

Document:-  
**A/CN.4/SR.3086**

**Compte rendu analytique de la 3086e séance**

sujet:  
**Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**2011, vol. I**

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International  
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

42. Sir Michael a proposé de supprimer le projet d'article 60 (Responsabilité de l'État membre qui cherche à se soustraire à ses obligations) au motif qu'il n'a pas d'équivalent dans les articles sur la responsabilité de l'État alors que la même situation peut se présenter dans les relations entre États. Il est exact qu'on peut rencontrer une situation similaire dans les relations entre États, mais cela n'a rien de comparable car, dans la situation envisagée au projet d'article 60, un État peut abuser de la personnalité juridique distincte de l'organisation internationale dont il est membre. À ce titre, il pourrait directement influencer l'organisation, tandis qu'il est peu probable que l'organisation soit liée par les mêmes obligations que l'État membre.

43. Même si les États ont réservé un accueil favorable au libellé du projet d'article 60, il peut sans doute être amélioré. Au paragraphe 106 de son huitième rapport, le Rapporteur spécial dresse la liste des différentes propositions des États que le Comité de rédaction devrait examiner. Le Comité devrait également étudier la proposition de Sir Michael tendant à remplacer, dans la version anglaise du paragraphe 1 de ce projet d'article, le verbe *prompting* par *causing*.

44. M. Gaja sait gré à M. Wisnumurti d'avoir appuyé la proposition de conserver les projets d'articles 65 et 66 et d'étoffer les commentaires y relatifs. De manière générale, les membres de la Commission semblent pencher pour l'enrichissement de leur libellé. Par conséquent, toutes les propositions d'ajout, en particulier si elles montrent comment certains principes énoncés dans les articles sur la responsabilité de l'État s'appliquent également aux organisations internationales, seront bienvenues.

45. Pour conclure, M. Gaja propose d'envoyer au Comité de rédaction tous les projets d'article qu'il n'a pas encore examinés.

*M. Kamto reprend la présidence.*

46. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que les membres de la Commission souhaitent envoyer les projets d'articles 19 à 66 au Comité de rédaction.

*Il en est ainsi décidé.*

*La séance est levée à 11 h 5.*

## 3086<sup>e</sup> SÉANCE

*Mardi 10 mai 2011, à 10 heures*

*Président: M. Maurice KAMTO*

*Présents: M. Cafilisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M<sup>me</sup> Escobar Hernández, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M<sup>me</sup> Jacobsson, M. Kolodkin, M. McRae, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Singh, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.*

## Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État<sup>42</sup> (A/CN.4/638, sect. F, et A/CN.4/646<sup>43</sup>)

[Point 8 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL<sup>44</sup>

1. Le PRÉSIDENT invite M. Kolodkin (Rapporteur spécial) à présenter son deuxième rapport.

2. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial), présentant son deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, dit que ce rapport, qui aurait dû être examiné à la session précédente mais ne l'a pas été par suite d'un retard dans sa présentation, porte sur un aspect fondamental du sujet, celui de la portée de cette immunité. Trois rapports, le rapport préliminaire<sup>45</sup>, le deuxième rapport et un troisième (A/CN.4/646) traitant des aspects procéduraux de l'immunité, qui doit être présenté à la deuxième partie de la session en cours, couvrent pratiquement toutes les questions qu'il importe d'examiner dans la phase préliminaire des travaux sur ce sujet.

3. Dans la mesure où presque trois ans se sont écoulés depuis l'examen du rapport préliminaire en 2008, on brosse dans le deuxième rapport un historique de l'examen de la question et l'on y résume les première et deuxième parties du rapport préliminaire. Un résumé du deuxième rapport figure dans son dernier paragraphe. Par souci de commodité, et pour que les membres de la Commission aient devant les yeux un tableau complet du sujet, le Rapporteur spécial a pris la liberté de faire distribuer à titre informel aux membres de la Commission un résumé du troisième rapport, pour leur seule information. Les membres auront ainsi une vue d'ensemble des questions qui entrent dans le sujet et de la conception que s'en fait le Rapporteur spécial.

4. Le deuxième rapport contient de nombreuses citations du mémorandum du Secrétariat<sup>46</sup>. Dans la grande majorité des cas, on ne reproduit pas les citations de la doctrine et des décisions de justice figurant dans le mémorandum et l'on se borne à y renvoyer. Depuis l'établissement du deuxième rapport, de nouvelles décisions de justice et de nouveaux éléments de doctrine présentant un intérêt pour le sujet sont apparus. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a rendu dans l'affaire *Samantar c. Yousuf et al.* un arrêt qui présente un intérêt non seulement par lui-même mais aussi, et dans une plus large mesure, par la

<sup>42</sup> À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et a nommé M. Roman Kolodkin Rapporteur spécial [*Annuaire... 2007*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 105, par. 386]. À sa soixantième session (2008), elle a examiné le rapport préliminaire du Rapporteur spécial [*Annuaire... 2008*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/601] et était également saisie d'un mémorandum du Secrétariat [A/CN.4/596 et Corr.1 (reprographié, disponible sur le site Web de la Commission)]. La Commission n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session en 2009 ni à sa soixante-deuxième session en 2010 [*Annuaire... 2010*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. IX].

<sup>43</sup> Reproduit dans *Annuaire... 2011*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>44</sup> Reproduit dans *Annuaire... 2010*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/631.

<sup>45</sup> *Annuaire... 2008*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/601.

<sup>46</sup> A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 42).

position qu'a prise le Gouvernement des États-Unis dans cette affaire. Récemment, un tribunal britannique a rendu sa décision dans l'affaire *Gorbachev*. Regrettablement, l'*Annuaire de l'Institut de droit international* contenant les travaux préparatoires de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée par l'Institut à sa session de Naples de 2009<sup>47</sup> n'était pas encore paru au moment de l'établissement du deuxième rapport. Ces documents, et la résolution elle-même, présentent un intérêt dans le cadre des questions qui sont examinées dans ce rapport.

5. Le Rapporteur spécial s'arrêtera seulement sur les points les plus importants de son rapport. On y analyse la portée de l'immunité *de lege lata*. Le point de départ de cette réflexion a été pour le Rapporteur spécial la notion de droit international positif reflétée dans les décisions rendues par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*.

6. Le rapport part de l'idée que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qu'elle soit personnelle ou fonctionnelle, est une norme du droit international général qui ne demande pas à être prouvée. C'est la thèse de l'existence d'exceptions à cette immunité qui doit l'être.

7. Le rapport part aussi de l'idée que l'immunité fonctionnelle est par essence une immunité de l'État. De l'avis du Rapporteur spécial, elle s'étend à tous les actes de l'agent accomplis en sa qualité officielle. Ces actes comprennent tous les faits illégaux, quel que soit le degré de leur gravité, les actes *ultra vires* et les actes de caractère non public. La catégorie des actes accomplis par les agents en leur qualité officielle est plus étendue que celle des actes accomplis dans le cadre de fonctions officielles. Étant officiels, tous ces actes sont attribués aussi bien à l'agent qu'à l'État. Et, pour le Rapporteur spécial, l'attribution d'un comportement aux fins de l'immunité n'est pas différente de l'attribution d'un comportement aux fins de la responsabilité de l'État. L'immunité fonctionnelle ne protège l'agent en exercice ou l'ancien agent qu'au regard des actes accomplis en sa qualité officielle et, par conséquent, uniquement pendant la durée de ses fonctions. L'immunité fonctionnelle revêt donc un caractère limité.

8. L'immunité personnelle bénéficiant à la «triade», et probablement à certains autres hauts fonctionnaires de l'État, couvre les actes accomplis à la fois à titre officiel et à titre privé, et protège l'agent uniquement au cours de la période où il occupe ses fonctions, pour les actes accomplis aussi bien pendant cette période qu'avant cette période. Liée à la fonction, l'immunité s'éteint dès lors que son titulaire quitte sa fonction et que, devenu ancien fonctionnaire, il ne bénéficie plus que de l'immunité fonctionnelle pour les actes accomplis en sa qualité officielle

alors qu'il occupait sa fonction. Ainsi, l'immunité personnelle revêt un caractère absolu.

