

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/701

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

[Original: espagnol]
[14 juin 2016]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	110
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	111
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-9 114
<i>Chapitres</i>	
I. LIMITES ET EXCEPTIONS À L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT : INTRODUCTION	10-21 116
A. Généralités.....	10-14 116
B. Travaux antérieurs de la Commission consacrés aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	15-21 117
II. ÉTUDE DE LA PRATIQUE.....	22-140 121
A. Pratique conventionnelle.....	23-41 121
B. Pratique législative des États.....	42-59 124
C. Jurisprudence internationale.....	60-108 128
1. Cour internationale de Justice.....	61-86 128
2. Cour européenne des droits de l'homme.....	87-95 132
3. Juridictions pénales internationales.....	96-108 133
D. Jurisprudence interne.....	109-122 135
E. Autres travaux de la Commission.....	123-140 140
III. LIMITES ET EXCEPTIONS DANS LE CADRE JURIDIQUE GÉNÉRAL DE L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE : QUESTIONS MÉTHODOLOGIQUES ET CONCEPTUELLES.....	141-176 144
A. Nature juridique de l'immunité.....	143-155 144
1. Relation entre immunité et juridiction.....	144-147 144
2. Relation entre immunité et responsabilité.....	148-152 145
3. Relation entre immunité de l'État et immunité des représentants de l'État.....	153-155 145
B. Juridictions ou tribunaux pénaux nationaux et internationaux.....	156-169 146

* La Rapporteuse spéciale tient à remercier les membres de l'équipe du projet de recherche «La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo» («La protection des valeurs de la communauté internationale: immunité, justice et impunité en droit international») [DER2013-45790-P]: les professeurs Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá, Fernando Val Garijo et Teresa Marcos Martín (Université nationale d'enseignement à distance), Rosario Ojinaga Ruiz, Yaelle Cacho Sánchez et José Antonio Valles Cavia (Université de Cantabrie) ainsi que Joana Abrisketa Uriarte (Université de Deusto). Elle souhaite également remercier le professeur Silvia Morgades Gil (Université Pompeu Fabra) et Raquel Saavedra, étudiante à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
C. Notion de limites et exceptions à l'immunité.....	170-176	148
IV. CAS DANS LESQUELS L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT NE S'APPLIQUE PAS.....	177-248	150
A. Crimes internationaux.....	178-224	150
1. Limite ou exception fondée sur la commission de crimes internationaux en tant que norme coutumière.....	181-189	150
2. Les crimes internationaux, exception à l'immunité: fondement systémique.....	190-217	152
3. Crimes internationaux constituant une limite ou une exception à l'immunité.....	218-224	157
B. L'« exception territoriale ».....	225-229	158
C. La corruption en tant que limite ou exception à l'immunité.....	230-234	159
D. Limites et exceptions à l'immunité <i>ratione personae</i> et <i>ratione materiae</i>	235-242	160
E. Projet d'article.....	243-248	161
V. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR.....	249-251	162
ANNEXES		
I. Projets d'article adoptés à titre provisoire par la Commission.....		163
II. Projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction lors de la soixante-septième session de la Commission, en 2015.....		164
III. Projet d'article proposé pour examen à la Commission à sa soixante-huitième session, en 2016.....		164

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Statut du Tribunal militaire international, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, n° 251, p. 279.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]: Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) [Genève, 8 décembre 2005]	Ibid., vol. 1125, nos 17512 et 17513, p. 3 et p. 609; et ibid., vol. 2404, n° 43425, p. 261, respectivement.
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.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention américaine relative aux droits de l'homme: «Pacte de San José de Costa Rica» (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972)	Ibid., vol. 1495, n° 25699, p. 181.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)	Ibid., vol. 1015, n° 14861, p. 243.

Sources

- Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975) Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90, ou *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, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, n° 20378, p. 13.
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981) Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
- Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture [Carthagène des Indes (Colombie), 9 décembre 1985] Organisation des États américains, *Treaty Series*, n° 67.
- Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes [Belém do Pará (Brésil), 9 juin 1994] Organisation des États américains, Documents officiels, OEA/Ser.A/55. E/1996/99.
- Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) Ibid., vol. 2216, n° 39391, p. 225.
- Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999) *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), p. 5.
- Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146, p. 41.
- Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003) *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*, vol. 1, résolution 59/38, annexe.
- Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, n° 48088, p. 3.
- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006) *Journal officiel de l'Union européenne*, C 83, 30 mars 2010, p. 389.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Strasbourg, 12 décembre 2007) Disponible sur le site Web de l'Union africaine : <https://au.int>.
- Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo) [Malabo, 27 juin 2014]

Ouvrages cités dans le présent rapport

ABRISKETA URIARTE, Joana

«Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68 (2016), p. 19 à 47.

AKANDE, Dapo

«International law immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 407 à 433.

AKANDE, Dapo, et Sangeeta SHAH

«Immunities of State officials, international crimes and foreign domestic courts», *European Journal of International Law*, vol. 21 (2011), p. 815 à 852.

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW

Proceedings of the 107th Annual Meeting. April 3-6, 2013, Washington, D.C., Panel on "Anti-corruption initiatives in a multipolar world".

BAKIRCIOGLU, Onder

«Germany v Italy: The triumph of sovereign immunity over human rights law», *International Human Rights Law Review*, vol. 1 (2012), p. 93 à 109.

BARKER, J. Craig

«International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) judgment of 3 February 2012», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (juillet 2013), p. 741 à 752.

BELLAL, Annyssa

Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?, Bruxelles, Bruylant, 2011.

BELLINGER, John B.

«The dog that caught the car: observations on the past, present, and future approaches of the Office of the Legal Adviser to official acts immunities», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), p. 819 à 836.

BIANCHI, Andrea

«Gazing at the crystal ball (again): State immunity and *jus cogens* beyond *Germany v. Italy*», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4 (2013), p. 457 à 475.

«Serious violations of human rights and foreign states' accountability before municipal courts», dans L. C. Vohrah *et al.* (dir. publ.), *Man's inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 149 à 182.

BOERSMA, Martine

Corruption: a Violation of Human Rights and a Crime under International Law?, Cambridge, Intersentia, 2012.

BONUCCI, Nicola

«The fight against foreign bribery and international law: an exception or a way forward?», American Society of International Law, *Proceedings of the 107th Annual Meeting, April 3-6, 2013, Washington, D.C.*, Panel on "Anti-corruption initiatives in a multipolar world", p. 247 à 252.

BORGHI, Alvaro

L'immunité des dirigeants politiques en droit international, Bruxelles, Bruylant, 2003.

BOUDREAULT, François

«Identifying conflicts of norms: The ICJ approach in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), p. 1003 à 1012.

BRÖHMER, Jürgen

State immunity and the violation of human rights, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.

CANADAS-BLANC, Sophie

La responsabilité pénale des élus locaux, Paris, Johanet, 1999.

CRAIG, Paul

«Accountability», dans D. Chalmers *et al.* (dir. publ.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 431 à 453.

CRUZ, Luis M.

«El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos», *Revista de Derecho Político*, n° 77 (2010), p. 185 à 209.

D'ARGENT, Pierre

«Immunity of State officials and the obligation to prosecute», dans A. Peters *et al.* (dir. publ.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leyde, Brill/Nijhoff, 2015, p. 244 à 266.

DE LA CUESTA ARAZMENDI, José Luis

«Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Eguzkilore*, n° 17 (2003), p. 5 à 26.

DE SENA, Pasquale

«The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law», *Questions of International Law (QIL), Zoom Out II* (2014), p. 17 à 31.

DODGE, William S.

«Foreign official immunity in the International Law Commission: The meaning of "official capacity"», dans Symposium on the Immunity of State Officials of the American Society of International Law, *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), p. 161 à 166.

DUBOIS, Pascale Hélène

«Remarks», American Society of International Law, *Proceedings of the 107th Annual Meeting, April 3-6, 2013, Washington, D.C.*, Panel on "Anti-corruption initiatives in a multipolar world", p. 255 à 259.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción

«El principio de complementariedad», dans J. Yáñez-Barnuevo (dir. publ.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional*, Madrid, Casa de América, 2001, p. 78 à 100.

«La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional», dans M. García Arán *et al.* (dir. publ.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valence, Tirant lo Blanch, 2000, p. 213 à 257.

FERRER LLORET, Jaume

«La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», dans *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24 (2012), p. 1 à 36.

FOAKES, Joanne

The position of heads of State and senior officials in international law, Oxford, Oxford University Press, 2014.

FOX, Hazel, et Philippa WEBB

The Law of State Immunity, troisième édition révisée et mise à jour, Oxford, Oxford University Press, 2013.

FRULLI, Micaela

Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospetati di gravi crimini internazionali, Turin, Giappichelli, 2007.

GAETA, Paola

«Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 126 à 130.

HUMES-SCHULZ, Stacy

«Limiting sovereign immunity in the age of human rights», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21 (2008), p. 105 à 142.

IVORY, Radha

Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco

La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un derecho internacional global, Albolote (Grenade), Comares, 2015.

KAMTO, Maurice

«L'Affaire *Al Bashir* et les relations de l'Afrique avec la Cour pénale internationale», dans M. Kamga *et al.* (dir. publ.), *L'Afrique et le droit international: variations sur l'organisation internationale*. Liber amicorum Raymond Ranjeva, Paris, Pedone, 2013, p. 147 à 170.

KEITNER, Chimène I.

«The common law of foreign official immunity», *Green Bag*, vol. 14 2D (automne 2010), p. 61 à 75.

«Annotated brief of Professors of public international law and comparative law as *amici curiae* in support of respondents in *Samantar v. Yousuf*», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15 (2011), p. 609 à 632.

- «*Germany v. Italy* and the limitations of horizontal enforcement. Some reflections from a United States perspective», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), p. 167 à 183.
- «Horizontal enforcement and the ILC's proposed draft articles on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction», *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), p. 161 à 166.
- KELLY, Michael J.
Nowhere to hide: Defeat of the sovereign immunity defense for crimes of genocide and the trials of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein, New York, Peter Lang, 2005.
- KOFELE-KALE, Ndiva
 «*Sed quis custodiet ipsos custodiet?* (But who will guard the guardians?): the case for elevating official corruption to the status of a crime in positive international law», *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. XIX (2013), p. 1 à 16.
- KOH, Harold Hongju
 «Foreign official immunity after *Samantar*: a United States Government perspective», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), p. 1141 à 1162.
- KOLB, Robert
 «The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision No. 238/2014 of the Italian Constitutional Court», *Questions of International Law (QIL), Zoom Out II*, vol. I (2014), p. 5 à 16.
- KRESS, Claus
 «The International Criminal Court and immunities under international law for States not party to the Court's Statute», dans M. Bergsmo et Y. Ling (dir. publ.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, p. 223 à 265.
- MCGREGOR, Lorna
 «State immunity and human rights. Is there a future after *Germany v. Italy*?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), p. 125 à 145.
- O'KEEFE, Roger
 «An "international crime" exception to immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Not currently, not likely», dans Symposium on the Immunity of State Officials of the American Society of International Law, *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), p. 167 à 172.
- OLANIYAN, Kolawole
Corruption and Human Rights Law in Africa, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- OLIVARES TRAMÓN, José Miguel
 «Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional», dans J. J. Romero Guzmán *et al.* (dir. publ.), *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*, Santiago, Eds. Derecho UC, 2009, p. 319 à 339.
- ORAKHELASHVILI, Alexander
 «*Jurisdictional Immunities of the State*, ICJ, Feb. 3 2012», *American Journal of International Law*, vol. 106 (2012), p. 609 à 616.
- OTSHUDI OKONDJO WONYANGONDO, Leon
L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés des crimes contre l'humanité, Publibook, 2009.
- PALCHETTI, Paolo
 «Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out», *Questions of International Law (QIL), Zoom Out II*, vol. 1 (2014), p. 44 à 47.
- PEDRETTI, Ramona
Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leyde, Brill/Nijhoff, 2015.
- PINELLI, Cesare
 «Decision No. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles», *Questions of International Law (QIL), Zoom Out II*, vol. 1 (2014), p. 33 à 41.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen
La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal, Valence, Tirant lo Blanch, 2005.
- ROSE-ACKERMAN, Susan
 «International anti-corruption policies and the U.S. national interest», American Society of International Law, *Proceedings of the 107th Annual Meeting. April 3-6, 2013, Washington, D.C.*, Panel on "Anti-corruption initiatives in a multipolar world", p. 252 à 255.
- SIMBEYE, Yitiha
Immunity and International Criminal Law, Aldershot, Ashgate, 2004.
- SMITH, Erica E.
 «Immunity games: How the State Department has provided courts with a post-*Samantar* framework for determining foreign official immunity», *Vanderbilt Law Review*, vol. 67 (2014), p. 569 à 608.
- SSENYONJO, Manisuli, et Saidad NAKITTO
 «The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights "International Criminal Law Section": Promoting impunity for African Union Heads of State and senior State officials?», *International Criminal Law Review*, vol. 16 (2016), p. 71 à 102.
- STEPHENS, Beth
 «Abusing the authority of the State: Denying Foreign official immunity for egregious human rights abuses», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), p. 1163 à 1183.
- STIGEN, Jo
 «Which immunity for human rights atrocities?», dans C. Eboe-Osuji (dir. publ.), *Protecting Humanity. Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010, p. 749 à 788.
- TEHINDRAZANARIVELO, Djacoba Liva
 «The African Union principle on the fight against impunity and the arrest warrants for Omar Hassan El-Bashir», dans M. Kohen *et al.* (dir. publ.), *Perspectives of international law in the 21st century. Liber amicorum Professor Christian Dominicé in honour of his 80th birthday*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, p. 397 à 442.
- THAKUR, Ramesh, et Peter MALCONTENT (dir. publ.)
From Sovereign Impunity to International Accountability: the Search for Justice in a World of States, Tokyo, United Nations University Press, 2004.
- TLADI, Dire
 «Immunity in the era of "criminalisation": The African Union, the ICC, and international law», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), p. 17 à 44.
- «The immunity provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (doctrinal) wheat from the (normative) chaff», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13 (2015), p. 3 à 17.
- «The duty on South Africa to arrest and surrender Al-Bashir under South African and international law: Attempting to make a collage from an incoherent framework», Université de Pretoria, 2015 (à paraître dans *Journal of International Criminal Justice*). La Rapporteuse spéciale a eu accès à ce texte avec l'aimable autorisation de l'auteur.
- TRIFFTERER, Otto
 «"Irrelevance of official capacity" — Article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (article 98)?», dans I. Buffard *et al.* (dir. publ.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 571 à 602.

VAL GARIJO, Fernando

Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho internacional penal, Madrid, UNED, 2007 (thèse).

VAN ALEBEEK, Rosanne

The immunity of States and their officials in international criminal law and international human rights law, Oxford, Oxford University Press, 2008.

VAN NESS, Daniel W.

«Accountability», dans J. J. Llewellyn et D. Philpott (dir. publ.), *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 118 à 137.

VERHOEVEN, Joe (dir. publ.)

Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?, Bruxelles, Larcier, 2004.

VIDMAR, Jure

«Rethinking *jus cogens* after *Germany v. Italy*: Back to article 53?», *Netherlands International Law Review*, vol. 60 (2013), p. 1 à 25.

WILLIAMS, Sarah

Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues, Oxford, Hart Publishing, 2012.

WUERTH, Ingrid

«Pinochet's legacy reassessed», *American Journal of International Law*, vol. 106 (2012), p. 731 à 768.

Introduction

1. Après avoir inscrit le sujet «L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère» à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session, en 2006, sur la base de la proposition figurant dans son rapport¹, 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. Le Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, a présenté trois rapports, dans lesquels il a délimité le champ du sujet, analysé diverses questions de fond touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et examiné certains aspects procéduraux de sa mise en œuvre⁴. La Commission a examiné les rapports du Rapporteur spécial à ses soixantième et soixante-troisième sessions, respectivement en 2008 et en 2011. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale s'est penchée sur 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, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández au poste de Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Roman A. Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵.

4. À la même session, la Rapporteuse spéciale a présenté un rapport préliminaire sur l'immunité des représentants

de l'État de la juridiction pénale étrangère⁶, dans lequel elle entendait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors, à recenser les principaux points de controverse qui subsistaient, ainsi que les questions méritant d'être examinées, et à établir une méthode et un plan de travail aux fins de l'examen du sujet pour le quinquennat en cours. Le rapport préliminaire a été examiné par la Commission à sa soixante-quatrième session, en 2012⁷, et la Sixième Commission à sa soixante-septième session⁸, qui toutes deux ont approuvé les propositions de la Rapporteuse spéciale.

5. À la soixante-cinquième session de la Commission, en 2013, la Rapporteuse spéciale a présenté un deuxième rapport sur le sujet⁹, dans lequel elle a traité 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* et des critères normatifs de l'immunité *ratione personae*, avant de proposer six projets d'article. La Commission a examiné ce deuxième rapport¹⁰ et 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)¹¹, ainsi que les commentaires y relatifs. 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

⁶ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654.

⁷ On trouvera un résumé des débats dans *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 61 et suiv., par. 89 à 139. Voir également les comptes rendus analytiques de la Commission figurant dans *Annuaire... 2012*, vol. I, p. 100 à 142, 3143^e à 3147^e séance, du 10 au 20 juillet 2012.

⁸ À la soixante-septième session de l'Assemblée générale, en 2012, la Sixième Commission a examiné la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/C.6/67/SR.20 à A/C.6/67/SR.23). En outre, deux États ont abordé le sujet à une autre séance (A/C.6/67/SR.19). Voir aussi le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée à sa soixante-septième session (A/CN.4/657, par. 26 à 38).

⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661.

¹⁰ Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir *Annuaire... 2013*, vol. I, p. 18 et suiv., 3164^e à 3168^e séance, du 15 au 22 mai 2013, et 3170^e séance, 24 mai 2013.

¹¹ On trouvera le texte des projets d'article à l'annexe I du présent rapport.

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

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 le 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 reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁴ Les rapports du Rapporteur spécial M. Roman A. Kolodkin figurent dans l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (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.

sujet¹². À la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, en 2013, la Sixième Commission a examiné le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale, qu'elle a accueilli favorablement, et s'est félicitée des progrès accomplis par la Commission¹³.

6. À la soixante-sixième session de la Commission, en 2014, la Rapporteuse spéciale a présenté un troisième rapport sur le sujet¹⁴, dans lequel elle a entamé l'examen des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, s'intéressant notamment à la notion générale de «représentant de l'État» eu égard à la portée subjective de ce type d'immunité (c'est-à-dire les personnes susceptibles d'en bénéficier), étudié les termes à employer pour désigner les représentants de l'État et proposé deux projets d'article. Ayant examiné le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale de sa 3217^e à sa 3222^e séance¹⁵, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'article consacrés à la notion générale de «représentant de l'État» (projet d'article 2 e) et aux «Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*» (projet d'article 5)¹⁶, souscrivant aux commentaires y relatifs¹⁷. À la soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la Commission. Les États ont favorablement accueilli le texte ainsi que les deux nouveaux projets d'article provisoirement adoptés par la Commission et se sont félicités des progrès notables réalisés dans l'examen du sujet¹⁸.

7. À la soixante-septième session de la Commission, en 2015, la Rapporteuse spéciale a présenté un quatrième rapport sur le sujet¹⁹, dans lequel elle a poursuivi l'examen des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, analysant en détail ses éléments matériel et temporel, et proposé deux projets d'article. Ayant examiné le

quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale de sa 3271^e à sa 3278^e séance²⁰, la Commission a décidé de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction, qui a provisoirement adopté les projets d'articles 2 f et 6 consacrés respectivement à la définition de l'acte accompli à titre officiel et à la portée de l'immunité *ratione materiae*²¹. La Commission a pris note de ces projets d'article et décidé que les commentaires y relatifs seraient traités à cette session²². À la soixante-dixième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné le quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la Commission. Les États ont accueilli favorablement le texte ainsi que les deux nouveaux projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et se sont félicités des progrès réalisés par la Commission dans l'avancement du sujet²³.

8. À partir de 2013, la Commission a demandé aux États de répondre à diverses questions touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En 2014, les 10 États ci-après ont communiqué des observations: l'Allemagne, la Belgique, les États-Unis d'Amérique, la Fédération de Russie, l'Irlande, le Mexique, la Norvège, la République tchèque, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse²⁴. En 2015, les États suivants ont présenté des contributions: l'Allemagne, l'Autriche, Cuba, l'Espagne, la Finlande, la France, les Pays-Bas, le Pérou, la Pologne, la République tchèque, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse²⁵. En 2016, au moment de l'achèvement du présent rapport, les États ci-après avaient fait parvenir des réponses écrites: l'Australie, l'Autriche, l'Espagne, le Paraguay, les Pays-Bas, le Pérou et la Suisse²⁶. Par ailleurs, dans leurs interventions

²⁰ Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir *ibid.*, vol. I, 3271^e à 3278^e séance, 16 au 24 juillet 2015.

²¹ Voir A/CN.4/L.865 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-septième session) et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3284^e séance, 4 août 2015. On peut consulter la déclaration du Président du Comité de rédaction sur le site Web de la Commission. On trouvera à l'annexe II du présent rapport le texte des projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction.

²² Concernant l'examen du sujet par la Commission à sa soixante-septième session, voir *Annuaire... 2015*, vol. II (2^e partie), p. 75 et suiv., par. 174 à 243.

²³ Voir A/C.6/69/SR.20 et A/C.6/69/SR.22 à A/C.6/69/SR.25. Voir aussi le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session (A/CN.4/689, sect. F, par. 68 à 76).

²⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 25. 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'État.

²⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 28. La Commission a prié les États de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, relativement aux questions suivantes: a) le sens donné aux expressions «actes officiels» et «actes accomplis à titre officiel» dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État; et b) les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

²⁶ *Annuaire... 2015*, vol. II (2^e partie), p. 14, par. 29. La Commission a déclaré qu'elle «apprécierait que les États lui fournissent des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, en ce qui concerne les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État».

¹² Concernant l'examen du sujet par la Commission à sa soixante-cinquième session, voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 41 à 54, par. 40 à 49, en particulier les projets d'article et les commentaires y relatifs figurant au paragraphe 49. Concernant les débats qu'elle a tenus sur lesdits commentaires, voir *ibid.*, vol. I, p. 153 et suiv., 3193^e à 3196^e séance, 6 et 7 août 2013. Pour la présentation du rapport du Comité de rédaction, voir *ibid.*, 3174^e séance, 7 juin 2013.

¹³ Voir A/C.6/68/SR.17 à A/C.6/68/SR.19. Voir aussi le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), en particulier la section B.

¹⁴ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673.

¹⁵ Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir *Annuaire... 2014*, vol. I, p. 89 et suiv., 3217^e à 3222^e séance, 7 au 11 juillet 2014, p. 89 et suiv.

¹⁶ On trouvera le texte des projets d'article à l'annexe I du présent rapport.

¹⁷ Concernant l'examen du sujet par la Commission à sa soixante-sixième session, voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 151 et suiv., par. 123 à 132, en particulier les projets d'article et les commentaires y relatifs figurant au paragraphe 132 du rapport. Concernant les débats qu'elle a tenus sur lesdits commentaires, voir *Annuaire... 2014*, vol. I, p. 218 et suiv., 3240^e à 3242^e séance, 6 et 7 août 2014. Pour le rapport du Comité de rédaction et sa présentation en séance plénière, voir document A/CN.4/L.850 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-sixième session) et *Annuaire... 2014*, vol. I, p. 171, 3231^e séance, 25 juillet 2014. On peut consulter la déclaration du Président du Comité de rédaction sur le site Web de la Commission.

¹⁸ Voir A/C.6/69/SR.21 à A/C.6/69/SR.26. Voir aussi le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session (A/CN.4/678, sect. D, par. 37 à 51).

¹⁹ *Annuaire... 2015*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/686.

à la Sixième Commission, plusieurs délégations ont évoqué les questions soulevées par la Commission dans les demandes qu'elle a adressées aux États. La Rapporteuse spéciale tient à remercier les États qui lui ont transmis leurs observations, lesquelles sont d'une grande utilité pour les travaux de la Commission. Toutes les autres observations que les États pourraient souhaiter transmettre ultérieurement sont également bienvenues. Tout comme celles que les délégations ont formulées lors de leurs interventions orales à la Sixième Commission, ces observations ont été dûment prises en compte dans l'établissement du présent rapport.

9. Comme annoncé en 2015, la Rapporteuse spéciale procède dans le présent rapport à une analyse des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, examinant

successivement les travaux antérieurs menés par la Commission au cours des deux quinquennats où elle a été saisie de la question (chap. I), la pratique en la matière (chap. II), diverses questions d'ordre méthodologique et conceptuel relatives aux limites et aux exceptions à l'immunité (chap. III) et les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'applique pas (chap. IV). Au terme de cette analyse, un projet d'article est proposé. La Rapporteuse spéciale présente également dans le rapport son futur programme de travail (chap. V). Enfin, afin de faciliter les travaux de la Commission, trois annexes sont jointes au présent rapport, où sont reproduits les projets d'article adoptés provisoirement par la Commission (annexe I), les projets d'article adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont la Commission a pris note (annexe II) et le projet d'article proposé dans le présent rapport (annexe III).

CHAPITRE I

Limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État : introduction

A. Généralités

10. Comme la Rapporteuse spéciale l'a déjà souligné, il convient d'examiner les éléments normatifs de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* avant de se pencher sur les limites et exceptions à ces immunités, et ce, pour une raison évidente, à savoir qu'on ne saurait se prononcer sur la question particulièrement complexe de savoir si le régime général de l'immunité de juridiction pénale étrangère peut ou non être assorti de limites et d'exceptions sans en avoir préalablement analysé les éléments fondamentaux. La question doit en outre être étudiée de façon globale, c'est-à-dire en examinant les deux catégories d'immunité en parallèle.

11. La question des limites et exceptions à l'immunité a généralement été étudiée du point de vue des actes pouvant être couverts par l'immunité. Une partie de la doctrine et certains États se sont ainsi intéressés aux liens qu'entretenait l'immunité de juridiction pénale étrangère avec le *jus cogens*, les violations graves et systématiques des droits de l'homme, les crimes internationaux et la lutte contre l'impunité. D'autres se sont penchés sur la question de l'attribution à l'État d'un acte accompli par l'un de ses représentants, soulignant que l'immunité du représentant de l'État était une forme d'immunité de l'État. On a également analysé la question des limites et exceptions à l'immunité dans une approche interrogeant essentiellement le caractère représentatif des bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. D'autres néanmoins ont subordonné l'existence de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione personae* à la nature de l'acte accompli par les représentants de l'État jouissant de cette immunité.

12. Comme en témoigne l'abondante littérature consacrée ces dernières années à l'immunité de l'État et de ses représentants, la question des limites et exceptions suscite un grand intérêt chez les praticiens du droit à travers

le monde²⁷. Cet intérêt trouve un écho dans les diverses résolutions traitant des limites et exceptions à l'immunité adoptées à ce jour par l'Institut de droit international²⁸, ainsi que dans d'autres contributions indirectes à l'étude du sujet, notamment les Principes de Princeton sur la compétence universelle²⁹.

²⁷ Voir en particulier: Bellal, *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?*; Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*; Bröhmer, *State Immunity and the violation of human rights*; Canadas-Blanc, *La responsabilité pénale des élus locaux*; Frulli, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospetati di gravi crimini internazionali*; Kelly, *Nowhere to hide: Defeat of the sovereign immunity defense for crimes of genocide and the trials of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein*; Otshudi Okondjo Wonyangondo, *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés des crimes contre l'humanité*; Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*; Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*; Van Alebeek, *The immunity of States and their officials in international criminal law and international human rights law*; et Verhoeven, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* Parmi les ouvrages généraux consacrés à l'immunité de l'État et de ses représentants dans lesquels est traitée la question des limites et exceptions, voir: Foakes, *The position of heads of State and senior officials in international law*; et Fox et Webb, *The Law of State Immunity*.

²⁸ Voir les résolutions suivantes: «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international» (art. 11, par. 1 b et par. 3; art. 13, par. 2) [*Annuaire de l'Institut du droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), Paris, Pedone, p. 742]; «La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre» (art. 6) [*Annuaire de l'Institut du droit international*, vol. 71-II (session de Cracovie, 2005), Paris, Pedone, 2005, p. 296]; «Immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux» (art. II, par. 2 et 3, et art. III, par. 1) [*Annuaire de l'Institut du droit international*, vol. 73-I et 73-II (session de Naples, 2009), Paris, Pedone, 2009, p. 226]; et «La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux» (art. 5) [*Annuaire de l'Institut du droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), Paris, Pedone, 2015, p. 263].

²⁹ Voir en particulier le principe 5 («Immunities»), Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton (New Jersey), programme en droit et affaires publiques, 2001.

13. Toutefois, cet intérêt pour les limites et les exceptions à l'immunité n'est pas uniquement théorique ou doctrinal. De fait, le débat qu'ont fait naître les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Jones et autres c. Royaume-Uni*³⁰, montre que la question est également primordiale pour les tribunaux. Par ailleurs, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*³¹ a mis en exergue l'étroite corrélation qui existait entre l'immunité et plusieurs notions essentielles du droit international contemporain, en particulier le *jus cogens*. On ne doit pas oublier en outre que des juridictions nationales ont également statué sur les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale des représentants d'un État étranger dans l'exercice normal de leurs fonctions judiciaires, à l'occasion d'affaires dont certaines ont eu un fort retentissement social et médiatique et donné lieu à de nombreuses controverses juridiques et à une abondante littérature. L'affaire *Pinochet*, dont ont connu des juridictions espagnoles et britanniques, peut sans nul doute être considérée comme l'affaire à l'origine du débat actuel sur l'immunité des représentants de l'État et des exceptions y afférentes. Deux décisions prononcées récemment par des juridictions nationales n'ont pas contribué à simplifier la question : l'arrêt rendu le 22 octobre 2014 par la Cour constitutionnelle italienne au sujet de l'application dans le pays de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*³², et l'arrêt rendu en février dernier par la Cour de cassation sud-africaine au sujet de la demande d'arrestation du Président Al Bashir faite à la suite du mandat d'arrêt lancé par la Cour pénale internationale³³. Enfin, il convient de rappeler que la question des limites et exceptions à l'immunité est au cœur des dernières évolutions de la justice pénale internationale, comme l'illustrent diverses décisions de l'Union africaine, en particulier l'adoption du Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), qui crée une Section du droit international pénal au sein de la Cour³⁴.

14. Les travaux menés par la Commission au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État seraient donc incomplets s'ils ne comprenaient pas un examen de la question des limites et exceptions à cette immunité. Pareil examen ne saurait toutefois se limiter au lien entre les crimes internationaux et l'immunité de juridiction pénale étrangère, même si ce

³⁰ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI; *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n°s 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014. Voir aussi par. 87 à 95 ci-après.

³¹ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99. Voir aussi par. 61 à 86 ci-après.

³² Arrêt n° 238/2014.

³³ Voir *The Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. The Southern Africa Litigation Centre and Others*, affaire n° 867/15 [2016] ZASCA 17, 15 mars 2016. Cette décision fait suite à l'appel formé par le Gouvernement sud-africain contre l'arrêt rendu par la Haute Cour d'Afrique du Sud (Division de Gauteng, à Pretoria) le 23 juin 2015 dans l'affaire n° 27740/2015 (*Southern Africa Litigation Centre v. Minister of Justice And Constitutional Development and Others*).

³⁴ Le Protocole de Malabo a été adopté à la vingt-troisième session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine. Il n'est pas encore entré en vigueur.

lien est au cœur de la question et en constitue l'aspect le plus controversé. De fait, on trouve dans la pratique d'autres exemples qui devront également être analysés sous l'angle des limites et exceptions à l'immunité. La Rapporteuse spéciale abordera en outre dans le présent rapport plusieurs questions de portée générale sans lesquelles l'examen des limites et exceptions à l'immunité serait incomplet. L'objet principal de ce rapport est donc d'examiner en détail la question des limites et exceptions à l'immunité – examen qui commencera par une brève analyse des travaux menés par la Commission au cours des deux précédents quinquennats.

B. Travaux antérieurs de la Commission consacrés aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

15. La question des limites et exceptions à l'immunité est sans nul doute l'une des questions les plus importantes que la Commission devra examiner au cours de ses travaux sur le sujet, ainsi que l'une des plus sensibles sur le plan politique. Il n'est donc pas étonnant que ce thème ait déjà été traité dans les divers rapports qui lui ont été présentés et qu'il fasse l'objet d'un débat continu en son sein, à tel point que certains de ses membres considèrent qu'il constitue en réalité le principal, voire l'unique, objet des travaux consacrés à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. L'importance accordée à cette question se manifeste également dans les interventions faites à la Sixième Commission par les délégations, qui ont abordé le sujet à maintes reprises lors de l'examen du rapport annuel de la Commission, ainsi que dans les contributions écrites présentées par les États en réponse aux questions que celle-ci leur avait posées.

16. Pour mémoire, la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a été examinée en détail dans l'étude du Secrétariat³⁵, ainsi que dans le deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, dont une partie était consacrée à cette question³⁶. À l'issue de son étude, M. Roman A. Kolodkin avait conclu qu'en droit international contemporain il n'existait aucune norme coutumière (ni aucune tendance en faveur de l'émergence d'une telle norme) permettant d'établir l'existence d'exceptions à l'immunité, sauf celle tirée des dommages causés directement sur le territoire de l'État du for dès lors que cet État n'avait consenti ni à la conduite des activités ni à la présence sur son territoire du représentant étranger³⁷. Il avait ajouté qu'il n'était pas souhaitable d'instituer de nouvelles restrictions à l'immunité, même *de lege ferenda*, celles-ci étant susceptibles de mettre en péril la stabilité des relations internationales. Il s'était en outre interrogé sur l'efficacité de telles restrictions dans la lutte contre l'impunité³⁸.

17. Dans son rapport préliminaire, la Rapporteuse spéciale a souligné que, si aucun consensus ne s'était certes dégagé à la Commission autour des limites et des

³⁵ Document A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 3), par. 67 à 87, 141 à 153 et 180 à 212.

³⁶ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 428 à 438, par. 54 à 93.

³⁷ *Ibid.*, p. 449, par. 90.

³⁸ *Ibid.*, par. 91 et 92.

exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il n'en fallait pas moins étudier la question pendant le quinquennat en cours, de manière à déterminer la place à accorder à de telles exceptions dans la définition du régime juridique applicable tant à l'immunité *ratione personae* qu'à l'immunité *ratione materiae*, en particulier eu égard aux crimes internationaux. La Rapporteuse spéciale a recommandé en outre d'examiner la question en tenant compte des valeurs et principes juridiques affectés par l'immunité, aussi bien ceux qu'elle permettait de protéger (l'égalité souveraine des États, la stabilité des relations internationales) que ceux auxquels elle était susceptible de porter atteinte. Enfin, la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'il convenait de traiter de l'immunité – dont la question des exceptions – en suivant à la fois une approche *de lege ferenda* et une approche *de lege lata*, et ce, dans le plein respect du mandat de la Commission, chargée d'œuvrer aussi bien à la codification qu'au développement progressif du droit international³⁹.

18. Dans ses trois rapports suivants, présentés à la Commission respectivement en 2013, 2014 et 2015, la Rapporteuse spéciale n'a pas traité directement des limites et exceptions à l'immunité, se réservant toutefois la possibilité d'examiner ultérieurement la question. De ce fait, on n'interprétera aucune des analyses proposées dans ces rapports et aucun des projets d'article y figurant comme une prise de position en faveur de l'existence ou non d'exceptions à l'immunité⁴⁰. La Rapporteuse spéciale rappelle également que, dans le quatrième rapport, elle a procédé à une analyse indirecte de la question des limites et exceptions à l'immunité, à l'occasion de l'étude de la notion d'«acte accompli à titre officiel», et invoqué déjà certains des éléments qui seront développés en détail dans le présent rapport⁴¹.

19. Ce rappel des travaux antérieurs permet de comprendre le contexte dans lequel la Commission a tenu ses débats consacrés aux limites et exceptions à l'immunité. La question allant de nouveau être examinée, cette fois dans le cadre d'une étude exhaustive, à l'occasion de l'examen du présent rapport lors de la session en cours, il est bon de rappeler ici les points de vue exprimés et les problèmes soulevés par les membres de la Commission durant ces débats. Ils peuvent être résumés comme suit :

a) certains membres de la Commission ont soutenu qu'il n'existait aucune exception à l'immunité, mais ils n'ont été qu'une minorité⁴². De fait, beaucoup ont admis que l'immunité pouvait ne pas s'appliquer dans certains cas, leurs vues sur ce point divergeant toutefois à d'autres égards⁴³ ;

³⁹ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, p. 54, par. 68 et 72. Voir également p. 48 à 51, par. 21, 34 et 45.

⁴⁰ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 42, 49 et 53, par. 18, 55 et 73, respectivement; *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 91, par. 15; *Annuaire... 2015*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, p. 8 et 34, par. 20 et 133.

⁴¹ *Annuaire... 2015*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, p. 32, 33 et 34, par. 121 à 126, 137 et 138.

⁴² Voir *Annuaire... 2012*, vol. I, 3145^e séance, 13 juillet 2012, p. 121.

