pouvoirs publics se décomposent en diverses formes de pouvoir législatif, judiciaire et exécutif»²⁵⁷.

5. ÓRGANO

133. Selon le *Diccionario de la lengua española*, on entend par *órgano* («organe») toute «personne ou tout ensemble de personnes représentant une organisation ou une personne morale aux compétences déterminées». Selon les dictionnaires juridiques, la formulation *órganos administrativos* s'entend des «personnes exerçant

²³⁹ Ibid., p. 281. Les définitions en anglais sont les suivantes : *The administrative branches of a government*; et : *The group of people employed by these branches – civil servant*.

²⁴⁰ Voir à l'adresse suivante : www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : *A member of the civil service*.

²⁴¹ S. M. Kaplan (dir. publ.), *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary*, 4^e éd., Wolters Kluwer, 2013, p. 438.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Dhucq et Frison, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, p. 156.

²⁴⁴ Rivera García, *Diccionario de términos jurídicos*, p. 9. Les définitions en espagnol sont les suivantes : *persona que actúa, opera y ejecuta a nombre y con poder de otra*; et : *agencia del Gobierno: una criatura subordinada al soberano creada para llevar a cabo una función gubernamental*.

²⁴⁵ *Gran diccionario jurídico DVE*, p. 43. La définition en espagnol est la suivante : *la persona que obra o interviene en nombre de otro, con facultades para conseguir un fin determinado*.

²⁴⁶ Ribó Durán, *Diccionario de derecho*, p. 38.

²⁴⁷ *Diccionario Jurídico Espasa*, p. 45.

²⁴⁸ Larousse. Sont donnés comme synonymes les mots «émissaire», «mandataire» et «représentant».

²⁴⁹ *Le Grand Robert*.

²⁵⁰ Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 36.

²⁵¹ Guinchard et Debard *Lexique des termes juridiques*, p. 47.

²⁵² Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 49 et 51.

²⁵³ Ibid., p. 49. Le *Vocabulaire juridique* lui donne une définition similaire : «Terme parfois utilisé dans les documents diplomatiques pour désigner une personne chargée d'une mission par un gouvernement, par exemple d'établir des relations officielles avec un autre gouvernement» (Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 37).

²⁵⁴ Voir à l'adresse suivante : www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : *A person who acts on behalf of another person or group*.

²⁵⁵ Garner, *Black's Law Dictionary*, p. 73. La définition en anglais est la suivante : *An employee or representative of a governmental body*.

²⁵⁶ Ibid., p. 74. La définition en anglais est la suivante : *A person appointed to act for the public in matters pertaining to governmental administration or public business*.

²⁵⁷ Ibid., p. 1289. La définition en anglais est la suivante : *A power vested in a person as an agent or instrument of the functions of the state*; et : *Public powers comprise the various forms of legislative, judicial, and executive authority*.

une fonction publique²⁵⁸). Cette définition générique englobe toutes les catégories d'organes, qu'ils agissent à titre représentatif ou honorifique ou à titre rémunéré dans le cadre d'une carrière professionnelle dans l'administration; qu'ils aient le pouvoir de commander et jouissent de prérogatives d'honneur et de dignité (autorités) ou exécutent simplement les décisions d'autrui; ou exercent leurs fonctions à titre permanent ou temporaire.

134. Les dictionnaires généraux entendent le terme français «organe» de «[c]e qui sert d'intermédiaire, de porte-parole» et de toute «[i]nstitution chargée de faire fonctionner certains services de l'État»²⁵⁹. Selon les dictionnaires juridiques, le terme «organe» s'entend au sens large de toute «[p]ersonne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée²⁶⁰». Le *Dictionnaire de droit international public* le définit comme une «[p]ersonne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions», terme «[a]ppliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimant sa volonté dans les relations internationales. Par exemple: organes des relations extérieures: chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc.», et «[d]ans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État»²⁶¹. Notons que le *Dictionnaire de droit international public* définit le chef de l'État comme «organe suprême» et le chef de gouvernement comme «organe supérieur» de l'État²⁶².

135. Enfin, selon l'*Oxford English Dictionary*, le terme anglais *organ* s'entend de toute «personne, ensemble de personnes ou chose servant à atteindre un but ou à exercer une fonction²⁶³». Il n'est pas défini dans les dictionnaires juridiques consultés.

6. CONCLUSIONS

136. De l'analyse terminologique qui précède, on est conduit à conclure d'abord que les mots *funcionario*, *official* et «représentant» n'ont pas le même sens. Comme indiqué au départ, ces termes n'ont pas un sens uniforme ou équivalent et ne peuvent donc pas être employés indifféremment dans les différentes versions linguistiques du projet d'articles.