9. On examine dans le rapport la question de savoir à quels actes de l'État du for fait obstacle l'immunité ou, en d'autres termes, la question de savoir quels sont les actes qui constitueraient une violation de l'immunité. Comme critères de définition de l'ensemble des actes de ce type, on propose d'appliquer les critères dégagés dans les arrêts rendus dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a notamment dit: «Ainsi, pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité du chef de l'État, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant; c'est là l'élément déterminant» (par. 170).

10. Il est évident que si l'on retient le critère formulé par la Cour, l'immunité ne fait pas obstacle à toutes les mesures de procédure pénale – loin de là – visant l'agent, mais seulement à celles qui mettent une obligation juridique à la charge de sa personne, c'est-à-dire qui peuvent s'assortir de sanctions, de mesures de contrainte en cas de non-exécution. Ainsi, par exemple, l'ouverture d'une information ou la mise en mouvement de l'action publique non seulement sur la matérialité présumée de l'infraction mais aussi, précisément, contre un individu donné, si elles ne mettent pas à sa charge quelque obligation conformément au droit interne applicable, ne peuvent être considérées comme une violation de l'immunité.

11. Par conséquent, l'État qui a des raisons de penser que l'agent étranger a commis un acte répréhensible au regard de sa législation pénale a la possibilité de procéder à une collecte préliminaire d'éléments de preuve dans l'affaire donnée (de recueillir des témoignages, des documents, des pièces à conviction, etc.) en appliquant des mesures ne présentant pas de caractère contraignant pour l'agent étranger. Après cette phase, on peut, notamment, être plus ou moins convaincu de la participation (ou du degré de participation) de l'individu en cause à la commission du crime présumé et juger s'il convient de considérer les actes de cet individu comme revêtant un caractère officiel, etc. S'il existe des preuves suffisantes pour émettre l'hypothèse que l'agent étranger a participé au crime, alors, en fonction des circonstances, il reste à l'État du for le choix de prendre d'autres mesures ne portant pas atteinte à l'immunité de cet individu. On peut, par exemple, porter à la connaissance de l'État intéressé les circonstances de l'affaire, lui suggérer de lever l'immunité de l'agent; on peut adresser une demande d'entraide judiciaire dans l'affaire pénale en cause; on peut transmettre à cet État les éléments recueillis dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'action publique engagée, en lui proposant d'intenter des poursuites contre l'individu mis en cause. S'il s'agit d'une présomption de crime relevant de la compétence d'un tribunal pénal international ou de la Cour pénale internationale, cette approche permet de transmettre les éléments recueillis à l'instance pénale internationale compétente. Enfin, après avoir recueilli les éléments de preuve, on peut, en s'abstenant de toutes mesures auxquelles l'immunité fait obstacle, attendre que le représentant de l'État cesse d'exercer puis ouvrir une action pénale contre lui (s'il s'agit d'actes d'individus jouissant de l'immunité personnelle commis avant qu'ils

<sup>47</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), Troisième Commission, «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international: travaux préparatoires», p. 3 et suiv., et Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, p. 226 (la résolution peut être consultée sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante: [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)).

n'entrent en fonctions ou commis à titre privé alors qu'ils étaient en fonctions).

12. Pour ce qui concerne le champ d'application territorial de l'immunité, on exprime dans le rapport l'opinion selon laquelle l'immunité n'est pas seulement en vigueur pendant la durée du séjour de l'agent à l'étranger. De l'avis du Rapporteur spécial, les mesures de procédure pénale qui mettent une obligation à la charge de l'agent étranger violent l'immunité dont il jouit, qu'il se trouve ou non sur le territoire d'un État particulier. La violation de l'obligation de ne pas prendre une telle mesure à l'égard de l'agent étranger naît dès l'adoption d'une telle mesure, et pas seulement lorsque l'individu visé par elle se trouve à l'étranger.

13. Pour ce qui est des exceptions possibles à l'immunité, il convient de faire observer que l'opinion dominante est que l'immunité personnelle de la «triade» est absolue et ne souffre aucune exception.

14. Lorsque l'on parle d'exception, on se réfère en général à l'immunité *ratione materiae*, mais il existe des vues plus radicales. Le discours qu'on entend à ce sujet se concentre sur la question de l'absence d'immunité fonctionnelle en cas de commission par l'agent de crimes au regard du droit international, ou crimes internationaux.

15. On examine dans le rapport un certain nombre de fondements d'exception à l'immunité proposés par la doctrine et quelques décisions de tribunaux nationaux. Il s'agit notamment de tentatives pour fonder la levée de l'immunité sur des références à des normes de *jus cogens*, à une juridiction pénale universelle, à l'apparition d'une règle de droit international coutumier établissant une exception à l'immunité, etc.

16. Depuis l'achèvement du deuxième rapport, il est malheureusement devenu évident que celui-ci ne couvrirait pas tous les fondements d'exception. On n'y examine pas, par exemple, l'affirmation selon laquelle l'État du for a le droit de refuser de reconnaître l'immunité en tant que contre-mesure visant une violation du droit international commise par l'État auquel ressortit l'agent. Il est question d'une telle justification dans, par exemple, l'article d'Andrea Gattini publié en 2011 dans le *Leiden Journal of International Law*<sup>48</sup>.

17. De l'avis du Rapporteur spécial, aucun des fondements d'exception à l'immunité ou à l'absence d'immunité examinés dans le rapport n'est suffisamment convaincant et aucun ne peut être considéré comme une norme établie du droit international.

18. À ce propos, il convient de faire observer ce qui suit. À l'appui de la thèse de l'absence d'immunité, on se réfère souvent sur un plan très général à des décisions de justice internes. Une invocation de ce type adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par un groupe d'ONG<sup>49</sup> concernant les requêtes *Jones et autres*

*c. Royaume-Uni* est brièvement mentionnée dans une note au paragraphe 56 du deuxième rapport. En y regardant de plus près, on découvre que tout, dans ces affaires, ne milite certainement pas contre l'immunité. On peut citer d'autres exemples. Ainsi, à l'appui du principe des exceptions à l'immunité, on rappelle l'affaire du *Génocide guatémaltèque* jugée par la Cour suprême d'Espagne en 2003, ou l'affaire *Gramajo* jugée par un tribunal d'instance des États-Unis en 1995. Il semble (M<sup>me</sup> Escobar Hernández corrigera le Rapporteur spécial s'il se trompe) que dans la décision du Tribunal suprême d'Espagne, la question de la compétence a été étudiée de manière approfondie, mais celle de l'immunité n'a pas été abordée (peut-être parce que, entre autres, le Gouvernement guatémaltèque ne l'a pas posée). Et dans la décision rendue dans l'affaire *Xuncax c. Gramajo*, on fait observer sans détour que ni l'ancien ni le nouveau Gouvernement guatémaltèque n'ont soulevé la question du caractère officiel des actes de leurs anciens agents. Par ailleurs, l'absence d'immunité a été reconnue sur le fondement que les actes reprochés à un ancien représentant du Guatemala ne pouvaient être considérés comme commis en sa qualité officielle.

19. Lorsque l'on mentionne d'une manière générale ce type de décision de justice, il n'est certainement pas systématique que l'on invoque des décisions reconnaissant d'emblée l'immunité d'anciens agents étrangers au regard de crimes internationaux qui leur sont reprochés sur le fondement que les actes visés ont été accomplis par eux en leur qualité officielle. Pourtant, les exemples de telles décisions sont bien connus. Il s'agit, par exemple, des décisions des autorités allemandes et françaises (en Allemagne, du parquet, et en France, du parquet et du Ministre de la justice) sur la demande d'ouverture de poursuites pénales contre d'anciens fonctionnaires américains, notamment l'ancien Ministre de la défense Donald Rumsfeld, prises dans les années 2005 à 2008; de la décision des juridictions de première instance et d'appel américaines dans l'affaire *Belhas c. Ya'alon* en 2008. D'ailleurs, un commentateur (Jason Morgan Foster<sup>50</sup>) a cru pouvoir affirmer que la décision *Belhas* était importante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, en octroyant l'immunité à un ancien chef des services de renseignement militaire, elle confortait davantage encore la position, toujours plus largement acceptée, selon laquelle, en droit international coutumier, les immunités *ratione materiae* couvrent les activités exercées par chaque représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions. Deuxièmement, cette décision conclut [mais en se basant sur le texte de la loi intitulée *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) [loi relative à l'immunité de l'État étranger], et non sur le droit coutumier de l'immunité des agents de l'État], qu'une violation des normes de *jus cogens* n'annule pas nécessairement l'immunité<sup>51</sup>. C'est par inadvertance que ces décisions bien connues, allant dans le sens d'une immunité sans exception, ne sont pas citées dans le deuxième rapport, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial juge nécessaire de les rappeler maintenant.

