Document:-
A/CN.4/SR.3273

Compte rendu analytique de la 3273e séance

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

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2015, vol. I

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

Copyright © Nations Unies

3273e SÉANCE

Mardi 21 juillet 2015, à 15 h 5

Président : M. Narinder SINGH

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/678, partie II, sect. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. M. PARK dit que la traduction tardive de rapports à la session en cours a créé des problèmes. Les membres de la Commission ont reçu la version espagnole du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants (A/CN.4/686) le 18 juin 2015, mais lui-même ne lit pas l'espagnol et a dû attendre jusqu'en juillet la distribution des versions anglaise et française de ce rapport. Il souhaiterait disposer de suffisamment de temps l'année suivante pour lire le rapport de la Rapporteuse spéciale et y réfléchir, en particulier parce que ce cinquième rapport doit porter sur la question extrêmement délicate politiquement des limites et exceptions à l'immunité.

2. S'agissant de la teneur du rapport à l'examen, M. Park dit que la méthodologie suivie est d'une manière générale adaptée à l'objet du rapport ; il serait toutefois utile que la Rapporteuse spéciale explique sa position concernant l'intérêt de la législation interne s'agissant d'identifier les « actes accomplis à titre officiel ». Elle déclare, au paragraphe 32 de son quatrième rapport, que la législation nationale ne peut être considérée comme un facteur déterminant pour définir la portée et la signification de l'expression, mais peut-être sous-estime-t-elle l'importance de cette législation, étant donné que, comme elle le souligne elle-même au paragraphe 49, ce sont les tribunaux internes qui, sur la base du droit interne, tranchent les affaires concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

3. Au paragraphe 21 de son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale énonce trois conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de l'immunité *ratione materiae* : l'individu en cause doit être considéré comme un représentant de l'État, il doit avoir accompli un acte officiel en cette qualité et il doit avoir accompli cet acte alors qu'il était en fonctions. Elle s'efforce ensuite à grand-peine de déterminer les critères permettant de qualifier un acte d'« acte accompli à titre officiel ». Il est probable que l'aspect le plus complexe d'une telle entreprise réside dans l'examen et la catégorisation de la pratique des États. De plus, la jurisprudence internationale concernant directement l'immunité *ratione materiae* est limitée, s'agissant en particulier du sens de l'expression « acte accompli à titre officiel », même si certains éléments de cette jurisprudence touchent indirectement la question. De plus, comme l'illustrent les paragraphes 50 à 58 du rapport, la jurisprudence interne n'est pas uniforme. Ces difficultés entravent la détermination de ce qui constitue un « acte accompli à titre officiel ».

4. M. Park est comme d'autres membres de la Commission préoccupé par le fait qu'au paragraphe 95 de son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale conclut qu'aux fins du sujet, l'une des caractéristiques d'un « acte accompli à titre officiel » est son caractère pénal. Ce faisant, elle semble donner à penser qu'un « acte accompli à titre officiel » est nécessairement un acte illicite, ce qui est contraire à la présomption d'innocence.

5. S'agissant de la question de l'attribution de l'acte à l'État, il est primordial de déterminer s'il existe entre l'État et l'acte de son représentant un lien qui permet de qualifier cet acte d'acte accompli à titre officiel. M. Park dit qu'il souscrit à l'approche de la Rapporteuse spéciale, qui repose sur les règles d'attribution d'une conduite à un État énoncées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[275]. Toutefois, son affirmation, au paragraphe 112, selon laquelle les critères d'attribution énoncés aux articles 7 à 11 sont inadaptés aux fins de l'immunité des représentants de l'État, soulève plusieurs questions.

6. En premier lieu, s'agissant des actes *ultra vires*, qui font l'objet de l'article 7 (Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dans la première partie du paragraphe 113 de son quatrième rapport la Rapporteuse spéciale semble dire que les actes *ultra vires* comprennent les actes accomplis par des représentants dans leur intérêt personnel. Par contre, au paragraphe 55, évoquant les actes qui sortent du cadre des fonctions officielles ou des fonctions de l'État, elle semble donner à l'expression « acte *ultra vires* » le sens qui est le sien à l'article 7 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il est légitime de se demander si tous les actes accomplis à titre privé peuvent être considérés comme *ultra vires*. À cet égard, la Rapporteuse spéciale devrait préciser ce qu'elle entend par actes *ultra vires* au regard de l'article 7 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