⁴³ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2983^e à 2985^e séance et 2987^e séance, 23 au 25 juillet et 30 juillet 2008, p. 195 et suiv.; voir également *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e à 3088^e séance, 10, 12 et 13 mai 2011, p. 39 à 77, et 3113^e à 3115^e séance, 27 au 29 juillet 2011, p. 281 et suiv.; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3143^e à 3145^e séance, 10 au 13 juillet 2012, p. 100 à 133; *Annuaire... 2013*, vol. I, 3164^e à 3168^e séance,

b) on a considéré généralement que l'immunité ne devait pas s'appliquer en présence d'un crime international. Les membres de la Commission ont invoqué toutefois d'autres exceptions ou limitations à l'immunité, notamment eu égard aux actes *ultra vires*, aux *acta jure gestionis* et aux actes qui, bien qu'ayant l'apparence d'actes accomplis à titre officiel, sont accomplis au bénéfice exclusif du représentant de l'État (en particulier les actes de corruption et de détournement de fonds publics), ainsi que dans les cas où l'acte du représentant de l'État cause un dommage à des personnes ou des biens sur le territoire de l'État du for, cette dernière exception étant généralement qualifiée d'«exception territoriale»⁴⁴ ;

c) certains membres de la Commission ont soutenu que les comportements jugés contraires au *jus cogens* pouvaient justifier d'exceptions et de limitations à l'immunité. On a avancé cet argument non pas isolément et en tant que tel, mais en relation avec les tentatives visant à combattre l'impunité pour les crimes de droit international et les violations graves des droits de l'homme, ainsi que celles visant à protéger les valeurs fondamentales du droit international contemporain⁴⁵ ;

d) ont notamment été qualifiés de crime international le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression⁴⁶. Un membre de la Commission s'est simplement référé aux crimes visés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour désigner les crimes que la communauté internationale qualifie généralement de crime international⁴⁷ ;

e) certains membres de la Commission ont indiqué que les crimes internationaux étaient constitutifs d'exceptions à l'immunité⁴⁸, d'autres estimant en revanche que de tels crimes ne pouvaient en aucune circonstance relever de fonctions étatiques et, partant, qu'on ne saurait les qualifier d'actes accomplis à titre officiel⁴⁹. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les membres de la Commission qui ont défendu ces points de vue ont voulu écarter l'application des règles régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ;

f) à l'exception de quelques-uns, les membres de la Commission qui se sont exprimés sur la question ont

15 au 22 mai 2013, p. 18 et suiv.; *Annuaire... 2014*, vol. I, 3217^e, 3219^e et 3220^e séance, 7, 9 et 10 juillet 2014, p. 89 et suiv.; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3273^e et 3275^e séance, 21 et 22 juillet 2015.

⁴⁴ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2983^e à 2985^e séance, p. 195 et suiv.; voir également *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e à 3088^e séance, p. 39 à 77, et 3115^e séance, p. 302; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3144^e et 3145^e séance, p. 111 et suiv.; *Annuaire... 2013*, vol. I, 3167^e séance, 21 mai 2013, p. 29; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3275^e séance.

⁴⁵ Voir *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e à 3088^e séance, p. 39 à 77; et *Annuaire... 2012*, vol. I, 3145^e séance, p. 121.

⁴⁶ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2984^e séance, p. 203; voir également *Annuaire... 2011*, vol. I, 3087^e et 3088^e séance, p. 49 et suiv.; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3145^e séance, p. 121; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3275^e séance.

⁴⁷ Voir *Annuaire... 2011*, vol. I, 3087^e séance, p. 49; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3145^e séance, p. 121; et *Annuaire... 2013*, vol. I, 3164^e séance, p. 18.

⁴⁸ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2983^e et 2984^e séance, p. 195 et suiv.; voir également *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e à 3088^e séance, p. 39 à 77, et 3115^e séance, p. 302; et *Annuaire... 2012*, vol. I, 3144^e et 3145^e séance, p. 111 et suiv.

⁴⁹ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2985^e séance, p. 215; voir également *Annuaire... 2015*, vol. I, 3274^e et 3275^e séance.

indiqué que les exceptions à l'immunité ne s'appliquaient pas aux bénéficiaires d'une immunité *ratione personae* (les chefs d'État et de gouvernement et les ministres des affaires étrangères) pendant la durée de leur mandat, mais qu'elles pouvaient s'appliquer en revanche dès que leurs fonctions prenaient fin⁵⁰;

g) de nombreux membres de la Commission ont soutenu que les limites et exceptions susmentionnées s'appliquaient à l'immunité *ratione materiae*⁵¹;

h) certains membres de la Commission ont indiqué qu'il n'existait aucune norme de droit international prévoyant des exceptions à l'immunité et que la pratique internationale était peu abondante et fluctuante. Il appartenait donc à la Commission, soit de ne pas tenir compte des exceptions, soit d'en traiter avec prudence et circonspection⁵²;

i) à l'opposé, les membres favorables à la reconnaissance d'exceptions et de limitations ont dit qu'il était possible d'établir l'existence de normes prévoyant de telles exceptions, voire, même si on pouvait en discuter la nature coutumière, de discerner une tendance nette et croissante en faveur d'exceptions à l'immunité, en particulier eu égard aux crimes internationaux⁵³. Ils ont en outre fait observer qu'on ne pouvait déduire uniquement du caractère fluctuant et incertain de la pratique qu'il n'existait pas d'exceptions à l'immunité. La Commission était donc fondée à les examiner dans le cadre de son mandat, qui englobait à la fois la codification et le développement progressif du droit international. À cet égard, certains membres ont souligné que c'était précisément parce que la pratique était fluctuante et incertaine que la Commission était en droit de traiter des exceptions à l'immunité, de façon notamment à veiller à ce que le projet d'articles soit compatible avec les autres normes et principes juridiques consacrés du droit international contemporain, lesquels formaient ce qu'on pouvait appeler un bloc normatif⁵⁴;

j) les membres de la Commission sont généralement convenus qu'il fallait préserver les avancées obtenues ces dernières décennies dans le domaine du droit pénal international, notamment eu égard au renforcement de la lutte contre l'impunité, qui était un objectif de la communauté internationale. Les membres ont toutefois tiré de cette observation diverses conclusions. Certains ont ainsi souligné que l'impunité et l'immunité étaient deux notions

différentes, l'immunité étant une question purement procédurale et non une question de fond, et que par conséquent l'absence d'exceptions n'influaient en rien sur la lutte contre l'impunité. À l'opposé, d'autres ont fait observer qu'il existait des circonstances dans lesquelles l'immunité pouvait entraîner des implications ou des conséquences quant au fond et faire obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle. Il était donc essentiel de prévoir des exceptions ou des limitations à l'immunité, celle-ci ne devant pas être une forme d'impunité⁵⁵;

k) enfin, certains membres de la Commission favorables à la reconnaissance d'exceptions ont indiqué que celles-ci devaient être assorties de garanties procédurales, afin d'éviter leur détournement⁵⁶.

20. Il convient de souligner que, parallèlement aux débats tenus à la Commission, les États ont longuement évoqué la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État lorsqu'ils ont examiné les travaux de la Commission sur le sujet, tant au cours des débats à la Sixième Commission que dans leurs contributions écrites en réponse aux questions posées par la Commission. Il ressort ce qui suit de l'analyse de leurs positions :

a) les États attachent une grande importance aux questions relatives aux limites et exceptions à l'immunité et, depuis que s'est tenu en 2008 le premier débat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ont abordé ce sujet à maintes reprises⁵⁷. Plusieurs

⁵⁰ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2984^e, 2985^e et 2987^e séance, p. 203 et suiv.; voir également *Annuaire... 2012*, vol. I, 3145^e séance, p. 121; *Annuaire... 2013*, vol. I, 3165^e séance, p. 22; *Annuaire... 2014*, vol. I, 3217^e séance, p. 89; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3275^e séance.

⁵¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. I, 3168^e séance, p. 33; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3275^e séance.

⁵² Allemagne (A/C.6/68/SR.18, A/C.6/70/SR.24 et A/C.6/66/SR.24); Algérie (A/C.6/67/SR.24); Autriche (A/C.6/68/SR.17, A/C.6/63/SR.23, A/C.6/66/SR.26, A/C.6/67/SR.20 et A/C.6/70/SR.24); Bélarus (A/C.6/66/SR.27, A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); Belgique (A/C.6/66/SR.26); Canada (A/C.6/67/SR.20); Chili (A/C.6/67/SR.20 et A/C.6/68/SR.18); Chine (A/C.6/63/SR.23, A/C.6/66/SR.27, A/C.6/67/SR.21, A/C.6/68/SR.19 et A/C.6/69/SR.23); Croatie (A/C.6/70/SR.24); Danemark (A/C.6/69/SR.22); Slovaquie (A/C.6/67/SR.22 et A/C.6/70/SR.24); Espagne (A/C.6/66/SR.27, A/C.6/67/SR.22 et A/C.6/68/SR.17); États-Unis d'Amérique (A/C.6/69/SR.24 et A/C.6/70/SR.25); Éthiopie (A/C.6/69/SR.12); Fédération de Russie (A/C.6/63/SR.25, A/C.6/66/SR.27 et A/C.6/67/SR.22); France (A/C.6/66/SR.20 et A/C.6/68/SR.17); Grèce (A/C.6/68/SR.18 et A/C.6/70/SR.24); Hongrie (A/C.6/66/SR.19); Inde (A/C.6/66/SR.27 et A/C.6/68/SR.19); Indonésie (A/C.6/66/SR.24 et A/C.6/68/SR.19); Iran (République islamique d') [A/C.6/68/SR.19, A/C.6/69/SR.12, A/C.6/69/SR.24 et A/C.6/70/SR.25]; Irlande (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); Israël (A/C.6/68/SR.19); Italie (A/C.6/66/SR.26, A/C.6/67/SR.22 et A/C.6/68/SR.19); Japon (A/C.6/63/SR.23 et A/C.6/70/SR.25); Malaisie (A/C.6/67/SR.22 et A/C.6/68/SR.19); Mexique (A/C.6/66/SR.18); Norvège (A/C.6/63/SR.23, A/C.6/66/SR.26, A/C.6/67/SR.20 et A/C.6/70/SR.23); Nouvelle-Zélande (A/C.6/63/SR.24, A/C.6/66/SR.27 et A/C.6/67/SR.22); Pays-Bas (A/C.6/63/SR.22, A/C.6/67/SR.21, A/C.6/68/SR.18 et A/C.6/69/SR.23); Pérou (A/C.6/66/SR.26 et A/C.6/67/SR.21); Pologne (A/C.6/66/SR.26 et A/C.6/69/SR.23); Portugal (A/C.6/66/SR.27, A/C.6/67/SR.21, A/C.6/68/SR.17 et A/C.6/69/SR.24); Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/C.6/63/SR.23, A/C.6/68/SR.18, A/C.6/69/SR.23 et A/C.6/70/SR.24); République tchèque (A/C.6/63/SR.24 et A/C.6/68/SR.18); République de Corée (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); République du Congo (A/C.6/67/SR.21); Singapour (A/C.6/68/SR.17); Sri Lanka (A/C.6/66/SR.27); Afrique du Sud (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); Soudan (A/C.6/63/SR.25); Suisse (A/C.6/63/SR.24, A/C.6/66/SR.26 et A/C.6/67/SR.21); Thaïlande (A/C.6/69/SR.24); et Viet Nam (A/C.6/70/SR.25).

⁵⁰ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2983^e et 2984^e séance; voir également *Annuaire... 2011*, vol. I, 3087^e et 3088^e séance, p. 49 à 77, et 3113^e séance, p. 281; et *Annuaire... 2012*, vol. I, 3143^e à 3145^e séance, p. 100 à 133.

⁵¹ Voir *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e à 3088^e séance, p. 39 à 77; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3144^e et 3145^e séance, p. 111 et suiv.; *Annuaire... 2013*, vol. I, 3167^e séance, p. 29; *Annuaire... 2014*, vol. I, 3219^e séance, p. 100; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3275^e séance.

⁵² Voir *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e séance, p. 39; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3143^e et 3144^e séance, p. 100 et suiv.; et *Annuaire... 2013*, vol. I, 3167^e séance, p. 29.

⁵³ Voir *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e et 3087^e séance, p. 39 et suiv.; *Annuaire... 2012*, vol. I, 3143^e à 3145^e séance, p. 100 à 133; *Annuaire... 2013*, vol. I, 3165^e séance, p. 22; et *Annuaire... 2015*, vol. I, 3274^e séance.

⁵⁴ Voir *Annuaire... 2008*, vol. I, 2984^e séance, p. 203; voir également *Annuaire... 2011*, vol. I, 3087^e et 3088^e séance, p. 49 et suiv., et 3115^e séance, p. 302; et *Annuaire... 2013*, vol. I, 3167^e séance, p. 29.

États ont souligné qu'il fallait traiter la question avec prudence⁵⁸, certains recommandant d'examiner d'abord le droit en vigueur (la *lex lata*) et seulement ensuite les propositions aux fins du développement progressif (la *lex ferenda*). On notera toutefois que les États ne s'accordent pas quant à savoir dans laquelle des deux catégories classer les différentes questions relatives aux exceptions⁵⁹;

b) les États ont examiné les exceptions à l'immunité selon deux approches différentes, l'une visant à évaluer leur impact sur l'objectif poursuivi par les immunités, l'autre à examiner le lien qu'elles entretiennent avec la lutte contre l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves⁶⁰;

c) dans le cadre de la première approche, certains États ont averti que la reconnaissance d'un quelconque type d'exception pourrait nuire à l'exercice des fonctions étatiques, donner lieu à des demandes motivées par des considérations politiques et porter atteinte à la stabilité des relations interétatiques⁶¹;

d) dans le cadre de la seconde approche, d'autres États ont souligné qu'il fallait tenir compte des développements du droit pénal international intervenus au cours des dernières décennies et qu'il appartenait à la Commission d'examiner la question des immunités en général, et celle des exceptions en particulier, dans le respect des autres normes et principes applicables du droit international contemporain. Ils ont indiqué en particulier que le sort réservé aux exceptions ne devait pas entraver les progrès réalisés dans le domaine du droit pénal international, notamment ceux ayant abouti à la création de tribunaux pénaux internationaux⁶². Ils ont également estimé que les crimes internationaux devaient être considérés de prime abord comme des exceptions à l'immunité⁶³;

e) à l'exception d'un seul, les États ont considéré que les chefs d'État et de gouvernement et les ministres

⁵⁸ Chine (A/C.6/63/SR.23, A/C.6/68/SR.19 et A/C.6/69/SR.23); Cuba (A/C.6/67/SR.22, A/C.6/68/SR.19, A/C.6/69/SR.23 et A/C.6/70/SR.24); El Salvador (A/C.6/63/SR.23); Fédération de Russie (A/C.6/66/SR.27); Israël (A/C.6/70/SR.25); Pérou (A/C.6/66/SR.26); République de Corée (A/C.6/67/SR.21); Roumanie (A/C.6/70/SR.24); et Viet Nam (A/C.6/69/SR.25).

⁵⁹ Autriche (A/C.6/66/SR.26); Bélarus, (A/C.6/66/SR.27); Fédération de Russie, *ibid.*, et A/C.6/67/SR.22; France (A/C.6/66/SR.20); Iran (République islamique d') [A/C.6/66/SR.27]; et Mexique (A/C.6/66/SR.18).

⁶⁰ Chili (A/C.6/67/SR.20 et A/C.6/69/SR.24); Danemark (au nom des pays nordiques: Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) [A/C.6/69/SR.22]; Indonésie (A/C.6/66/SR.24); Jamaïque (A/C.6/63/SR.24); Japon (A/C.6/63/SR.23); Mexique (A/C.6/66/SR.18); Norvège (A/C.6/63/SR.23, A/C.6/67/SR.20, A/C.6/68/SR.17 et A/C.6/70/SR.23); Nouvelle-Zélande (A/C.6/63/SR.24 et A/C.6/66/SR.27); Portugal (A/C.6/66/SR.27); République de Corée (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); Afrique du Sud (A/C.6/68/SR.18); et Thaïlande (A/C.6/68/SR.19).

⁶¹ Algérie (A/C.6/67/SR.22); Chine (A/C.6/63/SR.23 et A/C.6/66/SR.27); Nouvelle-Zélande (A/C.6/66/SR.27); et Cuba (A/C.6/66/SR.27).

⁶² Slovénie (A/C.6/70/SR.24); et Norvège (au nom des pays nordiques) [A/C.6/66/SR.26 et A/C.6/67/SR.20].

⁶³ République de Corée (A/C.6/68/SR.18); Canada (A/C.6/67/SR.20); Japon (A/C.6/69/SR.23); Norvège (au nom des pays nordiques) [A/C.6/66/SR.26]; Pays-Bas (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/69/SR.23); Pologne (A/C.6/69/SR.23); et République du Congo (A/C.6/67/SR.21).

des affaires étrangères bénéficiaient d'une immunité *ratione personae* pleine ou absolue durant leur mandat, toute exception étant exclue, même en présence de crimes internationaux⁶⁴;

f) toutefois, bon nombre d'entre eux se sont déclarés favorables à la reconnaissance de diverses exceptions à l'immunité *ratione materiae*, notamment en cas de commission des crimes les plus graves intéressant la communauté internationale tout entière⁶⁵, certains États évoquant néanmoins d'autres exceptions à l'immunité, telles que les actes de sabotage, l'espionnage ou les dommages causés par le représentant de l'État étranger sur le territoire de l'État du for⁶⁶;

g) évoquant les crimes internationaux, les États ont mentionné en particulier le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves du droit international humanitaire, la torture et les disparitions forcées⁶⁷;

h) pour certains États, la commission de crimes internationaux est une exception déjà consacrée en droit international contemporain, d'autres soutenant qu'elle témoigne d'une tendance croissante dont la Commission ne peut faire fi dans ses travaux⁶⁸;

i) enfin, il convient de noter que la plupart des États parlent d'« exceptions » à l'immunité, utilisant néanmoins parfois les termes « limites » ou « limitations ».

21. Dans l'établissement du présent rapport, la Rapporteuse spéciale a tenu compte de l'examen qui a été fait dans le passé de la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

⁶⁴ Allemagne (A/C.6/68/SR.18); Autriche (A/C.6/67/SR.20 et A/C.6/68/SR.17); Bélarus (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/66/SR.27); Chili (A/C.6/67/SR.20); Chine (A/C.6/66/SR.27); Slovénie (A/C.6/67/SR.22); Espagne (A/C.6/68/SR.17); États-Unis (A/C.6/69/SR.24); Grèce (A/C.6/68/SR.18); Hongrie (A/C.6/66/SR.19); Indonésie (A/C.6/66/SR.24); Irlande (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); Jamaïque (A/C.6/63/SR.24 et A/C.6/67/SR.22); Malaisie (A/C.6/68/SR.19); Pays-Bas (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/68/SR.18); Pérou (A/C.6/67/SR.21); République tchèque (A/C.6/63/SR.24); République de Corée (A/C.6/68/SR.18 et A/C.6/69/SR.25); République du Congo (A/C.6/67/SR.21); Sri Lanka (A/C.6/66/SR.27); et Suisse (A/C.6/63/SR.24). Le caractère absolu de l'immunité *ratione personae* semble avoir été contesté par: le Portugal (A/C.6/63/SR.25, A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/66/SR.27); l'Italie (A/C.6/66/SR.26); et le Mexique (A/C.6/66/SR.18).

⁶⁵ Autriche (A/C.6/67/SR.20); Canada (A/C.6/67/SR.20); Chili (A/C.6/67/SR.20); Croatie (A/C.6/70/SR.24); Danemark (au nom des pays nordiques) [A/C.6/69/SR.22]; Slovénie (A/C.6/67/SR.22); Grèce (A/C.6/68/SR.18); Norvège (au nom des pays nordiques) [A/C.6/67/SR.27 et A/C.6/70/SR.23]; Nouvelle-Zélande (A/C.6/66/SR.27 et A/C.6/67/SR.22); Pays-Bas (A/C.6/67/SR.21 et A/C.6/69/SR.23); Pérou (A/C.6/67/SR.21); Pologne (A/C.6/69/SR.23); République tchèque (A/C.6/63/SR.24); et République du Congo (A/C.6/67/SR.21); État refusant que les crimes internationaux soient considérés comme des exceptions: la Chine (A/C.6/67/SR.21).

⁶⁶ Autriche (A/C.6/63/SR.23); et Iran (République islamique d') [A/C.6/70/SR.25].

⁶⁷ Chine (A/C.6/69/SR.23); Danemark (au nom des pays nordiques) [A/C.6/69/SR.22]; Grèce (A/C.6/68/SR.18); Portugal (A/C.6/68/SR.17); Royaume-Uni (A/C.6/69/SR.23 et A/C.6/70/SR.24); République tchèque (A/C.6/69/SR.23); Afrique du Sud (A/C.6/68/SR.18); et République de Corée (A/C.6/63/SR.23).

⁶⁸ Canada (A/C.6/67/SR.20); Grèce (A/C.6/67/SR.20); et Portugal (A/C.6/67/SR.21).

CHAPITRE II

Étude de la pratique

22. Comme il a déjà été indiqué dans les précédents rapports de la Rapporteuse spéciale, l'étude de la pratique constitue le fondement essentiel de ses travaux. Dans les pages qui suivent, la Rapporteuse spéciale procède donc à une analyse de la pratique conventionnelle (sect. A), de la pratique législative des États (sect. B), de la jurisprudence internationale (sect. C), de la jurisprudence interne (sect. D) et des autres travaux de la Commission présentant un intérêt pour le présent rapport (sect. E).

A. Pratique conventionnelle

23. Dans les diverses conventions analysées dans les précédents rapports, on trouve des dispositions pouvant se rapporter à la question des limitations et des exceptions. Il convient toutefois de noter, à titre d'observation générale, que les termes «exceptions» et «limitations» ne sont pas employés dans ces conventions qui, suivant une approche plus générale et pragmatique de la question, envisagent les cas auxquels elles ne s'appliquent pas, en tout ou partie.

24. En ce qui concerne les conventions qui régissent directement ou indirectement l'immunité, on retiendra que celles qui encadrent l'exercice de la fonction diplomatique ne prévoient aucune exception ou limitation à l'immunité de juridiction pénale. Elles consacrent au contraire l'immunité de juridiction pénale des personnes qui jouissent d'une immunité absolue durant leur mandat. Ce principe est énoncé au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales, ainsi qu'au paragraphe 1 de l'article 30 et au paragraphe 1 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel. Il faut également souligner que les dispositions susmentionnées établissent principalement un régime d'immunité *ratione personae* qui s'étend donc à la fois aux actes accomplis à titre officiel et aux actes accomplis à titre privé. Pour ce qui est des deux premières conventions, toutefois, l'État du for dispose d'un moyen d'action lorsque le bénéficiaire de l'immunité a commis ou commet une infraction: il peut le déclarer «*persona non grata*» ou «non acceptable», auquel cas l'intéressé est tenu de quitter le territoire national⁶⁹. En tout état de cause, il convient de rappeler que cette immunité est limitée dans le temps et qu'une fois le mandat arrivé à son terme elle perd son caractère absolu, ne s'appliquant plus qu'aux actes accomplis à titre officiel⁷⁰. Les conventions ne prévoient toutefois aucune exception en matière pénale à cette immunité *ratione materiae* résiduelle.

25. Une approche différente a présidé à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui établit un

régime d'immunité *ratione materiae* s'appliquant aux actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires ainsi qu'en matière pénale⁷¹; selon ce régime, les fonctionnaires et agents consulaires ne bénéficient pas d'une immunité totale, mais d'une immunité limitée aux actes accomplis à titre officiel⁷². On retiendra en outre que le paragraphe 2 *b* de l'article 43 de la Convention prévoit une forme d'«exception territoriale».

26. Pour conclure cette étude des conventions régissant l'immunité, il convient de s'intéresser à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Si cette convention, qui porte sur l'immunité de juridiction des États et non sur celle dont bénéficient leurs représentants, et qui en outre ne traite pas de l'immunité de juridiction pénale, présente a priori moins d'intérêt que les autres conventions aux fins du présent rapport, elle mérite toutefois qu'on s'y attarde, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, sur le plan méthodologique, elle n'établit pas de distinction entre les limitations et les exceptions à l'immunité, les traitant sous un même titre: «Procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité»⁷³. Elle prévoit d'autre part une «exception territoriale» et ne reconnaît enfin aucune exception ou limitation tirée de la violation de normes du *jus cogens*.

27. Il résulte de l'article 12 de la Convention (Atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens) ceci:

À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.

28. Cette disposition s'inspire du précédent établi par la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁷⁴ et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel⁷⁵ et trouve également un écho dans

⁶⁹ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 9, par. 1; et la Convention sur les missions spéciales, art. 12.

⁷⁰ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 39, par. 2; la Convention sur les missions spéciales, art. 43, par. 2; et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 38, par. 2.

⁷¹ Voir la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 43 et art. 53, par. 4.

⁷² Pour ce qui touche à la matière pénale, voir les articles 41, 42 et 63 de la Convention.

⁷³ Voir la troisième partie de la Convention, art. 10 à 17. Les cas visés dans cette partie relèvent à fois des limitations et des exceptions à l'immunité.

⁷⁴ L'article 43, paragraphe 2 *b*, de la Convention prévoit une exception à l'immunité de juridiction civile lorsque l'action est intentée «par un tiers pour un dommage résultant d'un accident causé dans l'État de résidence par un véhicule, un navire ou un aéronef».

⁷⁵ L'article 60, paragraphe 4, concernant les membres des délégations assistant aux conférences internationales, dispose ce qui suit: «Aucune disposition du présent article n'exempte ces personnes de la juridiction civile et administrative de l'État hôte en ce qui concerne une action en réparation pour dommages résultant d'un accident occasionné par un véhicule, un navire ou un aéronef utilisé par les personnes en cause ou leur appartenant, si le dédommagement ne peut pas être recouvré par voie d'assurance.»

la Convention européenne sur l'immunité des États, qui dispose en son article 11 ce qui suit :

Un État contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'État du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu.

29. L'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens reprend presque textuellement le projet d'article adopté à l'époque par la Commission⁷⁶. De l'avis de la Commission, la règle susmentionnée constitue une exception à l'immunité de juridiction des États⁷⁷, exception justifiée par l'application du principe de compétence de la *lex loci delicti commissi* et par l'importance que revêt en l'espèce l'élément territorial⁷⁸. L'exception garantit en outre aux personnes concernées une voie de recours, dont elles seraient probablement privées si l'immunité de juridiction devait s'appliquer⁷⁹. Enfin, bien que l'«exception territoriale» prévue dans la Convention vise la juridiction civile, la Commission a noté dans ses commentaires qu'on pouvait également l'invoquer dans des demandes de réparation à raison de «dommages intentionnels comme les coups et blessures, [de] dommages intentionnels aux biens, [d] incendie criminel, voire [d] homicide ou [d] assassinat politique⁸⁰». En outre, dans la mesure où la Commission entend par «auteur de l'acte» les «agents ou les représentants d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles et non pas nécessairement l'État lui-même en tant que personne morale⁸¹», on peut raisonnablement estimer qu'une exception à l'immunité de juridiction pénale doit pouvoir s'appliquer.

30. Il n'a été proposé que plus tard d'ajouter au texte de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens une exception tirée de la violation des normes du *jus cogens*, à la fin des négociations sur la Convention, lorsque l'Assemblée générale a prié la Commission d'examiner les questions non encore réglées et de s'intéresser à l'évolution de la pratique et aux nouveaux facteurs apparus depuis l'adoption du projet d'articles en 1991. La Commission a créé à cette fin un groupe de travail qui, dans un appendice à son rapport, a jugé bon d'appeler l'attention de l'Assemblée sur

la thèse de plus en plus souvent avancée selon laquelle il conviendrait de refuser l'immunité en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un État en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*, notamment l'interdiction de la torture⁸².

31. La Commission a fondé son commentaire sur la jurisprudence rendue au cours des années précédentes, en particulier dans l'affaire *Pinochet*, et a conclu que «[ces faits récents] [avaient] un lien avec l'immunité et à ce titre

ne [devaient] pas être ignorés⁸³». Bien que la question ait été débattue au sein du Groupe de travail de la Sixième Commission chargé de conduire les négociations finales sur la future convention, l'exception n'a pas été retenue dans le texte, au motif que la question «par ailleurs d'actualité, ne cadrerait pas vraiment avec le [projet de convention]» et que «[d]e plus, elle ne semblait pas assez mûre pour justifier que le Groupe de travail amorce une œuvre de codification à son sujet⁸⁴». Certains États ont néanmoins fait des déclarations lors de la ratification de la Convention, dans le souci de garantir la protection internationale des droits de l'homme en cette matière⁸⁵. Quoi qu'il en soit, depuis l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la question de l'exception est de nouveau au cœur des débats.

32. Outre ces conventions traitant directement de l'immunité, il convient de s'arrêter aussi sur un ensemble d'instruments relevant du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international et dont les dispositions relatives à la responsabilité pénale individuelle présentent un intérêt dans le cadre du présent rapport. Il s'agit notamment de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes.

33. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui dispose en son article IV que «[l]es personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers», consacre par là même indirectement le défaut de pertinence de la qualité officielle. La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid dispose pour sa part en son article III que «[s]ont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et d'institutions et les représentants de l'État, qu'ils résident sur le territoire de l'État dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre État». On ne trouve cependant aucune disposition semblable dans les autres conventions : quand elle énumère ceux qui seront tenus responsables du crime, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées vise simplement «toute personne» [art. 6, par. 1 a]. Toutefois, tant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants que la Convention internationale pour la protection

⁷⁶ Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 46.

⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 1 du commentaire.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 46 et 47, paragraphes 2, 6 et 8 du commentaire.

⁷⁹ *Ibid.*, paragraphes 3 et 9 du commentaire. La Commission a en fait déclaré qu'en l'espèce «la victime serait laissée sans recours si l'État était autorisé à invoquer l'immunité juridictionnelle» (par. 3).

⁸⁰ *Ibid.*, p. 46, paragraphe 4 du commentaire.

⁸¹ *Ibid.*, p. 48, paragraphe 10 du commentaire.

⁸² *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 181, paragraphe 3 de l'appendice au rapport du Groupe de travail.

⁸³ *Ibid.*, par. 13.

⁸⁴ Voir A/C.6/54/L.12, chap. III, par. 13.

⁸⁵ La Finlande, le Liechtenstein, la Norvège, la Suède et la Suisse entendent que le régime prévu par la Convention ne porte pas préjudice à tout développement juridique international éventuel concernant la protection des droits de l'homme. L'Italie a quant à elle déclaré que la Convention devrait être interprétée «conformément [...] aux principes concernant la protection des droits de l'homme contre les violations graves» [Nations Unies, *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org>), chap. III.13].

de toutes les personnes contre les disparitions forcées mentionnent, dans leur définition de l'infraction, les «agents de l'État»⁸⁶, ce qui laisse supposer que ces derniers peuvent être tenus pénalement responsables de l'infraction visée, même lorsqu'ils agissent à titre officiel. Il ressort donc d'une première analyse – et sous réserve des observations formulées ci-après – que les conventions précitées autorisent à penser que le génocide, l'apartheid, la torture et les disparitions forcées peuvent constituer de prime abord des exceptions à l'immunité de juridiction pénale.

34. Pour conclure en ce sens, il faudra toutefois vérifier que les conventions précitées font expressément obligation à l'État partie de poursuivre pénalement les auteurs présumés des infractions visées, peu importe leur nationalité. À cet égard, l'on notera que, hormis la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid⁸⁷, toutes les conventions font obligation aux États parties d'établir leur compétence aux fins de connaître des infractions commises sur tout territoire relevant de leur juridiction⁸⁸ ou dont l'auteur présumé se trouve sur tout territoire relevant de leur juridiction, sauf si l'auteur est extradé ou remis à un autre État ou à une autre juridiction pénale internationale compétente⁸⁹.

35. Enfin, il faut noter que le génocide⁹⁰, les disparitions forcées⁹¹ et l'apartheid⁹² sont qualifiés dans les conven-

⁸⁶ Voir la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article premier; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 2. Pour une analyse plus approfondie de cette question, voir *Annuaire... 2014*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 102 et 103, par. 79 à 84.

⁸⁷ La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose en son article VI que les personnes accusées de génocide «seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction». De même, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid dispose en son article V que les personnes accusées de ce crime «peuvent être jugées par un tribunal compétent de tout État partie à la Convention qui pourrait avoir juridiction sur lesdites personnes, ou par un tribunal pénal international qui serait compétent à l'égard de ceux des États parties qui auront accepté sa compétence».

⁸⁸ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5, par. 1 a; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9, par. 1 a; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, article IV, premier paragraphe, alinéa a; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, article 12, deuxième paragraphe.

⁸⁹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5, par. 2; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9, par. 2; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes article IV, premier paragraphe, alinéa a; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, article 12, premier paragraphe, alinéa a.

⁹⁰ Voir la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, article premier et premier alinéa du préambule.

⁹¹ La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées dispose en son article 5 que «[l]a pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit». Voir, dans le même ordre d'idées, le sixième alinéa du préambule de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes.

⁹² Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, article premier, paragraphe 1.

tions susmentionnées de crimes du droit des gens ou de crimes de droit international. La torture est également considérée comme «une atteinte à la dignité humaine et une négation des principes consacrés dans la Charte de l'Organisation des États américains ainsi que dans la Charte de l'Organisation des Nations Unies», et comme une violation des «droits de l'homme et [d]es libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ainsi que dans la Déclaration universelle des droits de l'homme»⁹³. Ces éléments devront être pris en compte quand il s'agira d'établir ce que l'on entend par crime international aux fins des exceptions visées dans le présent rapport.

36. Il convient également de citer à titre d'exemple le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui prévoit expressément que la qualité officielle n'exonère en rien de la responsabilité pénale individuelle (art. 27, par. 1) et que les immunités et les règles de procédure spéciales prévues par le droit interne ou international n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence (art. 27, par. 2), et qui consacre le principe général selon lequel le fait d'agir sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur n'exonère pas l'auteur de l'infraction de sa responsabilité pénale (art. 33). Ces dispositions visent à empêcher qu'un individu puisse être exonéré de sa responsabilité du fait de la relation particulière qui le lie à l'État et à éliminer les failles qui autrement permettraient que les crimes les plus graves intéressant l'ensemble de la communauté internationale soient commis en toute impunité. Le Statut de Rome se fonde donc sur l'extrême gravité des crimes internationaux pour retenir la responsabilité pénale de tout individu et exclure l'application des immunités, ce dont il faudra tenir compte dans le présent rapport. Toutefois, les dispositions précitées et leur effet sur les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État feront l'objet d'une analyse plus approfondie à la section B du chapitre III.

37. Enfin, l'on retiendra que les conventions réprimant la corruption envisagent la possibilité que des actes de corruption soient commis par des représentants d'un État étranger⁹⁴, ce qui pourrait sans nul doute se prêter à l'invocation de l'immunité de juridiction pénale étrangère si des juridictions nationales entendaient exercer leur compétence à l'égard de représentants de l'État. Toutefois, ces conventions ne contiennent pas de dispositions générales se rapportant à cette immunité, sauf la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, la Convention des Nations Unies contre la corruption et la

⁹³ Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, deuxième alinéa du préambule. Dans le préambule de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, il est fait référence à l'interdiction de la torture consacrée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁹⁴ Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 16 et 17; la Convention pénale sur la corruption, art. 5 et 6; et la Convention interaméricaine contre la corruption, art. VIII. Toutes ces dispositions visent expressément la participation d'un fonctionnaire étranger à un acte de corruption. La Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ne vise pas spécifiquement les fonctionnaires étrangers. Toutefois, la large définition de l'expression «agent public» donnée à l'article 1 et les dispositions de l'article 13 sur l'établissement de la compétence nationale pour les actes de corruption donnent à penser que la Convention s'applique également aux agents étrangers et que la question de l'immunité peut donc être soulevée devant les tribunaux des États parties.

Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, qui toutes traitent de l'immunité mais dont les approches et les effets en matière de limitations et d'exceptions diffèrent nettement.

38. La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe dispose en son article 16 (Immunité) que «[I]es dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que de leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de l'immunité». Malgré ce libellé obscur, il est précisé dans le rapport explicatif de la Convention que «[l]a convention reconnaît l'obligation de chacune des institutions concernées de donner effet aux dispositions régissant les privilèges et immunités» et que «le droit international coutumier pourrait être applicable dans ce domaine»⁹⁵.

39. La Convention des Nations Unies contre la corruption dispose quant à elle, au paragraphe 2 de son article 30, que

[c]haque État partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la présente Convention.

Tout en visant les immunités accordées en droit interne aux agents publics, la Convention utilise la notion d'«équilibre approprié», dont on s'inspirera peut-être aux fins de l'établissement d'un régime de limitations et d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

40. Au paragraphe 5 de son article 7, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption fait également référence aux immunités, dans des termes toutefois plus tranchés : « Sous réserve des dispositions de la législation nationale, toute immunité accordée aux agents publics ne constitue pas un obstacle à l'ouverture d'une enquête sur des allégations et d'un procès contre de tels agents. »

41. Enfin, on retiendra que le Protocole de Malabo, qui crée une Section du droit international pénal au sein de la Cour, fait figurer la corruption et le blanchiment d'argent parmi les infractions relevant de la compétence de ladite section⁹⁶.

B. Pratique législative des États

42. La plupart des États ne consacrent expressément aucun texte à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants. La matière est laissée à l'appréciation des tribunaux, qui, lorsqu'ils sont saisis de la question, appliquent en général ce qu'ils estiment être les règles du droit international, dont font état leurs jugements et autres décisions. Cette application des règles du droit international est diversement motivée, les tribunaux invoquant tantôt les principes généraux du droit régissant les liens entre le droit international et le droit interne, tantôt les

principes fondamentaux du droit commun⁹⁷, ou appliquant des textes de portée générale qui fixent les attributions des juridictions internes et renvoient au droit international applicable dès lors qu'il s'agit de statuer sur des affaires mettant en jeu l'immunité⁹⁸.