Written comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice», lettres du 14 et 25 janvier 2010 (disponible à l'adresse suivante: [www.redress.org](http://www.redress.org)).

<sup>50</sup> J. Morgan Foster, «Introductory note to *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008)», *International Legal Materials*, vol. 47 (2008), p. 141 à 143.

<sup>51</sup> Ibid., p. 142.

<sup>48</sup> A. Gattini, «The dispute on jurisdictional immunities of the State before the ICJ: Is the time ripe for a change of the law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n° 1 (mars 2011), p. 173 à 200.

<sup>49</sup> «*Jones v. United Kingdom* (application number 34356/06), *Mitchell and others v. United Kingdom* (application number 40528/06):

20. On examine séparément dans ce rapport la situation dans laquelle la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel a eu lieu le crime présumé et cet État n'a pas donné son accord pour que soit exercée sur son territoire l'activité ayant conduit au crime, ni n'a acquiescé à la présence sur son territoire de l'agent étranger qui a commis le crime présumé. Dans une telle situation, il existe, semble-t-il, des fondements suffisants pour parler d'absence d'immunité.

21. En revanche, de l'avis du Rapporteur spécial, la question des actions pénales engagées contre des militaires et de leur immunité au regard de crimes commis au cours d'un conflit armé sur le territoire de l'État du for est un cas particulier, qu'il ne convient pas d'examiner dans le cadre du sujet.

22. D'une manière générale, la question des exceptions à la règle de l'immunité fonctionnelle en cas de commission de crimes internationaux est sans conteste une question centrale et hautement controversée lorsque l'on examine la question de la portée de l'immunité. On ne peut pas ne pas relever à cet égard que la résolution de l'Institut de droit international de 2009 que le Rapporteur spécial a déjà évoquée, et à l'élaboration de laquelle certains membres présents dans la salle ont aussi participé, contient une disposition ainsi conçue: «Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux<sup>52</sup>» (art. III, par. 1). Sauf erreur, cette disposition a été proposée par M. Gaja.

23. D'un autre côté, les travaux préparatoires rassemblés dans l'annuaire de l'Institut ne donnent pas à comprendre pleinement sur quels fondements s'appuyait la disposition citée. En outre, dans son préambule, cette résolution renvoie à des dispositions de droit international *de lege lata* et *de lege ferenda*. Cela étant, les dispositions sur la base desquelles a été formulée la disposition que le Rapporteur spécial vient de citer figuraient dans les sections de projets de résolution qui touchaient précisément au droit international positif.

24. Selon une opinion assez répandue, les exceptions à l'immunité dans le cas de crimes internationaux, quoique ne faisant pas partie du droit international positif, doivent être acceptées comme résultant de son développement progressif. On pose dans le rapport la question de savoir dans quelle mesure un tel développement du droit international est souhaitable. Le Rapporteur spécial n'est toujours pas convaincu qu'un tel développement puisse être une marque de progrès. En témoigne notamment la situation qui a résulté des tentatives de mise en place d'une compétence universelle et de limitation de l'immunité des agents étrangers dans les relations entre certains pays développés et pays en développement.

25. En règle générale, les tentatives de poursuites contre des agents étrangers pour des crimes commis dans leur État, et pas dans l'État du for, sans l'accord de l'État auquel ils ressortissent soit ne mèneront à rien, soit se solderont par des décisions rendues *in absentia*. Sans

coopération avec l'État de l'agent, il est difficile d'obtenir un accès aux éléments de preuve du crime présumé. Cela, combiné à la perspective d'un jugement *in absentia*, ne milite guère en faveur de la généralisation de ce type de justice. La possibilité de poursuivre au pénal les agents d'un État dans un autre État pour des faits commis en leur qualité officielle porte en germe la propagation de la pratique d'une justice à motivation politique, sélective.

26. Pour le Rapporteur spécial, la Commission a pour tâche, avant tout, de codifier le droit international dans la matière examinée. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est une question de droit international. La Commission pourrait apporter sa contribution à l'application uniforme par les différentes juridictions nationales des normes du droit international relatives à l'immunité des agents. Cela permettrait de s'abstenir de concevoir des fondements parfois assez douteux de l'immunité ou de l'absence d'immunité des représentants de l'État.

27. Le Rapporteur spécial espère présenter à l'examen de la Commission, lors de la deuxième partie de la session, un troisième rapport (A/CN.4/646) sur le sujet et achever ainsi la phase préliminaire des travaux qui lui sont consacrés. Ce rapport traite d'une manière générale des aspects procéduraux du sujet: validité de l'immunité, refus de l'immunité, etc. En outre, on y aborde la question du lien entre la validité ou le refus de l'immunité et la responsabilité potentielle de l'État auquel ressortit l'agent. À cet égard, le Rapporteur spécial souhaite porter à la connaissance de la Commission un résumé de ce troisième rapport dont il donnera lecture dans sa traduction non officielle en anglais. Naturellement, ce texte pourra subir de légères modifications.

28. Le contenu de ce troisième rapport peut être résumé autour des points suivants.

a) La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant d'un État devrait en principe être examinée dès le début de la procédure judiciaire, voire avant, dans la phase préjudiciaire, au moment où l'État du for envisage de prendre à l'encontre de l'intéressé une mesure de procédure pénale à laquelle l'immunité de celui-ci fait obstacle.

b) Le fait de ne pas prendre en considération la question de l'immunité *in limine litis* peut être considéré comme une violation par l'État des obligations que lui impose la norme de l'immunité. Cela vaut également pour la phase préjudiciaire, au moment où des mesures de procédure pénale auxquelles l'immunité fait obstacle sont envisagées.

c) L'invocation de l'immunité est juridiquement valable, c'est-à-dire produit des effets juridiques en elle-même, uniquement si elle est le fait de l'État étranger concerné et non du représentant de celui-ci.

d) Pour que l'État étranger puisse invoquer l'immunité de son agent, il doit avoir connaissance du fait que des mesures de procédure pénale ont déjà été prises ou pourraient l'être. En conséquence, l'État qui envisage de prendre de telles mesures à l'encontre d'un représentant d'un État étranger doit en informer l'État concerné.

<sup>52</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (voir *supra* la note 47), p. 230.

e) Lorsque le représentant de l'État étranger est le chef de l'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, l'État qui exerce sa compétence pénale doit soulever *proprio motu* la question de l'immunité de l'intéressé puis déterminer la marche à suivre. En pareil cas, l'unique démarche appropriée pourrait être de solliciter l'État étranger à propos d'une éventuelle levée de l'immunité. Ainsi, l'État étranger n'aurait pas à invoquer l'immunité de son agent devant les autorités de l'État du for.

f) Lorsque le représentant de l'État étranger jouit de l'immunité fonctionnelle, c'est à l'État concerné qu'il incombe d'invoquer l'immunité. Si cet État est disposé à protéger son agent de poursuites pénales à l'étranger en invoquant l'immunité, il doit informer l'État du for, premièrement, que l'intéressé est son agent et, deuxièmement, que celui-ci jouit de l'immunité parce que les actes qui lui sont imputés ont été accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles. En l'absence d'une telle notification, l'État du for n'est pas tenu de soulever et d'examiner la question de l'immunité *proprio motu* et peut donc engager une action pénale.