137. De ces trois mots, seul le terme *official* semble pouvoir être utilisé dans un sens large permettant de l'appliquer globalement à toutes les catégories de personnes couvertes par l'immunité de juridiction pénale. En effet, ses équivalents espagnol et français (*funcionario* et «fonctionnaire») ne paraissent pas offrir la même souplesse.

²⁵⁸ Ribó Durán, *Diccionario de Derecho*, p. 428, et *Gran diccionario jurídico DVE*, p. 257. La définition en espagnol est la suivante: *las personas que desempeñan un oficio público*.

²⁵⁹ Larousse. La seconde définition se retrouve à l'identique dans *Le Grand Robert*.

²⁶⁰ Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 550.

²⁶¹ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 790.

²⁶² Ibid.

²⁶³ J. Simpson et E. Weiner (dir. publ.), *Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press. La définition en anglais est la suivante: *a person, body of people, or thing by which some purpose is carried out or some function is performed*.

138. On relèvera par ailleurs que les termes *funcionario* et «fonctionnaire» sont étroitement liés au système administratif qui opère une nette distinction entre, d'une part, le gouvernement et, d'autre part, l'administration au sens de bureaucratie permanente au service de l'État en général et du gouvernement en particulier. Dans un tel système, les fonctionnaires au sens strict désignent les personnes qui ont un lien permanent avec l'administration et y servent l'État mais ne se livrent à aucune activité de nature politique et n'exercent généralement pas de fonctions représentatives, à la différence des membres du gouvernement au sens large de ce terme. Cela étant, il ne semble pas que *funcionario* et «fonctionnaire» soient les termes qui conviennent le mieux pour désigner collectivement toutes les personnes objet du présent rapport.

139. Par ailleurs, le terme «représentant» et ses équivalents dans les deux autres langues mettent l'accent sur la qualité représentative des personnes ainsi qualifiées. En conséquence, on doit se demander si ce mot est bien le plus propre à désigner l'ensemble des catégories de personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère, du chef de l'État aux juges, en passant par les responsables militaires ou les fonctionnaires de police, pour n'en citer que quelques-unes. Cette question revêt un intérêt particulier aux fins du sujet, la Commission ayant considéré que les personnes pouvant bénéficier de l'immunité étaient soit celles qui représentent l'État soit celles qui accomplissent des fonctions publiques. À ce propos, il convient de s'arrêter sur la nécessité de distinguer entre la qualité représentative d'une personne et la possibilité que ses actes soient considérés comme accomplis «à titre officiel» ou comme attribuables à l'État. Dans le cas du chef de l'État, du chef de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, la qualité représentative est régie par des règles spéciales de droit international. En revanche, dans le cas des personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, il n'est pas évident que toutes aient en soi qualité représentative, cette qualité étant régie par les règles de droit interne qui leur confèrent leurs compétences et attributions et qui constituent le fondement juridique de l'accomplissement des actes à raison desquels l'immunité de juridiction pénale pourrait être invoquée. Autrement dit, il ne semble pas que le terme «représentant» soit le plus idoine pour désigner collectivement l'ensemble des personnes objet du présent rapport.

140. Les instruments internationaux n'emploient pas toujours un seul et même terme pour désigner telle ou telle catégorie de personnes. Il ne faut en effet pas oublier la souplesse indispensable que le multilinguisme impose s'agissant de la rédaction des textes juridiques internationaux. Néanmoins, on observera également que la Commission elle-même a été amenée, dans divers projets d'article, à employer une terminologie différente pour désigner les mêmes catégories de personnes. Cela étant, comme il ressort de l'analyse des termes énumérés aux paragraphes 115 et 117 plus haut, on a tendance à employer toujours un ou plusieurs termes assez semblables pour désigner les mêmes catégories de personnes dans tel ou tel instrument.

141. Selon la Rapporteuse spéciale, il conviendrait de retenir la même solution dans le cas du projet d'articles

sur l'immunité de juridiction pénale étrangère et, partant, d'envisager d'employer dans toutes les versions linguistiques les expressions «agent de l'État» ou «organe de l'État». Ces deux formulations présentent l'avantage d'être très usitées dans la pratique internationale pour désigner toute personne ayant un lien avec l'État et agissant en son nom et pour son compte. Au surplus, à cause de l'acception large que l'on donne généralement, semble-t-il, à ces deux expressions, on peut les employer pour désigner globalement aussi bien les personnes qui représentent l'État sur le plan international que celles qui exercent des fonctions supposant l'exercice de la puissance publique. Enfin, ces deux formules ont déjà été utilisées dans les conventions examinées ainsi que par la Commission. On notera toutefois que cette dernière a choisi d'employer le mot «organe» à l'occasion de deux sujets qui, au-delà des différences de fond et de méthode, entretiennent un certain rapport avec l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Même si, dans ces deux cas, le terme «organe» renvoie à des personnes et des entités, rien n'empêche de l'utiliser, dans le cadre du présent sujet, exclusivement pour désigner des personnes physiques. L'emploi du mot «organe» présenterait en outre l'avantage de mieux convenir, semble-t-il, pour dénommer le chef d'État et le chef de gouvernement, qui sont rarement désignés par le mot «agent» dans la pratique juridique et diplomatique.