43. Le présent rapport ne procède pas à l'analyse des textes internes renvoyant simplement au droit international applicable, car ils ne permettent pas d'éclairer la nature des limites et des exceptions à l'immunité, qui ne peuvent être établies qu'au niveau international. Il analysera en revanche la pratique suivie par les juridictions internes chargées d'appliquer lesdits textes, leurs décisions témoignant de ce qu'elles entendent par «droit international applicable». La présente section s'intéresse aux textes de loi internes consacrés expressément à l'immunité, ainsi qu'aux textes internes qui, en établissant la compétence des États à l'égard des crimes internationaux, traitent de l'immunité.

44. S'agissant de la première catégorie de textes, l'on retiendra qu'il existe très peu de lois internes consacrées à l'immunité de juridiction et que celles qui existent portent en général essentiellement sur les immunités de l'État. Certaines d'entre elles s'étendent toutefois à certains représentants de l'État, en particulier aux chefs d'État. Parmi les États ayant pris des textes en la matière citons l'Argentine (loi relative à l'immunité de juridiction des États étrangers devant les tribunaux argentins, 1995)⁹⁹, l'Australie (loi relative aux immunités des États étrangers, 1985)¹⁰⁰, le Canada (loi sur l'immunité des États, 1985)¹⁰¹, le Japon (loi établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, 2009)¹⁰², le Pakistan (ordonnance relative à l'immunité des États, 1981)¹⁰³, Singapour (loi relative à l'immunité des États, 1979), l'Afrique du Sud (loi relative aux immunités des États étrangers, 1981), l'Espagne (loi organique relative

⁹⁷ C'est le cas en particulier aux États-Unis : l'arrêt *Samantar* établit que la loi relative aux immunités souveraines étrangères ne s'applique pas aux représentants de l'État en tant que personnes, leur immunité devant obéir aux règles du droit commun. Voir Keitner, «The common law of foreign official immunity».

⁹⁸ Parmi les textes renvoyant de façon générale au droit international, on peut citer les exemples suivants : Allemagne, loi relative à l'institution de tribunaux, art. 20.2 ; Belgique, loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, modifiée par la loi du 23 avril 2003, art. 4.3 ; Espagne, loi organique 6/1985 relative au pouvoir judiciaire, modifiée par la loi organique 16/2015, art. 23.4 ; Fédération de Russie, Code pénal, 13 juillet 1996, art. 11.4 ; Kirghizistan : Code de procédure pénale, 1999, art. 16.2 ; Monténégro, Code de procédure pénale, 2010, art. 252.1 ; Ouzbékistan, Code de procédure pénale, art. 4 ; Pays-Bas, Code pénal, art. 8 ; Philippines, loi n° 9851 du 27 juillet 2009 réprimant les infractions au droit international humanitaire, le crime de génocide et les crimes contre l'humanité, sect. 9 b. Le renvoi aux normes applicables du droit international n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes aux juridictions internes saisies d'affaires mettant en jeu l'immunité. C'est pourquoi certains États ont légiféré sur la question. Ainsi, l'Espagne, dotée depuis plus de trente ans de textes faisant référence au droit international, a décidé en 2015 de les compléter en adoptant une loi relative aux immunités.

⁹⁹ Loi 24.488 du 31 mai 1995. Adoptée le 31 mai 1995, elle a été partiellement promulguée le 22 juin de la même année (www.infoleg.gob.ar).

¹⁰⁰ Loi modifiée en 1987, 2009 et 2010.

¹⁰¹ Voir les lois révisées du Canada, 1985, c. S-18 (mises à jour le 28 avril 2016). La loi a été complétée d'une exception pour faits de terrorisme le 13 mars 2012.

¹⁰² Loi n° 24 du 24 avril 2009.

¹⁰³ Ordonnance VI de 1981, en date du 12 mars 1981.

⁹⁵ Rapport explicatif, par. 77, p. 17.

⁹⁶ Voir article 28A, par. 1 8) et 9), du Statut de la Cour africaine, tel qu'amendé par le Protocole de Malabo.

aux privilèges et immunités accordés aux États étrangers, aux organisations internationales ayant leur siège ou des bureaux en Espagne et aux conférences et réunions internationales se tenant en Espagne, 2015)¹⁰⁴, le Royaume-Uni (loi relative à l'immunité des États, 1978)¹⁰⁵, et les États-Unis (loi relative aux immunités souveraines étrangères, *Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976)¹⁰⁶.

45. Ces textes de loi prévoient en général deux types d'exceptions et de limitations aux immunités de l'État : a) une « exception territoriale » en cas de dommages causés à des personnes ou des biens dans l'État du for¹⁰⁷ ; b) des exceptions relatives à certains types de procédures concernant des demandes de réparation ayant trait à des droits et obligations pouvant être classés dans la catégorie des actes accomplis *jure gestionis*, exceptions qui anticipent ou appliquent la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹⁰⁸. Toutefois, force est de constater que, si toutes les lois précitées s'appliquent de façon générique à l'État, seules certaines d'entre elles se réfèrent aux représentants de l'État ; elles ne visent d'ailleurs que les chefs d'État ou les représentants de l'État « agissant à titre officiel »¹⁰⁹ et ne prévoient donc qu'une immunité *ratione materiae*. Seule la loi espagnole de 2015 envisage l'immunité de certains représentants (chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères) sous l'angle tant de l'immunité *ratione personae* que de l'immunité *ratione materiae*¹¹⁰. Enfin, il importe de

¹⁰⁴ Loi organique 16/2015 du 27 octobre 2015 (*Journal officiel*, n° 258, 28 octobre 2015).

¹⁰⁵ La loi a été adoptée le 20 juillet 1978 et n'a pas été modifiée depuis lors.

¹⁰⁶ Loi modifiée en 1991 par la loi portant protection des victimes de torture. Voir sections 1605 et 1605A du Code des États-Unis.

¹⁰⁷ Voir les lois suivantes : Argentine, art. 2 e ; Australie, sect. 13 et 42 2) ; Canada, sect. 6 ; Japon, art. 10 ; Singapour, sect. 7 ; Afrique du Sud, sect. 6 ; Espagne, art. 11 ; Royaume-Uni, sect. 5 ; États-Unis, sect. 1605 a 5) (par commodité, chaque loi est citée par renvoi à l'État qui l'a adoptée).

¹⁰⁸ Ces exceptions s'appliquent à l'égard des actes suivants : transactions commerciales, contrats de travail, droits relatifs à la propriété et à la détention de biens, propriété intellectuelle et industrielle, appartenance ou participation à des entités juridiques ou d'autres regroupements, demande d'arbitrage commercial, actes et droits relatifs aux navires d'État utilisés à des fins commerciales, obligations de paiement de taxes et de redevances, droits et obligations découlant de titres financiers. Voir les lois suivantes : Argentine, art. 2 c, d, f, g et h ; Australie, sect. 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 et 20 ; Canada, sect. 5, 7 et 8 ; Espagne, art. 9, 10 et 12 à 16 ; États-Unis, sect. 1605 a 2) à 4) et 6) b et d ; Japon, art. 8, 9 et 11 à 16 ; Pakistan, sect. 5 à 12 ; Royaume-Uni, sect. 3, 4 et 6 à 11 ; Singapour, sect. 5 et 6 à 13 ; Afrique du Sud, sect. 4, 5 et 7 à 12.

¹⁰⁹ Les lois suivantes visent les chefs d'État de façon générale : Australie, sect. 3.1, 3.3 a et 36 ; Canada, sect. 2 a ; Pakistan, sect. 15 ; Singapour, sect. 16 1) a ; Afrique du Sud, sect. 1 2) a ; et Royaume-Uni, sect. 14 a. Les lois de l'Espagne, art. 2 c iv), et du Japon, art. 2 iv), visent les « représentants de l'État agissant en leur qualité officielle ». À l'origine, les tribunaux américains estimaient que les représentants de l'État accomplissant des actes à titre officiel étaient couverts par la loi sur l'immunité souveraine étrangère. Cependant, depuis l'arrêt rendu dans l'affaire *Samantar*, cette immunité est exclusivement régie par les normes du droit commun. Voir *Annuaire... 2015*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 106.

¹¹⁰ La loi organique 16/2015 porte à la fois sur les immunités des « États étrangers et de leurs biens » (art. 1 a) et sur celles des « chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères dans l'exercice de leurs fonctions et après la fin de leur mandat » (art. 1 b). Le titre II de cette loi est entièrement consacré aux « privilèges et immunités du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères de l'État étranger ». Voir également art. 22, par. 2.

préciser que, par leur objet, la plupart des textes précités traitent des exceptions d'une manière qui ne touche qu'indirectement les questions pénales. De surcroît, certains d'entre eux excluent expressément la matière pénale de leur champ d'application¹¹¹.

46. Seules trois lois relatives à l'immunité visent un type d'exception ayant trait directement au sujet qui nous intéresse : la loi canadienne sur l'immunité des États, la loi organique espagnole 16/2015, et la loi américaine relative aux immunités souveraines étrangères. La loi argentine 24.488 mérite également qu'on s'y attarde, bien qu'elle ne mentionne expressément aucune exception en matière pénale.

47. La loi américaine relative aux immunités souveraines étrangères (*Foreign Sovereign Immunities Act*), qui contenait initialement les exceptions d'ordre général énoncées ci-dessus, a été modifiée par la loi portant protection des victimes de torture et assortie d'une section 1605 A intitulée « Exception à l'immunité de juridiction d'un État étranger pour faits de terrorisme », qui se lit comme suit :

Un État étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux de l'État fédéral ou des États fédérés dans tous les cas non visés par le présent chapitre où réparation lui est demandée en espèces à raison de dommages corporels ou de décès causés par un acte de torture, une exécution extrajudiciaire, le sabotage d'un aéronef, une prise d'otages, ou l'apport d'une aide matérielle ou de ressources aux fins de la commission d'un tel acte, si l'acte ou l'apport en question est le fait d'un fonctionnaire, d'un employé ou d'un agent dudit État étranger agissant dans le cadre de ses fonctions, de son emploi ou des attributions de l'organe dont il relève¹¹².

Les conditions suivantes doivent en outre être réunies¹¹³ :

a) l'État étranger a été désigné par le Secrétaire d'État comme « État parrainant le terrorisme » ;

b) le demandeur ou la victime est un ressortissant des États-Unis, un membre des forces armées ou un employé du Gouvernement ;

c) si l'acte s'est produit sur le territoire de l'État étranger visé par la demande de réparation, le demandeur a offert audit État la possibilité raisonnable de régler le litige par voie d'arbitrage conformément aux règles internationales acceptées en la matière.

48. Cette exception a permis aux tribunaux américains de refuser l'immunité de juridiction à un État étranger dans plusieurs affaires (confirmées au civil¹¹⁴) eu égard à des actes constituant indéniablement des crimes internationaux. Notons toutefois que cette exception, qui n'a pas de portée générale et ne vaut que pour les actes accomplis par des États officiellement qualifiés de parrains du terrorisme par le Secrétaire d'État, est de ce fait subordonnée à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de nature politique.

¹¹¹ Voir les lois suivantes : Canada, sect. 18 ; Japon, art. 1 ; Singapour, sect. 19 2) b ; et Afrique du Sud, sect. 2 3). La loi des États-Unis ne s'applique également pas à la juridiction pénale.

¹¹² Sect. 1605 A a 1).

¹¹³ Sect. 1605 A 2) A).

¹¹⁴ Voir sect. D *infra*.

49. La loi canadienne sur l'immunité des États a été modifiée en 2012 et assortie d'une exception intitulée «Soutien du terrorisme» dans la section consacrée aux dommages. Aux termes de cette loi, un État inscrit sur la liste des États soutenant le terrorisme ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction des tribunaux canadiens dans les actions intentées contre lui pour avoir soutenu le terrorisme ou s'être livré à des activités terroristes¹¹⁵. Cette exception étant formulée en des termes très proches de la loi américaine, les observations du paragraphe précédent s'y appliquent également.

50. La loi organique 16/2015 récemment adoptée par l'Espagne prévoit un régime d'exceptions quelque peu différent. Comme indiqué plus haut, cette loi distingue entre le régime applicable à l'immunité de l'État et celui applicable aux chefs d'État et de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, aussi bien du point de vue de l'immunité *ratione personae*¹¹⁶ que de l'immunité *ratione materiae*¹¹⁷. S'agissant de cette dernière, la loi prévoit une exception pour les crimes internationaux, disposant qu'eu égard aux «actes accomplis à titre officiel en cours de mandat [...], le crime de génocide, le crime de disparition forcée, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont exclus de l'immunité¹¹⁸». Cette exception de caractère général n'impose aucune condition supplémentaire et ne vaut que pour l'immunité *ratione materiae*.

51. Cette exception est complétée par une disposition de portée générale qui, sous l'intitulé «Crimes internationaux», prévoit ce qui suit: «Les dispositions du présent titre ne portent pas atteinte aux obligations internationales contractées par l'Espagne eu égard à la répression des crimes internationaux ni aux engagements qu'elle a pris envers la Cour pénale internationale¹¹⁹.» Cette disposition n'a pas la même portée que l'exception précédente, dans la mesure où elle vise aussi bien l'immunité *ratione materiae* que l'immunité *ratione personae*. Néanmoins, son champ d'application est plus restreint, car elle ne s'applique que lorsqu'une norme internationale fait obligation à l'Espagne de poursuivre l'auteur d'un crime international ou lorsque les juridictions espagnoles doivent prendre des mesures pour donner suite à une demande de coopération émanant de la Cour pénale internationale¹²⁰.

52. Enfin, l'article 3 de la loi 24.488 adoptée par le Congrès argentin dispose ce qui suit:

¹¹⁵ Voir sect. 6.1, 1) et 11). Concernant la procédure d'inscription d'un État sur la liste des États soutenant le terrorisme, voir sect. 6.1 2), 3) à 10), sect. 11 3) et sect. 13 2).

¹¹⁶ Voir art. 22.

¹¹⁷ Voir art. 23 à 25.

¹¹⁸ Art. 23, par. 1, *in fine*.

¹¹⁹ Art. 29.

¹²⁰ Cette exception a été introduite à la demande du Conseil général du pouvoir judiciaire et du Conseil du Procureur général (organes regroupant les magistrats et les procureurs) afin que, tout en reconnaissant les immunités en vigueur, l'Espagne puisse s'acquitter des obligations internationales que lui imposent les dispositions du droit pénal international et, en particulier, qu'elle puisse donner suite aux demandes de coopération que lui adressent les tribunaux pénaux internationaux. Il faut bien comprendre que cette disposition doit être interprétée à la lumière de la sixième disposition finale de la loi organique qui prévoit qu'«en cas de conflit de normes entre la présente loi organique et un traité international auquel le Royaume d'Espagne est partie, le traité prévaut».

Si une action est intentée contre un État étranger devant les juridictions argentines à raison d'une violation du droit international des droits de l'homme, la juridiction saisie se borne à indiquer au plaignant l'instance de protection internationale qui, au niveau régional ou mondial, est compétente pour connaître de l'affaire, le cas échéant. En outre, elle transmet pour information une copie de la plainte au Ministère des relations extérieures, du commerce international et du culte, qui prend les mesures qui s'imposent à l'échelle internationale.

53. Cet article a toutefois été supprimé dans le décret 849/95, qui promulgue la loi¹²¹. Les raisons invoquées dans le décret pour justifier la suppression de l'article sont éclairantes à deux titres eu égard à l'analyse des exceptions. Il est indiqué: a) que les violations des droits de l'homme sont en général des actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique¹²²; et b) que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (qui ont valeur constitutionnelle en Argentine) visent des «infractions susceptibles d'engager la responsabilité civile» et qu'il «semble inapproprié de refuser l'accès à la justice aux fins du respect de cette disposition»¹²³. Ainsi, si la loi 24.488 ne prévoit expressément aucune exception en cas de crimes internationaux, l'interprétation qui peut en être faite à la lumière du décret n° 849/95, qui la promulgue partiellement, autorise à penser que les juridictions argentines seront compétentes pour connaître des plaintes visant un État étranger à raison d'une violation du droit international des droits de l'homme.

54. Parmi les textes de loi internes réprimant les crimes internationaux, il convient de citer d'abord la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire adoptée par la Belgique en 1993 et modifiée en 1999 et en 2003. L'évolution de cette loi, qui, dans une large mesure, est liée à l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*¹²⁴ mérite qu'on s'y arrête. Alors que le texte de 1999 disposait que «[l']immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi», il résulte des modifications apportées en 2003 que «[l']immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international»¹²⁵. L'article 13 de la loi modifiée en 2003 et modifiant le Code de procédure pénale restreint davantage encore cette disposition, prévoyant ceci:

Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard: i) des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international; ii) des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique.

¹²¹ Voir l'article premier du décret susmentionné. Décret n° 849/95 du 22 juin 1995, adopté par le Conseil des ministres, disponible sur le site www.infoleg.gob.ar.

¹²² Voir le deuxième alinéa du préambule du décret.

¹²³ Voir le quatrième alinéa du préambule du décret.

¹²⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 46.

¹²⁵ Voir la loi du 16 juin 1993 telle que modifiée par la loi du 23 avril 2003 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144 *ter* du Code judiciaire. Le texte cité est extrait de l'article 5.3 de la loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire.

Le droit belge reconnaît donc une immunité *ratione personae* absolue tout en étant silencieux sur l'immunité *ratione materiae*, ce qui a été interprété comme la reconnaissance implicite d'une possible application d'exceptions en présence de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de génocide.

55. On trouve un libellé identique dans la loi sur les crimes internationaux adoptée par les Pays-Bas en 2003. Aux termes de la section 16,

[L]es poursuites pénales pour l'un des crimes visés par la présente loi sont exclues à l'égard : a) des chefs d'État étrangers, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, pendant la période où ils exercent leurs fonctions, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international coutumier ; b) des personnes qui disposent d'une immunité en vertu de toute convention applicable dans le Royaume des Pays-Bas.

Le droit des Pays-Bas consacre donc l'immunité des trois hauts dignitaires susmentionnés pendant la durée de leur mandat, y compris à l'égard des crimes internationaux. Toutefois, dès que leurs fonctions prennent fin, leur immunité ne s'applique plus qu'aux actes accomplis à titre officiel, une catégorie dont, selon les informations fournies par le Gouvernement néerlandais, les crimes internationaux ne sauraient relever¹²⁶.

56. Le Code pénal du Niger, modifié en 2003, adopte une démarche opposée en ce qu'il prévoit explicitement que l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne ne l'exempt pas de poursuites pénales en cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité¹²⁷.

57. Enfin, la question de l'immunité est régie par les divers textes de loi qui transposent et établissent en droit interne les dispositions du Statut de Rome, tant pour ce qui est du fond qu'aux niveaux de la compétence et de la procédure. Ces «lois portant application du Statut de Rome», comme on les nomme, présentent un intérêt incontestable pour le présent rapport. Elles traitent des limites et des exceptions à l'immunité sous deux angles différents, selon que : a) elles établissent un régime d'exceptions à l'immunité de portée générale ; ou b) elles mettent en place un régime s'appliquant uniquement en relation avec l'obligation générale qu'ont les États parties de coopérer avec la Cour pénale internationale.

58. Les lois adoptées par le Burkina Faso, les Comores, l'Irlande, Maurice et l'Afrique du Sud relèvent de la première approche¹²⁸. Elles prévoient qu'en droit interne,

¹²⁶ Commentaires des Pays-Bas en réponse aux questions posées par la Commission (20 avril 2016).

¹²⁷ Art. 208.7. Cet article doit être lu conjointement avec l'article 208.2, par. 2, qui établit la compétence universelle des juridictions du Niger, y compris pour les crimes commis à l'étranger.

¹²⁸ Voir Burkina Faso, loi n° 52 de 2009 portant détermination des compétences et de la procédure de mise en œuvre du Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabé, articles 7 et 15.1 (selon ces articles, les tribunaux burkinabé peuvent exercer leur compétence à l'égard de personnes ayant commis un crime du ressort de la Cour pénale internationale, y compris à l'étranger, pour autant que le suspect se trouve sur le territoire national. De plus, la qualité officielle d'une personne n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité ni un motif de réduction de la peine) ; Comores, loi n° 11-022/AU du 13 décembre 2011 portant mise en œuvre du Statut de Rome, art. 7.2 («Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu

de façon générale, aucune immunité n'est opposable à l'exercice de la juridiction pénale nationale s'agissant des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, en particulier le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

59. Dans la seconde approche, la question de l'immunité n'est traitée que lorsqu'une forme quelconque de coopération avec la Cour, notamment en ce qui concerne l'arrestation et la remise de suspects, nécessite l'exercice de la juridiction pénale nationale. Cette approche est celle suivie dans les lois adoptées au Canada, en France, en Allemagne, au Kenya, en Nouvelle-Zélande, en Norvège, en Suisse et en Ouganda, où l'immunité et la qualité officielle ne peuvent être invoquées pour refuser d'exécuter une demande de remise délivrée par la Cour¹²⁹. Les lois adoptées en Islande, en Irlande, à Malte, à Samoa et au Royaume-Uni n'écartent l'immunité et la qualité officielle que pour les ressortissants d'États parties au Statut de Rome, des consultations devant être menées avec la Cour pour les ressortissants d'États non parties¹³⁰. Enfin, les lois adoptées en Argentine, en Australie, en Autriche et au Liechtenstein n'écartent pas l'immunité en toutes circonstances ; en cas de différend découlant de l'application conjointe de l'article 27 et de l'article 98, paragraphe 1, du Statut de Rome, des consultations doivent être engagées avec la Cour¹³¹. Il convient de retenir également que

de la loi ou du droit international, n'empêchent pas les juridictions nationales d'exercer leur compétence à l'égard de cette personne en ce qui concerne les infractions visées par la présente loi» ; Irlande, loi n° 30 de 2006 relative à la Cour pénale internationale, art. 61.1 («Aux termes de l'article 27, toute immunité diplomatique ou étatique attachée à une personne en raison du lien qu'elle entretient avec un État partie au Statut ne fait pas obstacle à l'action intentée contre cette personne en application des dispositions de la présente loi») ; Maurice, loi relative à la Cour pénale internationale de 2001, art. 4 ; Afrique du Sud, loi n° 27 du 18 juillet 2002 portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 4 2) a i) et 4 3) c, qui disposent que les juridictions sud-africaines sont compétentes pour connaître de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre si l'auteur présumé se trouve en Afrique du Sud et que l'accusé ne peut se prévaloir de la qualité officielle. En outre, cette exception à l'immunité vaut «nonobstant toute autre règle de droit contraire, y compris le droit international coutumier et conventionnel» (la Cour de cassation sud-africaine a statué sur cette question le 15 mars 2016 à propos du mandat d'arrêt délivré contre le Président Al Bashir).

¹²⁹ Voir Canada, loi de 1999 sur l'extradition, art. 18 ; France, Code de procédure pénale (en vertu de la loi n° 2002-268 du 26 février 2002), art. 627-8 ; Allemagne, loi relative à l'institution de tribunaux, articles 20.1 et 21 ; Kenya, loi n° 16 de 2008 relative aux crimes internationaux, art. 27 ; Nouvelle-Zélande, loi de 2000 relative aux crimes internationaux et à la Cour pénale internationale, art. 31.1 ; Norvège, loi n° 65 du 15 juin 2001 portant application du Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (Statut de Rome) dans le droit norvégien, art. 2 ; Suisse, loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale, art. 6 ; Ouganda, loi n° 18 de 2006 sur la Cour pénale internationale, art. 25 1 a et b.

¹³⁰ Voir Islande, loi de 2003 sur la Cour pénale internationale, art. 20.1 ; Irlande, loi n° 30 de 2006 relative à la Cour pénale internationale, art. 6.1 ; Malte, loi sur l'extradition, art. 26S ; Samoa, loi n° 26 de 2007 sur la Cour pénale internationale, art. 32.1 et 41.

¹³¹ Voir Argentine, loi n° 26200 portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adoptée par la loi n° 25390 et ratifiée le 26 janvier 2001, art. 40 et 41 ; Australie, loi n° 41 du 13 août 2002 sur la Cour pénale internationale, art. 12.4 ; Autriche, loi fédérale n° 135 du 13 août 2002 sur la coopération avec la Cour pénale internationale, articles 9.1 et 9.3 ; Liechtenstein, loi du 20 octobre 2004 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale et les autres tribunaux internationaux, art. 10.1 b et c. Le Danemark est un cas particulier : sa loi du 16 mai 2001 sur la Cour pénale internationale (art. 2) vise la décision de régler les questions d'immunité des fonctionnaires sans prévoir de consultations.

certaines lois portant application du Statut de Rome fondées sur la première approche, comme celles prises par le Burkina Faso et l'Afrique du Sud¹³², prévoient aussi d'écarter l'immunité quand il s'agit de donner effet à la coopération avec la Cour.

C. Jurisprudence internationale

60. La question des limitations et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère a été examinée dans diverses décisions rendues par la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et la Cour pénale internationale.

1. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

61. Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice a déclaré sans ambages que le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo jouissait d'une immunité de juridiction pénale étrangère totale : « [P]our toute la durée de sa charge, [le Ministre des affaires étrangères] bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger¹³³. » Cette immunité trouve son fondement dans les fonctions exercées par le Ministre des affaires étrangères dans la conduite des relations internationales. Afin de protéger ces fonctions, l'immunité s'applique à tous les actes accomplis par le Ministre, à titre aussi bien officiel que privé¹³⁴. La Cour a également conclu qu'elle n'était pas en mesure de déterminer l'existence, en droit international coutumier, d'une exception à cette immunité, même dans les affaires impliquant des actes assimilables à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. D'après la Cour, on ne peut déduire une exception quelconque de la pratique des États¹³⁵ ou des instruments créant des juridictions pénales internationales¹³⁶.

62. Toutefois, la Cour a entendu protéger le principe de responsabilité pénale individuelle consacré dans le droit international coutumier, un principe que ne remet pas en cause, selon elle, l'immunité de juridiction pénale. À cette fin, elle a présenté deux arguments complémentaires, opérant une distinction, d'une part, entre immunité et compétence et, d'autre part, entre immunité et impunité.

¹³² Voir Burkina Faso, loi n° 52 de 2009, art. 39.2 ; et Afrique du Sud, loi n° 27 de 2002, art. 10.5 et 10.9.

¹³³ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 124 *supra*), p. 22, par. 54.

¹³⁴ *Ibid.* Pour une description des fonctions en question, voir *ibid.*, p. 21 et 22, par. 53. La Cour a notamment établi très clairement la dimension fonctionnelle de cette immunité : « En outre, le simple fait qu'en se rendant dans un autre État ou qu'en traversant celui-ci un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions » (*ibid.*, p. 22, par. 55).

¹³⁵ Après avoir étudié les textes de loi internes régissant la matière et certaines décisions rendues par de hautes juridictions nationales, la Cour a déclaré qu'elle n'était pas parvenue à déduire « l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité » (*ibid.*, p. 24, par. 58, premier alinéa).

¹³⁶ *Ibid.*, deuxième et troisième alinéa.

63. S'agissant du premier argument, la Cour a affirmé que « la compétence n'impliqu[ait] pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'impliqu[ait] pas la compétence » et que, y compris lorsque certaines conventions faisaient obligation aux États de poursuivre ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux, une telle extension de la compétence « ne port[ait] en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères » qui « demeurer[ai]ent opposables devant les tribunaux d'un État étranger »¹³⁷.

64. La distinction établie entre immunité et impunité est d'un grand intérêt pour le présent rapport. La Cour a souligné à cet égard que

l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale¹³⁸.

65. À l'appui de cet argument, la Cour a indiqué qu'il existait d'autres procédés permettant d'apprécier la responsabilité pénale de la personne, qu'elle a présentés en ces termes :

Ils [les ministres et anciens ministres des affaires étrangères] ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays et peuvent par suite être traduits devant les juridictions de ce pays conformément aux règles fixées en droit interne.

En deuxième lieu, ils ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité.

En troisième lieu, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.

En quatrième lieu, un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes¹³⁹.

66. La Cour a ainsi dégagé un régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des ministres des affaires étrangères, ayant valeur de modèle, fondé sur quatre idées forces :

a) tous les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères durant son mandat sont couverts par une immunité absolue ;

b) il n'existe aucune exception à cette immunité ;

¹³⁷ *Ibid.*, p. 24 et 25, par. 59.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 25, par. 60.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 25, par. 61.

c) l'immunité est un « obstacle procédural » à l'exercice de la compétence et non un obstacle de fond à l'établissement de la responsabilité pénale internationale, y compris à l'égard des actes pouvant constituer des crimes internationaux ;

d) des voies de droit autres que l'exercice de la juridiction pénale étrangère permettent de retenir la responsabilité pénale individuelle.

67. Dans tous les cas, il convient de noter que, quand bien même l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est souvent cité en référence quand il s'agit de définir un régime d'immunité de juridiction pénale étrangère applicable à tous les représentants de l'État, les conclusions de la Cour en la matière n'en ont pas moins qu'une portée limitée. Ainsi, la Cour a elle-même fait observer dans son arrêt que, « [a]ux fins de [la présente] affaire, seules l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice devaient être examinées par la Cour¹⁴⁰ », sans se prononcer plus avant. La décision rendue n'intéresse donc que l'immunité *ratione personae*, puisqu'on ne saurait conclure que le régime visé s'applique automatiquement à d'autres représentants de l'État, dont la Cour semble admettre qu'ils relèvent d'un autre régime juridique. Quoi qu'il en soit, la solution retenue par la Cour tranche la question à l'examen : il n'existe aucune exception à l'immunité de juridiction pénale internationale d'un ministre des affaires étrangères (et, par extension, à l'immunité *ratione personae*), et ce, même en présence de crimes graves tels que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

68. Si l'arrêt a été approuvé à une large majorité, l'on retiendra toutefois que plusieurs juges ont pris un parti plus nuancé au sujet des limitations et exceptions à l'immunité, certains publiant même des opinions dissidentes. Ainsi, tout en convenant avec la Cour qu'aucune exception à l'immunité ne pouvait être invoquée dans l'affaire examinée, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont attiré l'attention sur le fait que l'on affirmait de plus en plus en doctrine que « les crimes internationaux graves ne [pouvaient] être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) [pouvait] exercer¹⁴¹. Ils ont également souligné qu'il fallait retenir une interprétation équilibrée de l'immunité, qui tienne compte, d'une part, de la nécessité de protéger le principe de l'égalité souveraine et la bonne conduite des relations internationales et, d'autre part, de la nécessité de veiller à ce que ce principe n'entrave pas la lutte contre l'impunité. À ce propos, ils ont fait observer que l'on admettait de plus en plus qu'il importait de faire en sorte que les « auteurs de crimes internationaux graves ne demeurent pas impunis, et [que] ce fait [avait] eu un impact sur les immunités dont jouissaient les hauts dignitaires de l'État en vertu du droit coutumier traditionnel¹⁴² ». Pour ces trois juges, l'immunité n'était jamais une immunité de fond ; elle avait « aussi

donné naissance à une tendance, dans le cas des crimes internationaux, à n'accorder l'immunité procédurale de juridiction qu'aussi longtemps que l'agent de l'État soupçonné [était] en fonction¹⁴³ ». Notons que ces trois juges ont aussi dit douter des chances de succès des voies de recours alternatives visées par la Cour dans son arrêt¹⁴⁴.

69. La position adoptée par le juge Al-Khasawneh dans son opinion dissidente est plus convaincante. D'après lui, l'immunité de juridiction pénale internationale des ministres des affaires étrangères doit se limiter aux actes accomplis à titre officiel et – chose plus importante encore aux fins du présent rapport – ne peut en aucun cas s'appliquer aux crimes de guerre, aux crimes contre l'humanité et aux génocides. Il n'est pas raisonnable, selon lui, d'admettre que l'immunité de l'État a été progressivement restreinte de façon à exclure les actes d'ordre administratif et commercial et, parallèlement, de continuer à considérer que l'immunité des ministres des affaires étrangères doit prévaloir en présence de crimes internationaux, alors même que la lutte contre les crimes graves revêt le caractère de *ius cogens*¹⁴⁵.

70. Quant à la juge ad hoc Van den Wyngaert, elle a non seulement refusé de reconnaître aux ministres des affaires étrangères une immunité *ratione personae*, mais elle a présenté à l'appui de son argumentation de nouveaux éléments que l'on peut résumer comme suit : a) étendre l'immunité *ratione personae* aux ministres des affaires étrangères « aurait pour effet de multiplier démesurément le nombre de personnes jouissant, à l'échelle internationale, d'une immunité de juridiction, et ouvrirait la porte à des abus. Des gouvernements pourraient, à leur escient, nommer à des postes ministériels des personnes soupçonnées d'avoir commis de graves violations des droits de l'homme afin de les mettre à l'abri de poursuites à l'étranger¹⁴⁶ », et « [l']immunité de juridiction viendrait dès lors faire obstacle à la volonté des victimes de telles violations de poursuivre leurs auteurs à l'étranger [...]. [L]e risque existerait d'entrer en contradiction avec les règles internationales relatives aux droits de l'homme¹⁴⁷ » ; b) il existe une « tendance générale à restreindre l'immunité des représentants de l'État (y compris les chefs d'État), non seulement dans la sphère du droit privé et du droit commercial – qui limitent de plus en plus le principe *par in parem*, autrefois sacro-saint – mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international¹⁴⁸ » ; et c) les autres voies de droit qui, selon l'arrêt, permettraient de rechercher la responsabilité pénale d'un ministre des affaires étrangères accusé de crimes internationaux ne correspondent ni à la réalité de notre pratique internationale, ni à la compétence limitée dont sont investies les juridictions pénales internationales¹⁴⁹.

¹⁴³ Ibid. Voir également par. 75.

¹⁴⁴ Ibid., p. 86, par. 78.

¹⁴⁵ Voir l'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, en particulier p. 98, par. 7.

¹⁴⁶ Voir l'opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, p. 150, par. 21, *in fine*.

¹⁴⁷ Ibid., p. 150 et 151, par. 22.

¹⁴⁸ Ibid., p. 151, par. 23.

¹⁴⁹ Ibid., p. 159 à 163, par. 34 à 38 ; M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal ont exprimé un avis analogue dans leur opinion individuelle commune, *ibid.*, p. 86, par. 78.

¹⁴⁰ Ibid., p. 21, par. 51, *in fine*.

¹⁴¹ Voir l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, p. 88, par. 85.

¹⁴² Ibid., p. 85, par. 74.

71. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice a de nouveau abordé la question des limitations et des exceptions à l'immunité, réaffirmant ce qu'elle avait dit dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*: «Un chef d'État jouit en particulier "d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales" qui le protègent "contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions"¹⁵⁰». Cette affirmation ne vaut toutefois que pour l'immunité *ratione personae* dont pouvait bénéficier le Président djiboutien. La Cour n'ayant pas statué sur l'immunité dont se prévalaient le Procureur de la République et le Chef de la sécurité nationale, l'arrêt ne tranche pas clairement la question des limitations et exceptions qui auraient pu être invoquées dans l'un et l'autre cas.

72. Enfin, la Cour ne s'est pas non plus prononcée sur la question des immunités dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, le Tchad l'ayant informée qu'il avait levé l'immunité de M. Hissène Habré¹⁵¹. Toutefois, aux fins du présent rapport, l'on retiendra que la Cour a souligné dans son arrêt que «l'interdiction de la torture [relevait] du droit international coutumier» et avait «acquis le caractère de norme impérative (*ius cogens*)»¹⁵². Il est aussi important de noter que, pour la Cour, le régime de surveillance institué par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants vise à «éviter l'impunité des auteurs présumés d'actes de torture, en faisant en sorte qu'ils ne puissent pas trouver refuge auprès de l'un quelconque des États parties¹⁵³». Ce faisant, la Cour a invoqué le fait que lutter contre l'impunité était l'un des buts poursuivis par la communauté internationale¹⁵⁴.

73. Si, dans les arrêts susmentionnés, la Cour a examiné les chefs de compétence invoqués par les États pour exercer leur compétence à l'égard de personnes (des représentants de l'État), la question dont elle a été saisie dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État* est différente, portant non pas sur l'immunité d'un haut personnage, mais sur celle de l'État *stricto sensu*. Certains

¹⁵⁰ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, à la page 237, par. 170.

¹⁵¹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422. Seul le juge ad hoc Sur a abordé la question de l'immunité, déclarant dans son opinion dissidente que «la convention [contre la torture] ne prévoit pas, à la différence par exemple du Statut de Rome, que l'immunité des autorités publiques n'est pas opposable aux poursuites engagées devant les juridictions internes» (ibid., p. 620 et 621, par. 54). La question n'a toutefois pas été débattue devant la Cour.

¹⁵² Ibid., p. 457, par. 99. Dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, certains juges ont souscrit à cette opinion en ce qui concerne l'interdiction de la torture. Ainsi la juge Xue, dans son opinion dissidente, a expressément affirmé que «l'interdiction de la torture [fait] désormais partie du *ius cogens*» (ibid., p. 575, par. 17), avant de conclure que «le *ius cogens*, de par sa nature même, ne prim[ait] pas automatiquement sur l'applicabilité de ces règles procédurales» (ibid.).

¹⁵³ Ibid., p. 461, par. 120.

¹⁵⁴ Dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, certains juges ont également évoqué la lutte contre l'impunité et la place qu'y tenait la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. À cet égard, voir l'opinion des juges Cançado Trindade (ibid., p. 519, par. 83, et p. 527, par. 103) et Donoghue (ibid., p. 584, par. 2).

des points soulevés dans cette affaire n'en revêtent pas moins un intérêt théorique considérable pour l'institution de l'immunité, notamment ceux touchant à la nature procédurale de l'immunité, à la relation entre l'immunité et l'exercice de la compétence et aux liens entre immunité et responsabilité. Par ailleurs, la Cour a examiné deux exceptions possibles à l'immunité: l'«exception territoriale» et l'exception tirée de la violation de normes de *ius cogens*, toutes deux en relation directe avec des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par les forces d'occupation nazies en Italie et en Grèce durant la Seconde Guerre mondiale.