g) Lorsque le représentant de l'État étranger jouit de l'immunité personnelle mais ne fait pas partie de la «triade» susmentionnée, c'est à l'État dont il est l'agent qu'il incombe d'invoquer l'immunité. Si cet État est disposé à protéger son agent de poursuites pénales à l'étranger en invoquant l'immunité, il doit informer l'État du for que l'intéressé est son agent et que cette personne jouit de l'immunité personnelle parce qu'elle occupe une fonction élevée, ce qui, outre sa participation aux relations étrangères, suppose l'exercice d'autres fonctions essentielles pour garantir la souveraineté de cet État.

h) L'État étranger – quel que soit le rang qu'occupe son agent – n'est pas tenu d'informer directement la juridiction étrangère pour que celle-ci examine la question de l'immunité. Cet État peut invoquer l'immunité de son agent par les voies diplomatiques, informant de ce fait l'État du for, ce qui suffit pour que la juridiction de ce dernier examine la question de l'immunité. L'absence d'obligation pour l'État d'informer directement la juridiction étrangère découle du principe de souveraineté, de l'égalité souveraine des États.

i) L'État qui invoque l'immunité de ses agents n'est pas tenu de justifier sa démarche, si ce n'est en communiquant les informations visées aux alinéas f et g ci-dessus. Il ne semble pas que l'État du for (ni la juridiction concernée) soit tenu d'accepter aveuglément toute déclaration de l'État étranger relative à l'immunité de son agent. Il ne peut toutefois ne tenir aucun compte d'une telle déclaration, à moins que les circonstances de l'affaire ne montrent clairement le contraire. La qualification des actes accomplis par l'intéressé comme étant officiels ou l'évaluation de l'importance des fonctions exercées par un représentant de haut rang en vue d'assurer la souveraineté de l'État est une prérogative de l'État étranger et non de l'État du for.

j) Le droit de lever l'immunité de l'agent revient à l'État étranger dont l'agent est le représentant et non à l'agent lui-même.

k) Lorsque le chef de l'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères lève l'immunité de l'un de ces deux autres hauts représentants de l'État, l'État du for peut considérer qu'il exprime la volonté de l'État étranger concerné, au moins tant qu'il n'a pas reçu d'indication contraire de la part de celui-ci.

l) La levée de l'immunité d'un chef d'État, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères en exercice doit être expresse. Il y a peut-être une exception, lorsque l'État concerné demande à un État étranger de prendre des mesures de procédure pénale à l'encontre de cet agent. Toute demande de ce type équivaut pleinement à une levée de l'immunité qui a la même portée que les mesures demandées, et qui est alors implicite.

m) La levée de l'immunité d'un représentant de l'État qui ne fait pas partie de la «triade» mais qui jouit de l'immunité personnelle ou d'un représentant de l'État qui jouit de l'immunité fonctionnelle, comme celle d'anciens représentants de l'État qui jouissent de l'immunité fonctionnelle, peut être expresse ou implicite. Lorsqu'elle est implicite, elle peut en particulier revêtir la forme de la non-invoque de l'immunité par l'État dont l'intéressé est le représentant.

n) Lorsqu'il y a eu levée expresse de l'immunité, celle-ci ne peut plus être légitimement invoquée. Dans certains cas, la levée expresse de l'immunité peut s'appliquer uniquement à certaines mesures spécifiques.

o) Lorsqu'il y a eu levée implicite de l'immunité sous la forme de la non-invoque de l'immunité fonctionnelle d'un représentant de l'État ou de l'immunité personnelle d'un représentant de l'État qui ne fait pas partie de la «triade», il semble que l'immunité puisse encore être invoquée à un stade ultérieur de la procédure pénale (en particulier lorsque l'affaire est renvoyée à une juridiction supérieure). Il est toutefois peu probable que l'État qui n'a pas invoqué l'immunité devant la juridiction de première instance le fasse en appel. En tout état de cause, les mesures de procédure qui ont déjà été prises à l'encontre de l'agent par l'État du for avant que l'immunité de l'agent ne soit invoquée ne devraient pas être considérées comme illicites.

p) La levée par l'État de l'immunité de son représentant ouvre la voie à l'exercice de l'action pénale étrangère contre ce représentant. Cela est vrai notamment en ce qui concerne les actes commis par le représentant dans l'exercice de ses fonctions officielles.

q) L'État étranger, même s'il a levé l'immunité de son représentant, n'est pas dégagé de sa responsabilité internationale à raison des actes commis par celui-ci dans l'exercice de ses fonctions officielles.

r) L'État qui invoque l'immunité de son représentant au motif que les actes imputés à celui-ci sont de nature officielle reconnaît par là que les actes en question sont ses propres actes. Il crée ainsi le fondement de sa responsabilité internationale, qui peut dès lors être invoquée par tout acteur y étant habilité.

29. M. DUGARD relève que, bien qu'il ait présenté dans son deuxième rapport un ensemble exhaustif d'éléments de pratique judiciaire, le Rapporteur spécial a omis de mentionner la décision de la deuxième cour d'appel itinérante des États-Unis dans l'affaire *Matar c. Dichter* en 2009. M. Dugard aurait fait de même s'il avait été chargé de la même mission. M. Dichter, ancien directeur des Services de sécurité israéliens, était responsable du bombardement d'un quartier résidentiel à Gaza. La cible avait été atteinte mais 14 innocents avaient été tués et plus de 50 autres blessés. La cour d'appel a considéré que ce bombardement avait eu lieu dans le cadre de fonctions officielles qui n'entraient pas dans le champ de la loi américaine relative à l'immunité de l'État étranger, mais qui étaient bien couvertes par la *common law* des États-Unis. C'est ainsi que cet ancien agent d'un État étranger, qui n'était pas même ministre, a pu bénéficier de l'immunité.

30. Si M. Dugard mentionne cette affaire d'emblée, c'est parce qu'il tient à ce que, dans son débat, la Commission tienne compte des faits. En effet le Rapporteur spécial semble examiner le droit en oubliant la réalité dont il est question. Or il ne s'agit pas d'accidents de la circulation ou de larcins mais, dans la plupart des cas, de crimes de la plus grande gravité: tortures, génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, etc. Des crimes commis par les dignes successeurs d'Hitler, Eichmann, Idi Amin Dada ou Pol Pot. C'est donc le premier reproche que M. Dugard souhaite adresser au Rapporteur spécial. Que ce soit bien clair: premièrement, il est question ici de crimes graves, horribles, principalement perpétrés contre des civils innocents par des représentants d'États, en violation des normes de *jus cogens*. Deuxièmement, il s'agit de situations dans lesquelles l'État du territoire refuse d'engager des poursuites parce qu'il approuve les actes de ses agents. Au paragraphe 76 de son deuxième rapport, le Rapporteur écrit que la majorité absolue des tentatives visant à exercer une compétence pénale universelle sont effectuées dans des pays développés à propos de représentants de l'État dans des pays en développement. Cela est absurde car l'on sait bien qu'aujourd'hui, la plupart des affaires de ce type visent des agents de l'État israélien qui ont commis en 2008-2009 à Gaza des crimes qu'Israël – soutenu par les États-Unis – refuse de juger. Il n'y a aucune raison pour que les tortionnaires de pays en développement – les Kadhafi, les Mugabe, etc. – bénéficient de l'immunité au simple motif qu'ils sont originaires de cette catégorie de pays. Une telle attitude est par trop condescendante. Troisièmement, la Cour pénale internationale n'offre guère de possibilités en pareils cas, car les États hors la loi ne sont pas parties au Statut de Rome. On ne peut davantage compter sur le renvoi de ces situations à la Cour par le Conseil de sécurité de l'ONU: dans le cas des crimes commis à Gaza, par exemple, les agents israéliens sont protégés par le veto des États-Unis.

31. La question qui se pose est donc la suivante: est-ce l'obligation de rendre des comptes ou l'impunité qui doit prévaloir? On en arrive alors au rôle de la Commission. Comme l'a écrit le juge américain Felix Frankfurter, «légiférer n'est pas une affaire de logique ou de dialectique»<sup>53</sup>,

<sup>53</sup> F. Frankfurter, «Some reflections on the reading of statutes», *Columbia Law Review*, vol. 47, n° 4 (mai 1947), p. 527 à 546, à la page 529.

c'est une affaire de choix<sup>54</sup>. La Commission devra donc faire un choix entre l'obligation de rendre des comptes et l'impunité. Dans un cas comme dans l'autre, elle fera œuvre de développement progressif car il ne lui sera pas loisible de s'abriter derrière le prétexte de la codification pour justifier le maintien du droit ancien, celui qui prévalait avant la Cour pénale internationale, avant les droits de l'homme, avant les attentes actuelles en matière de responsabilité des dirigeants.