7. Deuxièmement, en ce qui concerne les représentants de facto, on se souviendra qu'à la soixante-sixième session de la Commission la majorité des membres de celle-ci ont considéré que le lien entre l'individu et l'État ne devait pas être interprété de manière si large qu'il englobe tous les représentants de facto. La Rapporteuse spéciale déclare au paragraphe 112 de son quatrième rapport que les critères énoncés à l'article 8 (Comportement sous la

---

[275] 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 *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

direction ou le contrôle d'un État) et à l'article 9 (Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite sont inadéquats aux fins de l'immunité ; de plus, elle indique au paragraphe 114 que la notion de représentant de l'État exclut les personnes habituellement considérées comme des représentants de facto, puisqu'elle cite la conclusion à laquelle est parvenue la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* selon laquelle le contrôle direct est le critère à appliquer pour décider si un acte accompli par un individu qui n'a aucun lien officiel avec l'État doit être attribué à celui-ci. Se fondant sur la décision de la Cour, la Rapporteuse spéciale reconnaît que les actes accomplis par des individus sous le contrôle direct de l'État sont attribuables à celui-ci même si les intéressés ne sont pas des représentants *de jure*.

8. Les paragraphes 112 et 114 du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale semblent donc se contredire. Il semble que l'argument qu'elle avance au paragraphe 112 repose sur une conception large de la notion de représentants de facto, qui inclut à la fois les individus agissant sous le contrôle direct de l'État et ceux qui agissent simplement à l'instigation ou sur instructions de l'État ; on peut supposer que c'est pour cette raison qu'elle considère les articles 8 et 9 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite inadaptés aux fins de l'immunité. Or, en fait, ces articles 8 et 9 reposent sur une conception restrictive de la notion de représentants de facto, puisque les individus agissant à l'instigation ou sur instructions de l'État ne sont pas toujours considérés comme des représentants de facto dans le cadre de ces deux articles, comme l'explique la Commission dans le commentaire de l'article 8. La Rapporteuse spéciale devrait donc clarifier sa position quant aux représentants de facto. Il serait également utile de savoir si elle a des raisons particulières de préférer le terme « contrôle direct », utilisé dans l'arrêt, au terme « contrôle effectif » utilisé dans le commentaire de l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

9. S'agissant de l'alinéa *f* du projet d'article 2 proposé par la Rapporteuse spéciale, M. Park propose tout d'abord de remplacer le mot « crime » par le mot « acte » pour éviter de présumer l'illégalité, ce qui serait contraire à la présomption d'innocence. Deuxièmement, il propose de remplacer l'expression « l'exercice de prérogatives de puissance publique » par « l'exercice de fonctions étatiques », puisque la Commission a déjà décidé d'utiliser l'expression « fonctions étatiques » de préférence aux diverses autres expressions qui avaient été proposées. Troisièmement, il propose de mettre l'expression « l'État compétent » au pluriel, car plusieurs États peuvent vouloir exercer leur compétence pénale à l'égard d'un représentant, comme dans l'affaire *Pinochet*.

10. La teneur du paragraphe 3 du projet d'article 6 proposé figure déjà au paragraphe 1 du même projet d'article et semble énoncer une évidence. Son seul objet est de souligner le fait que les anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae*.

11. Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Park rappelle que le sujet peut être envisagé selon deux points de vue. Si certains membres de la Commission considèrent que l'objectif de l'immunité est d'assurer le respect de la souveraineté de l'État, d'autres font valoir que la protection des valeurs de la communauté internationale doit être prise en compte dans l'application du régime de l'immunité. Si l'on retient le premier point de vue, il va sans dire que l'immunité doit être accordée ; par contre, selon le second point de vue, des limitations à l'immunité peuvent être justifiées dans le cas où un acte donné porte atteinte aux valeurs de la communauté internationale. Cette divergence de points de vue sera manifeste à la session suivante lorsque la Commission examinera la question des limites et exceptions à l'immunité ; la position qu'adoptera la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport aura un impact significatif, étant donné en particulier la rareté et l'incohérence de la pratique pertinente. La Commission devrait donc se demander comment aboutir à un résultat satisfaisant. Il sera essentiel lors de la poursuite des travaux de maintenir l'équilibre entre *lex lata* et *lex ferenda*.