74. Compte tenu de la complexité de son objet, l'on ne s'étonnera pas que l'arrêt rendu en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État* ait donné lieu à un riche débat doctrinal¹⁵⁵. On se souviendra également que, par sa teneur, l'arrêt sert souvent de référence quand il s'agit de définir les éléments du régime de l'immunité au sens large. Aux fins du présent rapport, il sera procédé à l'analyse – indispensable – de l'arrêt, en portant notamment de l'intérêt aux questions suivantes: la nature de l'immunité et sa relation avec la compétence et le régime de responsabilité internationale de l'État; les effets sur l'immunité des normes de *ius cogens*; la portée de l'«exception territoriale»; enfin, la question relative à l'existence de voies de recours alternatives.

75. Dans le droit fil de ses précédentes décisions, la Cour a souligné dans l'arrêt la nature purement procédurale de l'immunité, qui n'avait aucune incidence sur la définition de la responsabilité de l'État mais empêchait simplement que cette responsabilité puisse être recherchée par l'exercice d'une juridiction étrangère. Elle a précisé expressément que «le droit de l'immunité revêt un caractère essentiellement procédural [...]. Il régit l'exercice du pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement donné, et est ainsi totalement distinct du droit matériel qui détermine si ce comportement est licite ou non¹⁵⁶».

76. Au fondement de l'immunité ainsi entendue se trouve le principe de l'égalité souveraine des États. Néanmoins, ce principe ne s'applique pas isolément, la Cour déclarant à ce propos: «Ce principe doit être considéré conjointement avec celui en vertu duquel chaque État détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes¹⁵⁷».

77. La Cour a donc reconnu qu'il fallait concilier des principes contradictoires, affirmant que «[l]es exceptions à l'immunité de l'État constituent une dérogation au principe de l'égalité souveraine. L'immunité peut constituer

¹⁵⁵ Voir notamment Ferrer Lloret, «La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado»; Keitner, «*Germany v. Italy* and the limitations of horizontal enforcement. Some reflections from a United States perspective»; McGregor, «State immunity and human rights. Is there a future after *Germany v. Italy*?».

¹⁵⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* [voir supra la note 31], p. 124, par. 58. Voir également l'opinion individuelle du juge Koroma, ibid., p. 157, par. 3.

¹⁵⁷ Ibid., p. 123 et 124, par. 57.

une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle¹⁵⁸ ».

78. La Cour a aussi conclu de ce que l'immunité était un obstacle procédural, qu'elle ne venait pas contredire les normes de *jus cogens* :

À supposer [...] que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. [...] Pour la même raison, le fait de reconnaître l'immunité d'un État étranger conformément au droit international coutumier ne revient pas à juger licite une situation créée par la violation d'une règle de *jus cogens*, ni à prêter aide ou assistance au maintien de cette situation, et ne saurait donc contrevenir au principe énoncé à l'article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État¹⁵⁹.

Plus loin, la Cour a ajouté ce qui suit :

Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application¹⁶⁰.

79. Troisième point présentant un intérêt pour la question, la Cour a cherché à savoir s'il existait en droit international coutumier une règle dont on pouvait dégager l'existence d'une exception à l'immunité de l'État basée sur la violation grave des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. D'après la Cour, il n'en était rien : « en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée¹⁶¹ ».

80. Sur la question encore des exceptions, la Cour a également rejeté l'argument selon lequel l'« exception territoriale » s'appliquait dans les circonstances de l'espèce. Il faut toutefois noter que la solution retenue par la Cour à cet égard est plus nuancée que celle adoptée au sujet d'une éventuelle exception tirée de la violation des normes de *jus cogens*. Elle n'a pas nié l'existence de cette exception, ni d'une certaine pratique s'y rapportant, mais s'est bornée à constater qu'elle n'était pas applicable en l'espèce, les actes commis par l'Allemagne, malgré leur gravité, constituant des actes *jure imperii* qui, à ce titre, étaient couverts par les immunités juridictionnelles de l'État¹⁶².

81. Dans l'arrêt, la Cour s'est également prononcée sur l'argument de l'Italie affirmant que l'exercice de la compétence avait été nécessaire « à titre de dernier

recours », à raison de l'impossibilité pour les victimes d'obtenir réparation des dommages subis. La Cour a dit que l'immunité ne dépendait ni de l'existence d'un droit à réparation, ni de l'existence d'autres voies de réparation¹⁶³.

82. En résumé, dans le droit fil de ses précédentes décisions, la Cour a confirmé dans l'arrêt qu'elle tenait l'immunité pour une institution purement procédurale. Elle ira toutefois jusqu'à renforcer l'immunité de l'État, concluant que celle-ci n'entraînait pas en conflit avec les normes de *jus cogens*, qu'on ne distinguait aucune exception à l'immunité basée sur des violations graves des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou d'autres normes de *jus cogens*, et que l'« exception territoriale » ne s'appliquait pas à l'immunité de l'État pour les actes *jure imperii*. Enfin, la Cour ne paraît plus considérer que les voies de recours alternatives visées dans son arrêt rendu dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* constituent un outil permettant de prévenir l'impunité.

83. Il semble en première analyse que la position de la Cour pourrait avoir a priori une incidence sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le parallélisme inversé que la Cour elle-même paraît établir entre les affaires relatives aux *Immunités juridictionnelles de l'État* et au *Mandat d'arrêt* contribue sans aucun doute à cette interprétation :

Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, quoique sans mentionner explicitement la notion de *jus cogens*, elle a jugé que le fait qu'un ministre des affaires étrangères était accusé de crimes contraires à des règles ayant indubitablement valeur de *jus cogens* n'interdisait pas à la République démocratique du Congo de demander, comme l'y autorisait le droit international coutumier, à ce que l'intéressé bénéficie de l'immunité [...] [L]e même raisonnement vaut pour l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité d'un État poursuivi devant les tribunaux d'un autre État¹⁶⁴.

84. Le fait que la Cour ait invoqué dans son raisonnement la jurisprudence interne, qui touche parfois plus aux représentants de l'État qu'à l'État lui-même, a peut-être aussi contribué à cette interprétation. L'on ne s'étonnera donc pas que cet arrêt soit parfois invoqué pour soutenir qu'aucune limitation ni exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne peut être tirée de la violation des droits de l'homme ou du droit international humanitaire ou de la commission d'un crime international¹⁶⁵.

85. Il convient toutefois de noter que la Cour elle-même a nettement circonscrit la portée de son arrêt : l'immunité de l'État *stricto sensu*. Elle a ainsi considéré que la décision rendue en l'affaire *Pinochet* n'était pas pertinente dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, l'affaire *Pinochet* ayant trait à l'immunité d'une personne et non à l'immunité d'un État, et à l'immunité de juridiction pénale et non à l'immunité de juridiction civile¹⁶⁶. La Cour opère donc une nette

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid., p. 140, par. 93. Voir, en général, *ibid.*, p. 140 à 142., par. 92 à 97.

¹⁶⁰ Ibid., p. 141, par. 95.

¹⁶¹ Ibid., p. 137, par. 84. *Sed contra*, voir l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade et l'opinion individuelle du juge Bennouna.

¹⁶² Ibid., p. 136 et 137, par. 83 et 84. *Sed contra*, voir l'opinion dissidente du juge ad hoc Gaja.

¹⁶³ Ibid., p. 142 et 143, par. 99 à 101. *Sed contra*, voir les opinions dissidentes des juges Cançado Trindade et Yusuf, et l'opinion individuelle du juge Bennouna.

¹⁶⁴ Ibid., p. 141, par. 95.

¹⁶⁵ Voir par exemple dans la présente section la manière dont la Cour européenne des droits de l'homme a cité en référence cet arrêt dans l'affaire *Jones* (note 30 *supra*).

¹⁶⁶ Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))* [note 31 *supra*], p. 137 et 138, par. 87.

distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'État et celle des représentants de l'État. Cette conclusion ressort plus nettement encore de la déclaration suivante de la Cour :

La Cour conclut que, en l'état actuel du droit international coutumier, un État n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés. En formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État ; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce¹⁶⁷.

86. L'objet du présent rapport n'est pas d'analyser le raisonnement de la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. Si certains des arguments qu'elle a retenus peuvent contribuer, sur le plan théorique, à définir le régime des immunités en droit international, les conclusions formulées à l'occasion de cette espèce n'en sont pas pour autant automatiquement transposables au régime des limitations et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

2. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

87. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur des questions présentant un intérêt pour l'examen des limitations et exceptions à l'immunité dans ses arrêts rendus dans les affaires *Al-Adsani*¹⁶⁸, *McElhinney c. Irlande*¹⁶⁹, *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹⁷⁰ et *Jones*¹⁷¹.

88. Dans toutes ces affaires, la Cour a statué que l'application de l'immunité de l'État devant les juridictions civiles ne constituait pas en soi une violation du droit d'accès aux tribunaux défini au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme). Selon la Cour, des restrictions peuvent être apportées au droit d'accès à un tribunal dès lors que les conditions suivantes sont réunies : a) la restriction est prévue par la loi ; b) il existe un rapport de proportionnalité entre les intérêts que la restriction permet de protéger et les limitations du droit qui en découlent ; et c) la restriction ne prive pas, dans les faits, le requérant de tout droit d'accès à un tribunal¹⁷². De l'avis de la Cour, la règle sur l'immunité des États obéit aux trois conditions, en ce qu'elle est une norme reconnue du droit international coutumier visant à un but légitime, à savoir protéger le principe d'égalité souveraine et maintenir des relations stables et non conflictuelles entre les États, et ne prive pas le requérant de tout droit d'accès à un tribunal, celui-ci pouvant obtenir réparation par d'autres voies, notamment

judiciaire (en saisissant les juridictions d'un autre État) ou diplomatique, ou dans le cadre de négociations internationales menées par l'État dont il est ressortissant¹⁷³.

89. L'on retiendra que la reconnaissance par la Cour de cette compatibilité entre l'immunité de juridiction et le droit d'accès à un tribunal ne vaut que pour l'immunité de juridiction civile de l'État, sauf dans l'affaire *Jones*, où la Cour a statué sur l'immunité de juridiction civile des représentants de l'État, à laquelle elle a appliqué les conclusions qu'elle avait auparavant tirées au sujet de l'immunité de l'État¹⁷⁴.

90. La Cour s'est également prononcée sur d'éventuelles exceptions à la règle de l'immunité, à savoir d'une part l'exception tirée d'actes de torture et de la violation du *jus cogens*, d'autre part « l'exception territoriale ».

91. À l'égard de la torture et des normes de *jus cogens*, la Cour a considéré que, malgré la gravité inhérente à tout comportement constitutif d'une violation d'une norme impérative, notamment de la prohibition de la torture, on ne pouvait discerner dans le droit international, en son état actuel, aucune norme admettant une exception à l'immunité de juridiction civile de l'État sur le fondement d'une violation d'une norme de *jus cogens*¹⁷⁵. Il convient de noter que, dans l'affaire *Kalogeropoulou*, la Cour a suivi les conclusions rendues en l'affaire *Al-Adsani* sans introduire de nouveaux arguments, ajoutant que les requérants disposaient d'autres voies de recours¹⁷⁶. Enfin, dans l'affaire *Jones*, l'on retiendra que, tout en refusant de modifier sa position, la Cour s'est, dans une certaine mesure, prévalu des incertitudes entourant en droit international le régime des exceptions pour motiver sa décision. Elle a notamment fait valoir que la Commission se consacrait déjà au sujet sans que ses travaux aient jamais abouti, et que la pratique internationale évoluait constamment et témoignait de positions divergentes quant à une possible exception tirée de la torture¹⁷⁷. On notera également que la Cour a cité à titre de précédent l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*¹⁷⁸. Néanmoins, la Cour a reconnu expressément qu'il lui semblait qu'un « soutien se dégage[ait] en faveur d'une règle ou exception spéciale en droit international public lorsque des agents d'États étrangers [étaient] assignés au civil pour des actes de torture » et que, « compte tenu des nouveaux développements que conna[issai]t [...] cette branche du droit international public, il s'agi[ssai]t d'une question dont les États contractants dev[aient] suivre l'évolution »¹⁷⁹.

¹⁷³ Voir *Al-Adsani* (note 30 *supra*), par. 54 à 56, *Kalogeropoulou* (note 170 *supra*) ; *McElhinney* (note 169 *supra*), par. 35 à 40 ; et *Jones* (note 30 *supra*), par. 188 et 189.

¹⁷⁴ Voir *Jones* (note 30 *supra*), par. 204 à 206.

¹⁷⁵ Voir *Al-Adsani* (note 30 *supra*), par. 58, 61 et 63 ; et *Jones* (note 30 *supra*), par. 215.

¹⁷⁶ Voir *Kalogeropoulou* (note 170 *supra*).

¹⁷⁷ Voir *Jones* (note 30 *supra*), par. 95 à 154 et 193 à 195. À l'opposé, dans son opinion dissidente, la juge Kalaydjieva a soutenu qu'il fallait revoir la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani* (note 30 *supra*). Voir également l'opinion concordante du juge Bianku, qui offre une perspective différente.

¹⁷⁸ Voir *Jones* (note 30 *supra*), par. 198.

¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 213 à 215.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 139, par. 91.

¹⁶⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani* (voir *supra* la note 30).

¹⁶⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96, CEDH 2001-XI (extraits).

¹⁷⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (déc.), n° 59021/00, CEDH 2002-X.

¹⁷¹ *Jones* (voir *supra* la note 30).

¹⁷² Voir les affaires *Al-Adsani* (note 30 *supra*), par. 53 ; *Kalogeropoulou* (note 170 *supra*) ; *McElhinney* (note 169 *supra*), par. 34 ; et *Jones* (note 30 *supra*), par. 186 et 187.

92. L'on se souviendra d'autre part qu'un certain nombre de membres de la Cour, rejetant l'idée qu'une telle exception n'existait pas, ont publié des opinions dissidentes dans les affaires *Al-Adsani*, *Kalogeropoulou* et *Jones*, où ils ont souligné que, en tant que norme du *jus cogens*, l'interdiction de la torture l'emportait sur toute autre norme du droit international ne relevant pas de cette catégorie, y compris les normes de droit international régissant l'immunité de juridiction civile. Ces opinions ont pesé un poids considérable dans l'affaire *Al-Adsani*, la décision ayant été adoptée à une courte majorité (neuf voix contre huit)¹⁸⁰.

93. Saisie de la question de l'«exception territoriale» dans l'affaire *McElhinney*, la Cour a conclu qu'une telle exception ne s'appliquait pas aux circonstances de l'espèce, à savoir les voies de fait commis sur un ressortissant irlandais par un membre des forces armées britanniques sur le territoire de l'Irlande au cours d'incidents ayant eu lieu à la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande. La Cour a tiré cette conclusion d'une interprétation restrictive de l'exception territoriale, dont elle a dit qu'elle ne s'appliquait qu'aux dommages corporels «assurables» causés à l'occasion d'activités *jure gestionis*. À l'inverse, elle a considéré que les actes attaqués revêtaient incontestablement le caractère d'actes accomplis à titre officiel (actes *jure imperii*), dont devait répondre le Royaume-Uni, d'où elle a conclu que l'immunité de juridiction civile du Royaume-Uni pouvait être mise en jeu¹⁸¹. La Cour a par ailleurs paru faire une grande place dans son raisonnement au fait que le requérant disposait d'autres voies de recours, celui-ci pouvant notamment saisir les juridictions du Royaume-Uni¹⁸².

94. On retiendra tout particulièrement que, tout en refusant de reconnaître quelque exception, la Cour européenne a déclaré sans équivoque que l'interdiction de la torture était une norme de *jus cogens* et qu'elle revêtait un caractère absolu. Aucune dérogation ne pouvait être apportée aux obligations naissant d'une violation de cette interdiction ou de tout autre droit pouvant être lié accessoirement à cette interdiction¹⁸³. On notera ainsi que, dans l'affaire *Al-Adsani*, la Cour a défini l'immunité de juridiction civile non pas comme une institution privant les juridictions britanniques du pouvoir de punir les auteurs d'actes de torture, mais comme une institution pouvant empêcher les juridictions britanniques de demander réparation à un État étranger pour des actes de torture perpétrés par des représentants de cet État¹⁸⁴. Cet argument mérite sans aucun doute d'être réaffirmé dans le présent rapport.

¹⁸⁰ Voir l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić. Voir également l'opinion dissidente du juge Loucaides dans l'affaire *McElhinney* (note 169 *supra*).

¹⁸¹ Voir l'affaire *McElhinney* (note 169 *supra*), notamment le paragraphe 38. Par comparaison, voir l'opinion dissidente du juge Rozakis, l'opinion dissidente commune des juges Caflisch, Cabral Barreto et Vajić, et l'opinion dissidente du juge Loucaides.

¹⁸² Voir par. 39. Certains des juges ont contesté cet argument ou ne l'ont pas jugé pertinent pour l'affaire en question, les actes ayant été commis envers un ressortissant irlandais en Irlande, d'où il s'ensuivait que le ressortissant devrait d'abord demander réparation auprès de la juridiction irlandaise territorialement compétente. Voir l'opinion dissidente du juge Rozakis, l'opinion dissidente commune des juges Caflisch, Cabral Barreto et Vajić, et l'opinion dissidente du juge Loucaides.

¹⁸³ Voir l'affaire *Al-Adsani* (note 30 *supra*), par. 59.

¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 40 à 41.

95. Quoi qu'il en soit, les décisions rendues par la Cour sur les exceptions à l'immunité de juridiction civile de l'État dans les affaires citées précédemment permettent d'identifier plusieurs éléments présentant un intérêt aux fins du présent rapport :

a) l'immunité de juridiction civile de l'État est considérée comme une exception ou une limitation au droit d'accès aux tribunaux et, partant, comme une exception à l'exercice de la compétence de l'État du for ;

b) bien que compatible avec le droit d'accès à la justice, cette restriction ne saurait donner lieu à une privation totale dudit droit, la Cour visant à cet égard les «autres voies de réparation» que la Cour internationale de Justice avait déjà invoquées dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* ;

c) la prohibition de la torture est une norme de *jus cogens* ; c'est une interdiction absolue qui ne souffre aucune dérogation.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme restreignant, directement ou implicitement, la portée de ses décisions à l'immunité de juridiction civile de l'État¹⁸⁵, il ne semble pas fondé de conclure des arrêts en question que les représentants de l'État jouissent d'une immunité de juridiction civile absolue ou qu'il n'existe aucune exception à cette immunité.

3. JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

96. Diverses juridictions pénales internationales ont eu à connaître de l'immunité de juridiction des représentants de l'État dans l'exercice de leurs attributions. Bien que les décisions rendues relèvent de la compétence pénale internationale, certains des arguments avancés peuvent présenter un intérêt aux fins du présent rapport, dans la mesure où ils se rapportent à un large éventail de questions, notamment à la manière dont l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État est invoquée devant les juridictions pénales internes.

97. Dès l'origine, le Tribunal militaire international de Nuremberg a indiqué qu'un accusé ne pouvait se prévaloir de ses fonctions officielles, ni du fait d'avoir agi sous ordres, pour écarter sa responsabilité, et que les crimes relevant de sa compétence traduisaient les obligations juridiques que le droit international imposait directement aux personnes, qui ne pouvaient invoquer le lien les unissant à l'État pour se soustraire à ces obligations ou échapper aux poursuites judiciaires. La Commission a tenu compte du Statut et des jugements du Tribunal lorsqu'elle a élaboré les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal (dits «Principes de Nuremberg»), qui sont analysés plus loin et auxquels elle se réfère constamment dans ses travaux sur d'autres sujets, dont le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Voir à ce sujet le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale, *Annuaire... 2014*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 96, par. 43, ainsi que le quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale, *Annuaire... 2015*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 45 et 46.

¹⁸⁶ Voir *infra* la section E.

Il convient également de rappeler que l'apport du Tribunal de Nuremberg à la définition du principe de responsabilité pénale individuelle a été un élément fondateur du droit pénal international moderne. Les décisions des juridictions pénales internationales qui, depuis la fin du XX^e siècle, exercent les mêmes fonctions que ce tribunal sont analysées ci-après.

98. Statuant sur le lien entre l'immunité des représentants de l'État et les crimes internationaux, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a fait observer que tant les juridictions pénales internationales que les juridictions internes reconnaissent l'existence d'une exception aux normes régissant l'immunité *ratione materiae*, le Tribunal précisant notamment dans l'affaire *Blaškić* que l'exception

[naît] des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. D'après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles¹⁸⁷.

99. Le Tribunal a maintenu sa position à l'occasion d'autres affaires, y compris au regard de l'immunité *ratione personae*. Cependant, il convient de noter que, dans ces affaires, le Tribunal semble se réserver à lui seul la possibilité de connaître des exceptions, à l'exclusion des juridictions internes¹⁸⁸. En outre, s'appuyant sur le Statut du Tribunal de Nuremberg, il définit cette exception au sens large : « [I]l n'est pas exact de dire qu'une telle immunité existe dans les tribunaux pénaux internationaux¹⁸⁹ ».

100. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a lui aussi refusé d'admettre l'immunité *ratione personae*, notamment dans l'affaire *Taylor*, où l'accusé était poursuivi pour des violations graves du droit international humanitaire. Dans cette décision, le Tribunal a tiré sa conclusion non pas du type d'infraction commise, mais de son caractère même de Tribunal spécial, se qualifiant de tribunal pénal international. Face au moyen alléguant que M. Taylor était protégé par l'immunité *ratione personae*, la Chambre d'appel a déclaré que l'immunité « proc[édait] de l'égalité entre États souverains et ne s'appliqu[ait] donc pas aux tribunaux pénaux internationaux, qui ne sont pas des organes étatiques mais tiennent

leur mandat de la communauté internationale¹⁹⁰ ». Elle en a conclu que « l'égalité souveraine des États n'empêche pas qu'un chef d'État soit poursuivi par une juridiction pénale internationale¹⁹¹ ».

101. La question de l'immunité des représentants de l'État (et notamment de l'immunité *ratione personae*) a aussi été soulevée devant la Cour pénale internationale au sujet de situations au Darfour, au Kenya et en Libye. Beaucoup des accusés ont fait valoir leur qualité officielle, et partant leur immunité, sans toutefois être présents au procès (ou du moins présents en permanence). Dans d'autres affaires, en particulier dans l'affaire *Al Bashir*¹⁹², la question de l'immunité a été soulevée au regard de l'obligation de coopérer avec la Cour énoncée au chapitre IX du Statut de Rome.

102. Quand bien même dans toutes ces affaires les griefs étaient nés de l'exécution de mandats d'arrêt ou de citations à comparaître décernés par la Cour, ils ont conduit invariablement à s'interroger sur l'étendue de la compétence de la Cour et à se demander si l'exercice de ladite compétence pouvait se heurter à un « obstacle procédural ». Dans chaque affaire, la Cour a déclaré qu'on ne pouvait retenir ni l'immunité *ratione personae* ni l'immunité *ratione materiae*.

103. S'agissant de la situation au Darfour, la Cour pénale internationale a écarté l'immunité dans les affaires *Al Bashir (ratione personae)* et *Abdel Hussein*¹⁹³ (*ratione materiae*). Dans les deux espèces, la Chambre préliminaire a estimé, en délivrant son mandat d'arrêt, que les représentants de l'État objet des poursuites ne pouvaient pas faire valoir leur immunité, sur le fondement de l'article 27 du Statut de Rome et des pouvoirs dont dispose le Conseil de sécurité pour déférer une affaire à la Cour en vertu de l'article 13 *b* du Statut. Dans une interprétation commune des deux dispositions, la Cour a conclu que le défaut de pertinence de la qualité officielle et l'impossibilité d'invoquer les immunités nationales et internationales s'appliquaient pleinement aux affaires du Darfour, que l'État concerné ait ratifié le Statut de Rome ou non. Elle a déclaré que,

en déférant à la Cour la situation au Darfour en vertu de l'article 13 *b* du Statut, le Conseil de sécurité de l'[Organisation des Nations Unies] a[vait] également accepté que l'enquête sur ladite situation, ainsi que toute poursuite qui en découlerait, se déroulent conformément au cadre conjointement défini par le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14, arrêt, 29 octobre 1997, *Recueils judiciaires 1997*, p. 1056, au paragraphe 41.

¹⁸⁸ Voir les affaires suivantes : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur du Tribunal c. Radovan Karadžić et Ratko Mladić*, affaire n° IT-95-5, Chambre de première instance, décision concernant une proposition de demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal adressée à la République de Bosnie-Herzégovine concernant Radovan Karadžić, Ratko Mladić et Mico Stanišić, 16 mai 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, p. 850, à la page 870, par. 24 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, affaire n° IT-02-54, Chambre de première instance, décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, par. 31 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, jugement, 10 décembre 1998, *Recueils judiciaires 1998*, p. 466, à la page 560, par. 140 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković*, affaires n° IT-96-23-T et n° IT-96-23/1-T, Chambre de première instance I, jugement, 22 février 2001, par. 494.

¹⁸⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-A, Chambre d'appel, arrêt relatif à la demande d'injonctions, 1^{er} juillet 2003, par. 26.

¹⁹⁰ Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Taylor*, affaire n° SCSL 2003-01-I, Chambre d'appel, décision sur l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, ILR, vol. 128, p. 239, à la page 264, par. 51.

¹⁹¹ *Ibid.*, par. 52.

¹⁹² Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09. Les décisions relatives à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante : www.icc-cpi.int/darfur/albashir?ln=fr.

¹⁹³ Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, affaire n° ICC-02/05-01/12. Les décisions relatives à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante : www.icc-cpi.int/darfur/hussein?ln=fr.

¹⁹⁴ Voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09, Chambre préliminaire I, décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, 4 mars 2009, par. 45. Il convient de noter que, sur le fondement de la décision prise par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 13 *b* du Statut de Rome, la Cour s'était déjà déclarée

104. La Cour a par ailleurs affirmé sa compétence eu égard aux fins poursuivies, rappelant que l'un des buts fondamentaux était de combattre l'impunité et qu'il fallait veiller à traduire en justice les auteurs de crimes graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale.

105. La Cour a suivi le même raisonnement lorsqu'elle s'est prononcée sur l'obligation de coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise du Président Al Bashir. Elle a conclu que M. Al Bashir ne jouissait pas de l'immunité au regard du droit international, celle-ci ayant été implicitement levée par le Conseil de sécurité, qui avait aussi imposé au Soudan une obligation générale de coopérer avec la Cour¹⁹⁵. La Cour a usé d'un argument semblable dans les affaires *Muammar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Al-Senussi* concernant la situation en Libye¹⁹⁶.

106. Toutefois, dans les affaires *Kenyatta* et *Ruto* sur la situation au Kenya, la Cour n'a pas repris expressément cet argument. Dans les deux affaires, la défense avait prié la Cour d'excuser les accusés d'être présents à leur procès, de façon qu'ils puissent dûment s'acquitter de leur charge de président et de vice-président du Kenya. La Cour a refusé de prendre en compte ces circonstances, du fait qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale « la norme de l'immunité avait été révisée en faveur de la compétence des juridictions internationales pour leur permettre de juger les chefs d'État et d'autres responsables de haut rang accusés de violations du droit pénal international¹⁹⁷ ». Selon la Cour, l'article 27 du Statut de Rome vise avant tout à donner corps à ce principe¹⁹⁸.

107. Une approche semblable à celle adoptée dans les affaires *Kenyatta* et *Ruto* avait déjà été suivie par la Cour dans des affaires antérieures concernant le refus du Malawi et du Tchad d'apporter leur coopération à l'arrestation du Président Al Bashir. Dans ces affaires, la Cour avait

compétente pour connaître d'une affaire dans laquelle une personne qui n'était pas ressortissante d'un État partie était soupçonnée d'avoir commis des crimes relevant de la compétence de la Cour sur le territoire d'un État n'ayant pas ratifié le Statut (ibid., par. 41 à 43). Pour une approche semblable, voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, affaire n° ICC-02/05-01/12, Chambre préliminaire, *decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein*, 1^{er} mars 2012, par. 8.

¹⁹⁵ Voir *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09, Chambre préliminaire II, décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014, par. 29.

¹⁹⁶ Voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, affaire n° ICC-01/11, Chambre préliminaire I, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 27 juin 2011, par. 9.

¹⁹⁷ Voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11-777, Chambre de première instance V (A), *decision on Mr Ruto's request for excusal from continuous presence at trial*, 18 juin 2013, par. 67. Il convient de rappeler que, pour prendre sa décision, la Chambre de première instance s'est appuyée sur les décisions du Tribunal de Nuremberg, d'autres juridictions pénales internationales, la Charte des Nations Unies et les travaux de la Commission (voir par. 66 à 70).

¹⁹⁸ Ibid., par. 69. Voir également Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta*, affaire n° ICC-01/09-02/11-830, Chambre de première instance V (B), *decision on defence request for conditional excusal from continuous presence at trial*, 18 octobre 2013, opinion individuelle concordante du juge Eboe-Osuij, par. 32.

constaté que « le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'État lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation d'un chef d'État pour la commission de crimes internationaux¹⁹⁹ ».

108. En définitive, il ressort des décisions susmentionnées que les juridictions pénales internationales, y compris la Cour pénale internationale, ont catégoriquement refusé de faire droit à l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, dont des représentants de l'État se sont prévalus devant elles. Certaines d'entre elles ont même considéré que les juridictions nationales pouvaient également, à titre exceptionnel, écarter l'immunité. Il convient de noter que les décisions rendues en la matière ont fait apparaître le problème de la coopération entre juridictions internes et juridictions internationales et de l'effet possible d'une telle coopération sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État – une question qui sera analysée plus loin dans le présent rapport²⁰⁰.

D. Jurisprudence interne

109. Dans ses troisième et quatrième rapports, la Rapporteuse spéciale a examiné la jurisprudence interne relative aux bénéficiaires de l'immunité et aux actes couverts par l'immunité²⁰¹. La présente section examinera les décisions prises par des juridictions internes qui ont été amenées à statuer sur l'application ou non de l'immunité dans certains cas d'espèce et dont les conclusions présentent un intérêt pour l'étude des limitations et exceptions à l'immunité. Par souci de clarté, il faut rappeler que les décisions de justice examinées ici concernent aussi bien l'immunité *ratione personae* que l'immunité *ratione materiae*. Bien que l'analyse porte principalement sur les décisions des juridictions pénales, les décisions des juridictions civiles sont également prises en compte quand elles sont jugées pertinentes, comme cela a été le cas dans les rapports précédents.

110. S'agissant des décisions en matière d'immunité *ratione personae*, l'on retiendra que la quasi-totalité des juridictions pénales nationales ont conclu que les chefs d'État (et, dans certains cas, d'autres hauts responsables) bénéficiaient de l'immunité de juridiction pénale étrangère durant leur mandat. Les tribunaux ont admis l'immunité pleine et entière pour diverses infractions²⁰², y compris les

¹⁹⁹ Voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09, Chambre préliminaire I, décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011, par. 43. Le même argument a été appliqué dans ibid., décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011, par. 13, *in fine*.

²⁰⁰ Voir chap. III, sec. B.

²⁰¹ Voir *Annuaire... 2014*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 93 à 95, par. 29 à 38; et *Annuaire... 2015*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 49 à 60.

²⁰² Voir les affaires suivantes : République fédérale d'Allemagne, *Re Honecker*, Cour suprême fédérale, arrêt du 14 décembre 1984, ILR, vol. 80, p. 366 (action pénale intentée contre le Président du Conseil d'État de la République démocratique allemande – l'équivalent du chef

(Suite de la note page suivante.)

crimes internationaux²⁰³, tirant fondement de l'existence de principes ou de normes de droit international coutumier. Parfois, les tribunaux ont également admis l'immunité *ratione personae* par voie d'*obiter dictum* dans des affaires concernant l'immunité *ratione materiae*²⁰⁴. Dans certaines affaires, l'immunité a été constatée, en vertu de pouvoirs discrétionnaires qui leur sont accordés, par le procureur général ou un autre fonctionnaire dont l'intervention est indispensable au déclenchement de l'action pénale²⁰⁵.

(Suite de la note 202.)

d'État – pour détention illégale); Allemagne, *In re Hussein*, Haute Cour régionale de Cologne, arrêt du 16 mai 2000, 2 Zs 1330/99, par. 10 à 15, cité dans Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, p. 151 (action intentée contre le chef d'État iraquien Saddam Hussein pour prise d'otages et utilisation d'otages afin de défendre les cibles pendant la seconde guerre du Golfe; la Cour a conclu que ses actions n'étaient pas des infractions au droit international); France, *In re Bouteflika*, n° 01-83440, Cour de cassation, arrêt du 13 novembre 2001 (affaire de diffamation et d'insultes publiques).

²⁰³ Voir les affaires suivantes: Espagne, *Teodoro Obiang Nguema et Hassan II*, Audiencia Nacional (Haute Cour d'Espagne), décision de la cinquième chambre d'instruction centrale, 23 décembre 1998; Espagne, *Fidel Castro*, Audiencia Nacional, chambre pénale, décision n° 1999/2723, 4 mars 1999 (voir également ordonnances de la deuxième chambre d'instruction centrale de l'Audiencia Nacional, 19 novembre 1998 et 4 novembre 1999); Espagne, *Milosevic*, Audiencia Nacional, première chambre d'instruction centrale, ordonnance, 25 octobre 1999; Espagne, *Alan García Pérez et Alberto Fujimori*, Audiencia Nacional, décision, 15 juin 2001; Espagne, *Silvio Berlusconi*, Audiencia Nacional, décision n° 262/97, 27 mai 2002; Belgique, *Re Sharon et Yaron, HSA c. SA (Ariel Sharon) et YA (Amos Yaron)*, Cour de cassation, 12 février 2003, ILR, vol. 127, p. 123 (les accusés devaient répondre des crimes suivants: génocide, crimes de guerre et violations graves des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels s'y rapportant); Espagne, *Hugo Chávez*, Audiencia Nacional, quatrième chambre d'instruction centrale, 24 mars 2003; Royaume-Uni, *Re Mofaz*, Bow St. Magistrates' Court, arrêt, 12 février 2004, ILR, vol. 128, p. 709 (concernant une demande de délivrance d'un mandat d'arrêt contre le Ministre de la défense israélien, accusé de violations graves des Conventions de Genève); Royaume-Uni, *Tatchell v. Mugabe*, Bow St. Magistrates' Court, arrêt, 14 janvier 2004, ILR, vol. 136, p. 572 (demande de délivrance d'un mandat d'arrêt contre le Chef d'État zimbabwéen, accusé d'actes de torture); Pays-Bas, *Ville de La Haye c. les Pays-Bas*, tribunal de district de La Haye, arrêt, 4 mai 2005, L.JN AT5152, KG 05/432, par. 3.6 [une affaire atypique visant le Président des États-Unis George Bush, accusé d'avoir abusé de ses pouvoirs en vertu de la loi de 2001 sur la protection des agents au service des États-Unis (*American Service Members' Protection Act*), qui l'autorisait à ordonner le recours à la force, en certaines circonstances, contre des personnes placées en détention par la Cour pénale internationale]; Royaume-Uni, *Re Bo Xilai*, Bow St. Magistrates' Court, arrêt, 8 novembre 2005, ILR, vol. 128, p. 713 (demande de délivrance d'un mandat d'arrêt contre le Ministre du commerce chinois, accusé de torture); Espagne, *Rwanda (Kagame)*, Audiencia Nacional, décision n° 3/2008, 6 février 2008, ILDC 1198 (ES 2008), par. 4 (la Haute Cour espagnole a estimé que le Président Kagame ne pouvait pas être accusé de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou d'actes de terrorisme, alors même qu'elle avait autorisé la traduction en justice de personnes qualifiées de représentants de l'État, leur refusant donc implicitement l'immunité *ratione materiae*).

²⁰⁴ Voir Belgique, *Re Pinochet*, tribunal de première instance de Bruxelles, arrêt, 6 novembre 1998, ILR, vol. 119, p. 345, aux pages 345 à 349.

²⁰⁵ Voir les affaires suivantes: Australie, *In re Rajapaksa*, décision de l'Attorney general, 25 octobre 2011, citée dans Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, p. 139 (action intentée contre le Chef d'État du Sri Lanka pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité); Allemagne, *In re Jiang Zemin*, Cour suprême fédérale, décision du Procureur, 24 juin 2005, 3 ARP 654/03-2, par. 1 [action intentée contre l'ancien Chef d'État chinois Jiang Zemin, accusé de génocide, de crimes contre l'humanité et de torture (le Procureur fédéral a statué sur l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*)]; Laurent Kabila: après qu'une plainte a été déposée contre le Chef d'État de la République démocratique du Congo, le Procureur général a décidé de classer l'affaire à la suite d'une requête aux fins d'application de l'immunité (cité dans Pedretti, *Immunity of Heads of State...*, p. 152).

Enfin, si les juridictions nationales se sont généralement prononcées en faveur de l'immunité dans les actions intentées contre des représentants de l'État, il convient de noter qu'en une occasion une juridiction a sollicité un avis consultatif avant de statuer²⁰⁶.

111. Dans certaines affaires, les juridictions internes ont estimé que l'immunité *ratione personae* ne pouvait être écartée que si un traité international établissait clairement qu'elle avait été levée ou qu'elle ne pouvait pas être invoquée ou si le traité établissait une exception à cet égard²⁰⁷. Cas exceptionnels, une juridiction a statué en faveur de la reconnaissance d'une exception à l'immunité *ratione personae* en cas d'infraction au droit international²⁰⁸, tandis qu'une autre a évoqué ce type d'exception, sans toutefois la décrire, se contentant d'un libellé générique («dispositions [...] contraires s'imposant aux parties concernées»)²⁰⁹. Enfin, il est à noter qu'une juridiction française a déclaré qu'un chef d'État en exercice ne bénéficiait pas de l'immunité de juridiction pénale pour des actes de corruption et d'autres actes analogues²¹⁰.