32. Ce n'est pas la première fois que la Commission doit se pencher sur cette question difficile. En 1950, elle a rejeté l'immunité lorsqu'elle a formulé les Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg<sup>55</sup> (connus sous le nom de Principes de Nuremberg). Elle a fait de même en 1954, dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité<sup>56</sup>. Elle l'a fait une nouvelle fois en 1996 à l'article 7 de sa version finale du même projet de code<sup>57</sup>. Elle l'a fait, enfin, en 1999, lorsque son Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a souligné la nécessité de tenir compte des développements de l'affaire *Pinochet*<sup>58</sup>. C'est pourquoi M. Dugard est profondément consterné de ce que le Rapporteur spécial propose aujourd'hui de faire table rase du passé et de s'écarter de la position systématiquement adoptée par la Commission à ce sujet.

33. Comme l'ont écrit M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal au paragraphe 75 de leur opinion individuelle commune dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*,

[d] un côté, il y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté des États, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée. Il faut donc réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale. Du fait de ces préoccupations, ce qui est considéré comme une compétence autorisée et ce qui est considéré comme le droit de l'immunité sont des notions en évolution constante. Les poids placés sur les deux plateaux de la balance n'y sont pas à jamais. En outre, une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l'impunité pour les crimes les plus horribles, l'attribution de la responsabilité et de l'obligation de rendre des comptes devient plus ferme, la possibilité d'établir sa compétence plus large et celle d'invoquer l'immunité pour se protéger plus limitée.

34. M. Dugard ne souhaite pas entrer dans un débat sur le point de savoir si le refus de l'immunité pour les crimes graves est la règle ou l'exception. Il est clair qu'il faut distinguer entre deux questions, à savoir, d'une part, l'extension de l'immunité aux ministres des affaires étrangères et autres représentants de l'État et, d'autre part, l'argument qu'il n'y a pas d'immunité pour les chefs d'État ou les chefs de gouvernement en cas de crimes internationaux graves.

<sup>54</sup> Ibid., p. 532.

<sup>55</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, par. 95 à 127. Le texte des Principes de Nuremberg est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 12, par. 45.

<sup>56</sup> Ibid., *neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, par. 49 à 54. Le texte du projet de code de 1954 est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 8, par. 18.

<sup>57</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 17.

<sup>58</sup> *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe, p. 181 (paragraphe 11 à 13 de l'appendice).

C'est dans le premier cas qu'il se pose la question de savoir s'il existe une nouvelle règle. La raison en est qu'avant l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il était généralement accepté que les ministres des affaires étrangères et les autres ministres ne devaient pas bénéficier de l'immunité. M. Dugard n'est pas convaincu que dans cette affaire la Cour internationale de Justice ait eu raison. La Cour n'a fourni aucun élément de pratique des États à l'appui de ses conclusions selon lesquelles les ministres des affaires étrangères devaient bénéficier de l'immunité. D'ailleurs, à sa session de 2001 à Vancouver, l'Institut de droit international a déclaré que tel ne devait pas être le cas<sup>59</sup>. La Commission l'avait fait en 1991 dans le cadre de ses travaux relatifs au projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens<sup>60</sup>, et le Rapporteur spécial lui-même reconnaît dans son deuxième rapport que de nombreux auteurs sont très critiques à l'égard de l'arrêt de la Cour en question. Bien entendu, il y a également les critiques formulées par la juge Van den Wyngaert dans son opinion dissidente dans la même affaire<sup>61</sup>. Il convient ici de mentionner que la Cour internationale de Justice ne compte pas beaucoup de spécialistes du droit pénal international, et qu'il est d'autant plus indiqué de les écouter.

35. Cela étant, la véritable question qui se pose est celle de savoir s'il existe une immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État devant les tribunaux nationaux ou, en d'autres termes, s'il y a une exception à la règle de l'immunité en cas de crimes graves, de violations de normes du *jus cogens*.

36. Il y a ici deux cas de figure possibles, étayés chacun par des sources. Le premier, en faveur de l'immunité, est celui que propose le Rapporteur spécial. Il prévoit, premièrement, que l'immunité est absolue sauf lorsqu'il y a une exception claire, comme dans le cas des *acta gestionis* (actes commerciaux); deuxièmement, qu'elle s'applique aux chefs d'État et de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, et éventuellement à d'autres agents; troisièmement, qu'elle recouvre l'immunité *ratione materiae*, ou immunité fonctionnelle, et l'immunité *ratione personae*, ou immunité personnelle; quatrièmement, comme l'a souligné le Rapporteur spécial, l'immunité de juridiction ne signifie pas impunité pour des crimes commis – l'immunité de juridiction pénale et la responsabilité individuelle sont deux notions différentes, la première étant d'ordre procédural alors que la seconde est une question de droit substantiel: l'immunité juridictionnelle peut empêcher les poursuites, mais elle n'exonère pas une personne de sa responsabilité pénale – du moins en théorie car, dans la pratique, nul n'ignore que l'intéressé ne sera jamais poursuivi parce qu'il ne sera pas traduit devant un tribunal national et ne pourra pas non plus l'être devant un tribunal pénal international; et cinquièmement, aucune des exceptions avancées en faveur du rejet de l'immunité n'est valable, c'est-à-dire que l'immunité s'applique même aux actes si odieux qu'ils ne peuvent être considérés comme des actes officiels, à ceux qui constituent des violations des normes de *jus cogens* ou à ceux qui relèvent de la compétence universelle.

<sup>59</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742.

<sup>60</sup> *Annuaire... 1991*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 22 (paragraphe 7 du projet d'article 3).

<sup>61</sup> *C.I.J. Recueil 2002*, p. 142 à 151.

37. Dans l'autre cas de figure – contre l'immunité –, premièrement, l'immunité n'est pas absolue, ce que montre l'évolution du droit international en ce qui concerne les actes commerciaux. Elle est en évolution constante conformément aux valeurs de l'ensemble de la communauté internationale. Deuxièmement, si elle s'applique effectivement aux cas de crimes graves de droit international, elle ne s'applique certainement pas aux ministres des affaires étrangères. Troisièmement, les partisans de la responsabilité acceptent en général que l'immunité *ratione personae* continue de s'appliquer aux chefs d'État et de gouvernement lorsqu'ils sont en exercice, parce que la pratique des États et la jurisprudence sont très claires à ce sujet. Mais cette position est illogique, comme l'indique très clairement et à juste titre le Rapporteur spécial aux paragraphes 67 et 77 de son deuxième rapport en se fondant sur la doctrine et sur certaines décisions: si le *jus cogens* l'emporte sur l'immunité, il doit prévaloir sur l'immunité fonctionnelle comme sur l'immunité personnelle, ce dont M. Dugard convient, même si les tenants de la responsabilité s'y opposent généralement. Quatrièmement, l'argument selon lequel l'immunité est d'ordre procédural et ne supprime donc pas la responsabilité pénale n'est pas fondé: la conséquence de l'immunité, qu'elle soit considérée comme d'ordre procédural ou de tout autre ordre, est qu'elle supprime la responsabilité pénale parce que dans la pratique, il n'y a pas d'autre for – et il n'y aura pas d'autre for, national ou international, pour juger la personne concernée qui restera libre. À l'évidence, la théorie soutenue par le Rapporteur spécial est défendue par la Cour internationale de Justice, mais ce raisonnement, outre qu'il n'est guère fondé, va à l'encontre du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, dans le commentaire duquel la Commission a indiqué ceci:

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 responsabilité<sup>62</sup>.