12. M. Park dit que les projets d'article proposés doivent être renvoyés au Comité de rédaction.

13. M. NOLTE dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale que la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* est importante mais qu'elle ne signifie pas que les deux catégories d'immunité n'ont pas d'éléments en commun, en particulier en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de l'immunité au sens large. L'un de ces éléments communs est le respect du principe de l'égalité souveraine des États, exprimé par l'adage « *par in parem non habet imperium* », que la Rapporteuse spéciale appelle le « critère téléologique ». Ce critère non seulement s'applique à l'immunité *ratione materiae*, mais il est au fondement de toutes les formes d'immunité liées à l'État. Il ne s'agit pas d'un point mineur au regard de la question posée au paragraphe 103 du quatrième rapport, à savoir ce qui est apparu en premier : l'immunité de l'État comme conséquence de l'immunité fonctionnelle, ou l'immunité fonctionnelle comme corollaire de l'immunité de l'État. En droit positif, la réponse à cette question est qu'un État peut lever l'immunité de son représentant, mais que le contraire n'est pas vrai. De plus, s'il faut tenir compte de la distinction entre immunité de la juridiction civile et immunité de la juridiction pénale, les deux formes d'immunité ont une origine commune.

14. Une distinction complètement différente, qui doit être soulignée, est celle qui est faite entre le droit international et le droit interne en matière d'immunité. Si la Cour suprême des États-Unis a jugé, dans l'affaire *Samantar c. Yousuf*, qu'un représentant de l'État ne pouvait être considéré comme relevant de la notion d'« État étranger », elle interprétait la législation interne, à savoir la loi des États-Unis sur l'immunité des États étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*), mais cette loi ne se prononce pas nécessairement ni n'est censée se prononcer sur les règles coutumières du droit international de l'immunité.

15. S'agissant de la structure du quatrième rapport, M. Nolte dit que, s'il est impressionné par la richesse des matériaux que la Rapporteuse spéciale a assimilés, il se

demande pourquoi la législation nationale et la pratique exécutive des États en sont en grande partie absentes. On aurait également pu s'attendre à ce que la jurisprudence internationale et la pratique antérieure de la Commission viennent en premier dans l'analyse des matériaux.

16. M. Nolte dit qu'il ne partage pas l'opinion selon laquelle il est possible de faire une distinction nette entre la notion de « représentant de l'État » telle qu'elle est définie à l'alinéa *e* du projet d'article 2[276] par l'expression « qui exerce des fonctions étatiques », et la notion d'« acte accompli à titre officiel ». Il souscrit néanmoins à la distinction faite entre « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé » et à l'idée que cette distinction ne concerne en rien la distinction entre actes licites et actes illicites.

17. Toutefois, comme d'autres membres, il ne comprend pas comment la Rapporteuse spéciale arrive à la proposition selon laquelle les actes tant officiels que privés doivent être considérés, par définition, comme pénalement illégaux, pour plusieurs raisons. Premièrement, cette proposition revient à dire que les représentants de l'État commettent toujours des infractions lorsqu'ils agissent à titre officiel. Deuxièmement, lorsqu'une personne accusée d'une infraction est traduite devant un tribunal, celui-ci doit en premier lieu établir s'il est compétent. Ce n'est qu'après qu'il pourra s'employer à déterminer, sur la base de la présomption d'innocence, si une infraction a été commise ; à l'issue de la procédure, l'accusé pourra très bien être acquitté si le tribunal considère que les actes en question ne sont pas des infractions pénales. Troisièmement, et c'est le plus important, l'objet même du droit international de l'immunité est de garantir que les tribunaux nationaux établissent, sur la base de critères neutres, si tel ou tel représentant ou acte relève de leur compétence. Si la licéité ou l'illicéité de l'acte est un critère pertinent pour établir la compétence ou l'immunité de l'État, y compris l'immunité des représentants de l'État *ratione personae* ou *ratione materiae*, la totalité de ce corpus de droit serait superflue. La proposition de M. Park consistant à remplacer le mot « crime » par « acte » dans l'alinéa *f* du projet d'article 2 n'apporte pas de solution, car les actes accomplis à titre officiel ne sont pas nécessairement des actes à l'égard « [desquels] l'État compétent peut exercer sa compétence pénale ».

18. M. Nolte dit qu'il n'est pas convaincu par l'explication que la Rapporteuse spéciale donne aux paragraphes 96 à 110 de son quatrième rapport du prétendu caractère pénal d'un acte accompli à titre officiel. S'il est peut-être exact que toute infraction se définit principalement par son caractère personnel, les infractions ne constituent qu'une petite partie de tous les actes qu'il est possible d'accomplir à titre officiel. De plus, le fait qu'un acte accompli à titre officiel puisse également constituer une infraction commise par le représentant en tant qu'individu n'altère pas le caractère officiel de l'acte. M. Nolte ne saurait donc souscrire à l'affirmation que fait la Rapporteuse spéciale au paragraphe 97 de son rapport, selon laquelle « l'infraction susceptible d'être couverte par l'immunité *ratione materiae* n'est pas à strictement parler commise par l'État mais par son représentant ». Il estime qu'un tel acte peut être à la fois un acte de l'État, attribuable à celui-ci, et un acte attribuable à l'individu concerné. La question décisive est celle de savoir si l'acte, en tant qu'acte accompli par l'individu à titre officiel, bénéficie de l'immunité *ratione materiae*. M. Nolte dit qu'il ne conteste pas la proposition citée au paragraphe 99 du rapport selon laquelle « la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États », mais qu'elle ne résout pas la question décisive de la relation entre les deux formes de responsabilité et de leur relation avec le droit international de l'immunité.