112. Les juridictions civiles ont également admis l'immunité *ratione personae* de chefs d'État poursuivis pour crimes graves²¹¹, par voie d'*obiter dictum* dans certaines

²⁰⁶ Voir également Sierra Leone, *Sesay (Issa) and ors v. President of the Special Court of Sierra Leone and ors*, Cour suprême, arrêt, 14 octobre 2005, SC 1/2003, ILDC 199 (SL 2005), par. 52 (la Cour a conclu qu'un chef d'État bénéficiait de l'immunité de juridiction pénale étrangère, qu'elle puisse ou non être invoquée devant une juridiction internationale).

²⁰⁷ Voir également les affaires suivantes: Belgique, *Re Sharon et Yaron, HSA c. SA* (note 203 *supra*), p. 123 et 124 (la Cour de cassation belge a estimé que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le Statut de Rome et les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels s'y rapportant ne remplissaient pas ces critères); Pays-Bas, *Ville de La Haye c. les Pays-Bas* (note 203 *supra*), par. 3.6 (dans cette affaire, le tribunal a estimé que la seule exception à l'immunité des chefs d'État était celle prévue par l'article 27 du Statut de Rome).

²⁰⁸ Voir Allemagne, *In re Hussein* (note 202 *supra*) [tout en estimant que le Président iraquien bénéficiait de l'immunité *ratione personae*, la Haute Cour a déclaré que cette immunité pouvait être refusée en cas d'infraction au droit international, aucune infraction de cette nature n'ayant toutefois été commise dans l'affaire en question].

²⁰⁹ Voir France, Cour de cassation, *Kadhafi*, Chambre criminelle, arrêt n° 1414, 13 mars 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 474. Dans son arrêt, la Cour de cassation a déclaré, à propos des crimes de terrorisme comme ceux dont le Chef d'État libyen était accusé, qu'«en l'état du droit international, le crime dénoncé quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice». L'arrêt ne précise pas quelles seraient ces exceptions; il se borne à constater que «la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger». Quoi qu'il en soit, la Cour a reconnu que M. Kadhafi bénéficiait de l'immunité *ratione personae*. Dans cette affaire, il est à noter que la cour d'appel de Paris avait refusé l'immunité en invoquant «la pratique générale acceptée par tous, y compris par la France, comme étant le droit, selon laquelle l'immunité ne couvre que les actes de puissance publique ou d'administration publique accomplis par le chef de l'État, à condition qu'ils ne soient pas considérés comme des crimes internationaux» (cour d'appel de Paris, arrêt, 20 octobre 2000, *ibid.*, p. 475, à la page 476).

²¹⁰ Voir France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, cour d'appel de Paris, pôle 7, deuxième chambre d'instruction, requête en annulation, arrêt, 13 juin 2013; et cour d'appel de Paris, pôle 7, deuxième chambre d'instruction, demande d'annulation de l'arrêt, 16 avril 2015.

²¹¹ Voir Belgique, *Mobutu c. SA Coton*, tribunal civil de Bruxelles, arrêt, 29 décembre 1988, ILR, vol. 91, p. 260 (action intentée contre le Président Mobutu, Chef d'État du Zaïre).

affaires²¹². En une occasion toutefois, une cour a restreint l'immunité *ratione personae* d'un chef d'État en exercice aux actes officiels, à l'exclusion des actes privés²¹³.

113. Les décisions des juridictions sud-africaines amenées à trancher si les autorités sud-africaines devaient arrêter le Président Al Bashir en exécution du mandat d'arrêt délivré par la Cour pénale internationale méritent qu'on s'y arrête. La Haute Cour et la Cour de cassation de l'Afrique du Sud ont toutes deux statué que l'immunité *ratione personae* ne s'appliquait pas à un chef d'État étranger en exercice²¹⁴, tirant fondement de l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale et du droit sud-africain, qui dispose expressément qu'aucun représentant d'un État étranger poursuivi pour génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre ne peut bénéficier de l'immunité. La Cour constitutionnelle sud-africaine a été saisie d'un recours contre l'arrêt rendu par la Cour de cassation; l'affaire était toujours pendante au moment de l'établissement du présent rapport.

114. Les juridictions pénales internes ont toutefois davantage statué sur l'immunité *ratione materiae* des représentants d'États étrangers que sur leur immunité *ratione personae*. Les positions adoptées par les États dans ces affaires convergent moins, encore que l'on puisse constater que, dans un certain nombre de cas, les tribunaux nationaux ont reconnu l'existence de limitations et exceptions à l'immunité en présence de crimes internationaux²¹⁵, de crimes de corruption ou liés à la corrup-

tion²¹⁶ et d'autres crimes de droit international tels que le terrorisme, le sabotage et la destruction de biens et les homicides commis à l'occasion de ces crimes²¹⁷. On se souviendra également que des juridictions nationales ont, dans certaines affaires, jugé des représentants d'un État étranger accusés de crimes internationaux sans se prononcer expressément sur l'immunité²¹⁸.

115. Pour refuser d'appliquer l'immunité *ratione materiae*, les juridictions nationales ont cependant utilisé divers arguments. Si certaines ont invoqué la gravité

la Cour suprême italienne a également affirmé que les représentants de l'État qui avaient commis des crimes internationaux ne bénéficiaient pas de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale (Italie, *Ferrini c. la République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, arrêt, 11 mars 2004, ILR, vol. 128, p. 674). Dans l'affaire *Jones*, bien que la Chambre des lords ait reconnu l'immunité de juridiction civile, elle a réaffirmé que l'immunité de juridiction pénale ne s'appliquait pas en cas de torture [Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (Kingdom of Saudi Arabia)*, Chambre des lords, arrêt, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 AC]. Enfin, l'on notera que la Haute Cour fédérale d'Éthiopie, certes dans le contexte d'une action intentée contre un ressortissant éthiopien, a affirmé l'existence d'une règle de droit international empêchant l'application de l'immunité à un ancien chef d'État accusé de crimes internationaux [*Procureur spécial c. Hailemariam*, Haute Cour fédérale, arrêt, 9 octobre 1995, ILDC 555 (ET 1995)].

²¹⁶ Voir les affaires suivantes : Suisse, *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal fédéral, arrêt, 22 décembre 2005, arrêts du Tribunal fédéral 132 II (affaire de détournement de fonds publics); Chili, *Fujimori* (note précédente), par. 15 à 17 (l'arrêt a été rendu à la suite d'une demande d'extradition pour violations graves des droits de l'homme et corruption); France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, cour d'appel de Paris, arrêt, 13 juin 2013, et demande d'annulation de l'arrêt, 16 avril 2015 (note 210 *supra*).

²¹⁷ Voir les affaires suivantes : France, *DC 10 d'UTA*, Cour d'assises spéciale de Paris, arrêt, 10 mars 1999 (six responsables libyens de rangs divers ont été condamnés par contumace à la réclusion à perpétuité pour l'attentat qui a détruit un DC 10 d'UTA en 1989. L'avion s'était écrasé dans le désert du Ténéré, provoquant la mort de 170 personnes); Nouvelle-Zélande, *R. v. Mafart and Prieur* (affaire *Rainbow Warrior*), Haute Cour d'Auckland, arrêt, 22 novembre 1985 (attentat à l'explosif commis par des membres des forces armées et des services de sécurité français contre le *Rainbow Warrior*, ayant causé la perte du navire et la mort de plusieurs personnes, et qualifié d'acte terroriste); France, *Association des familles des victimes du Joola*, affaire n° 09-84818, Cour de cassation, arrêt, 19 janvier 2010 (qui a confirmé le mandat d'arrêt contre le Ministre des transports, le chef d'état-major des forces armées et le chef d'état-major de la marine à la suite des événements ayant causé la perte du navire *Joola*).

²¹⁸ On peut citer à titre d'exemple l'affaire *Barbie* portée devant les tribunaux français : France, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes* et al. *c. Barbie*, Cour de cassation, arrêts, 6 octobre 1983, 26 janvier 1984 et 20 décembre 1985, ILR, vol. 78, p. 125; *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes* et al. *c. Barbie*, cour d'assises du Rhône, arrêt, 4 juillet 1987, ILR, vol. 78, p. 148; et Cour de cassation, arrêt, 3 juin 1988, ILR, vol. 100, p. 330. Précédemment, le tribunal de district de Jérusalem avait reconnu Eichmann coupable de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de crimes contre le peuple juif, rejetant l'argument selon lequel, en tant que chef de la section des affaires juives de la Gestapo, il devrait être considéré comme ayant accompli des « actes de gouvernement » (Israël, *Procureur général c. Eichmann*, Cour suprême, arrêt, 29 mai 1962, ILR, vol. 36, p. 309 et 310). Par ailleurs, l'Audiencia Nacional espagnole a poursuivi plusieurs représentants d'États étrangers pour crimes internationaux sans juger nécessaire de statuer sur l'immunité, dans les affaires *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* et *Tibet*. Dans l'affaire *Rwanda*, cependant, la Haute Cour d'Espagne s'est prononcée contre la traduction en justice du Président Kagame au motif qu'il bénéficiait de l'immunité. De même, dans l'affaire *Tibet*, elle s'est opposée à la traduction en justice du Président Hu Jintao; cependant, le 9 octobre 2013, après la fin de son mandat, la deuxième chambre d'instruction centrale de la Haute Cour a rendu un arrêt autorisant la mise en examen de l'ancien Président chinois, affirmant qu'il ne jouissait plus de l'« immunité diplomatique ».

²¹² Voir Grèce, *Margellos c. République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême, arrêt, 17 septembre 2002, ILR, vol. 129, p. 525, à la page 532 (demande de réparation à l'Allemagne pour des actes commis pendant la Seconde Guerre mondiale; la Cour a estimé qu'en dépit de l'évolution du droit international les hauts responsables d'un État étranger continuaient de bénéficier de l'immunité, même lorsqu'ils étaient accusés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité).

²¹³ Voir France, *Mobutu et République du Zaïre c. Société Logrine*, cour d'appel de Paris, arrêt, 31 mai 1994, ILR, vol. 113, p. 481, à la page 484.

²¹⁴ Voir *Southern Africa Litigation Centre* (note 33 *supra*), sect. 28.

²¹⁵ Voir les affaires suivantes : Royaume-Uni, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Chambre des lords, UKHL 17, [2000] 1 AC 147; Belgique, *Re Pinochet* (note 204 *supra*), p. 349; Allemagne, *In re Hussein* (note 202 *supra*), par. 11 (la Cour a statué en partant de l'hypothèse que le Président Hussein n'était plus en fonction); Pays-Bas, *Bouterse*, cour d'appel d'Amsterdam, arrêt, 20 novembre 2000 (la Cour suprême a ultérieurement cassé l'arrêt, elle l'a toutefois fait en invoquant non pas l'immunité mais une violation du principe de non-rétroactivité et la portée limitée de la compétence universelle; voir arrêt du 18 septembre 2001); Belgique, *Re Sharon et Yaron* (note 203 *supra*), p. 123 (tout en accordant l'immunité *ratione personae* à Ariel Sharon, la Cour a poursuivi Amos Yaron, qui, lors de la perpétration des faits en cause, était le chef des forces armées israéliennes ayant participé aux massacres de Sabra et Chatila); Chili, *Fujimori*, affaire n° 5646-05, Cour suprême, juge de première instance, arrêt, 11 juillet 2007, par. 15 à 17 (l'arrêt a été rendu à la suite d'une demande d'extradition pour violations graves des droits de l'homme et corruption); Pays-Bas, *H. c. Procureur général*, Cour suprême, arrêt, 8 juillet 2008, ILDC 1071 (NL 2008), par. 7.2; Italie, *Lozano c. Italie*, Cour de cassation, arrêt, 24 juillet 2008, ILDC 1085 (IT 2008), par. 6; Suisse, *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal pénal fédéral, arrêt, 25 juillet 2012, BB.2011.140; Royaume-Uni, *Queen's Bench Division, Divisional Court, FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire du Prince Nasser), Haute Cour de justice, arrêt, 7 octobre 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin.) [l'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il a été rendu en tant que *consent order*, c'est-à-dire sur la base d'un accord entre les plaignants et le ministère public (*Director of Public Prosecutions*), dans lequel celui-ci admettait que les actes de torture dont le Prince Nasser était accusé n'étaient pas couverts par l'immunité *ratione materiae*]. Dans une procédure civile,

des infractions commises par le représentant de l'État²¹⁹, d'autres ont écarté l'immunité sur le fondement d'une violation des normes de *jus cogens*²²⁰, ou en faisant valoir que les actes en question ne pouvaient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, la perpétration de tels crimes ne pouvant en aucune circonstance être considérée comme relevant d'une fonction ordinaire de l'État ou d'un représentant de l'État²²¹.

116. Des juridictions civiles ont également refusé d'appliquer l'immunité dans les mêmes cas d'espèce que ceux mentionnés au paragraphe précédent, en fondant principalement leur décision sur le caractère de *jus cogens* des normes internationales enfreintes (pour la plupart, des normes relatives aux droits de l'homme ou prévoyant l'interdiction de certains types de comportements tels que la torture) ou en qualifiant d'actes *ultra vires* les actes du représentant de l'État à l'origine de l'action civile, dès lors que ces derniers ne pouvaient pas être qualifiés d'actes officiels ou ne relevaient pas des fonctions ordinaires d'un État²²².

117. Enfin, l'on retiendra que les juridictions internes, tant civiles que pénales, ont refusé l'immunité dans des affaires où les actes accomplis par le représentant de l'État conservaient un lien étroit avec une activité privée et visaient l'enrichissement personnel de l'intéressé et non le bénéfice du souverain, ou dans des affaires de corruption²²³.

²¹⁹ Israël, *Eichmann* (voir note précédente). Dans l'affaire *Ferrini*, les tribunaux italiens ont basé leur décision sur la gravité des crimes commis et sur le fait que le comportement en question était contraire au *jus cogens* [Italie, *Ferrini* (voir *supra* la note 215)].

²²⁰ Dans l'affaire *Lozano*, la Cour de cassation italienne a fondé son refus d'immunité sur la violation des droits fondamentaux, qui ont valeur de normes de *jus cogens* et doivent donc primer sur les règles régissant l'immunité [Italie, *Lozano c. Italie* (voir *supra* la note 215), par. 6]. Dans l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération*, le Tribunal pénal fédéral suisse a fondé sa décision sur l'existence d'une interdiction coutumière des crimes internationaux que le législateur suisse considère comme relevant du *jus cogens*; il a également souligné qu'il était contradictoire de prévoir une telle interdiction tout en continuant de reconnaître l'immunité *ratione materiae*, laquelle faisait obstacle à l'ouverture des enquêtes [Suisse, *A. c. Ministère public de la Confédération* (voir *supra* la note 215)].

²²¹ Voir les affaires suivantes: Belgique, *Re Pinochet* (note 204 *supra*), p. 349; Allemagne, *In re Hussein* (note 202 *supra*), par. 11 (la Cour a statué en partant de l'hypothèse que le Président Hussein n'était plus en fonction). L'on retiendra enfin que, dans certaines affaires, les tribunaux allemands ont conclu que l'immunité ne s'appliquait pas du fait que l'État du fonctionnaire concerné n'existait plus et que donc l'accusé ne pouvait plus faire valoir sa qualité officielle. Parmi les affaires mettant en cause d'anciens fonctionnaires de la République démocratique allemande, on peut citer les suivantes: *Garde-Frontières*, Cour suprême fédérale, arrêt, 3 novembre 1992, ILR, vol. 100, p. 373; *Stoph*, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt, 21 février 1992, 2 BvR 1661/91, par. 4; *Mauerschützen*, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt, 24 octobre 1996, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, par. 127.

²²² À cet égard, un tribunal grec a estimé que les crimes commis par les forces armées pouvaient être imputés à l'État aux fins de sa responsabilité internationale mais ne pouvaient pas être considérés comme actes souverains aux fins de l'immunité de l'État (Grèce, *Préfecture de Voïotia c. République fédérale d'Allemagne*, tribunal de première instance de Livadia, arrêt, 30 octobre 1997).

²²³ États-Unis, *United States v. Noriega*, cour d'appel du onzième circuit, arrêt, 7 juillet 1997; États-Unis, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, tribunal de district, district de Columbia, arrêt, 20 septembre 1996; France, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*; France, *Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal civil de la Seine, 25 juillet 1916; France, *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, cour d'appel de Paris,

118. Il existe néanmoins un petit nombre de cas où, pour les crimes susmentionnés, les juridictions nationales ont accordé l'immunité *ratione materiae*²²⁴; on constate parfois des exemples de jurisprudence contradictoire au sein d'un même État. Dans certains cas, toutefois, ces divergences tiennent à ce que l'immunité a été appréciée différemment au pénal et au civil eu égard aux mêmes faits²²⁵.

119. La pratique des tribunaux américains demande une analyse séparée, ces juridictions se prononçant sur l'immunité *ratione materiae* des représentants d'États étrangers en se fondant soit sur la loi relative aux immunités souveraines étrangères (*Foreign Sovereign Immunities Act*) [au civil uniquement], soit sur les règles du droit commun (tant au civil qu'au pénal), cette seconde voie n'étant ouverte que depuis l'arrêt rendu en l'affaire *Samantar*, dans lequel la Cour suprême a décidé que la loi sur les immunités souveraines étrangères ne s'appliquait que lorsque l'action en justice était intentée contre

arrêt, 11 avril 1957; France, *Ali Ali Reza c. Grimpel*, cour d'appel de Paris, arrêt, 28 avril 1961; États-Unis, *Trajano v. Marcos*, cour d'appel du neuvième circuit, 1992, 978 F.2d 493, ILR, vol. 103, p. 521; États-Unis, *Doe v. Zedillo Ponce de León*, n° 13-3122, cour d'appel du deuxième circuit, 16 août 2013; États-Unis, *Jiménez v. Aristeguieta*, cour d'appel du cinquième circuit, 311 F.2d 547, ILR, vol. 32, p. 353; États-Unis, *Jean-Juste v. Duvalier* (1988), n° 86-0459 Civ, tribunal de district, SD Fla.; Suisse, *Adamov* (voir *supra* la note 216); États-Unis, *Republic of the Philippines v. Marcos* et al. (1986), ILR, vol. 81, p. 581; États-Unis, *Republic of the Philippines v. Marcos* et al. (No. 2) (1987, 1988), ILR, vol. 81, p. 609; Royaume-Uni, *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 QB 2002; États-Unis, *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi* (1984), ILR, vol. 81, p. 557: en l'espèce, c'est le Gouvernement des États-Unis qui a fait savoir au tribunal que la plainte n'était susceptible d'être bloquée ni par l'application du principe de l'immunité souveraine ni par celui du fait de l'État; France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, arrêt du 13 juin 2013 et arrêt du 16 avril 2015 (voir *supra* la note 210).

²²⁴ Voir Suisse, *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal fédéral, arrêt, 2 novembre 1989, arrêts du Tribunal fédéral suisse 115 Ib 496. Voir également *Revue suisse de droit international et européen* (1991), p. 535, et ILR, vol. 102, p. 201 (cette affaire concernait les activités financières de Ferdinand Marcos et de son épouse alors qu'il était Président des Philippines); Sénégal, *Ministère public c. His-sène Habré*, cour d'appel de Dakar, arrêt, 4 juillet 2000, et Cour de cassation, arrêt, 20 mars 2001, ILR, vol. 125, p. 571 à 577 (actes de torture et crimes contre l'humanité); Allemagne, *In re Jiang Zemin*, (note 205 *supra*) [le Procureur général a accordé à l'ancien Chef d'État chinois le même traitement que celui réservé à un Chef d'État en exercice, en raison de la nécessité de garantir l'exercice des fonctions d'un haut représentant de l'État]; Royaume-Uni, *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia* (note 215 *supra*).

²²⁵ Au Royaume-Uni, il existe des différences sensibles dans la manière dont les tribunaux civils et pénaux ont traité de l'immunité *ratione materiae*: voir *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [note 215 *supra*]; *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia* (note 215 *supra*); et affaire du *Prince Nasser* (note 215 *supra*). En ce qui concerne ces divergences de jurisprudence, voir *Annuaire... 2015*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 56. En l'affaire *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, la cour d'appel de l'Ontario a accordé l'immunité de juridiction civile à la République islamique d'Iran dans un cas de torture, tout en visant à cet égard le principe établi par la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet* pour distinguer entre l'immunité de juridiction civile et l'immunité de juridiction pénale (2004 CarswellOnt 2681, 243 D.I.R. (4th) 406, 71 O.R. (3d) 675, 122 C.R.R. (2d) 26, 220 O.A.C. 1, par. 91). De même, dans l'affaire *Fang v. Jiang Zemin*, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande a expressément déclaré que l'immunité de juridiction pénale ne s'appliquait pas aux actes de torture (arrêt, 21 décembre 2006, ILR, vol. 141, p. 717). La Cour de cassation italienne a adopté une approche tout autre: pour elle, le fait que l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* des représentants de l'État ne s'applique pas aux crimes de guerre ni aux crimes contre l'humanité doit être interprété comme signifiant que l'État ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction civile pour les mêmes actes [*Ferrini* (note 215 *supra*)].

l'État *stricto sensu* et non pas contre l'un de ses représentants²²⁶. Sous le régime de la loi sur les immunités souveraines étrangères, la question de l'immunité relève de la seule compétence des tribunaux ; sous le régime du droit commun en revanche, le pouvoir exécutif a la faculté d'accorder ou non l'immunité à un individu, par la voie d'une « proposition relative à l'immunité » que les tribunaux sont tenus de respecter ; ces derniers ne tranchent la question par eux-mêmes que si le Département d'État ne publie pas de proposition²²⁷.

120. Dans de nombreuses affaires conduites sous le régime de la loi sur les immunités souveraines étrangères, les tribunaux américains ont statué que l'immunité de juridiction ne s'appliquait pas aux crimes internationaux ni aux violations des droits de l'homme, qu'ils ont considérés généralement comme des actes *ultra vires* qui servent uniquement les intérêts du représentant de l'État, ne relèvent pas des fonctions ordinaires de l'État et violent les normes de *jus cogens*²²⁸. Cette immunité *ratione materiae* a toutefois été retenue dans certaines affaires, même lorsque les actes auxquels elle devait s'appliquer constituaient des crimes internationaux ou de graves violations des droits de l'homme²²⁹. L'immunité *ratione materiae* a été davantage accordée dans des affaires où les tribunaux ont dû se prononcer sur le

fondement uniquement des règles du droit commun, du fait essentiellement du poids considérable attaché dans ce régime à l'avis de l'exécutif, matérialisé dans la proposition relative à l'immunité²³⁰. On notera toutefois que, dans certaines affaires où une proposition relative à l'immunité a été publiée, les tribunaux ont par la suite écarté l'immunité, soit que la proposition allait en ce sens, soit que le tribunal, nonobstant la proposition, a estimé, après examen du bien-fondé de la requête, que les actes attaqués étaient *ultra vires* ou venaient enfreindre les normes impératives du droit international²³¹.

121. En résumé, il ressort de cette analyse que les juridictions internes considèrent quasi unanimement qu'il n'existe aucune limitation ni exception à l'immunité *ratione personae*. En revanche, s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, on peut conclure qu'une tendance majoritaire se dégage en faveur de certaines limitations et exceptions à l'immunité, tirant ses fondements de la gravité des crimes commis, du fait qu'ils violent des normes impératives ou sapent les valeurs de la communauté internationale dans son ensemble, ou du fait que ces crimes ne sauraient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, sortant des fonctions ordinaires de l'État ou n'en relevant pas.

122. Pour conclure cette analyse de la jurisprudence interne, il convient de mentionner l'arrêt prononcé le 22 octobre 2014 par la Cour constitutionnelle italienne, dont l'importance a été soulignée dans le quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale²³². Cet arrêt traite des questions soulevées par l'application en droit italien de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* et porte donc sur l'immunité juridictionnelle de l'État *stricto sensu*. La Cour constitutionnelle se consacre toutefois dans une large mesure à l'examen de l'immunité juridictionnelle et de son lien avec le droit d'accès à la justice et à une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux²³³, présentant des arguments dignes d'intérêt pour le présent rapport, qui peuvent être récapitulés ainsi :

²²⁶ États-Unis, *Samantar v. Yousuf*, US 130 S Ct. 2278 (2010). En ce qui concerne la position adoptée antérieurement par lesdits tribunaux, voir États-Unis, *Chuidian v. Philippine National Bank*, US, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990), ILR, vol. 92, p. 480.

²²⁷ Concernant les changements intervenus dans la manière dont les tribunaux américains traitent de l'immunité des représentants de l'État, voir, entre autres, Bellinger, «The dog that caught the car: observations on the past, present, and future approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities»; Koh, «Foreign official immunity after *Samantar*: A United States Government perspective»; Keitner, «Annotated brief of professors of public international law and comparative law as *Amici Curiae* in support of respondents in *Samantar v. Yousuf*».

²²⁸ Voir États-Unis, *Letelier v. Chile*, 748 F.2d 790, cour d'appel du deuxième circuit, 1984, ILR, vol. 79, p. 561; *Jiménez v. Aristeguieta* (note 223 *supra*); *United States v. Noriega* (note 223 *supra*); États-Unis, *Hilao and others v. Estate of Marcos*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt, 16 juin 1994 (la Cour a estimé que les actes de torture, les exécutions et les disparitions dont Marcos avait été l'auteur ne relevaient d'aucun mandat officiel et ne pouvaient être attribués à aucun service ou organe d'un État étranger); *In Re Jane Doe I*, et al. v. *Liu Qi*, et al., *Plaintiff A*, et al. v. *Xia Deren* et al., tribunal de district des États-Unis, district nord de Californie, C 02-0672 CW, C 02-0695 CW; États-Unis, *Rukmini S. Kline* et al. v. *Yasuyuki Kaneko* et al., Cour suprême de l'État de New York, arrêt, 31 octobre 1988; *Chuidian v. Philippine National Bank* (note 226 *supra*); 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, 16 juin 1994; États-Unis, *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, J. Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas v. Héctor Gramajo and Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, tribunal de district des États-Unis, district du Massachusetts, arrêt, 12 avril 1995; et États-Unis, *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, tribunal de district des États-Unis, district sud de New York, arrêt, 18 avril 1996.

²²⁹ Voir États-Unis, *Saltany v. Reagan and others*, tribunal de district, district de Columbia, arrêt, 23 décembre 1988; États-Unis, *Saudi Arabia v. Nelson*, Cour suprême, ILR, vol. 100, p. 544; États-Unis, *Lafontant v. Aristide*, tribunal de district, district est de New York, arrêt, 27 janvier 1995; États-Unis, *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, octobre 2002 : l'intérêt de cette affaire tient à ce qu'à la fin du mandat présidentiel de Jiang Zemin, en 2003, un groupe de sénateurs du Parti démocrate a tenté en vain de faire réexaminer l'affaire, le Département d'État maintenant sa proposition en faveur de l'immunité; États-Unis, *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620, septième circuit, 2004; États-Unis, *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9, deuxième circuit, 2009.

²³⁰ Pour la pratique du Département d'État concernant la proposition relative à l'immunité, voir Smith, «Immunity games: How the State Department has provided Courts with a post-*Samantar* framework for determining foreign official immunity».

²³¹ Voir États-Unis, *Enahoro v. Abubakar*, 408 F.3d 877, septième circuit, 2005; États-Unis, *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, quatrième circuit, 2012 [bien que dans cette affaire le Département d'État se soit prononcé contre l'immunité, le tribunal a estimé que la proposition n'était pas contraignante et a examiné l'affaire quant au fond, notant la tendance actuelle, en droit international, à ne pas accorder l'immunité à un représentant de l'État qui a commis des actes contraires aux normes du *jus cogens*, que les actes en question relèvent ou non de la responsabilité de l'État].

²³² L'intérêt suscité par cet arrêt va bien au-delà de la question des immunités de l'État car il a des conséquences pour des questions essentielles, concernant notamment la relation entre le droit international et le droit interne. On se référera notamment à une analyse approfondie de l'arrêt n° 238/2014 dans Kolb, «The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision No. 238/2014 of the Italian Constitutional Court»; De Sena, «The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law»; Pinelli, «Decision No. 238/2014 of the Constitutional Court: between undue fiction and respect for constitutional principles»; Palchetti, «Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out».

²³³ Voir en particulier la section 3.4 de l'arrêt.

a) le droit d'accès à la justice et à une protection juridictionnelle effective des droits inviolables de la personne est « l'un des principes fondamentaux du droit dans les régimes démocratiques modernes » et ne peut être limité que dans des circonstances précises ;

b) l'immunité juridictionnelle de l'État ne peut « justifier [...] le sacrifice du principe de la protection juridictionnelle des droits inviolables garantis par la Constitution [italienne] » que si « elle est liée – *de facto* et non pas seulement *de jure* – aux fonctions souveraines de l'État étranger, c'est-à-dire à l'exercice de ses prérogatives de puissance publique » ;

c) certains actes « tels que la déportation, le travail forcé et les massacres, qualifiés de crimes contre l'humanité, [ne sauraient] justifier le sacrifice total, dans l'ordre juridique interne, de la protection juridictionnelle des droits inviolables des victimes de tels actes ». « Les actes des États [qui] peuvent être considérés comme des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, [ou comme] des violations des droits inviolables de la personne humaine, [...] [en tant que tels] n'entrent pas dans l'exercice légitime des pouvoirs de l'État » ;

d) par conséquent, l'immunité « ne protège pas les comportements qui ne relèvent pas de l'exercice normal des pouvoirs de l'État et qui, constituant des violations de droits inviolables, sont expressément considérés comme illicites et qualifiés de tels » ;

e) l'on ne saurait admettre que l'immunité constitue une raison acceptable pour sacrifier les droits susmentionnés lorsque, comme dans le cas d'espèce, il n'existe aucune autre voie efficace pour accéder aux tribunaux et bénéficier d'une protection juridictionnelle effective.

E. Autres travaux de la Commission

123. Par le passé, la Commission s'est penchée sur plusieurs sujets intéressant le présent rapport, à savoir les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Chacun de ces instruments contient des dispositions pertinentes pour ce qui est de définir la portée des limites et exceptions à l'immunité analysées ci-après. La Commission a également traité de questions liées aux limites et exceptions à l'immunité dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale²³⁴ et dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²³⁵, qui sont analysés dans une autre partie du rapport²³⁶.

124. En 1950, la Commission a adopté les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal²³⁷, comme

²³⁴ *Annuaire...* 1994, vol. II (2^e partie), p. 28, par. 91.

²³⁵ *Annuaire...* 1991, vol. II (2^e partie), p. 13, par. 28.

²³⁶ Voir chap. II, sect. A, *supra*.

²³⁷ Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, et commentaires y afférents [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 12 à 16, par. 95 à 127, en particulier par. 103 et 104]. Texte reproduit dans l'*Annuaire...* 1985, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45.

l'Assemblée générale l'en avait priée expressément²³⁸. Celle-ci a pris note de ces principes dans sa résolution 488 (V) du 12 décembre 1950. Chacun sait que les principes consacrés par cet instrument ont servi de point de départ aux travaux ultérieurs de la Commission concernant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ainsi que l'élaboration du statut d'un tribunal pénal international.

125. Les principes adoptés par la Commission contiennent trois principes fondamentaux pertinents aux fins du présent rapport : a) le principe de la responsabilité pénale individuelle, qui découle du droit international indépendamment des dispositions des droits nationaux²³⁹ ; b) le principe selon lequel la qualité officielle n'est pas pertinente pour ce qui est de déterminer la responsabilité²⁴⁰ ; et c) le principe selon lequel des ordres reçus ne peuvent constituer un motif d'exonération de responsabilité²⁴¹. Ces trois principes sont étroitement liés et visent à garantir que l'auteur d'un crime international répondra de ses actes. En vertu de ces principes, quiconque a commis un crime international doit en assumer la responsabilité, qu'il ait agi ou non en sa qualité officielle, *proprio motu* ou sur ordre du gouvernement d'un État ou d'un supérieur hiérarchique.

126. Les principes susmentionnés contiennent plusieurs éléments notables que la Commission a soulignés dans ses commentaires les concernant et qui peuvent être résumés comme suit :

a) le droit international peut directement imposer des obligations à une personne et exiger qu'elle réponde de ses actes, sans qu'il faille d'intermédiaire, comme il le fait à l'égard des États. Comme il a été dit dans le quatrième rapport, la Commission confirme ainsi la double responsabilité de l'État et de la personne en ce qui concerne les crimes internationaux, rappelant à cet égard la phrase célèbre prononcée au Tribunal de Nuremberg : « Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international²⁴² » ;

b) le droit international prime le droit national puisque, comme l'a dit le Tribunal de Nuremberg, « les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants²⁴³ » ;

²³⁸ Résolution 177 (II) du 21 novembre 1947.

²³⁹ Le principe I se lit comme suit : « Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement. » Le principe II dispose que « [l]e fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis » [*Annuaire...* 1985, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45].

²⁴⁰ Le principe III établit que « [l]e fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international » (ibid.).

²⁴¹ Le principe IV dispose que « [l]e fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international s'il a eu moralement la faculté de choisir » (ibid.).

²⁴² Voir commentaire du principe I, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 12, par. 99.

²⁴³ Ibid., p. 13, par. 102.

c) le fait d'avoir agi en qualité officielle ou sur ordres ne peut être invoqué comme motif d'exonération de la responsabilité individuelle pour des actes constituant des crimes de droit international²⁴⁴.

127. Enfin, il convient de noter que les Principes de Nuremberg formulés par la Commission sont essentiellement des principes de fond et que le texte adopté ne fait donc pas expressément référence à l'immunité en tant qu'obstacle procédural à l'exercice de la compétence d'une juridiction nationale ou internationale. Ce caractère substantiel des Principes doit toutefois se comprendre en lien avec le Statut du Tribunal de Nuremberg et le jugement de ce tribunal, qui consacrent la compétence de celui-ci et rejettent essentiellement la recevabilité de la qualité officielle et de l'obéissance à des ordres donnés en tant que moyen de défense au fond, ce qui n'a pas empêché le Tribunal de faire l'une ou l'autre référence directe ou indirecte à l'immunité dans son jugement, comme dans le passage ci-après, repris par la Commission dans son commentaire du principe III²⁴⁵ :

Le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État, du moment que l'État, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international.

128. La Commission a également traité de ces questions dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, aussi bien dans le texte adopté en 1954²⁴⁶ que dans celui adopté en 1996²⁴⁷. L'analyse ci-après se réfère principalement à ce dernier. Dans ce texte, la Commission réaffirme les principes de la responsabilité pénale individuelle²⁴⁸, du défaut de pertinence de la qualité officielle²⁴⁹ et de l'irrecevabilité de l'obéissance aux ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique²⁵⁰.

²⁴⁴ Voir commentaires des principes III et IV, notamment les paragraphes 103 à 105, *ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*, par. 103.

²⁴⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 11.

²⁴⁷ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 50.

²⁴⁸ Conformément à l'article 2, paragraphe 1, du projet de code de 1996, « [u]n crime contre la paix et la sécurité de l'humanité engage la responsabilité individuelle » (*ibid.*, p. 18), qui, conformément à l'article 3, « est passible de châtement [...] proportionnel au caractère et à la gravité de ce crime » (*ibid.*, p. 23). Voir également l'article premier du projet de code de 1954, qui dispose que « [l]es crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis » [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 11].

²⁴⁹ L'article 7 du projet de code de 1996 dispose que « [l]a qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine » [*Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27]. L'article 3 du projet de code de 1954 dispose que « [l]e fait que l'auteur a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne l'exonère pas de la responsabilité encourue pour avoir commis l'un des crimes définis dans le présent code » [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 12].

²⁵⁰ Le projet de code de 1996 énonce ce principe en son article 5, qui dispose que « [l]e fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix

129. Tout comme en 1950, la Commission définit ces principes quant au fond dans le texte adopté et ne fait pas expressément référence à l'immunité procédurale. Il convient toutefois de noter que dans ses commentaires concernant le projet de code, elle aborde plus en détail la question de l'immunité en cas de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la rejetant au fond et au sens procédural. Ainsi, dans le commentaire de l'article 7, qui porte sur le défaut de pertinence de la qualité officielle, la Commission affirme ce qui suit :

Un haut fonctionnaire qui organise, autorise ou ordonne de tels crimes ou en est l'instigateur ne fait pas que fournir les moyens et les agents nécessaires pour commettre le crime, il abuse aussi de l'autorité et du pouvoir qui lui ont été confiés. On peut donc le considérer comme encore plus coupable que le subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le code puissent invoquer la souveraineté de l'État et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions, d'autant plus qu'il s'agit de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales²⁵¹.

130. Dans ce même commentaire, la Commission conclut à l'irrecevabilité de l'immunité du fonctionnaire, tant substantielle que procédurale, en ces termes :

L'article 7 a pour objet d'empêcher qu'un individu qui a commis un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité puisse invoquer sa qualité officielle comme circonstance l'exonérant de toute responsabilité ou lui conférant une quelconque immunité, même lorsqu'il prétend que les faits constitutifs du crime entraient dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Comme le Tribunal de Nuremberg l'a reconnu dans son jugement, le principe du droit international qui protège les représentants d'un État dans certaines circonstances ne peut pas s'appliquer aux actes qui constituent des crimes de droit international. De ce fait, nul ne peut invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité à l'égard d'un tel acte. Le Tribunal de Nuremberg a en outre reconnu dans son jugement que l'auteur d'un crime de droit international ne peut invoquer sa qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtement. L'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité²⁵².

et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale, mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si cela est conforme à la justice » [*Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 24]. Le projet de code de 1954 l'énonçait en son article 4 : « Le fait qu'une personne accusée d'un des crimes définis dans le présent code a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international si elle avait la possibilité, dans les circonstances existantes, de ne pas se conformer à cet ordre » [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 12].