Il y a donc en l'espèce un conflit manifeste entre la Cour internationale de Justice et la Commission. Cinquièmement, la logique, la pratique, la jurisprudence et la doctrine appuient l'idée selon laquelle il existe des exceptions à l'immunité dans les cas de crimes graves de droit international. Le Rapporteur spécial a donc tort d'indiquer, au paragraphe 80 de son deuxième rapport, que les partisans des exceptions font généralement intervenir plusieurs motifs parce qu'aucun n'est irréfutable car, en réalité, les arguments à l'appui de cette thèse sont tous étroitement liés. Les deux principaux arguments en faveur d'exceptions sont, d'une part, que les crimes graves ne relèvent pas des fonctions de l'État – ce n'est pas une fonction de l'État ou de ses agents de commettre des actes de torture ou un génocide –, argument qui trouve un certain fondement dans des opinions judiciaires, même si M. Dugard ne le trouve pas très convaincant parce que, comme l'a fait observer Lord Steyn dans l'affaire *Pinochet*, «l'ordre donné par Hitler de recourir à la "solution finale" doit être considéré comme un acte

<sup>62</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 28 (paragraphe 6 du commentaire relatif à l'article 7).



accompli à titre officiel dans le cadre de ses fonctions de chef d'État<sup>63</sup>». D'autre part, le principal argument en faveur des exceptions à l'immunité est fondé sur le principe que les normes de *jus cogens* sont hiérarchiquement supérieures à l'immunité et l'emportent sur elle. Le Rapporteur spécial avance d'autres arguments, mais qui dérivent tous de l'argument du *jus cogens*. Par exemple, il indique que les crimes qui relèvent de la compétence universelle ne sont pas susceptibles d'immunité, pas plus que les crimes auxquels s'applique le principe *aut dedere aut judicare* ou les crimes graves – arguments qui ne font que confirmer qu'il existe une tension entre immunité et normes de *jus cogens*, et que celles-ci doivent l'emporter.

38. La question qu'il faut examiner est celle de savoir si les sources appuient ou non l'existence de ces exceptions, et M. Dugard ne croit pas que quiconque puisse affirmer qu'elles sont absolument claires. Ainsi, certains traités – les traités instituant des tribunaux ad hoc et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid – considèrent qu'il ne devrait y avoir aucune immunité. Il n'y a aucune raison logique pour que le principe affirmé par ces traités internationaux, dont certains s'appliquent à des tribunaux internationaux et d'autres à tous les tribunaux, ne s'applique pas aux juridictions nationales. À la connaissance de M. Dugard, aucun traité ne prévoit l'immunité pour des crimes de droit international. Aucune des conventions relatives à la lutte contre le terrorisme et contre la corruption n'y fait davantage référence – et l'on ne peut certainement pas inférer de leur silence que l'immunité devrait exister. En ce qui concerne la législation, rien de tranché non plus: certains États, notamment l'Afrique du Sud, le Niger, le Congo, le Burkina Faso, l'Uruguay, le Panama, les Philippines, sans doute la Nouvelle-Zélande, excluent expressément l'immunité de juridiction devant les tribunaux nationaux tandis que d'autres – les Pays-Bas, comme on pouvait s'y attendre – sont en faveur de l'immunité. Au paragraphe 74 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a renvoyé au cas de la Belgique qui a modifié sa loi de compétence universelle au début des années 2000, en précisant qu'elle avait pris cette décision à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* – mais nul n'ignore que la Belgique ne s'est pas déditée pour respecter un principe, mais parce que les États-Unis ont exercé un chantage, menaçant de déplacer le siège de l'OTAN dans un autre pays si elle ne modifiait pas sa législation. Enfin, pour ce qui est de la jurisprudence, le Rapporteur spécial, aux paragraphes 69 et 70 de son deuxième rapport, énumère de nombreuses affaires dans lesquelles la question de l'immunité n'a été ni soulevée ni examinée. M. Dugard ne sait pas exactement ce que l'on peut inférer des décisions prises dans ces affaires, mais certainement pas que l'immunité doit être reconnue. Il existe aussi des affaires dans lesquelles les juges étaient divisés: l'affaire

*Pinochet n° 3*, dans laquelle une majorité des juges s'est opposée à l'immunité; l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dans laquelle la majorité s'est prononcée en faveur de l'immunité et une forte minorité contre – et qui fait partie des mauvaises décisions prises par la Cour internationale de Justice: elle est aux droits de l'homme et à la responsabilité ce que l'affaire du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase) de 1966 a été à la non-discrimination; l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, examinée par la Cour européenne des droits de l'homme dont huit juges, notamment M. Caflish, contre neuf, ont estimé dans des opinions dissidentes que le *jus cogens* l'emporte sur l'immunité; l'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, dans laquelle la décision rendue par la Cour de cassation italienne est actuellement contestée par l'Allemagne devant la Cour internationale de Justice; ou encore l'affaire *Jones c. Ministère de l'intérieur Al-Mamlak Al-Arabia as Saudiya*, dans laquelle la cour d'appel du Royaume-Uni a rendu un arrêt différent de celui de la Chambre des lords.

39. Quant à la société civile, qui a tendance à être écartée alors qu'elle a une influence notable puisqu'elle a largement favorisé, entre autres, l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale ou de la Convention de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, l'on ne peut pas ne pas tenir compte des organisations non gouvernementales (ONG) et de leurs prises de position dans le développement du droit. Or les ONG, qu'elles soient prudentes – comme l'Association de droit international ou comme l'Institut de droit international qui a débattu de cette question pendant plus d'une semaine à sa session de Naples – ou plus radicales – comme Amnesty International ou Human Rights Watch – sont toutes du même avis, c'est-à-dire hostiles au principe de l'immunité. Même si le Rapporteur spécial en fait fort peu de cas, il ne faut pas perdre de vue que si la compétence universelle, ou son succédané que l'on appelle à présent «guerre du droit» (*lawfare*) aux États-Unis, ne permet pas nécessairement de traduire des personnes en justice, elle est en revanche très efficace pour faire connaître des atrocités et pour empêcher des criminels de voyager – ce qui a, par exemple, contrarié les plans de voyage de Tzipi Livni<sup>64</sup>.

40. En outre, les autorités elles-mêmes sont divisées. Pour M. Dugard, c'est à tort que le Rapporteur spécial conclut au paragraphe 78 de son deuxième rapport que «l'on manque d'arguments satisfaisants» en faveur de l'exception à l'immunité, que ces arguments «ne sont pas suffisamment convaincants» ou qu'ils sont «indésirables». En réalité, comme il l'a reconnu au paragraphe 90 de son deuxième rapport, «la pratique des États est loin d'être uniforme à cet égard». La Commission a donc le choix: elle peut approuver l'immunité et, partant, l'impunité, conformément au souhait des États voyous, des dictateurs et des bourreaux, ou choisir la responsabilité,

<sup>63</sup> *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 1)*, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 104.

<sup>64</sup> En décembre 2009, le tribunal de première instance de Westminster (Royaume-Uni) a émis un mandat d'arrêt à l'encontre de Tzipi Livni, chef de l'opposition israélienne, accusée de crimes de guerre à Gaza. À l'époque des faits qui lui sont reprochés, Tzipi Livni occupait le poste de Ministre des affaires étrangères d'Israël. Le mandat fut rapidement retiré, selon les médias, après qu'il eut été établi que l'intéressée ne se trouvait pas sur le territoire britannique («Tzipi Livni arrest warrant prompts Israeli government travel 'ban'», *The Guardian*, 15 décembre 2009).

conformément aux valeurs de la communauté internationale et à sa propre histoire. Au risque de n'être guère apprécié, M. Dugard relève que deux cultures s'affrontent dans ce différend: celle des agents de l'État, qui consiste à envisager les questions juridiques à travers le prisme de l'intérêt de l'État, et celle des juristes, praticiens ou universitaires, et des ONG, qui ne sont pas aveuglés par l'intérêt de l'État. En effet, dans ce qui est peut-être un lapsus freudien, le Rapporteur spécial se plaint, au paragraphe 80 de son deuxième rapport, que «[p]our plusieurs juristes et organisations non gouvernementales, la question des exceptions à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes graves au regard du droit international reste posée». Il semble donc à M. Dugard, qui peut cependant se tromper, que le Rapporteur spécial se place dans le camp des agents de l'État plutôt que dans celui des juristes, alors que tous les membres de la Commission sont principalement des juristes, et non des agents de l'État. L'école américaine du réalisme juridique a fait valoir que les juges, lorsqu'ils font des choix dans le cadre de leurs activités normatives, doivent avoir conscience de leurs hypothèses informées, et ce point est très important – pour sa part, M. Dugard est ouvertement pour la responsabilité et contre l'immunité. En d'autres termes, puisque le droit est incertain, la Commission peut incliner vers la responsabilité, fidèle à son histoire, ou se prononcer en faveur de l'intérêt de l'État.