142. Dès lors, le terme «organe» paraissant, pour la Rapporteuse spéciale, convenir le mieux afin de désigner l'ensemble des personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère, elle propose à la Commission de se prononcer à la présente session sur la dénomination des personnes bénéficiant de cette immunité en modifiant l'intitulé du sujet et en remplaçant dans les projets d'article déjà adoptés le terme «fonctionnaire» par celui d'«organe». Toutefois, en attendant que la Commission se prononce sur ce sujet, la Rapporteuse spéciale continuera d'utiliser provisoirement, dans le présent rapport comme dans les projets d'article qui y figurent, les termes *funcionario* en espagnol, *official* en anglais et «représentant» en français.

D. Notion générale de «représentant» aux fins du projet d'articles

143. Le projet d'article proposé ci-après s'inspire de l'analyse qui précède des critères permettant de définir la notion de représentant de l'État. Il prend en considération l'existence de deux catégories de personnes clairement différenciées suivant l'immunité qui leur est applicable, à savoir l'immunité *ratione personae* ou l'immunité *ratione materiae*. Chacune de ces deux catégories de personnes fait ainsi l'objet d'un alinéa distinct. En outre, la définition proposée prend en compte, dans le second alinéa, les critères de définition de la notion de représentant énumérés plus haut au paragraphe 108.

144. La définition donnée dans le projet d'article renvoyant à toute personne bénéficiant de l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, il convient également de la reproduire dans le projet d'article consacré aux définitions, dont elle constituerait l'alinéa e. Par

conséquent, la Rapporteuse spéciale propose d'insérer l'alinéa suivant dans le projet d'article 2 (ancien projet d'article 3).

«Projet d'article 2 (ancien projet d'article 3). Définitions

«Aux fins du présent projet d'articles :

«e) on entend par représentant de l'État :

«i) le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères ;

«ii) toute autre personne qui agit pour le compte et au nom de l'État et le représente ou exerce des prérogatives de puissance publique, que ses fonctions soient législatives, exécutives ou judiciaires et quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État.»

E. Portée subjective de l'immunité *ratione materiae*

145. Comme indiqué aux paragraphes 12 et 13 *supra*, la détermination des personnes auxquelles s'applique l'immunité *ratione materiae* constitue l'un des critères normatifs de ce type d'immunité de juridiction pénale. Le premier critère d'identification de ces personnes est celui du lien avec l'État qui justifie de leur accorder une immunité de juridiction pénale dans l'intérêt de l'État, le but étant d'en protéger les prérogatives souveraines. Ce lien avec l'État est par conséquent un élément central de la définition de la notion de représentant.

146. Ce lien a un rapport avec la notion d'«acte accompli à titre officiel», qui constitue le second élément normatif de l'immunité *ratione materiae*, mais ne peut s'y réduire ou se confondre avec elle. Par contre, pour définir la portée subjective de ce type d'immunité, la mention du lien avec l'État doit se limiter au constat que l'intéressé peut agir au nom et pour le compte de l'État et remplir des fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, pour définir la notion de représentant aux fins de l'immunité *ratione materiae*, il a été fait abstraction du contenu concret de l'acte accompli par la personne. Ce contenu lié à la notion et aux limites de l'«acte accompli à titre officiel» sera étudié dans le prochain rapport. Bref, l'existence d'un lien entre le bénéficiaire de l'immunité *ratione materiae* et l'État doit s'entendre de ceci que l'intéressé a qualité pour accomplir des actes supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Que l'acte concret réalisé par le représentant bénéficie ou non de ladite immunité dépendra de la présence ou non des autres critères normatifs, à savoir : l'acte en question peut être qualifié d'«acte accompli à titre officiel» et son auteur l'a accompli alors qu'il était représentant de l'État.

147. Cette précision est d'autant importante que, dans la pratique hétérogène des États, il existe des personnes qui ont un lien formel avec l'État sans être investies de fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Sans rechercher l'exhaustivité, on peut citer les médecins, les professeurs, les conducteurs de transports en commun publics, les agents de l'administration

ou certains agents de certaines administrations nationales qui ont le statut de fonctionnaire mais dont on ne peut pas considérer – en règle générale et sur le fondement de ce simple lien avec l'État – qu'ils exercent des prérogatives de puissance publique. Sur ce point, il faut rappeler que si l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État avec l'objectif de garantir la souveraineté de l'État, elle ne peut être accordée qu'aux personnes qui ont qualité pour exercer des prérogatives de cette souveraineté, autrement dit des prérogatives de puissance publique.