²⁵¹ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27, paragraphe 1 du commentaire de l'article 7. Au paragraphe 3 du commentaire, la Commission rappelle que « le Tribunal de Nuremberg a rejeté l'argument de l'acte perpétré au nom de l'État comme fait justificatif ou comme fondement valable d'une quelconque immunité » (*ibid.*, p. 27).

²⁵² *Ibid.*, p. 28, paragraphe 6 du commentaire de l'article 7. Dans son commentaire de l'article 9, concernant l'obligation d'extrader ou de juger (*aut dedere aut judicare*), à propos des conditions de l'octroi de l'immunité à un accusé en échange de sa coopération avec la justice, la Commission a également déclaré qu'« [i]l serait contraire aux intérêts de l'ensemble de la communauté internationale de permettre à un État de conférer l'immunité à un individu qui serait responsable d'un crime international comme le génocide » (*ibid.*, p. 32, paragraphe 4 du commentaire).

131. Ces observations sont d'autant plus pertinentes pour le sujet du présent rapport que la Commission considère que la règle de la non-recevabilité de la qualité officielle peut être invoquée devant une juridiction aussi bien nationale qu'internationale. La Commission a certes indiqué que « [l]es poursuites engagées devant une cour criminelle internationale seraient l'exemple type d'une procédure judiciaire appropriée où l'individu ne pourrait invoquer aucune immunité substantielle ou procédurale en arguant de sa qualité officielle pour se soustraire aux poursuites et au châtement²⁵³ », mais elle considère néanmoins que le projet de code a vocation à exercer une influence particulière sur l'ordre juridique interne et les tribunaux nationaux. Non seulement elle affirme de manière générale que « les tribunaux nationaux sont censés avoir un rôle important à jouer dans la mise en œuvre du présent code²⁵⁴ », mais dans son commentaire de l'article 8, concernant la compétence à l'égard des crimes en question, elle dit ce qui suit : « La Commission a estimé que l'application effective du présent code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales avec la compétence possible d'une cour criminelle internationale²⁵⁵. » Elle ajoute que « l'article 8, comme d'ailleurs l'ensemble du code, ne s'applique pas à ces tribunaux [internationaux], qui sont régis par leurs statuts respectifs²⁵⁶ ».

132. Il convient donc de conclure que, selon la Commission, les dispositions du projet de code concernent en particulier les tribunaux nationaux²⁵⁷ et qu'en disant que l'État doit « prendre les mesures de procédure ou de fond qui pourraient être nécessaires à l'exercice effectif de sa compétence²⁵⁸ », elle prévoit également l'obligation d'adopter des dispositions excluant l'applicabilité de l'immunité comme elle le précise dans ses commentaires concernant le projet de code.

133. Enfin, il convient de noter qu'on trouve dans les Principes de Nuremberg et dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité une liste de crimes de droit international. Le premier des deux textes mentionne les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité²⁵⁹. Le second définit le crime d'agression, le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et les crimes de guerre²⁶⁰. La Commission pourra tenir

²⁵³ Ibid., p. 28, note 69.

²⁵⁴ Ibid., p. 18, paragraphe 13 du commentaire de l'article premier, paragraphe 2.

²⁵⁵ Ibid., p. 29, paragraphe 5 du commentaire de l'article 8.

²⁵⁶ Ibid., p. 31, paragraphe 11, *in fine*, du commentaire de l'article 8.

²⁵⁷ Dans ses commentaires, la Commission procède également à une analyse pertinente de la relation entre tribunaux pénaux internationaux et tribunaux nationaux, qui sera examinée plus en détail ci-après, à la section B du chapitre III.

²⁵⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 30, paragraphe 10 du commentaire de l'article 8.

²⁵⁹ Voir principe VI [*Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45].

²⁶⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 44 et suiv., articles 16 à 20. Voir également l'article 2 du projet de code de 1954 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 11].

compte de cette énumération de crimes, qu'elle a elle-même établie, pour décider quels crimes pourraient en principe être qualifiés de crimes internationaux aux fins de fixer des limites ou de définir une exception à l'immunité.

134. Bien que, pour des raisons évidentes, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁶¹ ne traite pas d'éventuelles limites ou exceptions à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, il contient plusieurs notions qui peuvent s'avérer pertinentes aux fins du présent rapport car elles rejoignent certains arguments invoqués et examinés dans la littérature juridique et dans la pratique en tant que fondement de ces limites ou exceptions. De plus, dans ses commentaires sur le projet d'articles, la Commission apporte des éléments qui pourraient être utiles à nos travaux en ce qu'ils permettent de mieux situer les crimes de droit international dans le système juridique international. Il s'agit essentiellement des éléments suivants :

- a) la définition de la primauté des normes impératives ;
- b) l'affirmation de l'existence d'obligations intéressant la communauté internationale dans son ensemble ;
- c) la définition d'un modèle spécial d'action en cas de violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative ; et
- d) l'affirmation que les crimes de droit international les plus graves constituent des violations de normes impératives.

135. La Commission traite de la première de ces questions dans son commentaire de l'article 26 (Respect de normes impératives), qui vise à préserver la primauté de ces normes même dans des « circonstances excluant l'illicéité²⁶² ». Elle y traite de la relation entre norme impérative et norme non impérative, concluant que c'est la première qui prime. Selon elle, cette primauté est évidente en cas de conflit entre deux normes primaires mais également en cas de conflit entre normes primaires et normes secondaires, de sorte que – selon ses propres mots – l'application de normes secondaires (pour ce qui est des normes excluant l'illicéité) « n'[autorise] ni n'[excuse] aucune dérogation à une norme impérative du droit international général²⁶³ ». L'exemple que donne la Commission est révélateur : « il n'est pas permis à un État prenant des contre-mesures de déroger à une telle norme : un génocide, par exemple, ne saurait justifier un contre-génocide²⁶⁴ ».

²⁶¹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

²⁶² Notons qu'aux termes de cet article, « [a]ucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général » (ibid., p. 90).

²⁶³ Ibid., paragraphe 4 du commentaire de l'article 26.

²⁶⁴ Ibid.

136. La Commission ajoute à son raisonnement un autre élément intéressant concernant la primauté des normes impératives, notant que, parfois, il n'est pas nécessaire de recourir aux normes secondaires sur la responsabilité pour résoudre un conflit entre normes primaires. Au contraire, «[l]orsqu'il y a un conflit apparent entre des obligations primaires, dont l'une découle directement pour un État d'une norme impérative du droit international général, il est évident qu'une telle obligation doit prévaloir. Les processus d'interprétation et d'application devraient permettre de résoudre de telles questions», étant donné que «les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation qui devraient permettre de résoudre la totalité ou la plupart des conflits apparents»²⁶⁵. Ce type d'«interprétation conforme» pourrait donc être particulièrement important pour le sujet du présent rapport, aux fins de trouver un juste équilibre entre différentes normes primaires.

137. Il convient de noter que, dans son commentaire général du chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles (Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général), la Commission parle d'«une distinction qualitative entre différentes violations du droit international»²⁶⁶ et de «la notion d'obligation envers la communauté internationale dans son ensemble»²⁶⁷, deux notions présentes dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Elle ne dit pas si «les normes impératives du droit international général et les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble» sont ou non «des aspects différents d'un même concept» mais conclut que «ces deux notions se recoupent de façon substantielle», comme le montre le fait que les exemples d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble donnés par la Cour «concernent tous des obligations qui, de l'avis général, découlent de normes impératives du droit international général»²⁶⁸. Quoiqu'il en soit, selon elle, «[l]es obligations visées à l'article 40 découlent des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentale»²⁶⁹.

138. Il convient également de noter que, dans ses commentaires, la Commission souligne l'existence d'une différence de finalité qu'il vaut la peine de mentionner, entre le *ius cogens* et les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble :

Alors que les normes impératives du droit international général traitent de la portée d'un certain nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à leur respect, à savoir [...] le

²⁶⁵ Ibid., paragraphe 3 du commentaire de l'article 26.

²⁶⁶ Ibid., p. 118, paragraphe 2 du commentaire général du chapitre III.

²⁶⁷ Ibid., p. 119, paragraphe 3 du commentaire général du chapitre III.

²⁶⁸ Ibid., p. 119 et 120, paragraphe 7 du commentaire général du chapitre III.

²⁶⁹ Ibid., p. 120, paragraphe 3 du commentaire de l'article 40.

fait qu'ils sont habilités à invoquer la responsabilité de tout autre État en cas de violation²⁷⁰.

139. Examinant les particularités des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble découlant des normes impératives, la Commission est amenée à conclure que les violations graves d'obligations découlant de normes impératives appellent des mesures juridiques obéissant à un régime distinct se résumant comme suit : a) «[ces] violations [...] peuvent entraîner des conséquences supplémentaires, non seulement pour l'État responsable mais pour tous les autres États» (art. 41); et b) «tous les États ont le droit d'invoquer la responsabilité pour la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble» (art. 48)²⁷¹. Ce troisième élément de la réflexion de la Commission intéresse également le présent rapport, notamment en ce qui concerne la possibilité de créer un régime juridique distinct pour l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État lorsque celle-ci est invoquée pour des actes pouvant être qualifiés de violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble découlant de normes impératives du droit international.

140. Enfin il convient de souligner que, dans le cadre de ce projet d'articles, la Commission a qualifié de «normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues» plusieurs interdictions de comportements correspondant à des actes pour lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a été invoquée²⁷², à savoir «les interdictions [...] du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture»²⁷³, les normes fondamentales du droit international humanitaire applicables aux conflits armés²⁷⁴ et les «principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine»²⁷⁵. La Commission pourra tenir compte de cette énumération, qu'elle a elle-même établie en 2001, pour décider quels crimes pourraient être qualifiés de crimes internationaux aux fins de définir une exception à l'immunité.

²⁷⁰ Ibid., p. 120, paragraphe 7 du commentaire général du chapitre III. La Commission ne définit pas l'expression «communauté internationale dans son ensemble», mais le simple fait qu'elle l'emploie est particulièrement intéressant car elle souligne ainsi la dimension collective des valeurs et intérêts à protéger. Elle indique en outre que l'expression est fréquemment utilisée dans des traités et autres instruments internationaux (ibid., p. 89, paragraphe 18 du commentaire de l'article 25), ajoutant une liste imposante : «la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, troisième alinéa du préambule; la Convention internationale contre la prise d'otages, quatrième alinéa du préambule; la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, cinquième alinéa du préambule; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, troisième alinéa du préambule; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, dixième alinéa du préambule; le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, neuvième alinéa du préambule; et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, neuvième alinéa du préambule» (ibid., p. 89, note 404).

²⁷¹ Ibid., p. 120, paragraphe 7 du commentaire du chapitre III.

²⁷² Voir *Annuaire... 2015*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 49 à 60; et *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 91, paragraphe 5 du commentaire de l'article 26.

²⁷³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 91, paragraphe 5 du commentaire de l'article 26.

²⁷⁴ Ibid., p. 121, paragraphe 5 du commentaire de l'article 40.

²⁷⁵ Ibid., p. 136, paragraphe 9 du commentaire de l'article 48.

CHAPITRE III

Limites et exceptions dans le cadre juridique général de l'immunité de juridiction pénale étrangère : questions méthodologiques et conceptuelles

141. Après l'analyse de la pratique et avant d'examiner les facteurs qui pourraient déterminer l'inapplicabilité de l'immunité dans un cas concret, il faut à ce stade traiter de certains éléments méthodologiques et conceptuels qui permettront de mieux définir le cadre dans lequel comprendre le projet d'articles figurant dans le présent rapport. À cette fin, les questions générales suivantes seront analysées ci-après : a) la nature juridique de l'immunité et sa relation avec la compétence et la responsabilité pénale ; b) le traitement de l'immunité par les tribunaux nationaux et les juridictions pénales internationales et son incidence sur les limites et exceptions à l'immunité ; et c) la notion de limites et exceptions.

142. Ces éléments seront examinés en considérant le droit international comme un système normatif qui inclut parmi ses composantes l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ce qui suppose de concevoir l'immunité non pas isolément mais en relation avec les autres normes et institutions qui composent le système. De ce point de vue, l'immunité des représentants de l'État apparaît comme une institution utile et nécessaire pour garantir le respect de certaines valeurs et de certains principes juridiques de l'ordre juridique international, en particulier celui de l'égalité souveraine. Dans le même temps, il convient également de l'interpréter en tant que composante du système de sorte qu'elle n'ait pas d'incidences négatives ou annihilatrices sur d'autres composantes du système de droit international contemporain pris comme un tout²⁷⁶. Cette conception systémique amène à tenir compte d'autres institutions également liées au principe de souveraineté (en particulier le droit d'exercer la compétence), ainsi que d'autres domaines de l'ordre juridique international qui reprennent et juridicisent d'autres principes et valeurs de la communauté internationale dans son ensemble (en particulier le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international). Puisque le droit international est un véritable système normatif, il n'est pas possible (ni souhaitable) qu'en élaborant un projet d'articles destinés à aider les États à codifier et développer progressivement le droit international concernant une question problématique mais extrêmement importante pour la communauté internationale, la Commission introduise des déséquilibres dans des secteurs importants de l'ordre juridique international dont le développement au cours des dernières décennies est maintenant associé à son identité.

A. Nature juridique de l'immunité

143. En analysant les débats tenus à ce jour par la Commission, on constate la présence constante de trois éléments liés à la nature même de l'immunité, qui ont une incidence sur la question des limites et exceptions :

²⁷⁶ La nécessité d'assurer l'équilibre entre différentes valeurs et normes du système a été clairement exprimée dans l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (voir note 124 *supra*), en particulier aux paragraphes 71 à 79.

a) la conception de l'immunité comme un droit autonome ou comme une exception à l'exercice du droit de l'État du for d'exercer sa compétence ; b) la qualification de l'immunité comme une institution exclusivement procédurale sans incidence sur la responsabilité pénale individuelle des représentants de l'État ; et c) l'autonomie de l'immunité de la juridiction pénale étrangère par rapport à d'autres formes d'immunité souveraine, en particulier l'immunité de l'État. Certaines de ces questions ont déjà été examinées dans les précédents rapports de la Rapporteuse spéciale mais il convient d'y revenir maintenant et d'analyser brièvement, de manière pratique et uniquement en ce qui concerne les limites et exceptions, la relation existant entre trois paires d'éléments : a) immunité et juridiction ; b) immunité et responsabilité ; et c) immunité de l'État et immunité des représentants de l'État.

1. RELATION ENTRE IMMUNITÉ ET JURIDICTION

144. La Commission a déjà examiné la relation entre immunité et juridiction dans le cadre de ses travaux. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a appelé l'attention sur l'interaction entre ces deux éléments, en particulier sur le fait que l'immunité n'existe pas isolément mais en présence d'une compétence préexistante²⁷⁷. La Rapporteuse spéciale reprend ainsi le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*.

145. L'existence de la compétence est donc l'élément initial sur lequel repose l'immunité ; cette affirmation n'a été réfutée ni par la pratique ni par la doctrine. Il suffit de rappeler qu'en règle générale, lorsque les tribunaux nationaux ont dû se prononcer sur des demandes d'immunité, ils n'ont pas conclu à leur incompétence dans l'absolu mais à l'impossibilité d'exercer leur compétence à l'égard d'un fonctionnaire d'un État tiers bénéficiant de l'immunité. On peut trouver des cas où, une fois disparue la circonstance donnant lieu à l'immunité, les tribunaux nationaux ont exercé leur compétence à l'égard des mêmes faits et des mêmes personnes sans qu'aucun problème de compétence ne se pose.

146. La préexistence d'une compétence est une exigence logique qui ne diminue en rien l'importance de l'immunité comme instrument utile et nécessaire pour défendre certaines valeurs et certains principes juridiques de la communauté internationale, en particulier le principe de l'égalité souveraine de l'État et le maintien de relations internationales stables. D'un autre côté, elle ne signifie pas que le droit d'exercer la compétence prime de manière absolue et en toutes circonstances l'immunité. Au contraire, la raison d'être de l'immunité est précisément de neutraliser ou de bloquer l'exercice de la compétence dans certaines conditions, parfois exclusivement à titre temporaire. Dans la pratique, l'immunité peut primer la compétence dans certains cas.

²⁷⁷ Voir *Annuaire... 2013*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 45 à 47, par. 35 à 42.

147. Cependant, concevoir la compétence comme un pouvoir préexistant de l'État, précondition nécessaire de l'immunité, a forcément certaines conséquences notables sur le plan méthodologique, qui peuvent se résumer comme suit :

a) l'immunité se conçoit *ab initio* comme une restriction de l'exercice de la compétence ; elle est donc en soi une limite ou une exception à la compétence judiciaire de l'État du for ;

b) comme toute limite ou restriction d'un pouvoir souverain de l'État, l'immunité doit être comprise en termes téléologiques : elle est reconnue aux fins de garantir les valeurs, principes et intérêts de la communauté internationale qui se traduisent par l'égalité souveraine, le bon déroulement des fonctions de l'État sans ingérence indue d'un tiers et la stabilité des relations internationales ;

c) l'immunité étant une restriction d'un pouvoir souverain préexistant, il convient de limiter sa portée et son interprétation aux buts recherchés. En particulier, elle ne peut être invoquée que dans l'intérêt de l'État dont elle est censée garantir l'égalité souveraine et pour sauvegarder ses droits et intérêts légitimes protégés par le droit international ;

d) la relation entre exercice de la compétence et immunité doit donc être interprétée en termes dialectiques afin de trouver un juste équilibre entre les droits et intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant. La question de savoir si c'est l'exercice de la juridiction ou l'immunité qui prime dépendra dans chaque cas des droits et des intérêts en jeu et de l'ensemble des normes, valeurs et principes juridiques sur lesquels ils se fondent.

2. RELATION ENTRE IMMUNITÉ ET RESPONSABILITÉ

148. Traditionnellement, l'immunité de juridiction pénale étrangère est considérée comme un instrument de procédure plutôt que comme un instrument de fond, dont l'application n'annule pas la responsabilité, pénale en l'occurrence, pouvant découler d'un comportement illicite. Cette conception de l'immunité est étroitement liée à la manière dont l'immunité fonctionne dans la pratique, l'objectif principal étant précisément de bloquer et d'empêcher dans une affaire donnée l'exercice de la compétence pénale par les tribunaux de l'État du for lorsque ceux-ci entendent prendre des mesures contre un fonctionnaire d'un État tiers. D'un point de vue purement théorique, cette conception générale de l'immunité ne peut être niée et doit être acceptée comme point de départ de toute réflexion censée contribuer à définir la nature juridique de l'immunité.

149. Cette manière de voir l'immunité comme un simple obstacle procédural a trouvé écho dans la doctrine et dans la jurisprudence, en particulier la jurisprudence internationale, comme il ressort de l'analyse de la pratique réalisée plus haut. De ce point de vue, immunité et responsabilité ne peuvent se confondre et on ne saurait déduire que l'immunité engendre l'impunité. Au contraire, comme l'a souligné la Cour internationale de Justice, il serait possible, malgré l'immunité, de déterminer la responsabilité pénale individuelle par d'autres

moyens que l'exercice de la compétence des tribunaux de l'État du for. L'immunité de juridiction aurait donc pour seul effet d'empêcher que la détermination de la responsabilité se fasse par une voie judiciaire précise, laissant la possibilité de l'établir par d'autres mécanismes procéduraux plus adéquats.

150. Cependant, cette façon de voir l'immunité comme un simple obstacle procédural et la distinction radicale entre immunité et responsabilité s'avèrent difficiles à maintenir dans l'absolu, en particulier en matière pénale. L'analyse de la pratique et une nécessaire interprétation téléologique de l'immunité permettent de tirer des conclusions plus nuancées. Pensons par exemple à la ligne ténue qui sépare dans la pratique l'invocation de la qualité officielle comme moyen de défense au fond pour éluder la responsabilité et son invocation procédurale pour éviter l'exercice de la compétence. Il suffit de rappeler comment le Tribunal de Nuremberg a utilisé le terme dans les deux sens et comment l'utilisation polysémique de la non-pertinence de la qualité officielle a fini par se retrouver dans la jurisprudence et dans bon nombre des instruments internationaux examinés dans le présent rapport.

151. Conscient de ce problème, la Cour internationale de Justice a même proposé un autre modèle pour établir la responsabilité en respectant l'immunité et en évitant l'impunité. Les efforts qu'elle a déployés pour mettre fin à la confusion entre immunité et impunité ne sont cependant pas pleinement convaincants pour ce qui est de séparer radicalement immunité et responsabilité. Cette distinction ne posera aucun problème dans les cas où des moyens de recours permettent réellement d'établir la responsabilité pénale d'un représentant de l'État lorsqu'un tribunal donné ne peut la rendre effective du fait de l'immunité. En revanche, lorsque ces autres moyens de recours n'existent pas ou ne permettent pas d'atteindre cet objectif, le rapprochement entre immunité et irresponsabilité pénale, et même entre immunité et impunité, est inévitable.

152. Le caractère strictement procédural de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, tout en constituant un point de départ certain, présente dans la pratique certaines limites dont il convient de tenir compte pour l'examen des limites et exceptions. Cette réflexion est particulièrement pertinente dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, qui est étroitement liée aux actes pouvant engager la responsabilité pénale du représentant de l'État et subsiste même après l'expiration de son mandat ou la perte de son statut. À cet égard, il convient d'examiner également le caractère permanent de cette catégorie d'immunité, qui peut dans certaines circonstances avoir des incidences supplémentaires sur la distinction entre immunité et impunité.

3. RELATION ENTRE IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET IMMUNITÉ DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

153. Le dernier élément à prendre en considération à ce stade est la distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État au sens strict. Cette question a été analysée dans le quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale, notamment en ce qui concerne le modèle « un acte, deux

responsabilités» et le caractère pénal de la juridiction devant laquelle l'immunité des représentants de l'État peut être invoquée²⁷⁸.

154. Même si ces deux éléments peuvent avoir une incidence sur la question des limites et exceptions à l'immunité, il n'est pas nécessaire de revenir maintenant sur ce point. Aux fins du présent rapport, il suffit de rappeler ci-après les principales conclusions du rapport de 2015 :

a) l'attribution d'un acte à l'État est la condition nécessaire pour pouvoir considérer celui-ci comme acte accompli à titre officiel. Elle ne suffit toutefois pas pour conclure que le représentant de l'État jouit de l'immunité en ce qui concerne cet acte ;

b) un même acte peut donner lieu à deux types distincts de responsabilité – internationale dans le cas de l'État et pénale dans le cas de l'individu – dont l'existence se traduit par deux types d'immunité (de l'État et de son représentant) ;

c) même si ces deux types d'immunité ont pour objectif commun de protéger les intérêts de l'État, on ne peut en conclure qu'elles sont soumises à des conditions identiques et au même régime juridique.

155. Le régime des limites et exceptions à l'immunité peut donc également différer selon qu'il s'agit de l'immunité de l'État ou de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, sans qu'il soit possible de transposer l'un à l'autre²⁷⁹.

B. Juridictions ou tribunaux pénaux nationaux et internationaux

156. Un deuxième élément de caractère général à prendre en compte pour l'examen de la question des limites et exceptions à l'immunité est l'existence de tribunaux pénaux internationaux chargés de connaître des crimes internationaux les plus importants. Bien que ces tribunaux ne relèvent pas du présent sujet, il existe un lien manifeste entre eux et les juridictions pénales nationales et ce lien a clairement des conséquences pratiques sur l'invocation de l'immunité. Pour définir les limites et exceptions applicables à l'immunité de juridiction pénale étrangère, il est donc utile d'examiner l'incidence que les juridictions pénales internationales peuvent avoir sur l'institution de l'immunité.

157. Cette question peut être abordée selon deux angles opposés. Dans le premier cas, la création de juridictions pénales internationales et l'impossibilité d'invoquer l'immunité devant celles-ci n'ont aucune incidence sur le régime applicable à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le caractère distinct

²⁷⁸ *Annuaire... 2015*, vol II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 96 à 117.

²⁷⁹ Voir, à ce sujet, l'article IV de la résolution de l'Institut de droit international sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, adoptée en 2009 à la session qui s'est tenue à Naples : « les dispositions qui précèdent ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet État peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre État » [*Annuaire de l'Institut du droit international*, vol. 73-I et 73-II (note 28 *supra*), p. 230].

des deux tribunaux se traduit par deux régimes d'immunité distincts : l'immunité de juridiction ne peut être invoquée devant les juridictions internationales mais peut l'être devant les tribunaux nationaux, où elle reste tout à fait valable. Dans le deuxième cas, il y a unité des objectifs et principes s'appliquant aux crimes internationaux, que leurs auteurs soient jugés par une juridiction pénale internationale ou une juridiction nationale. Puisque toutes deux ont vocation à déterminer la responsabilité pénale individuelle et à éviter que les crimes internationaux les plus graves restent impunis, les règles concernant l'immunité doivent être appliquées selon les mêmes paramètres. La simple existence des tribunaux pénaux internationaux et l'impossibilité d'y invoquer quelque type d'immunité que ce soit devraient entraîner l'impossibilité pour quiconque, y compris les représentants de l'État, d'invoquer l'immunité de juridiction pénale devant les tribunaux d'un État.

158. Chacune de ces deux conceptions met l'accent sur un élément distinct : le caractère procédural de l'immunité dans le premier cas, et le caractère de fond de la responsabilité pénale individuelle pour la commission de crimes internationaux, dans le deuxième cas. Des arguments complémentaires sont souvent invoqués à l'appui de l'une et l'autre conception, en particulier la relation différente que tribunaux nationaux et internationaux entretiennent avec le principe de souveraineté, et la possibilité de déterminer la responsabilité pénale par d'autres moyens. Comme il a été noté plus haut, tous ces arguments ont été pris en compte dans les décisions des juridictions internationales, notamment la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

159. Cependant, ces deux conceptions sont extrêmement théoriques et négligent certains éléments très importants qui aboutissent à la définition d'un modèle d'interconnexion entre tribunaux nationaux et internationaux, dont les principales caractéristiques sont l'identité des infractions pénales ou comportement prohibés, la définition d'un système de répartition des compétences entre juridictions concurrentes et la mise en place de mécanismes de coopération mutuelle et d'entraide judiciaire entre les deux catégories de juridictions pénales.

160. La pertinence de ce modèle d'interconnexion n'est pas purement théorique puisqu'il a d'importantes conséquences pratiques dans le domaine de la coopération entre juridictions, comme on l'a vu récemment lors de la tentative d'arrestation du Président Al Bashir en Afrique du Sud en exécution d'un mandat délivré par la Cour pénale internationale. Cet exemple, le plus médiatisé, n'est cependant pas isolé. Il convient également de garder à l'esprit le phénomène des tribunaux pénaux hybrides et internationalisés, la difficulté de les classer comme juridictions nationales ou internationales et les conséquences que cela implique pour l'institution de l'immunité de juridiction des représentants de l'État²⁸⁰. On rappellera également l'incidence que l'exercice de l'immunité devant les juridictions internes peut avoir sur la répartition des compétences en cas de concurrence de juridictions, notamment en vertu du principe de complémentarité énoncé dans le Statut de Rome.

²⁸⁰ Voir à ce propos Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals, Selected Jurisdictional Issues*, p. 326 à 348.

161. Compte tenu de ces éléments, la relation entre juridictions pénales nationales et juridictions pénales internationales doit faire l'objet d'un traitement plus nuancé et plus équilibré tenant compte de la distinction entre juridiction nationale et internationale mais aussi des liens mentionnés précédemment. Cette relation devra également être prise en compte dans le présent rapport, sans toutefois modifier le champ du sujet approuvé par la Commission.

162. À cet égard, il est utile d'examiner en premier lieu le régime d'immunité applicable devant les tribunaux pénaux internationaux, en particulier la Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, le Tribunal spécial pour le Liban, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, les panels du Kosovo, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises et la Chambre des crimes de guerre de la Cour d'État de Bosnie-Herzégovine. Tous ces tribunaux disposent d'une compétence spécialisée pour connaître des crimes internationaux et la manière dont ils considèrent l'immunité peut aider à mieux comprendre l'une ou l'autre limite ou exception pour les crimes de droit international dans le contexte du présent sujet.

163. Comme il a été dit plus haut, la Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone ont jugé que l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État n'était pas applicable devant eux²⁸¹. Toutefois, seul le Statut de Rome renvoie expressément à la question de l'immunité, en son article 27²⁸², pris ultérieurement comme modèle par les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental²⁸³. Pour leur part, les statuts des tribunaux spéciaux ne contiennent qu'une disposition générale sur la non-pertinence de la qualité officielle ou de l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme motif d'exonération ou de limitation de la responsabilité pénale individuelle²⁸⁴; cette formule a également été suivie par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone²⁸⁵, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens²⁸⁶, la Chambre des crimes de guerre de la Cour d'État

de Bosnie-Herzégovine²⁸⁷ et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises²⁸⁸. Les statuts et règlements des Chambres spéciales pour les crimes de guerre au Kosovo²⁸⁹ et du Tribunal spécial pour le Liban ne contiennent aucune disposition concernant la qualité officielle²⁹⁰ mais seulement sur la non-pertinence de l'obéissance aux ordres. Cette différence entre les différents règlements s'explique dans une certaine mesure par la plus ou moins grande probabilité que des représentants de l'État étranger soient jugés par ces tribunaux, sauf dans le cas des tribunaux spéciaux, où, par définition, cette possibilité est réelle, même s'ils n'envisagent pas l'immunité (ce qui ne les empêche pas de la considérer comme non opposable). En tout état de cause, il convient de souligner que même dans le cas de la Cour pénale internationale et des Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, l'exclusion de l'immunité est étroitement liée à la clause de non-pertinence de la qualité officielle.

164. D'autre part, il convient de garder à l'esprit que l'interprétation de la règle selon laquelle les immunités ne peuvent être invoquées devant les tribunaux pénaux internationaux n'est pas sans controverse. Même si, d'un point de vue théorique, cette règle est un élément caractéristique de ces juridictions, il convient de rappeler à cet égard le débat sur l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome et sa relation avec l'article 27²⁹¹, qui a pris une importance particulière à partir de l'affaire *Al Bashir*, du fait de plusieurs décisions de ne pas coopérer prises par certains pays africains et des décisions de la Cour pénale internationale sur la non-coopération, analysées plus haut lors de l'examen de la pratique judiciaire internationale²⁹². En tout état de cause, il convient de noter que le paragraphe 1 de l'article 98 ne limite véritablement que l'obligation de coopérer avec la Cour en ce qui concerne la remise d'une personne bénéficiant de l'immunité en vertu du droit international et que cette limite ne s'applique qu'à une demande de remise d'un ressortissant d'un État non

²⁸⁷ Bosnie-Herzégovine, Code pénal, art. 180.

²⁸⁸ Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union africaine sur la création de chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, 22 août 2012, article 10, paragraphe 3, du Statut figurant en annexe; disponible sur le site Web des Chambres africaines extraordinaires: www.chambresafriaines.org.

²⁸⁹ Voir Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo, règlement n° 2003/25 du 6 juillet 2003 (UNMIK/REG/2003/25) relatif au Code pénal provisoire du Kosovo, annexe, art. 10.

²⁹⁰ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République libanaise sur la création d'un Tribunal spécial pour le Liban (Beyrouth, 22 janvier 2007, et New York, 6 février 2007), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2461, n° 44232, p. 257, et annexe de la résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité du 30 mai 2007, art. 3.3.

²⁹¹ Conformément au paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome, « [l]a Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité ».

²⁹² Sur la portée de la controverse entre l'Union africaine et la Cour pénale internationale, voir Kamto, « L'affaire *Al Bashir* et les relations de l'Afrique avec la Cour pénale internationale »; Tehindrazanarivelo, « The African Union principle on the fight against impunity and the arrest warrants for Omar Hassan El-Bashir »; Tladi, « Immunity in the era of "criminalisation": The African Union, the ICC, and international law »; Abrisketa Uriarte, « Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional? ».

²⁸¹ Voir chap. II, sect. C, *supra*.

²⁸² Voir chap. II, sect. A, *supra*.

²⁸³ Voir sect. 15.2 du règlement n° 2000/15 de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental portant création des chambres ayant compétence exclusive à l'égard des infractions pénales graves (UNTAET/REG/2000/15).

²⁸⁴ Voir le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, document S/25704 et Add.1, annexe, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) en date du 25 mai 1993, art. 7, par. 2 et 4; et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, résolution 955 (2004) du Conseil de sécurité, annexe, art. 6, par. 2 et 4.

²⁸⁵ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (Freetown, 16 janvier 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137 (Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone), à l'article 6, paragraphes 2 et 4.

²⁸⁶ Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchea démocratique, 27 octobre 2004, avec inclusion d'amendements (NS/RKM/1004/006), art. 29; disponible à l'adresse suivante: www.eccc.gov.kh/fr/node/3155.

partie au Statut²⁹³. De ce point de vue, la limite introduite par le paragraphe 1 de l'article 98 n'a pas à proprement parler d'incidence sur l'impossibilité d'invoquer l'immunité face à la compétence de la Cour, mais plutôt sur la possibilité de le faire en ce qui concerne les mesures que doivent prendre les juridictions nationales pour s'acquitter de l'obligation de coopérer avec la Cour. D'un autre côté, la pratique montre que la polémique n'est apparue qu'en ce qui concerne des chefs d'État (les Présidents Al Bashir et Kenyatta), ce qui signifie qu'il s'agit en fait d'une question d'immunité *ratione personae*. C'est en définitive le problème qui a été soulevé devant les tribunaux sud-africains au sujet de l'arrestation du Président Al Bashir²⁹⁴, mettant en évidence le lien étroit entre l'exercice de l'immunité devant les juridictions nationales et devant les juridictions internationales ainsi que la nécessité d'une interprétation systémique des deux situations²⁹⁵.

165. Cette situation s'est vue compliquée lorsque l'Union africaine a adopté, en 2015, le Protocole de Malabo portant création de la Section du droit pénal international de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. En adoptant ce protocole, l'Union africaine entendait résoudre au niveau régional les problèmes posés par la controverse entourant l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome en ce qui concerne les deux chefs d'États africains en exercice, en ajoutant au Statut de la Cour africaine l'article suivant :

Aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef d'État ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut Responsable public en raison de ses fonctions²⁹⁶.

166. Ainsi est apparu un modèle de juridiction pénale régionale qui rompt, ne fût-ce que partiellement, avec la règle selon laquelle les représentants de l'État ne peuvent invoquer l'immunité face à l'exercice de la compétence des tribunaux pénaux internationaux. Même s'il n'est pas nécessaire d'analyser cette disposition aux fins du présent rapport²⁹⁷, le simple fait qu'elle ait été adoptée montre comment l'exercice de la compétence pénale internationale peut, dans la pratique, se heurter à des problèmes liés à l'immunité de juridiction des représentants de l'État. La modification du Statut de la Cour africaine peut constituer un tournant dans la conception de la compétence pénale internationale : la possibilité de

recourir à l'exercice de la juridiction pénale nationale concernant des crimes internationaux.

167. En tout état de cause, il ne s'agit pas de la seule tentative de recherche d'une solution africaine à la question des poursuites engagées contre des chefs d'État ou anciens chefs d'État pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité. La création des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises constitue un autre exemple se rapprochant davantage des tribunaux spéciaux et des tribunaux internationalisés. Cette formule, qui a permis à un tribunal incorporé à une juridiction sénégalaise de juger un ancien chef d'État, notamment pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre, a confirmé que l'immunité ne pouvait être invoquée face à la commission de tels crimes, comme le montre l'absence de référence à l'immunité dans le jugement par lequel Hissène Habré a été déclaré coupable de ces crimes et condamné à l'emprisonnement à perpétuité²⁹⁸.

168. Dans ce contexte, le passage du préambule du Statut de Rome rappelant qu'«il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux²⁹⁹» acquiert à nouveau une importance particulière. Cette affirmation constitue le fondement du principe de complémentarité consacré par le Statut de Rome en tant qu'instrument permettant de déterminer la répartition des compétences entre la Cour pénale internationale et les tribunaux nationaux. Conformément à ce principe, le rôle des tribunaux nationaux ne peut être ni dévalorisé ni relégué au second plan³⁰⁰. Au contraire, le renforcement de leur capacité de connaître de crimes internationaux constitue maintenant un élément essentiel du nouveau modèle de justice pénale internationale, qui a même donné lieu à la mise en œuvre du concept de «complémentarité positive»³⁰¹.

169. Dans ce contexte, la reconnaissance du rôle primordial des tribunaux nationaux dans la lutte contre les crimes internationaux et la nécessité de garantir l'efficacité de leur action judiciaire sont deux éléments que la Commission ne saurait ignorer. Peut-être jugera-t-elle donc utile d'en tenir compte dans ses délibérations sur la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État³⁰².

C. Notion de limites et exceptions à l'immunité

170. Tout au long de ce cinquième rapport, l'expression «limites et exceptions à l'immunité» est employée

²⁹³ Voir Escobar Hernández, «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional»; Akande, «International law immunities and the International Criminal Court»; Triffterer, «“Irrelevance of official capacity” – Article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (Article 98)?»; Kress, «The International Criminal Court and immunities under international law for States not party to the Court's Statute».

²⁹⁴ Voir chap. II, sect. D, *supra*.

²⁹⁵ Voir Tladi, «The duty on South Africa to arrest and surrender Al-Bashir under South African and international law: Attempting to make a collage from an incoherent framework».