19. M. Nolte dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale que le fait que tel ou tel acte puisse constituer un crime international n'exclut pas qu'il puisse également avoir été accompli à titre officiel ; il en va de même des actes dont on allègue le caractère *ultra vires*. Les affaires de corruption entrent dans une autre catégorie, parce qu'elles se caractérisent non par leur illégalité mais par leur caractère ou motivation ostensiblement privés. C'est toutefois pour ces raisons mêmes qu'il propose de supprimer l'alinéa *f* du projet d'article 2 tel qu'actuellement libellé. Il estime que si la Rapporteuse spéciale a, selon lui à tort, indiqué dans ce projet d'article qu'un acte accompli à titre officiel était un acte qui de par sa nature constituait une infraction, c'est qu'elle a confondu la question de ce qui constitue un acte accompli à titre officiel avec celle beaucoup plus générale de savoir à l'égard de quels actes un État peut exercer sa juridiction pénale.

20. Au paragraphe 32 de son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale affirme que les lois internes sont sans pertinence pour déterminer si un acte est accompli à titre officiel, étant donné les importantes différences pouvant exister à cet égard dans la législation des différents États. M. Nolte dit qu'il est d'accord avec elle au sens où les États ne sont pas entièrement libres de déterminer quels actes leurs représentants accomplissent à titre officiel et quels actes ils accomplissent à titre privé. Dans le cas contraire, les États pourraient déterminer librement l'étendue de leur propre immunité, ou de l'immunité de leurs représentants, devant les tribunaux étrangers. D'autre part, il est indéniable qu'en droit interne des États considèrent que certains actes, par exemple le contrôle de la circulation aérienne, sont des actes privés, alors que d'autres considèrent les mêmes actes comme officiels. La question de la mesure dans laquelle un État peut déterminer quelles activités il considère comme officielles est pour M. Nolte au cœur du débat. Toutefois, étant donné les circonstances, la Commission doit peut-être dire qu'elle devra être tranchée au cas par cas et donner des indications générales.

21. Dans son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale examine également des questions touchant l'attribution, en prenant comme point de départ la nécessité d'interpréter les critères d'attribution de manière à garantir que l'institution de l'immunité ne devienne pas un mécanisme permettant de se soustraire à sa responsabilité. Tout en ne contestant pas la pertinence des questions d'attribution, M. Nolte dit qu'il estime que la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité n'est pas le bon point de départ. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, la

[276] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 152.

Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit : « [Les règles] 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 » (paragraphe 93 de l'arrêt). Ainsi, les règles relatives à l'immunité ont pour objet non de trancher la question de la licéité d'un acte particulier, mais d'établir si différents États peuvent exercer leur juridiction. Un acte particulier peut ne pas être jugé par un tribunal donné, mais cela n'exclut pas en soi que la responsabilité pénale de son auteur puisse être engagée devant une autre juridiction.

22. Cela étant, les règles d'attribution en droit de la responsabilité de l'État peuvent être utiles pour déterminer si un acte a effectivement été accompli à titre officiel. L'argument avancé par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 115 et 117 de son quatrième rapport, à savoir que certains actes attribués rétroactivement à l'État en vertu des articles 9 à 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne constituent peut-être pas des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité *ratione materiae*, est plausible. M. Nolte doute toutefois qu'il en aille de même des actes des personnes agissant au nom de l'État tout en restant en dehors des structures officielles de l'État, envisagés au paragraphe 114. Comme il n'y a guère de pratique des États ou de jurisprudence pertinentes, la Commission doit peut-être se contenter de faire quelques observations générales.