148. La Commission a déjà traité de la notion de prérogatives de puissance publique sans pour autant en donner une définition. Néanmoins, lors de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle a employé cette expression à plusieurs reprises et donné, dans les commentaires des projets d'article correspondants, quelques exemples isolés de ce que l'on peut entendre par puissance publique, à savoir les fonctions de police²⁶⁴, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire ou des pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine²⁶⁵. L'absence de définition de la notion de « prérogatives de puissance publique » peut s'expliquer par la diversité des cas susceptibles de surgir dans la pratique et qui appellent une analyse au cas par cas. Aussi, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées [...], les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle [le titulaire des prérogatives] doit rendre compte de leur exercice à l'État²⁶⁶ ». Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que la notion de « prérogatives de puissance publique » doit s'entendre au sens large comme englobant l'exercice de prérogatives législatives, judiciaires et exécutives.

149. En tout état de cause, l'élément déterminant pour définir le terme « représentant » aux fins de l'immunité *ratione materiae* est le fait que, par les attributions qui lui sont conférées par le droit interne, l'intéressé puisse exercer des prérogatives de puissance publique. Par conséquent, le rang hiérarchique du représentant n'est pas en soi un élément suffisant pour conclure que telle personne est représentant de l'État aux fins du sujet. Il ressort de la pratique

²⁶⁴ Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 40, paragraphe 6 du commentaire introductif du chapitre II; et p. 45, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 5.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 44, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 45, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 5. La Commission a affirmé à cette occasion que « ce qui est considéré comme "public" relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions ».

examinée plus haut que l'immunité *ratione materiae* est généralement invoquée en faveur de représentants de rang supérieur ou intermédiaire et qu'elle ne l'est que très rarement en faveur de personnes de rang subalterne. Cette pratique vient confirmer ce qui a été dit précédemment, les représentants de rang supérieur ou intermédiaire étant, dans la majorité des cas, ceux qui sont investis de l'exercice de fonctions propres à la puissance publique. On ne peut cependant exclure à première vue que des personnes de rang subalterne puissent exercer ces mêmes prérogatives en certaines circonstances. En définitive, l'existence d'un lien avec l'État plaçant une personne en position de pouvoir exercer des prérogatives de puissance publique ne dépend pas forcément de critères formels tels que le rang hiérarchique ou le statut juridique du poste occupé ou de la charge exercée. Au contraire, le poids à accorder à ces éléments formels pour savoir si telle personne peut exercer des prérogatives de la puissance publique s'apprécie au regard de chaque espèce et requiert un examen au cas par cas. Bref, on ne saurait conclure que toute personne ayant un lien avec l'État permettant de la qualifier de représentant au sens large bénéficie nécessairement de l'immunité *ratione materiae*, ni davantage que seuls les représentants de rang supérieur peuvent y prétendre.

150. Enfin, il convient de tenir compte du fait que, comme la Commission l'a déjà indiqué, l'ancien chef d'État, l'ancien chef de gouvernement et l'ancien ministre des affaires étrangères sont également susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*²⁶⁷. Par conséquent, ces personnes doivent entrer dans le champ d'application de cette immunité, toutes ayant eu au cours de leur mandat un lien avec l'État leur donnant qualité pour exercer des prérogatives de puissance publique.

151. Compte tenu de ce qui précède, le projet d'article suivant est proposé, inspiré du projet d'article sur la portée subjective de l'immunité *ratione personae* adopté par la Commission en 2013 :

« TROISIÈME PARTIE

« IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*

« *Projet d'article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae*

« Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère. »

²⁶⁷ Voir le paragraphe 3 du projet d'article 4 ainsi que le commentaire relatif audit article, en particulier son paragraphe 7 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 51, 53 et 54].

CHAPITRE III

Futur programme de travail

152. Dans son prochain rapport, la Rapporteuse spéciale achèvera l'analyse des autres critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, à savoir la notion d'« acte accompli à titre officiel » et la portée temporelle de l'immunité. Par

ailleurs, elle envisagera les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle aura ainsi achevé l'étude des aspects substantiels de l'immunité, avant d'entamer l'étude de ses aspects procéduraux dans un rapport ultérieur.

ANNEXE

Projets d'article proposés

« *Projet d'article 2* (ancien projet d'article 3). *Définitions*

soient législatives, exécutives ou judiciaires et quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État. »

« Aux fins du présent projet d'articles :

« TROISIÈME PARTIE

« e) on entend par représentant de l'État :

« IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*

« i) le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères ;

« *Projet d'article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae*

« ii) toute autre personne qui agit pour le compte et au nom de l'État et le représente ou exerce des prérogatives de puissance publique, que ses fonctions

« Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère. »