²⁹⁶ Protocole de Malabo, article 46A *bis*. L'article 46B pose le principe de la non-pertinence de la qualité officielle, sous réserve du régime spécial prévu à l'article 46A *bis*. Le protocole n'est pas encore entré en vigueur.

²⁹⁷ Pour un commentaire de cette disposition, voir Ssenyonjo et Nakitto, «The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights “International Criminal Law Section”: Promoting impunity for African Union Heads of State and senior State Officials?»; et Tladi, «The immunity provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (doctrinal) wheat from the (normative) chaff».

²⁹⁸ Chambre africaine extraordinaire d'assises, *Ministère public c. Hissène Habré*, jugement, 30 mai 2016, disponible sur le site Web des Chambres africaines extraordinaires : www.chambresafriaines.org.

²⁹⁹ Préambule, sixième paragraphe.

³⁰⁰ Sur le principe de la complémentarité, voir, entre autres, Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*; Escobar Hernández, «El principio de complementariedad».

³⁰¹ Sous l'impulsion de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ce concept a été débattu à la Conférence de Kampala et a donné lieu à plusieurs initiatives de suivi au sein de l'Assemblée même.

³⁰² Keitner renvoie à cette idée dans divers ouvrages où elle met l'accent sur ce qu'elle appelle l'application horizontale : «*Germany v. Italy* and the limitations of horizontal enforcement». La même démarche se retrouve dans sa récente contribution au colloque sur l'immunité des représentants de l'État de l'American Society of International Law : «Horizontal enforcement and the ILC's proposed draft articles on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction».

comme s'il s'agissait d'un tout, pour désigner les cas où l'immunité du représentant de l'État ne peut être invoquée devant les tribunaux d'un autre État. Toutefois, comme il a été indiqué dans le quatrième rapport, chacun de ces termes renvoie à une notion bien distincte. Par « limite », on entend tout élément constitutif d'une institution, qui en définit les contours d'une institution et se situe donc nécessairement en son sein. En revanche, une « exception » est un élément extérieur pouvant dans certaines circonstances empêcher l'application de l'institution, qui conserve cependant ses propres limites.

171. Si cette distinction entre limite et exception est appliquée à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, les limites de l'immunité sont nécessairement liées aux éléments normatifs définissant chaque type d'immunité, alors que les exceptions sont définies par des éléments extérieurs pouvant découler d'autres notions de l'ordre juridique international, en comparaison desquelles les éléments normatifs jouent un rôle secondaire. De ce point de vue, les bénéficiaires de l'immunité, l'acte accompli à titre officiel et la dimension temporelle de l'immunité devraient être considérés comme les notions autour desquelles se construisent les limites de l'immunité. En revanche, le respect des valeurs et principes juridiques du droit international dans son ensemble et la nécessité de garantir que l'immunité n'ait pas d'effets non voulus dans d'autres domaines du droit international (tels que le droit pénal international, le droit international humanitaire ou le droit international des droits de l'homme) devraient constituer le point de départ de la définition des exceptions à l'immunité.

172. Cette distinction théorique n'est cependant pas aussi nette en pratique. Comme cela a été souligné au chapitre II du présent rapport, les termes « limite » et « exception » ne sont employés systématiquement ni par les tribunaux internationaux, ni dans les commentaires et les déclarations des États, ni dans la pratique judiciaire, législative ou conventionnelle. Dans la majorité des cas, les États et les praticiens du droit traitant de l'immunité n'ont pas toujours employé les mêmes termes. Parfois, ils n'ont même pas indiqué qu'il existait une limite ou une exception à l'immunité, se contentant d'affirmer qu'elle ne s'appliquait pas ou ne pouvait être invoquée devant les tribunaux nationaux. D'autre part, il convient de noter que, même lorsque ces praticiens établissent une distinction claire entre limite et exception, l'emploi des deux termes n'est pas toujours uniforme et ne s'applique pas toujours à un même acte. Le cas de la torture, ou plus généralement des crimes internationaux, est significatif : ces crimes constituent pour certains praticiens une limitation et pour d'autres une exception. Le but visé est cependant le même dans tous les cas : il s'agit de déclarer que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne peut être invoquée pour un comportement déterminé. Autrement dit, il y a dans un cas comme dans l'autre « non-application » du régime de l'immunité, et la compétence de l'État du for s'applique sans restriction.

173. La question n'est cependant pas nouvelle et ne concerne pas seulement le présent sujet. Il suffit de rappeler la pratique consacrée dans certaines conventions traitant de l'immunité et élaborées à partir de projets d'articles précédemment adoptés par la Commission. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,

la Convention de Vienne sur les relations consulaires, la Convention sur les missions spéciales et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel – pour ne citer que celles qui sont le plus en rapport avec le présent sujet – n'établissent aucune distinction entre limite et exception, se bornant à énumérer les cas où certaines des immunités qu'elles prévoient ne s'appliquent pas. L'exemple le plus significatif en est la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui non seulement ne fait aucune distinction entre limites et exceptions mais traite même ensemble (à la troisième partie de la Convention) les motifs de non-applicabilité fondés sur les actes accomplis par l'État, les conséquences desdits actes, les biens sur lesquels est censée s'exercer la compétence ou l'existence de voies spéciales de règlement des différends dont les parties seraient convenues.

174. Aux fins du présent sujet, il ne semble donc pas nécessaire d'établir une distinction nette entre limites et exceptions. En outre, comme il a été indiqué dans le quatrième rapport, choisir entre les notions de limite et d'exception peut dans certains cas avoir des conséquences qui dépassent largement le régime de l'immunité, en particulier dans le cas des crimes internationaux, dont la qualification comme limite ou exception pourrait avoir des incidences sur le régime de responsabilité internationale de l'État³⁰³. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, il est donc plus judicieux (et plus conforme à la pratique) de traiter le sujet du point de vue général selon lequel l'immunité ne peut être invoquée dans certaines circonstances, en particulier en cas des crimes de droit international. Ce sera l'idée suivie dans le projet d'article 7, qui figure dans le présent rapport.

175. En tout état de cause, il convient de noter que, si les limites et exceptions à l'immunité ne sont pas traitées séparément dans le présent rapport, c'est dans l'unique but d'élaborer un projet d'article englobant les deux notions. La distinction présente toutefois un intérêt méthodologique, en particulier du point de vue des critères herméneutiques à appliquer pour déterminer l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité. Dans le cas des limites, les critères permettant d'établir leur existence doivent être étroitement liés aux éléments normatifs de l'immunité, en particulier aux actes pouvant donner lieu à l'immunité, et interprétés principalement à la lumière de la relation entre l'immunité et la juridiction. En revanche, dans le cas des exceptions, les éléments normatifs de l'immunité ne constituent pas le seul fondement possible de la non-applicabilité de l'immunité, qui peut également découler d'autres éléments extérieurs à cette institution, qui, comme il a été dit précédemment, proviennent de l'ordre juridique international dans son ensemble. Dans le premier cas, la non-applicabilité de l'immunité doit être induite et dans le second déduite. Les deux méthodes doivent être dûment prises en compte dans le présent rapport.

176. Ces considérations méthodologiques doivent être prises en compte pour traiter des motifs pouvant servir de fondement aux limites et exceptions, qui sont analysées dans le chapitre suivant.

³⁰³ Voir *Annuaire... 2015*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/686, par. 122 à 126. *A contrario*, voir Dodge, « Foreign official immunity in the International Law Commission: The meaning of "official capacity" ».

CHAPITRE IV

Cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'applique pas

177. À la lumière de l'analyse qui précède, le présent chapitre a pour objet de déterminer la portée des limites ou exceptions à l'immunité sous deux angles distincts : a) les domaines concrets auxquels ces exceptions peuvent s'appliquer ; et b) la question de savoir si elles peuvent s'appliquer de manière générale à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae* ou seulement à cette dernière (sect. D). En ce qui concerne le premier point, les cas suivants seront examinés : crimes internationaux (sect. A), préjudices causés sur le territoire de l'État du for (sect. B) et corruption (sect. C). Comme suite à cet examen, le projet d'article 7, qui porte sur les cas dans lesquels l'immunité ne peut s'appliquer, sera présenté à la section E.

A. Crimes internationaux

178. Comme il a été indiqué au début du présent rapport, les crimes internationaux sont au centre des débats sur les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ce qui tient sans aucun doute à deux facteurs qu'il convient de rappeler ici : le lien entre les crimes internationaux et le principe du *jus cogens*, et l'inévitable comparaison entre immunité et lutte contre l'impunité. L'importance conférée aux crimes internationaux dans le débat sur les exceptions à l'immunité est également liée à l'institutionnalisation du droit pénal international, depuis la fin du XX^e siècle, qui se manifeste principalement par la création de juridictions pénales internationales, et est même influencée par celle-ci.

179. La pratique examinée plus haut montre comment les tribunaux nationaux, d'une manière ou d'une autre, envisagent les crimes internationaux en rapport avec l'immunité. Même si elle varie, on y observe une tendance claire à considérer la commission de crimes internationaux comme l'un des motifs de non-application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, soit parce qu'on estime qu'il ne s'agit pas d'actes accomplis à titre officiel, soit parce qu'on considère qu'ils constituent une exception à l'immunité, justifiée par leur gravité ou par l'atteinte aux valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble. D'autre part, même si les tribunaux nationaux ont parfois reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère dans le cas de crimes internationaux, n'oublions pas qu'il s'est presque toujours agi d'immunité *ratione personae* et très rarement d'immunité *ratione materiae*. En tout état de cause, il convient de souligner que les cours ou tribunaux pénaux internationaux n'ont jamais reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans l'exercice de leur compétence.

180. Il semble donc possible de conclure de prime abord que le droit international contemporain reconnaît l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans les cas où ceux-ci sont soupçonnés d'avoir commis

un crime international. Cette affirmation est cependant contestée par une partie de la doctrine³⁰⁴ et se heurte également à certains exemples issus de la pratique, où des tribunaux nationaux ont conclu à l'immunité de juridiction pénale de représentants d'un État alors même qu'ils étaient soupçonnés d'avoir commis des crimes internationaux. Le lien qui existe entre les crimes internationaux et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est analysé ci-après sous deux angles distincts : a) l'existence d'une coutume internationale définissant cette limite ou exception ; et b) le fait que les crimes internationaux constituent systématiquement une limite ou une exception à l'immunité. Ces deux points de vue sont étroitement liés mais ils seront traités séparément dans le présent rapport par souci de clarté. Enfin, cette sous-section se conclura par un examen des crimes internationaux susceptibles de donner lieu à une limite ou exception à l'exercice de l'immunité.

1. LIMITE OU EXCEPTION FONDÉE SUR LA COMMISSION DE CRIMES INTERNATIONAUX EN TANT QUE NORME COUTUMIÈRE

181. Même si une tendance à considérer les crimes internationaux comme une limite ou une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère ressort de l'examen effectué plus haut, au chapitre II, portant notamment mais non exclusivement sur la pratique législative et judiciaire nationale, des doutes ont été émis quant à savoir si cette pratique était suffisamment constante et homogène pour constituer l'élément matériel d'une coutume internationale, et si elle était assortie de la conviction d'agir conformément à une obligation juridique relevant de l'*opinio juris*. En outre, il existe une jurisprudence internationale homogène contraire à l'existence de cette exception, dont on a affirmé qu'elle primait la jurisprudence nationale s'agissant de déterminer s'il existe une coutume selon laquelle la commission de crimes internationaux serait considérée comme une limite ou exception à l'immunité. En définitive, ces doutes portent sur l'existence d'une norme coutumière définissant les crimes internationaux qui seraient considérés comme une limite ou une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État³⁰⁵.

182. La question de savoir si cette coutume existe ou non n'est pas anodine et le débat qu'elle a suscité ne peut être ignoré. Au contraire, il est utile et nécessaire de l'examiner dans le présent rapport, dans la mesure où elle peut avoir une incidence sur la décision de la Commission d'inclure une telle limite ou exception dans le projet d'articles en cours d'élaboration. Une telle décision constitue à n'en pas douter l'un des aspects les plus délicats et

³⁰⁴ Voir à ce propos Wuerth, « *Pinochet's legacy reassessed* » ; et O'Keefe, « An "international crime" exception to immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: Not currently, not likely ».

³⁰⁵ O'Keefe, « An "international crime" exception... ». *A contrario*, Pedretti, dans *Immunity of Heads of State...*, p. 57 à 98, a effectué une étude intéressante qui lui a permis de conclure à l'existence d'une telle coutume.

les plus difficiles de ces travaux mais présente également un grand intérêt pour les États et la communauté internationale dans son ensemble.

183. Aux fins de cet examen, il est utile de tenir compte des travaux en cours de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, et en particulier des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction³⁰⁶, dont la Commission a pris note en première lecture lors de la première partie de la session en cours. On peut retenir des projets de conclusion les éléments ci-après, qui présentent un intérêt dans le cadre du présent rapport :

a) l'existence d'une coutume internationale suppose celle d'une « pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)³⁰⁷ » ;

b) la pratique pertinente est « principalement la pratique des États³⁰⁸ », qui « consiste dans le comportement de [ceux-ci], dans l'exercice de [leurs] fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre³⁰⁹ » ;

c) la pratique « peut revêtir une large variété de formes » et, « dans certaines circonstances, comprendre l'inaction »³¹⁰. Aux fins du présent rapport, il convient de noter les formes suivantes : les « actes [...] diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; [...] les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes³¹¹ » ;

d) il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble³¹², compte tenu du fait qu'« [i]l n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique³¹³ » ;

e) dans tous les cas, la pratique « doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante³¹⁴ » ;

f) pour que la pratique constitue une coutume internationale, elle « doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit³¹⁵ » ;

g) dans l'appréciation de la pratique et de l'*opinio juris*, « il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances [dans lesquelles] chacun de ces moyens³¹⁶ » a été employé à cette fin ; et

h) « [l]es décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice [...], constituent un moyen auxiliaire de détermination » des normes coutumières³¹⁷ mais ne constituent pas en elles-mêmes une pratique aux fins de l'élaboration d'une coutume internationale³¹⁸.

184. À la lumière de ces orientations fournies par la Commission elle-même, la Rapporteuse spéciale estime disposer de suffisamment d'éléments pour affirmer qu'il existe une norme coutumière selon laquelle les crimes internationaux constituent une limite ou exception à l'immunité, pour les raisons suivantes :

a) malgré la diversité des positions adoptées par les juridictions nationales dans les affaires examinées plus haut, la balance semble pencher en faveur de l'existence de l'exception, en particulier, mais non seulement, lorsqu'elles agissent dans le cadre de la juridiction pénale ;

b) dans les cas où les tribunaux nationaux ont appliqué une forme de limite ou d'exception fondée sur la commission de crimes internationaux, ils ont toujours renvoyé à l'incompatibilité de ces crimes vis-à-vis des normes et principes juridiques du droit international contemporain, ce qui permet d'affirmer que les décisions des tribunaux nationaux se fondent sur la conviction qu'ils agissent conformément aux prescriptions du droit international et non en exerçant un pouvoir discrétionnaire absolu, qui par ailleurs serait difficilement compatible avec l'exercice de la fonction judiciaire. Cette conclusion est d'autant plus importante s'il s'agit de décisions prises par les organes judiciaires de pays qui ne disposaient pas à ce moment de normes spécifiques concernant l'exercice de l'immunité ou dont les normes ne renvoyaient pas expressément à une éventuelle exception pour crimes internationaux. Il en va de même pour les cas où les tribunaux nationaux ont exercé leur compétence sans faire référence à l'immunité de certains représentants de l'État alors qu'ils auraient dû le faire s'ils l'avaient jugée applicable, soit parce qu'ils ont, dans la même décision, fait référence à l'immunité d'autres représentants de l'État (la reconnaissant même), soit parce qu'ils avaient évoqué cette immunité dans d'autres décisions concernant d'autres crimes internationaux qui auraient été commis par des agents de l'État ;

c) la non-applicabilité de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État aux affaires concernant des crimes internationaux se manifeste non seulement dans la pratique judiciaire mais aussi dans les lois internes adoptées au cours des deux dernières décennies, qui ont inclus progressivement une telle limite ou exception dans les droits nationaux ;

d) la pratique des États en dehors des domaines législatifs et judiciaires, en particulier au sein des organisations internationales, fait également apparaître que la majorité considère les crimes internationaux comme une limite ou une exception à l'immunité, comme en témoignent en

³⁰⁶ Voir A/CN.4/L.872 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-huitième session).

³⁰⁷ Ibid., projet de conclusion 2.

³⁰⁸ Ibid., projet de conclusion 4, par. 1.

³⁰⁹ Ibid., projet de conclusion 5.

³¹⁰ Ibid., projet de conclusion 6, par. 1.

³¹¹ Ibid., projet de conclusion 6, par. 2.

³¹² Ibid., projet de conclusion 7, par. 1.

³¹³ Ibid., projet de conclusion 6, par. 3.

³¹⁴ Ibid., projet de conclusion 8, par. 1.

³¹⁵ Ibid., projet de conclusion 9, par. 1.

³¹⁶ Ibid., projet de conclusion 3, par. 1.

³¹⁷ Ibid., projet de conclusion 13, par. 1.

³¹⁸ Voir, à cet égard, la référence au rôle des décisions des juridictions internes au paragraphe 2 du projet de conclusion 6, au paragraphe 2 du projet de conclusion 10 et au paragraphe 2 du projet de conclusion 13, ainsi que la référence restreinte aux décisions de juridictions internationales au paragraphe 1 du projet de conclusion 13 (ibid.).

particulier les déclarations faites par les États sur ce point à la Sixième Commission et leurs contributions écrites en réponse aux questions posées par la Commission dans le cadre du présent sujet;

e) l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité fondée sur la commission de crimes internationaux a également été reconnue dans les écrits des spécialistes de droit public, qu'il convient de considérer comme un « moyen auxiliaire » de détermination de la coutume. Il convient à cet égard de mentionner en particulier l'Institut de droit international, qui, depuis le début de ce siècle, a évoqué l'existence de cette exception dans nombre de ses résolutions.

185. Il convient toutefois de noter que les conclusions formulées ci-dessus se heurtent à des arguments critiques exprimés dans certaines publications académiques et par certains États: a) l'existence d'une pratique également importante allant à l'encontre de l'application d'une limite ou d'une exception à l'immunité fondée sur la commission de crimes internationaux; b) le fait que la jurisprudence internationale, en particulier les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, s'est montrée opposée à l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité; et c) l'affirmation que la pratique des États sur laquelle est censée se construire une norme coutumière n'entre pas dans la catégorie de pratique générale et n'est pas non plus suffisamment homogène ni représentative. Bien que l'importance de ces arguments ne puisse être ignorée ni minimisée, la Rapporteuse spéciale estime qu'ils doivent faire l'objet d'une évaluation nuancée.

186. Il convient de noter que la première de ces objections se fonde sur une pratique générale qui concerne non seulement l'immunité des représentants de l'État mais aussi et surtout l'immunité de l'État. Il est peu probable que de tels arguments puissent être jugés pertinents aux fins du présent sujet car on peut difficilement considérer qu'ils tiennent compte « du contexte général, de la nature de la règle et des circonstances propres³¹⁹ » aux moyens d'évaluation mentionnés plus haut.

187. En second lieu, il convient de ne pas oublier que les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, malgré leur grande importance dans l'ordre juridique international, ne peuvent être considérées comme un « moyen auxiliaire » de détermination de l'existence d'une pratique qui, assortie de l'*opinio juris*, permet de conclure à l'existence d'une norme coutumière, mais ne sauraient en aucun cas remplacer les tribunaux nationaux dans le processus d'élaboration de la coutume. En outre, le rôle des tribunaux nationaux revêt une importance particulière pour le présent sujet, puisque c'est toujours devant ceux-ci que l'immunité est invoquée et que leurs décisions constituent un élément indispensable au moment de déterminer ce qu'un État considère comme droit international. Comme il a été dit plus haut, les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme qui font généralement autorité traitent directement de l'immunité de l'État et, lorsqu'elles ont trait à l'immunité

de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, sont de portée limitée (en particulier celles de la Cour internationale de Justice), puisqu'elles ne portent que sur l'immunité *ratione personae*.

188. Les arguments concernant le caractère non général de la pratique invoquée pour justifier l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité ont davantage de valeur. À cet égard, les décisions des tribunaux nationaux, les normes internes et autres déclarations des États sont assurément peu nombreuses et manquent parfois d'homogénéité et d'uniformité, mais, comme la Commission elle-même le reconnaît dans ses travaux en cours sur la détermination du droit international coutumier, la pertinence de l'ampleur de la pratique doit être appréciée compte tenu du domaine dans lequel elle s'inscrit³²⁰. En l'occurrence, ce domaine est forcément restreint du fait de la nature même des actes considérés (les crimes internationaux) qui, pour graves qu'ils soient, ne surviennent qu'exceptionnellement dans la société internationale. En outre, le nombre limité de systèmes juridiques nationaux permettant de connaître de tels crimes commis à l'étranger ou par des étrangers restreint également l'ampleur de la pratique. Il convient toutefois de noter que la coexistence de jugements appliquant une forme de limite ou d'exception et de jugements appliquant l'immunité malgré l'existence de crimes internationaux n'est absolument pas incompatible avec le processus de formation d'une coutume internationale qui, par son caractère informel et spontané, permet à des pratiques divergentes de coexister, au moins lors de la formation de la norme, sans que cela nuise à son émergence. Enfin, en ce qui concerne la non-représentativité de la pratique, il convient de noter que les manifestations de la pratique peuvent être mises en évidence dans diverses régions et que remettre en question la relation entre immunité et crimes internationaux dans une région donnée n'a pas d'incidence sur l'applicabilité de la limite ou de l'exception à une forme d'immunité, sauf en ce qui concerne l'immunité de juridiction *ratione personae*. Le débat tenu en Afrique ces dernières années, évoqué plus haut³²¹, en est un bon exemple. Quoi qu'il en soit, même si l'on aurait pu douter de l'existence d'une pratique générale pertinente donnant lieu à une coutume internationale, il ne semble en aucun cas possible de nier l'existence d'une tendance claire témoignant de l'émergence d'une coutume.

189. La Rapporteuse spéciale estime donc que la commission de crimes internationaux peut actuellement être considérée comme une limite ou une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État fondée sur une norme de droit international coutumier.

2. LES CRIMES INTERNATIONAUX, EXCEPTION À L'IMMUNITÉ : FONDEMENT SYSTÉMIQUE

190. Qu'il existe ou non une règle coutumière définissant les crimes internationaux en tant que limites ou exceptions à l'immunité, une analyse systémique des

³²⁰ Sur le caractère « général » de la pratique, voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, en particulier p. 194 à 196, par. 52 à 57.

³²¹ Voir chap. III, sect. B.

³¹⁹ Ibid., projet de conclusion 3, par. 1.

liens entre immunité et crimes internationaux en droit international contemporain fait apparaître diverses raisons de les considérer comme tels.

a) *Protection des valeurs de la communauté internationale dans son ensemble : le jus cogens et la lutte contre l'impunité*

191. Comme il a été dit précédemment, on trouve dans la jurisprudence nationale des exemples de cas où les crimes internationaux sont considérés comme limite ou exception à l'immunité. Dans le premier cas, l'immunité ne s'applique pas aux crimes internationaux car les actes en question ne peuvent pas être considérés comme ayant été accomplis à titre officiel. Dans le second cas, il y aurait exception à l'immunité en cas de crimes internationaux, même si ceux-ci ont été commis dans le cadre d'une politique de l'État ou en lien avec des activités de l'État et peuvent donc être considérés comme des actes accomplis à titre officiel. Le résultat est le même dans les deux cas : les représentants de l'État ne peuvent pas bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère en cas de crime international.

192. Dans les deux cas, les raisons invoquées sont des raisons de fond touchant à la qualification des crimes internationaux comme actes contraires aux valeurs, normes et principes juridiques fondamentaux de la communauté internationale. Elles sont également liées à l'incompatibilité de ces crimes vis-à-vis de normes de *jus cogens* qui n'admettent aucune dérogation. Dans les deux cas, le fait de considérer les crimes internationaux comme limite ou exception à l'immunité est également lié aux obligations découlant du rejet de l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves par l'ensemble de la communauté internationale, qui coopère pour y mettre fin.

193. Nul ne peut nier que les crimes internationaux sont contraires aux valeurs, normes et principes juridiques fondamentaux de la communauté internationale, pas même ceux qui considèrent que l'immunité de juridiction pénale étrangère peut s'appliquer à ces crimes. Cette affirmation est à la base de la lutte contre l'impunité, qui s'inscrit dans les valeurs et objectifs de la société et du droit international contemporains. L'idée est évidente et n'a pas été remise en question mais le caractère juridique des deux affirmations, lui, a été remis en cause : il ne s'agirait que de simples valeurs et tendances non confirmées par des normes de droit international. Cette remise en question ne résiste cependant pas à une analyse systémique du phénomène dans le contexte du droit international contemporain.

194. En effet, même si les notions d'impunité et de lutte contre l'impunité comportent une dimension sociologique indéniable, il est clair que toutes deux sont également devenues des notions juridiques du fait de l'évolution du droit international depuis la Seconde Guerre mondiale. La juridicisation des deux notions s'est faite à partir de la consolidation de deux branches importantes du droit international contemporain : le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international³²².

195. La notion d'«impunité» a acquis une dimension juridique par la transformation de valeurs sociales en normes juridiques. Pour le présent sujet, cette juridicisation s'est produite essentiellement par la proclamation, en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire, d'un ensemble d'obligations touchant essentiellement aux droits inhérents à la dignité humaine, en temps de guerre comme en temps de paix, et dont le non-respect a des effets juridiques à la fois sur l'État et sur la personne. Dans le premier cas, par les règles selon lesquelles la responsabilité internationale de l'État peut être engagée pour violation des droits de l'homme et des normes du droit international humanitaire, et dans le deuxième cas, par la définition de crimes internationaux dont peut découler la responsabilité pénale individuelle des auteurs. Chacun des deux cas est une expression de la notion générale de responsabilité qui, dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit pénal international, est exprimée en anglais par le terme *accountability*, qui peut se traduire par l'expression «obligation de rendre des comptes». Cette notion et son contraire, la notion d'«impunité» – qui, par opposition, s'entend d'une «absence d'obligation de rendre des comptes» (*unaccountability*) –, ont toutes les deux un caractère juridique³²³. En outre, les éléments auxquels

dernières années du double point de vue du droit pénal international et du droit international des droits de l'homme. À ce sujet, voir Van Alebeek, *The immunity of States and their officials...* Pour ce qui est de l'aspect du débat touchant aux droits de l'homme, voir Humes-Schulz, «Limiting sovereign immunity in the age of human rights»; Stigen «Which immunity for human rights atrocities?»; Stephens, «Abusing the authority of the State: Denying foreign official immunity for egregious human rights abuses». Notons également que le rapport élaboré par Lady Fox pour l'Institut de droit international, qui a servi de base à la résolution adoptée à Naples, en 2009 (voir *supra* la note 28), était intitulé «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international» [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I et 73-II (session de Naples, 2009), Paris, Pedone, 2009, p. 3].

³²³ Sur la responsabilité et l'impunité, voir Van Ness, «Accountability»; Craig, «Accountability» (il y a déclaré que la responsabilité pourrait avoir des aspects politiques, juridiques et financiers); Thakur et Malcontent (dir. publ.), *From Sovereign Impunity to International Accountability: the Search for Justice in a World of States*; Bianchi, «Serious violations of human rights and foreign states' accountability before municipal courts». L'Assemblée générale a mis l'accent sur l'importance de l'obligation de rendre des comptes dans le contexte de l'état de droit. Dans la Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, les États se sont engagés «à faire en sorte que l'impunité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que des violations du droit international humanitaire et des violations graves du droit des droits de l'homme ne soit pas tolérée, et que ces violations fassent l'objet d'enquêtes sérieuses et de sanctions appropriées, notamment en veillant à ce que les auteurs de ces crimes ou violations soient traduits en justice selon la procédure prévue par le droit interne ou, s'il y a lieu, selon un mécanisme régional ou international, dans le respect du droit international, et [ont encouragé] à cette fin les États à renforcer leur appareil et leurs institutions judiciaires» (résolution 67/1 de l'Assemblée générale en date du 24 septembre 2012, par. 22). Ils ont en outre souligné qu'il importait «que la justice transitionnelle soit entendue au sens large comme comprenant l'ensemble des mesures judiciaires et non judiciaires visant à donner effet au principe de responsabilité, à servir la justice, à offrir des voies de recours aux victimes, à favoriser l'apaisement et la réconciliation, à instituer une tutelle indépendante de l'appareil de sécurité, à rétablir la confiance dans les institutions de l'État et à promouvoir l'état de droit. À cet égard, [ils ont également souligné] que les processus de recherche de la vérité, notamment ceux qui consistent à analyser les violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire pour en déterminer les causes et les conséquences, sont des outils importants qui viendraient compléter les procédures judiciaires» (ibid., par. 21).

³²² Il n'est donc pas surprenant que le lien entre immunité et crimes internationaux ait été examiné dans les études publiées ces vingt

s'applique l'« obligation de rendre des comptes » et que l'« impunité » prive de toute protection sont également de nature juridique : les droits de l'homme internationalement reconnus, les règles essentielles de protection des victimes en situation de conflit armé et l'interdiction de certains moyens et méthodes de combat. Personne aujourd'hui ne contesterait que ces valeurs constituent des normes de droit international.

196. En outre, la notion de « lutte contre l'impunité » a également acquis une dimension juridique, en particulier avec la mise en place de mécanismes de coopération internationale visant initialement à établir la responsabilité de l'État pour violation des normes susmentionnées et, plus récemment, à établir la responsabilité pénale individuelle. Ces mécanismes internationaux ont suscité la création de divers organes de protection des droits de l'homme, notamment à caractère judiciaire, et de juridictions pénales internationales.

197. Cependant, la coopération internationale ne se limite pas à la mise en place d'organes internationaux et de procédures internationales. Au contraire, il convient de garder à l'esprit que presque tous les traités internationaux instituant des systèmes de protection des droits de l'homme imposent aux États l'obligation de prévoir dans leur droit interne des voies de recours appropriées à cette fin³²⁴. C'est encore plus évident dans le cas de la coopération concernant la répression des crimes internationaux qui, selon le modèle traditionnel d'avant la création des cours et tribunaux pénaux internationaux, laissait exclusivement aux États (et à leurs tribunaux) le soin de réprimer les crimes internationaux selon leur droit interne et au moyen de leurs institutions. Ce modèle perdure aujourd'hui dans une large mesure avec l'inclusion, dans les traités internationaux relatifs aux crimes internationaux, d'une obligation faite aux États d'établir dans leur droit interne la compétence de leurs tribunaux pour réprimer ces crimes³²⁵.

198. La notion d'impunité et celle de lutte contre l'impunité ont donc toutes deux une dimension juridique évidente, tant en droit international que dans les systèmes juridiques des États. Le caractère polysémique des deux termes et le fait qu'ils ont clairement une connotation sociologique ne les privent pas de leur dimension juridique et ne les relèguent pas au rang de notions ajuridiques ou métajuridiques.

³²⁴ Au niveau international, voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2, par. 3 a, et art. 14 (voir également l'observation générale n° 32, adoptée en 2007) [Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40*, vol. I (A/62/40), vol. I, annexe VI]; et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 2 c. Au niveau régional, voir la Convention européenne des droits de l'homme, art. 6 et 13; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47; la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », art. 8 et 25; et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7. De son côté, le Conseil des droits de l'homme a affirmé la nécessité « d'assurer le respect de l'obligation de rendre compte, de servir la justice [et] d'offrir des recours aux victimes » : résolution 27/3 adoptée par le Conseil des droits de l'homme sur le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition.

³²⁵ Voir la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. V; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5 et 6; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6; et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. IV.

199. Le caractère juridique de ces notions est en outre confirmé par le lien qui les unit aux normes de *jus cogens*. On se contentera de dire qu'il est généralement admis qu'une bonne part des normes reconnaissant des droits fondamentaux ou interdisant certains comportements sont clairement des normes impératives. En l'occurrence, il s'agit en particulier du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre les plus graves et de la torture, qui sont souvent qualifiés de violations de normes impératives. Il convient également de garder à l'esprit que la Commission elle-même les a définis comme tels lors de ses travaux précédents sur le droit des traités, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Si les crimes internationaux constituent des violations de normes impératives du droit international, il n'est pas surprenant que certains tribunaux nationaux aient affirmé que cela suffisait pour en conclure que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne peut s'appliquer aux situations où des crimes internationaux ont été commis. Ainsi s'explique également la disposition de l'article 27 du Statut de Rome, selon laquelle la qualité officielle et les immunités qui peuvent s'y attacher en vertu du droit interne ou du droit international ne peuvent pas être invoquées devant la Cour pénale internationale et ne peuvent donc pas être utilisées comme système de défense pour empêcher la Cour d'exercer sa compétence.

200. Cette conception du *jus cogens* en tant que fondement de la non-applicabilité de l'immunité a été acceptée par de nombreuses juridictions nationales et un nombre considérable d'États, comme le montre l'analyse de la pratique présentée au chapitre II ci-dessus. Cependant, il convient de se rappeler que la Cour internationale de Justice l'a rejetée expressément dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* au motif que les normes de *jus cogens* et les normes régissant l'immunité de l'État sont de caractères distincts. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme s'est appuyée sur des arguments semblables pour conclure que l'immunité de juridiction civile de l'État n'était pas exclue dans les cas d'actes de torture, bien qu'elle reconnaisse expressément que ceux-ci sont des violations de normes impératives du droit international.

201. Indépendamment de l'incidence de l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur la définition des normes de *jus cogens*, point qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ici³²⁶, il convient de noter que, dans sa décision, la Cour ne s'est pas penchée sur la valeur interprétative de ces normes, question particulièrement intéressante sur laquelle la Commission elle-même a appelé l'attention par le passé. Comme la Commission l'a affirmé, un conflit entre normes primaires tel que celui actuellement à l'examen ne doit pas nécessairement se résoudre en matière de responsabilités : il convient de

³²⁶ Sur cette question, voir notamment Bakircioglu, « *Germany v. Italy: The triumph of sovereign immunity over human rights law* »; Barker, « *International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) judgment of 3 February 2012* »; Bianchi, « *Gazing at the crystal ball (again): State immunity and jus cogens beyond Germany v. Italy* »; Boudreault, « *Identifying conflicts of norms: The ICJ approach in the case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)* »; Orakhelashvili, « *Jurisdictional Immunities of the State*, ICJ, Feb. 3 2012 »; Vidmar, « *Rethinking jus cogens after Germany v. Italy: Back to article 53?* ».

garder à l'esprit que toute norme de *jus cogens* a une valeur interprétative qui permet de surmonter d'éventuelles contradictions sans devoir examiner le problème du point de vue des règles de responsabilité.

202. Il convient de tenir compte de cette valeur interprétative en abordant la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les crimes internationaux. Ainsi, dans la mesure où un crime international est une violation d'une norme de *jus cogens*, comme c'est clairement le cas de la torture, les praticiens devraient garder ce fait à l'esprit pour parvenir à une «interprétation conforme» aux deux normes. Cette interprétation devra se faire au cas par cas mais devrait permettre en principe de lever l'immunité de juridiction pénale au motif que ces crimes ne peuvent être des actes accomplis à titre officiel ou au motif que l'immunité doit être levée dans certaines circonstances particulièrement graves qui menacent les valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale.

203. En outre, il convient de noter que la conclusion de la Cour internationale de Justice concernant l'immunité de l'État ne peut se transposer systématiquement et dans tous ses aspects à la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les normes de *jus cogens*. Comme la Cour l'a dit dans son arrêt de 2012, il n'y a pas de conflit entre l'immunité et les normes de *jus cogens*, puisque l'immunité est une question de procédure alors que le *jus cogens* concerne le fond. Le simple fait d'ériger un obstacle à l'exercice de la compétence n'empêche donc pas de conclure à la responsabilité de l'État par une autre voie et ne constitue donc pas une dérogation à la norme de *jus cogens*. On préserve ainsi l'une des caractéristiques essentielles des normes impératives : l'impossibilité d'y déroger en vertu d'une norme de droit international à l'exception d'une autre norme de *jus cogens*.

204. Étant donné que la Cour se réfère à une immunité de juridiction civile, la responsabilité qui peut en découler pour l'État et surtout les conséquences juridiques de cette responsabilité (restitution d'un droit, versement de dédommagements, réparation de dommages, etc.) peuvent être décidées par une autre voie, soit interne (les tribunaux de l'État supposé assumer la responsabilité civile), soit internationale (des tribunaux internationaux si possible, la protection diplomatique, l'arbitrage ou la négociation, entre autres). Par conséquent, d'un point de vue strictement juridique, on ne saurait contester l'affirmation de la Cour selon laquelle l'immunité est de nature strictement procédurale.