41. Enfin, le Rapporteur spécial a proposé que la Commission envisage d'élaborer un protocole facultatif excluant l'immunité. Chacun sait ce qu'il adviendrait de ce protocole: aucun État ne le signerait, et certainement pas les États voyous, comme dans le cas du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il ne s'agit donc pas d'une véritable possibilité et la Commission doit faire un choix: il faut espérer qu'elle décidera de limiter nettement l'immunité quand des agents de l'État ont commis des crimes de droit international qui relèvent du *jus cogens*. Cette décision ne sera évidemment pas prise à la session en cours, et ni M. Kolodkin ni M. Dugard ne seront présents à la session suivante. La Commission devra donc faire preuve de sagesse lorsqu'elle désignera un nouveau rapporteur spécial: elle aurait tort de nommer un militant – ce qui est peu probable, car M<sup>me</sup> Paula Escarameia était la seule de la Commission – mais tout aussi tort de confier ce sujet à un agent de l'État.

42. Le Rapporteur spécial a fait référence à la présentation de son prochain rapport – mais, pour que le prochain soit présenté, encore faut-il que la Commission accepte celui qui est à l'examen. Le Rapporteur spécial n'ayant pas présenté de projets d'article, M. Dugard souhaite savoir ce qu'il convient de faire, notamment si les membres doivent se prononcer pour ou contre les principes exposés par le Rapporteur spécial. C'est bien sûr au Président qu'il appartiendra de se prononcer, mais M. Dugard ne voit pas comment la Commission pourrait passer au rapport suivant sans avoir accepté celui qui est à l'examen – or en ce qui concerne M. Dugard et, il l'espère, certains autres membres de la Commission, ce n'est pas envisageable.

43. Sir Michael WOOD dit qu'à l'évidence les membres de la Commission ne siègent pas en qualité d'agents ou d'anciens représentants d'un État, pas plus

qu'ils ne représentent des ONG. Surtout, il ne croit pas qu'il faille traiter cette question sous l'empire de l'émotion et il ne lui semble pas très utile de reprendre l'exemple de Gaza. De plus, la Commission n'a pas pour rôle de légiférer, mais simplement de proposer des textes dont d'autres décideront ou pas de faire des lois. Quant à son histoire, outre que ses choix passés ne lient pas nécessairement la Commission, il semble que la plupart des occasions, sinon toutes, où elle s'est prononcée étaient en rapport avec des crimes de droit international pour lesquels elle réfléchissait à la compétence internationale des tribunaux, de sorte que ces exemples ne sont peut-être pas pertinents.

44. M. DUGARD reconnaît qu'en effet il a eu une approche «émotionnelle» du sujet, et précise qu'elle était délibérée, parce que le sujet suscite de l'émotion. Il rappelle que chacun est marqué par son histoire et que la sienne est sombre puisqu'il a grandi en Afrique du Sud à l'époque de l'apartheid: au juriste qui se risquait à critiquer le régime, ses collègues faisaient le reproche de verser dans l'émotion et l'enjoignaient de revenir au droit – et c'est bien là qu'est le problème, parce que les crimes très graves dont il est question suscitent de l'émotion, et qu'il s'agit de savoir si les individus extrêmement malfaisants qui en sont les auteurs doivent échapper à toute poursuite simplement parce qu'ils sont des agents de l'État. En ce qui concerne l'histoire de la Commission, en 1950 et en 1954, c'est-à-dire à une époque d'espérance, l'on espérait qu'une cour pénale internationale serait créée. En revanche, quand le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité a été adopté en 1996, il n'y avait pas cette attente, et la Commission parlait clairement de tribunaux nationaux et de tribunaux internationaux.

45. M. MELESCANU félicite le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport. Bien rédigé et clair, il présente une analyse détaillée de la doctrine, de la pratique des États et des décisions des instances juridictionnelles internes et internationales en la matière. Le sujet est loin d'être facile ou exclusivement technique car ses implications politiques et émotionnelles sont évidentes, tout comme son incidence sur les relations internationales contemporaines, comme en témoigne le grand nombre d'affaires dont ont été saisis les tribunaux internes et les juridictions internationales.

46. Dans ce contexte, le premier objectif de la Commission est de déterminer la marche à suivre et, surtout, de s'atteler le plus rapidement possible à l'élaboration de projets d'article. À cet égard, le deuxième rapport est très utile, en particulier le paragraphe 94 où figure un résumé énonçant des thèses susceptibles de constituer, une fois acceptées par la majorité des membres de la Commission, le cadre nécessaire pour passer au processus de rédaction.

47. La première des ces thèses est la suivante: «Dans l'ensemble, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, à l'instar des États eux-mêmes, constitue la règle générale; l'absence d'immunité dans des situations particulières relève de l'exception» (par. 94, al. a). Le Rapporteur spécial souligne par ailleurs que «[l']immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État est une règle de droit

international [...] [qui] fait obstacle à la responsabilité pénale, sans toutefois l'exclure en principe» (par. 17 du rapport), avant d'ajouter: «L'idée selon laquelle l'immunité de juridiction étrangère est la norme, c'est-à-dire une règle générale qui correspond à l'ordre naturel des choses et son absence dans certaines circonstances constitue une exception à cette règle, est assez largement admise, même s'il existe un point de vue différent dans la doctrine» (par. 18). Le Rapporteur spécial précise encore que «[l']immunité [...] comprend certains [...] principes de droit international tels que ceux de l'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États [ainsi que la] nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance de leurs prérogatives par les États» (par. 17).

48. Selon M. Melescanu, il est clair que l'immunité joue un rôle important dans la stabilisation des relations internationales et l'exercice des prérogatives de l'État. Il s'agit là d'un principe reconnu qui a été clairement codifié dans le droit diplomatique; le fait que dans la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, comme dans la Convention de 1969 sur les missions spéciales, le principe de l'immunité des agents diplomatiques et consulaires ainsi que des missions spéciales soit admis prouve que l'on se trouve devant une règle coutumière du droit international public qui a été codifiée de manière très claire dans le droit diplomatique. M. Melescanu estime cependant qu'on ne saurait transformer cette règle du droit diplomatique en une règle générale valable pour tous les représentants de l'État. Or c'est une première ambiguïté dans l'argumentation du rapport: le Rapporteur spécial se sert de règles spécifiques relatives à l'immunité des agents diplomatiques et consulaires, propres au droit diplomatique, pour établir une règle générale du droit international public applicable à la responsabilité des représentants de l'État.

49. M. Melescanu relève par ailleurs que le contenu du principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États a connu une évolution fort intéressante ces dernières années, où l'on en est venu à parler d'un droit, et même d'un devoir, d'ingérence. De plus, à la suite de la création des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, puis de la Cour pénale internationale, une théorie s'est constituée selon laquelle il existe des crimes internationaux qui, tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression, sont du ressort de la justice internationale.