205. Cependant, cette conclusion ne peut s'appliquer telle quelle au cas de l'immunité dont il est question dans le présent rapport. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État présente en effet deux caractéristiques propres dont il faut nécessairement tenir compte : a) elle s'exerce devant les tribunaux pénaux ; et b) elle a pour effet de bloquer toute action en justice visant à définir la responsabilité pénale individuelle pour un type donné de crimes. S'agissant de cette dernière caractéristique, il est indéniable que le seul moyen de définir la responsabilité pénale et les effets qui en découlent (déclaration d'innocence ou de culpabilité et, le cas échéant, sanction) est la procédure pénale, qui ne peut

être remplacée par aucun des autres mécanismes mentionnés au paragraphe précédent, en particulier l'arbitrage, la protection diplomatique ou la négociation entre États. L'immunité ne correspondra donc à la notion d'«obstacle procédural» que s'il est possible de recourir à une juridiction pénale autre que les tribunaux de l'État du for pour déterminer la responsabilité pénale éventuelle d'un représentant de l'État, qu'il s'agisse des tribunaux pénaux de cet État, d'un tribunal pénal international compétent ou d'un autre tribunal national qui, par l'application de règles spéciales, est compétent pour juger le représentant de l'État sans qu'il soit possible d'y invoquer l'immunité. Cependant, il n'est pas possible de garantir que l'affaire pourra être portée devant une de ces instances car de nombreux facteurs entrent en ligne de compte, notamment l'existence dans l'État du représentant de normes spéciales qui empêchent de le traduire en justice, l'absence de compétence du tribunal international ou l'existence de normes conventionnelles permettant sans équivoque l'intervention d'un État tiers. Si aucune de ces autres juridictions ne peut connaître des crimes internationaux, il se produit ce qui a déjà été analysé plus haut, à la section A du chapitre III : l'immunité de juridiction pénale étrangère perd son caractère exclusivement procédural et acquiert un caractère de fond, devenant ainsi obstacle à la fois «procédural» et «de fond». La Cour internationale de Justice n'ayant pas envisagé ce cas dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, il n'est pas possible de conclure que son affirmation selon laquelle il n'y a pas de conflit entre l'immunité et les normes de *jus cogens* peut s'appliquer à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en relation avec la commission de crimes internationaux.

b) Accès à la justice et droit des victimes à réparation

206. En lien direct avec les arguments présentés aux paragraphes précédents, il a été dit que l'immunité de juridiction appliquée aux crimes internationaux revient à nier le droit des victimes à la justice et à une réparation pour les crimes qu'elles ont subis.

207. Le déni du droit d'accès à la justice a toujours été l'un des arguments utilisés pour limiter la portée de toute forme d'immunité³²⁷. Ce droit a indubitablement la *vis attractiva* d'être un droit fondamental sans lequel on ne saurait concevoir le droit à une protection juridique efficace et à un procès équitable³²⁸. Cependant, comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme³²⁹, le droit d'accès à la justice peut être sujet à des limites et, dans le cas de sa relation avec l'immunité, il faut tenir compte de la finalité, étant donné que – par définition – l'immunité a pour effet de «bloquer» l'exercice de la fonction judiciaire et est donc susceptible de limiter le droit d'accès à la justice.

208. De plus, dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, le droit d'accès à la justice présente certaines caractéristiques propres qu'il faut dûment prendre en compte. Premièrement,

³²⁷ Voir le commentaire relatif au jugement prononcé par la Cour constitutionnelle italienne le 22 octobre 2014 (par. 122 *supra*).

³²⁸ Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, par. 28 à 36, série A n° 18.

³²⁹ Voir chap. II, sect. C.2.

l'action pénale ne sera pas nécessairement engagée par les victimes du crime et les poursuites engagées contre des représentants d'un État tiers à raison de crimes internationaux peuvent être soumises à certaines limites fixées par la législation nationale, permettant aux organes de l'État de contrôler l'exercice de la juridiction en se fondant en principe sur la défense des intérêts publics de l'État. Deuxièmement, l'action n'est pas seulement engagée pour défendre les intérêts et droits individuels des victimes mais également en faveur de l'ordre public national et international, aux fins du respect de normes jugées essentielles par la communauté internationale dans son ensemble. Enfin, sa finalité n'est autre que d'établir la responsabilité pénale individuelle à raison de crimes internationaux, ce qui ne peut se faire que par la voie judiciaire, qu'il s'agisse des tribunaux de l'État du for, des tribunaux de l'État du représentant ou d'un tribunal pénal international. Dans ce contexte, il n'est pas si simple de déterminer ce que l'on entend par droit d'accès à la justice et dans quelles circonstances ce droit n'est pas garanti en raison de l'immunité de juridiction pénale, pas même en cas de crimes internationaux.

209. Il est clair que le droit de chacun de saisir les tribunaux d'une plainte ou d'une allégation concernant un crime international sera limité par le jeu de l'immunité. Cependant, ce droit sera également compromis si l'action pénale est engagée par les autorités compétentes de l'État puis bloquée par l'effet de l'immunité. Pour que cette limite rende l'immunité incompatible avec le droit d'accès à la justice, il faut, comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme, qu'elle revienne à faire disparaître ce droit. En d'autres termes, il faut qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'obtenir qu'une juridiction détermine si un crime international a été commis et, dans l'affirmative, si le représentant de l'État en est pénalement responsable. En l'absence de cette voie de recours, non seulement l'immunité aura pour effet de nier le droit d'accès à la justice mais elle permettra également de perpétuer une situation à la base de laquelle se trouve un acte – le crime international – contraire aux normes impératives du droit international. De ce point de vue et dans ces circonstances très particulières, le droit d'accès à la justice peut constituer un fondement juridique suffisant pour conclure que l'immunité de juridiction pénale étrangère ne peut s'appliquer à la commission de crimes internationaux.

210. Pour ce qui est du droit à réparation des victimes de crimes internationaux, on ne saurait nier qu'il s'agit de l'un des développements les plus avancés du droit pénal international contemporain: la commission de crimes internationaux ne peut avoir pour seule conséquence le châtement imposé aux auteurs de ces crimes, celui-ci doit être assorti d'un système de réparation pour les torts causés aux victimes. Cette dimension de la justice pénale est présente dans le droit de nombreux pays qui prévoient le droit à réparation des victimes d'un crime. L'exercice de ce droit découle de la procédure pénale elle-même ou d'une procédure civile engagée aux seules fins d'obtenir réparation pour les dommages causés par le crime, que celui-ci ait ou non fait l'objet d'une décision pénale.

211. Le droit à réparation se retrouve également en droit international. Les décisions de divers organes internationaux reconnaissent le droit à réparation des victimes de

violations des droits de l'homme et de crimes internationaux³³⁰. Le droit à réparation a même été invoqué devant la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur ce point³³¹. Quoiqu'il en soit, le droit à réparation des victimes de crimes internationaux est expressément reconnu à l'article 75 du Statut de Rome, ce qui a entraîné un développement important sur le plan institutionnel³³² et dans la jurisprudence³³³.

212. Cependant, l'idée que le droit des victimes à réparation constitue le fondement d'une exception à l'immunité en cas de crimes internationaux appelle une analyse nuancée qui est dans une large mesure liée à la possibilité d'engager une action en justice pour obtenir cette réparation. Dans ce contexte, il convient de noter qu'une telle action peut être engagée devant la juridiction pénale ou civile et que la procédure civile ne dépend pas d'une condamnation pénale préalable. Dans les deux cas, le droit à réparation de la victime a un effet différent sur la limite ou l'exception à l'immunité. Il est clair qu'il convient d'en tenir compte lorsque le seul moyen d'obtenir réparation est d'engager une procédure pénale, qui en devient donc une condition essentielle. Dans ce cas, l'effet que l'immunité peut avoir sur le droit des victimes à réparation s'ajoute à l'argument évoqué plus haut concernant la dimension de fond de l'immunité de juridiction pénale étrangère.

213. Cependant, la conclusion n'est pas si évidente lorsque le seul moyen d'obtenir réparation est une procédure civile, puisque dans ce cas les autres mécanismes mentionnés ci-dessus pourraient entrer en jeu. De plus, il

³³⁰ Voir la résolution 60/147 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2005, sur les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire; la résolution 27/3 du Conseil des droits de l'homme sur le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition; et l'observation générale n° 3 (2012) du Comité contre la torture [Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, p. 267]. Sur la façon dont le droit à réparation est abordé dans la doctrine, voir notamment Cruz, «El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos».

³³¹ Voir chap. II, sect. C.1, *supra*.

³³² À cette fin, l'Assemblée des États parties a créé le Fonds au profit des victimes, qui joue un rôle important dans le système général de la Cour. À ce sujet, voir la résolution ICC-ASP/1/Res.6, en date du 9 septembre 2002 (Création d'un fonds au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles), dans ICC-ASP/1/3, et la résolution ICC-ASP/4/Res.3 (Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes).

³³³ Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06-2904, Chambre de première instance I, décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, 7 août 2012. Voir également Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06-3129, Chambre d'appel, arrêt relatif aux appels interjetés contre la décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations rendue le 7 août 2012 accompagné de l'Ordonnance de réparation modifiée, 3 mars 2015. Dans cet arrêt, la Chambre d'appel a jugé que le droit à réparation des victimes découlait de la responsabilité individuelle de l'accusé et a ordonné au Fonds au profit des victimes d'accorder des réparations collectives. Voir Val Garrijo, *Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho internacional penal*.

y a dans ce cas de nouveau un risque de confusion entre immunité du représentant de l'État et immunité de l'État, ce dernier pouvant être considéré comme responsable au civil à titre subsidiaire.

214. Par conséquent, indépendamment du débat sur le droit des victimes à réparation, on ne saurait conclure que ce droit peut constituer en soi le fondement juridique de l'existence d'une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cela n'empêche cependant pas de considérer le droit à réparation comme un argument juridique complémentaire en faveur d'une telle exception. Dans ce contexte, la pratique de certains États est particulièrement pertinente, notamment celle des États-Unis et du Canada, qui prévoient dans leur droit interne une exception à l'immunité de juridiction civile dans le cas de certaines plaintes pour dommages et préjudices découlant de crimes internationaux. À un autre niveau, il convient également de prendre en considération les travaux de l'Institut de droit international, qui a notamment, dans sa résolution sur la compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux³³⁴, affirmé le droit des victimes à réparation et leur droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation (paragraphe 1 et 2 de l'article 1).

c) *Obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux*

215. La gravité des crimes internationaux ressort de l'adoption de plusieurs traités qui imposent aux États parties l'obligation d'exercer leur compétence à l'égard de ces crimes. Certains auteurs, se référant dans une certaine mesure à l'affaire *Pinochet*, ont considéré cette obligation conventionnelle comme fondement juridique pour conclure que les crimes internationaux constituent une limite ou une exception à l'immunité³³⁵. Le devoir des États parties d'établir leur compétence vis-à-vis de certains crimes internationaux les oblige alors à exercer leur compétence à l'égard de toute personne ayant commis l'un des crimes visés par ces traités, sans possibilité d'invoquer l'immunité. En un certain sens, les États parties ont renoncé implicitement au droit d'invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère pour ces crimes.

216. C'est une interprétation intéressante qui vise à préserver le devoir qu'ont les tribunaux nationaux de poursuivre les auteurs de crimes internationaux sans qu'il faille toucher aux éléments essentiels de l'immunité de juridiction, en particulier le fait de considérer l'immunité comme un droit autonome de l'État, ni se prononcer sur la qualification des crimes internationaux en tant qu'actes accomplis à titre officiel. Elle a aussi l'avantage de se fonder sur une obligation conventionnelle qui lie tant l'État du for que l'État du représentant, ce qui permet de ne pas devoir déterminer s'il existe une norme coutumière servant de fondement à la limite ou exception à l'immunité. Cependant, son utilité en tant que fondement de la limite ou de l'exception est restreinte puisqu'elle ne s'appliquerait qu'aux crimes internationaux régis par des

traités et ne tient pas compte de l'existence d'autres traités qui n'imposent pas l'obligation d'établir la compétence. Cependant, elle est difficilement compatible avec le modèle de relation entre compétence et immunité décrit plus haut, selon lequel l'immunité ne peut être invoquée qu'à l'égard d'une compétence préexistante et qu'il ne semble donc pas cohérent de soutenir qu'elle ne s'applique pas précisément parce que l'État a préalablement établi sa compétence à l'égard des crimes internationaux. Quoi qu'il en soit, cet argument a le mérite de faire ressortir la contribution importante que les traités régissant le phénomène des crimes internationaux ont apportée à la définition des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère et de souligner que ces limites et exceptions peuvent dans certains cas se fonder sur des traités.

217. En résumé, il ressort des arguments examinés ci-dessus qu'il existe en droit international contemporain suffisamment d'éléments pour affirmer que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État peut se heurter à une limite ou exception découlant de la commission de crimes internationaux. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, il convient donc de mentionner cette limite ou exception dans le projet d'articles, que l'on conclue ou non à l'existence d'une coutume internationale en ce sens.

3. CRIMES INTERNATIONAUX CONSTITUANT UNE LIMITE OU UNE EXCEPTION À L'IMMUNITÉ

218. En dernier lieu, pour définir la notion de limite ou d'exception à l'immunité de la juridiction pénale étrangère, il faut définir au préalable celle de crime international et déterminer quelles infractions peuvent être classées dans cette catégorie.

219. Il convient de noter d'emblée que la notion de crime international fait référence à des infractions qui ont un retentissement international, soit parce qu'elles sont commises dans un contexte international et présentent une dimension transnationale ou transfrontière, soit parce qu'elles touchent des valeurs juridiques internationales, quel que soit le lieu où elles sont commises. Dans les deux cas, ces crimes sont l'objet d'une réglementation internationale. La première catégorie comprend des infractions telles que la piraterie, le trafic de stupéfiants, la traite d'êtres humains, la corruption et d'autres formes de criminalité internationale organisée. La seconde comprend le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime d'agression, la torture, les disparitions forcées et l'apartheid. Même si au sens large ces deux catégories de crimes portent atteinte aux valeurs et intérêts des États et de la communauté internationale, seuls ceux de la seconde catégorie peuvent être considérés au sens strict comme des « crimes internationaux » ou des « crimes de droit international » contraires aux valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble.

220. Par ailleurs, l'examen de la pratique effectué au chapitre II du présent rapport montre que très peu de crimes figurent dans les législations nationales comme cause d'exception à l'immunité de la juridiction pénale étrangère. De même, très peu de décisions de juridictions

³³⁴ Voir *supra* la note 28.

³³⁵ Voir Akande et Shah, « Immunities of State officials, international crimes and foreign domestic courts »; d'Argent, « Immunity of State officials and the obligation to prosecute ».

nationales ont donné lieu à la levée de l'immunité à raison de la commission de ces crimes internationaux. On peut tirer la même conclusion de la pratique conventionnelle et des travaux antérieurs de la Commission sur d'autres sujets.

221. L'examen de cette pratique porte à conclure que les crimes internationaux constituant le fondement d'une limite ou d'une exception à l'immunité sont ceux qui, selon la communauté internationale, peuvent donner lieu à des poursuites pénales devant les juridictions pénales internationales, en particulier la Cour pénale internationale. Ces crimes devraient donc être placés dans la même catégorie que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

222. Par ailleurs, il est difficile, aux fins du présent rapport, d'étendre cette qualification au crime d'agression, bien qu'il relève également de la compétence de la Cour pénale internationale, et ce, pour plusieurs raisons: la compétence de la Cour à l'égard de ce crime est facultative et ne joue pas automatiquement comme dans le cas des autres crimes; la Commission a déjà indiqué dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 que le crime d'agression devait être jugé en priorité par des juridictions pénales internationales en raison des incidences politiques qu'il pouvait avoir sur la stabilité des relations entre les États; et enfin peu de législations pénales nationales l'incriminent. D'un autre côté, il semble n'exister dans la pratique des États aucun cas où le crime d'agression aurait été considéré comme une limite ou une exception à l'immunité, que ce soit au niveau législatif ou judiciaire.

223. Pour ce qui est des crimes internationaux de la première catégorie, rien n'empêche d'établir par traité une exception à l'immunité de la juridiction pénale étrangère. Toutefois, leur inclusion dans la catégorie des crimes donnant lieu à une limite ou exception fondée sur la coutume n'est pas appuyée par la pratique.

224. Enfin, il convient de noter que la jurisprudence nationale examinée dans la présente section comme ayant donné lieu à la limite ou à l'exception concerne principalement un grand nombre de cas de torture. Même si en principe le crime de torture peut être considéré comme un crime contre l'humanité, il n'est pas toujours possible de l'inclure dans cette catégorie, en particulier lorsque les actes en cause ne s'inscrivent pas dans le cadre d'un plan ou d'une politique. Néanmoins, certaines juridictions nationales ont parfois levé l'immunité de juridiction dans des cas de torture ne répondant pas à cette condition. Ainsi, compte tenu de la gravité de ce crime et du fait que son interdiction a de multiples fois été considérée comme une norme de *jus cogens*, il semble raisonnable d'inclure expressément la torture dans les crimes internationaux constituant une limite ou une exception à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Le même raisonnement s'applique aux disparitions forcées, bien que la pratique des États en la matière soit plus limitée. En tout état de cause, la torture, en raison de sa gravité, a été qualifiée de «crime de droit international» dans plusieurs traités lorsqu'elle se manifeste sous une forme grave et systématique. Il semble donc opportun de l'inclure à la liste des crimes de droit international

constituant une limite ou une exception à l'immunité de juridiction dont il est question dans le présent rapport.

B. L'«exception territoriale»

225. L'«exception territoriale», issue du régime des immunités diplomatiques, a été étendue par la suite à l'immunité de l'État. Elle a été incorporée dans toutes les législations nationales régissant l'immunité, à l'exception de celle du Pakistan, et dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Le contenu de cette exception est décrit à l'article 12 de la Convention (voir *supra* le paragraphe 27).

226. Comme l'a indiqué la Commission dans son commentaire de l'article 12, cette exception se justifie par le caractère prioritaire de la juridiction de l'État sur le territoire duquel surviennent les faits. En outre, elle permet de garantir une voie de recours aux personnes qui ont subi un préjudice du fait d'actes commis par un représentant de l'État et qui n'auraient normalement pas accès à d'autres moyens de réparation³³⁶. L'exception territoriale a également été examinée dans l'étude du Secrétariat de 2007³³⁷ et dans le deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, qui a conclu qu'elle pouvait constituer une exception à l'immunité *ratione materiae* pour autant que les actes aient été commis sur le territoire de l'État du for par un représentant d'un État étranger présent sur ce territoire sans autorisation expresse de l'État du for pour accomplir les activités liées à sa fonction³³⁸.

227. Bien que cette exception ait été conçue pour s'appliquer principalement aux relations diplomatiques puis étendue aux actes d'agents et de fonctionnaires d'organisations internationales et à l'immunité de l'État, il est assurément possible de trouver dans la pratique des États des cas où les tribunaux de l'État du for ont tenu compte de l'exception territoriale pour conclure à la non-applicabilité de l'immunité de juridiction des représentants d'un État étranger. Il s'agit d'affaires où les tribunaux nationaux ont appliqué l'exception territoriale à des actes ayant causé des préjudices, des assassinats politiques, des activités d'espionnage ou des actes de boycottage commis sur le territoire de l'État du for par des représentants d'un État étranger³³⁹, et ont exclu l'applicabilité de l'immunité alors

³³⁶ Voir chap. II, sect. A, *supra*.

³³⁷ Document A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 3), par. 162 à 165.

³³⁸ Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 446 à 448, par. 81 à 86.

³³⁹ Voir les affaires suivantes: Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, décision du 15 mai 1995 (immunité refusée aux agents des services de renseignement de l'ex-République démocratique allemande); Nouvelle-Zélande, *Rainbow Warrior* (note 217 *supra*) [attentat contre un navire de Greenpeace ayant causé la mort d'un citoyen néerlandais et le naufrage du navire; la Cour n'a pas soulevé la question de l'immunité]; Italie, *Abu Omar* (citée par Gaeta, «*Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar*») [enlèvement et transfèrement illégal d'une personne]; États-Unis, *Letelier v. Chile* (voir *supra* la note 228); États-Unis, *Jiménez v. Aristeguieta* (note 223 *supra*); États-Unis, *In Re Jane Doe I*, et al. v. *Liu Qi*, et al., *Plaintiff A*, et al. v. *Xia Deren*, et al. (note 228 *supra*); Royaume-Uni, Angleterre, *Khurts Bat v. Investigating judge of the German Federal Court*, [2011] EWHC 2029 (Admin) [enlèvement et transfèrement illégal d'une personne en Allemagne] (cette décision contient une analyse intéressante de l'exception aux paragraphes 86 à 101). Les

même qu'ils avaient identifié l'intéressé comme étant un représentant de l'État et établi un lien entre l'État du représentant et l'acte incriminé.

228. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que l'immunité continuait malgré tout de s'appliquer, justifiant cette conclusion en qualifiant les actes incriminés d'*acta jure imperii* et considérant qu'il s'agissait d'immunité de l'État et non de ses représentants. C'est notamment le cas de la décision de la juridiction irlandaise dans l'affaire *McElhinney* et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les mêmes faits. De même, il convient de mentionner l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a rejeté les prétentions de l'Italie concernant l'application de cette exception, au motif que les actes ayant causé le préjudice avaient été commis par les troupes nazies pendant un conflit armé et devaient donc être considérés comme *acta jure imperii*.

229. En résumé, la pratique des États, bien que limitée, semble cohérente dans sa reconnaissance de l'application de cette limite ou exception à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. La Rapporteuse spéciale considère que cette conclusion, ainsi que l'importance à accorder dans ce cas au principe de la territorialité, justifie d'inclure l'exception territoriale au projet d'articles en cours d'élaboration, en tant que limite ou exception à l'immunité de la juridiction.

C. La corruption en tant que limite ou exception à l'immunité

230. Comme l'a souligné la Rapporteuse spéciale dans son quatrième rapport, l'immunité a parfois été invoquée devant des tribunaux nationaux concernant certains actes qui, bien que semblant avoir été accomplis à titre officiel, servaient uniquement les intérêts du représentant de l'État sur lequel on souhaitait exercer la juridiction. L'immunité a également été invoquée par des représentants de l'État dans le cadre de poursuites pénales à raison d'activités sans rapport avec les fonctions de l'État (détournement de fonds, blanchiment d'argent, etc.) mais ne pouvant avoir eu lieu qu'en raison du statut de fonctionnaire de l'auteur et causant en outre un préjudice économique à l'État du représentant. Dans de tels cas, la réaction des tribunaux nationaux a généralement été de refuser l'immunité³⁴⁰. Il s'agit d'un ensemble varié d'activités comprenant la

tribunaux italiens et grecs ont également accepté cette exception dans l'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* (note 215 *supra*), et Grèce, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, arrêt, 4 mai 2000, ILR, vol. 129, p. 513 [voir l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenants))*]. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également évoqué cette exception dans *Blaškić* (voir *supra* la note 187), par. 41.

³⁴⁰ Voir en particulier les affaires suivantes : Suisse, *Adamov* (note 216 *supra*) ; Chili, *Fujimori* (note 215 *supra*), par. 15 à 17 (la décision a été rendue dans le cadre d'une demande d'extradition pour corruption et violation graves des droits de l'homme) ; France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, jugement, 13 juin 2013, demande d'annulation, jugement, 16 avril 2015 (note 210 *supra*). L'affirmation mentionnée reprend les arguments et déclarations de l'arrêt du 13 juin 2013 ; États-Unis, *In Re Jane Doe I*, et al. v. *Liu Qi*, et al., *Plaintiff A*, et al. v. *Xia Deren*, et al. (note 228 *supra*). En revanche, un tribunal suisse a confirmé l'immunité dans une affaire de détournement de fonds publics : *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police* (voir note 224 *supra*).

malversation, le détournement de fonds publics, le blanchiment d'argent et d'autres faits de corruption.

231. De manière générale, à la lumière des critères établis dans le quatrième rapport, aucune de ces affaires ne concerne des actes pouvant être considérés comme ayant été accomplis à titre officiel. En principe, il n'est donc pas nécessaire de les examiner maintenant du point de vue des limites et exceptions. Néanmoins, la pratique montre que dans plusieurs cas il s'avère difficile de déterminer clairement s'il s'agit d'un acte accompli à titre officiel ou privé, en particulier lorsque l'acte n'a pu être commis qu'en raison du statut officiel de l'auteur et du fait qu'il a pu tirer parti de la structure de l'État, parfois par des actes ayant l'apparence de l'officialité. Toutefois, même dans les cas où les limites ne sont pas claires, les juridictions nationales ont généralement conclu à la non-applicabilité de l'immunité, se fondant dans la plupart des cas sur l'intention de l'auteur, à savoir la volonté de tirer profit de son statut officiel pour son propre bénéfice, causant un préjudice à l'État qu'il représente. Il s'agit donc d'un exemple clair de ce qui a été qualifié plus haut de limite à l'immunité, puisque la non-applicabilité de celle-ci découle de l'incompatibilité entre l'acte suscitant l'intention d'exercer la juridiction et l'un des critères normatifs de cette immunité.

232. Cela est particulièrement évident dans les faits qui peuvent être qualifiés de corruption, où le représentant de l'État agit illégalement, contrevenant à son mandat, ou *ultra vires*, en dehors de son mandat. Comme indiqué dans les précédents rapports, le caractère illicite de l'acte commis par le fonctionnaire n'entraîne pas nécessairement la levée de l'immunité s'il est possible de déterminer que, bien qu'illicite, il a été accompli à titre officiel, c'est-à-dire dans l'exercice de fonctions étatiques. Cependant, les actes *ultra vires* ne peuvent en principe bénéficier de l'immunité puisqu'ils sont par définition présumés ne pas avoir été accomplis dans l'exercice de fonctions étatiques ni donc à titre officiel.

233. Ces conclusions, bien que théoriquement incontestables, soulèvent néanmoins un grand nombre de questions et doivent en tout état de cause être tirées au cas par cas par le tribunal national compétent. Il en découle une certaine incertitude dans un domaine tel que la corruption des agents publics, source de vive préoccupation pour les États, comme en témoigne la conclusion de traités internationaux destinés à lutter contre cette pratique grave aux niveaux tant mondial que régional. Bien que ces traités ne prévoient généralement pas l'exclusion de l'immunité dans les affaires de corruption impliquant des agents publics étrangers, ils constituent un ensemble de principes dont l'objectif premier est de garantir l'exercice de la juridiction de l'État afin de réprimer de tels comportements³⁴¹.

234. En conséquence, compte tenu de la pratique judiciaire et du fait que la répression de la corruption aux niveaux national et international constitue un objectif

³⁴¹ Voir, à cet égard, la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 42 et 44 à 46 ; la Convention pénale sur la corruption, art. 17 et 25 à 27 ; la Convention interaméricaine contre la corruption, art. V ; et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, art. 13, 15, 18 et 19.

important de la coopération internationale³⁴², il pourrait être opportun d'inclure au projet d'articles une disposition précisant expressément que la corruption constitue une limite ou une exception à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère.

D. Limites et exceptions à l'immunité *ratione personae et ratione materiae*

235. Une fois identifiées les situations pouvant constituer une limite ou une exception à l'immunité, il convient de déterminer si elles s'appliquent de manière générale aux deux formes d'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (*ratione personae* et *ratione materiae*) ou à une seule d'entre elles (*ratione materiae*). Il s'agit en définitive de déterminer si les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères sont affectés, au cours de leur mandat, par les limites ou exceptions à l'immunité examinées ci-dessus.

236. Cet examen doit se fonder sur trois considérations : a) la façon dont la question a été abordée dans la pratique ; b) la finalité de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* et les biens qu'elles protègent ; et c) les différences entre les critères normatifs de l'une et l'autre forme d'immunité, en particulier leur portée temporelle. La teneur de chaque limite ou exception examinée ne nous fournit pas les éléments qui nous permettraient de conclure à l'applicabilité ou à la non-applicabilité dans l'un et l'autre cas. Au sens strict, la gravité des crimes de droit international, de la corruption et des dommages causés aux personnes et aux biens est la même quel qu'en soit l'auteur.

237. Cela étant, la pratique montre que les tribunaux nationaux reconnaissent généralement l'immunité des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres

³⁴² En lien étroit avec le présent rapport, il convient de noter que l'Union africaine a inclus la corruption parmi les crimes relevant de la compétence de la Section du droit international pénal de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Plus généralement, la préoccupation internationale à l'égard de la corruption et de la nécessité de la combattre ressort de diverses activités de l'Organisation de coopération et de développement économiques et de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. L'Assemblée générale a affirmé la nécessité d'une politique de tolérance zéro vis-à-vis de la corruption, notamment au sein même de l'Organisation des Nations Unies, soulignant que « la politique de tolérance zéro à l'égard de la fraude et de la corruption [...] est indispensable pour renforcer l'application du principe de responsabilité à tous les niveaux » (résolution 70/255 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} avril 2016 : Progrès accomplis dans l'élaboration d'un système d'application du principe de responsabilité pour le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, par. 4). Cette préoccupation se retrouve également dans la doctrine. Voir Boersma, *Corruption: a Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*; American Society of International Law, *Proceedings of the 107th Annual Meeting, April 3-6, 2013, Washington, D.C.*, Panel on "Anti-corruption initiatives in a multipolar world" (Bonucci, « The fight against foreign bribery and international law: an exception or a way forward? »; Rose-Ackerman, « International anti-corruption policies and the U.S. national interest »; et Dubois, « Remarks »); De la Cuesta Arazmendi, « Iniciativas internacionales contra la corrupción »; Ivory, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*; Jiménez García, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un derecho internacional global*; Kofele-Kale, « *Sed quis custodiet ipsos custodios?* (But who will guard the guardians?): the case for elevating official corruption to the status of a crime in positive international law »; Olaniyan, *Corruption and Human Rights Law in Africa*; Olivares Tramón, « Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional ».

des affaires étrangères en toutes circonstances, sans tenir compte de l'existence éventuelle de l'une des limites ou exceptions examinées ci-dessus. C'est particulièrement évident dans le cas des crimes internationaux, pour lesquels les tribunaux nationaux reconnaissent généralement l'immunité des membres de la troïka. En outre, cette reconnaissance s'est faite aux plus hauts niveaux de juridiction : même lorsqu'un tribunal de première instance a jugé que l'immunité n'était pas applicable dans le cas d'un crime international, les juridictions supérieures ont annulé cette décision et reconnu l'immunité³⁴³. Il en va de même dans les deux autres cas, puisqu'on ne peut trouver dans la pratique de cas où un tribunal national ait déclaré non applicable l'immunité d'un chef d'État, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères en exercice sur la base d'une exception territoriale ou d'actes de corruption, à l'exception, dans ce dernier cas, de l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Teodoro Nguema Obiang Mangue*.

238. De même, les législations nationales qui prévoient une limite ou une exception à l'immunité pour les crimes internationaux ne les appliquent généralement pas aux membres de la troïka dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, celles qui n'opèrent pas de distinction entre les chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères et le reste des représentants de l'État pour ce qui est de l'exception à l'immunité ne le font généralement qu'aux seules fins de la coopération avec la Cour pénale internationale. Seules les législations de l'Afrique du Sud, du Burkina Faso, des Comores, de l'Irlande et de Maurice semblent envisager une exception pour les crimes internationaux, qui s'applique à tous les représentants de l'État, quel que soit leur rang³⁴⁴.

239. En outre, la Cour internationale de Justice a expressément déclaré qu'il existait une règle coutumière reconnaissant l'immunité totale ou absolue des ministres des affaires étrangères, également applicable aux chefs d'État et de gouvernement, et ne souffrant aucune exception, pas même en ce qui concerne les crimes les plus graves tels que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Cette limite de l'exception à l'immunité *ratione materiae* pour les crimes internationaux est également appuyée par la majorité de la doctrine et singulièrement par l'Institut de droit international, comme en témoigne sa résolution de 2009³⁴⁵.

240. Il n'est donc pas possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière permettant d'appliquer des limites ou des exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni d'identifier une tendance en ce sens. En revanche, les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'appliquent bien à ceux-ci dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*.

241. Cette limite ne peut cependant être considérée comme une forme d'impunité. Au contraire, il convient de garder à l'esprit que l'immunité *ratione personae* est de nature éminemment temporelle, comme le souligne le

³⁴³ Voir l'affaire *Kadhafi* devant les juridictions françaises (note 209 *supra*).

³⁴⁴ Voir chap. II, sect. B, *supra*.

³⁴⁵ Voir *supra* la note 28.

projet d'article 4 adopté à titre provisoire par la Commission en 2013. Conformément à cette disposition, les anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères ne bénéficient après la fin de leur mandat que de l'immunité *ratione materiae* concernant les actes accomplis à titre officiel durant celui-ci. Ils sont donc alors entièrement soumis au régime de l'immunité *ratione materiae*, avec ses limites et exceptions. En d'autres termes, l'exclusion des limites et exceptions en ce qui concerne les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères revêt un caractère temporel qui tient essentiellement à leur rôle de représentants de l'État sur le plan des relations internationales.

242. Il n'en reste pas moins que, dans certaines circonstances, cette exclusion temporaire peut devenir permanente, en particulier dans le cas des monarques, qui restent en fonctions à vie et ne peuvent être destitués, et des chefs d'État et de gouvernement qui, pour diverses raisons, deviennent également titulaires d'un mandat à vie. Bien que les limites et exceptions à l'immunité ne puissent pas s'appliquer non plus dans ces cas, il conviendrait de recommander que les États concernés envisagent la possibilité de lever l'immunité de leurs représentants sur demande, en particulier dans le cas des crimes internationaux les plus graves. Néanmoins, cette recommandation devra être examinée dans le sixième rapport, dans le contexte des aspects procéduraux de l'immunité.

E. Projet d'article

243. Sur la base de l'examen effectué dans ce cinquième rapport, un projet d'article sur les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère est proposé ci-après. Outre les arguments exposés précédemment, il convient d'appeler l'attention sur certains points dont la Rapporteuse spéciale a tenu compte en rédigeant ce projet d'article.

244. Premièrement, il convient de noter que la distinction entre limites et exceptions, bien qu'utile sur le plan méthodologique, s'avère controversée du point de vue normatif, en particulier du fait des divergences entourant le fait de considérer un acte donné comme limitation ou exception au sens défini ci-dessus, surtout pour ce qui est des crimes internationaux. La Commission a été confrontée à une situation analogue lors de l'élaboration de son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. À l'époque, elle avait opté pour une formule prudente, remplaçant les termes « limite » et « exception » par une référence générique aux « procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité³⁴⁶ ». La Rapporteuse spéciale a utilisé la même formule dans le projet d'article proposé dans le présent rapport.

245. Deuxièmement, le projet d'article ne couvre pas la renonciation à l'immunité par l'État du représentant. En raison de son caractère hautement procédural, cette question devrait être abordée dans le sixième rapport, qui, conformément au programme de travail initialement proposé, sera établi lorsque les questions de fond auront été traitées. Cette manière d'envisager la renonciation est

conforme à l'étude réalisée à l'époque par le Secrétariat et à la teneur du troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, ainsi qu'à la manière suivie par la Commission lors de l'élaboration du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

246. Troisièmement, notons que rien n'empêche les États de définir au moyen de traités internationaux les cas de non-applicabilité de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Cette possibilité s'est déjà réalisée dans la pratique et est pleinement compatible avec le droit conventionnel. Une référence expresse a donc été incluse à cette possibilité dans le projet d'article proposé. Pour la même raison, une référence expresse à l'obligation de coopérer avec les juridictions pénales internationales a également été incluse.

247. Enfin, la Rapporteuse spéciale tient à souligner que l'application de ce projet d'article doit être comprise à la lumière des règles de procédure relatives à l'application de l'immunité qui pourront être établies à l'avenir. Bien que ces règles ne soient pas de nature à modifier la teneur du projet d'article pour ce qui est de déterminer les cas où l'immunité ne s'applique pas, des conditions procédurales spécifiques pourront être établies en vue d'assurer le respect de toutes les garanties procédurales protégeant tant les États que les personnes. Toutefois, il ne semble pas nécessaire à ce stade d'introduire une référence expresse à cette question dans le projet d'article.

248. Compte tenu des considérations qui précèdent, la Rapporteuse spéciale propose le projet d'article suivant :

« Projet d'article 7. Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas »

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

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

« b) les crimes liés à la corruption ;

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

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

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

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

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

³⁴⁶ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 34, troisième partie du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

CHAPITRE V

Programme de travail futur

249. Conformément au programme de travail initialement proposé, la Rapporteuse spéciale traitera dans son sixième rapport des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce rapport sera également l'occasion de revenir sur les notions de juridiction et d'immunité dont la Rapporteuse spéciale a initialement traité dans le deuxième rapport. Ces notions seront alors examinées d'un point de vue procédural aux fins de déterminer, en particulier, les actes spécifiques de l'enquête et des poursuites concernant un crime auquel s'applique l'immunité.

250. L'examen des aspects procéduraux de l'immunité est le dernier sujet du programme de travail initial, de

sorte que la Commission sera en mesure d'achever l'examen du sujet et d'adopter le projet d'articles en première lecture en 2017. Au terme de la période requise pour que les États puissent présenter leurs observations écrites, la Commission pourra donc examiner ces observations et les propositions de la Rapporteuse spéciale en 2019 et, le cas échéant, procéder à l'adoption finale du projet d'articles en seconde lecture.

251. En tout état de cause, ce programme de travail est soumis aux décisions qui seront adoptées lors du prochain quinquennat par les membres de la Commission qui seront élus par l'Assemblée générale en novembre 2016.

ANNEXE I

Projets d'article adoptés à titre provisoire par la Commission

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Projet d'article 1. Champ d'application du présent projet d'articles

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

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

Projet d'article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

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

DEUXIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE**Projet d'article 3. Bénéficiaires de l'immunité ratione personae*

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

Projet d'article 4. Portée de l'immunité ratione personae

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

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

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

TROISIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE**Projet d'article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae*

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

ANNEXE II

Projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction lors de la soixante-septième session de la Commission, en 2015

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Projet d'article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

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

TROISIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE**Projet d'article 6. Portée de l'immunité racione materiae*

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

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

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

ANNEXE III

Projet d'article proposé pour examen à la Commission à sa soixante-huitième session, en 2016

Projet d'article 7. Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas

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

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

b) les crimes liés à la corruption ;

c) les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux biens, s'ils sont commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant

de l'État est présent sur ce territoire au moment où ces crimes sont commis.

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

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice :

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

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