50. Répondant à la thèse formulée à l'alinéa *a* du paragraphe 94 du rapport, M. Melescanu estime qu'il serait plus clair de parler non d'une règle coutumière sur l'immunité des représentants de l'État, mais d'un principe dont la Commission va s'attacher à définir le contenu. Cette approche présente également l'avantage de permettre à la Commission de se pencher sur les «exceptions à l'immunité» évoquées par le Rapporteur spécial dans ses thèses des alinéas *n* et *o* du même paragraphe, auxquelles M. Melescanu n'adhère pas. En effet, l'idée qu'il existe une règle coutumière sur l'immunité et que les exceptions à cette règle n'existent pas ou doivent être démontrées devant une juridiction lui paraît excessive et éminemment

discutable. Qu'il s'agisse des actes criminels les plus graves au regard du droit international, des normes obligatoires du droit international public (*ius cogens*), des actes accomplis à titre privé ou d'autres actes encore, on ne saurait accepter que le principe de l'immunité ne puisse être limité *ratione materiae* ou *ratione temporis* dans certains cas. L'idée que les chefs d'État, les premiers ministres et les ministres des affaires étrangères jouissent d'une immunité absolue pour des faits commis pendant leur mandat, mais aussi avant et après leur mandat, paraît à M. Melescanu à la fois excessive et non justifiée par la nécessité de préserver l'harmonie des relations interétatiques.

51. La thèse énoncée à l'alinéa *j* du paragraphe 94, selon laquelle «[n]i le fait que le représentant ait accompli les actes à propos desquels la compétence est exercée en dehors de l'exercice de ses fonctions ni la nature de son séjour à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'ont d'incidence sur son immunité *ratione personae*», est également très discutable, parce qu'elle n'est pas fondée sur des dispositions codifiées ou coutumières. On pourrait, dans de tels cas, parler de règles protocolaires ou de règles de la courtoisie internationale, mais non de règles juridiques. En outre, lorsque des infractions pénales extrêmement graves ont été commises, ces actes ne sauraient être considérés comme relevant des fonctions officielles du chef de l'État, comme il ressort de la décision de la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* et comme cela a été formulé par Lord Steyn et Lord Nicholls dans l'affaire *Pinochet n° 1* et Lord Hutton et Lord Phillips dans l'affaire *Pinochet n° 3*.

52. La deuxième grande ambiguïté du rapport, à laquelle M. Melescanu n'adhère absolument pas, est la thèse qui consiste à préconiser de reprendre les normes régissant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite s'agissant de l'attribution du comportement, et de les appliquer à l'immunité des représentants de l'État, énoncée aux alinéas *c* et *d* du paragraphe 94 du deuxième rapport. Selon M. Melescanu, les dispositions concernant l'attribution du comportement des représentants de l'État dans le domaine de la responsabilité sont nécessairement très larges et couvrent notamment les actes *ultra vires*, ce afin que la responsabilité de l'État puisse être mise en œuvre, étant donné qu'il s'agit d'une responsabilité pour des faits illicites, et non d'une responsabilité personnelle pour faute. Sans de telles dispositions, l'institution de la responsabilité de l'État serait amoindrie, voire inopérante, puisque les faits illicites ne sont pas perpétrés par l'État lui-même, qui est une entité abstraite, mais par les agents de l'État. Utiliser la même approche pour l'immunité des représentants de l'État est discutable car on ne se fonderait pas sur la pratique internationale, l'on risquerait de restreindre fortement la responsabilité des représentants de l'État. Il importe en effet de ne pas mélanger deux questions distinctes: d'une part, l'attribution du comportement des agents aux fins de la responsabilité de l'État pour des faits illicites et, d'autre part, l'immunité des représentants de l'État. Les arguments avancés aux paragraphes 25, 26 et 27 du rapport, tendant à attribuer les actes des représentants de l'État à l'État lui-même, s'appuient sur des exemples qui ne sont pas, selon M. Melescanu, applicables à l'immunité.

53. Les alinéas *k* et *l* du paragraphe 94 soulèvent également des problèmes du fait de leur libellé catégorique. Une affirmation telle que: «Tous les représentants de l'État bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel» (al. *k*) ne peut être formulée qu'à l'issue des débats de la Commission et ne peut servir de prémices à ces débats. En revanche, M. Melescanu partage les thèses énoncées aux alinéas *m* et *p*, qui lui paraissent de bon sens et fondées sur la pratique du droit diplomatique et consulaire, et pourraient servir de base à un travail de codification et de développement progressif.

54. M. Melescanu évoque enfin le lien qui existe entre la question de l'immunité et la clause *aut dedere aut judicare*. Il partage la préoccupation exprimée par le Rapporteur spécial sur le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, M. Galicki qui, dans son rapport préliminaire de 2006, assimilait les immunités à des «circonstances [qui] privent les régimes de poursuite de leur efficacité et ne conviennent pas au crime international<sup>65</sup>». Bien que le Rapporteur spécial sur l'immunité des représentants de l'État affirme qu'il «ne dispose d'aucune indication concernant des pratiques répandues parmi les États, notamment des pratiques judiciaires, ou leur *opinio juris*, qui confirmerait la présence d'exceptions à l'immunité des représentants étrangers lorsqu'une juridiction nationale exerce sa compétence à leur encontre conformément à la règle *aut dedere aut judicare*» (par. 79 de son deuxième rapport), M. Melescanu considère que cette préoccupation de M. Galicki demeure valable. Dans le cadre de ses travaux sur ces deux sujets, la Commission pourrait envisager d'introduire dans le projet d'articles sur l'immunité une clause «sans préjudice» couvrant les réglementations concernant l'application de la règle *aut dedere aut judicare*.

55. En conclusion, M. Melescanu dit partager l'avis de M. Dugard selon lequel il n'est pas opportun d'envisager d'examiner un troisième rapport alors même que la Commission ne s'est pas encore prononcée sur le deuxième, dont elle est actuellement saisie.

*La séance est levée à 11 h 45.*

### 3087<sup>e</sup> SÉANCE

*Jeudi 12 mai 2011, à 10 heures*

*Président: M. Maurice KAMTO*

*Présents: M. Caffisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M<sup>me</sup> Escobar Hernández, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M<sup>me</sup> Jacobsson, M. Kolodkin, M. McRae, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Singh, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.*

### Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/638, sect. F, et A/CN.4/646]

[Point 8 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL<sup>66</sup> (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/631).

2. M<sup>me</sup> JACOBSSON dit qu'avant de faire des observations sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial, elle voudrait souhaiter la bienvenue à la Commission à son nouveau membre espagnol, M<sup>me</sup> Concepción Escobar Hernández. La présentation par l'Espagne de la candidature d'une femme à l'élection à la Commission du droit international est un exemple que d'autres États devraient suivre pour que la composition de la Commission reflète celle de la communauté juridique, qui ne manque pas de femmes qualifiées, praticiennes expérimentées du droit international.

3. Le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère est important, comme en témoigne le consensus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur la nécessité de lui accorder un rang de priorité élevé. Le Rapporteur spécial avance des arguments clairs et cohérents dans son rapport, qui est en outre bien documenté et offre un aperçu intéressant de la jurisprudence pertinente.

4. L'immunité est une question sensible; on le voit à l'ardeur avec laquelle le Rapporteur spécial a défendu la logique qui sous-tend son rapport, et au débat animé tenu sur le sujet par la Commission. En réalité, aucun juriste ne peut prétendre appliquer le droit sans a priori idéologique ou subjectif parce que ni le droit ni son application ne sont neutres au plan des valeurs. M<sup>me</sup> Jacobsson n'est donc pas d'accord avec l'idée qu'un point de droit donné est davantage justifié si son auteur peut montrer qu'il est dépourvu de toute émotion. Les conclusions du Rapporteur spécial sont peut-être purement logiques, comme il le prétend, mais elles ne sont que la suite du postulat qui lui a servi de point de départ. Puisque la Commission doit décider si elle accepte ce postulat ou non, mieux vaut s'interroger sur celui-ci que se demander si les conclusions qui en découlent sont parfaitement logiques.

5. Le point de départ du Rapporteur spécial est le principe de la souveraineté de l'État et ses effets, notamment l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Pour l'essentiel, il considère que l'immunité est absolue. La souveraineté de l'État est effectivement une notion clef du droit international, mais l'interprétation de ce principe a évolué au cours des dernières décennies. La question est donc de savoir si ses effets ont eux aussi évolué et, si oui, dans quelle mesure.

6. L'immunité est effectivement de nature procédurale, mais ses conséquences ne le sont pas. La Commission

<sup>65</sup> *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/571, par. 14.

<sup>66</sup> Reproduit dans *Annuaire... 2010*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/631.