23. La Rapporteuse spéciale tente de définir la notion d'acte accompli à titre officiel en utilisant « un critère supplémentaire de nature téléologique ». M. Nolte convient qu'en principe, puisque l'immunité *ratione materiae* vise à assurer le respect du principe de l'égalité souveraine des États, les actes bénéficiant de cette immunité doivent également être liés à la souveraineté qu'il s'agit en dernière analyse de préserver. La Commission ne doit toutefois pas essayer de définir l'essence de la souveraineté ; l'important est de distinguer entre les actes accomplis à titre officiel dans l'exercice d'une fonction publique ou d'une prérogative souveraine de l'État et ceux qui servent uniquement un intérêt privé. De plus, dans le texte anglais, l'expression *exercise of elements of governmental authority* est trop limitative parce qu'elle risque d'être interprétée comme signifiant *governmental* par opposition à *administrative*.

24. Il est regrettable que la Rapporteuse spéciale n'explique pas ce que le « critère supplémentaire de nature téléologique » impliquerait dans différentes situations, mais se concentre sur la question de savoir si les crimes internationaux peuvent constituer des actes accomplis à titre officiel. M. Nolte dit que s'il convient, comme indiqué au paragraphe 124 du quatrième rapport, qu'affirmer qu'un crime international est contraire au droit international est sans pertinence s'agissant de déterminer si un acte a été accompli à titre officiel, il ne pense pas que le caractère pénal de l'acte soit l'une des caractéristiques de tout acte accompli à titre officiel. De manière générale, il pourrait être utile de rechercher dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice une définition de l'expression « exercice de l'autorité publique ».

25. S'agissant du programme de travail futur, M. Nolte se demande s'il est souhaitable d'entreprendre l'examen des limites et exceptions aux différentes formes d'immunité avant que toutes les questions générales, y compris les aspects procéduraux de l'immunité, aient été clarifiées. La question des exceptions fait planer une ombre sur les travaux de la Commission depuis le début. S'il importe que les membres soient conscients des implications de certains aspects généraux de la question des exceptions possibles, il existe un risque, à savoir qu'envisager prématurément cette question ne limite l'angle selon lequel ils envisagent des aspects généraux importants qui n'ont guère de rapport avec la question des exceptions, voire n'en ont aucun. Ce risque est devenu une réalité dans le cadre du débat en cours sur la définition des actes accomplis à titre officiel. Il aurait fallu mettre bien davantage l'accent sur les activités qui expriment suffisamment l'autorité publique propre à l'État pour justifier qu'elles bénéficient de l'immunité. Axer les travaux sur cette question et sur d'autres aspects généraux du droit international de l'immunité ne préjuge pas nécessairement l'identification des exceptions possibles à l'immunité des représentants de l'État. Ces exceptions devraient toutefois découler de sources généralement reconnues du droit international, en particulier les règles régissant la détermination du droit international coutumier. À défaut, la Commission devra indiquer clairement qu'elle propose de modifier le droit existant dans le cadre du développement progressif. Comme la Commission a décidé de rédiger des projets d'article donnant aux tribunaux internes des indications sur l'application du droit positif, il est important qu'elle indique clairement si ses projets d'article et commentaires relèvent de la *lex lata* ou de la *lex ferenda*.

26. M. Nolte dit qu'il souhaiterait obtenir des éclaircissements au sujet de l'observation figurant au paragraphe 137 du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale selon laquelle l'arrêt récent de la Cour constitutionnelle italienne relatif à l'application en Italie de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* est venu encore compliquer le débat. Il considère quant à lui que la Cour constitutionnelle italienne n'a pas remis en question l'arrêt de la Cour internationale de Justice ni ne s'est prononcée sur le droit international ; elle n'a fait qu'interpréter la Constitution italienne d'une manière pouvant empêcher l'exécution de l'arrêt en Italie. Peut-être la Rapporteuse spéciale considère-t-elle que l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne porte atteinte à l'autorité de celui de la Cour internationale de Justice en ce qui concerne les questions relevant du sujet à l'examen, mais à le lire il est clair qu'il n'en est rien.

27. En conclusion, M. Nolte recommande le renvoi des projets d'article proposés au Comité de rédaction.

28. M. ŠTURMA dit que la Rapporteuse spéciale a présenté un quatrième rapport bien étayé et qu'il approuve la méthode qu'elle a suivie. Les éléments clés de ce rapport sont la définition de l'expression « acte accompli à titre officiel », car les immunités *ratione materiae* sont de caractère fonctionnel et liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Deux questions théoriques importantes sous-tendent le rapport. La première est celle de savoir si une infraction doit être liée à la qualité officielle

de son auteur. À première vue, le rapport semble contenir certaines contradictions. D'une part, son analyse des conventions multilatérales aux paragraphes 66 et 67 révèle qu'au regard de certaines conventions, le caractère officiel de l'acte fait partie de la définition même de l'infraction. D'autre part, comme expliqué au paragraphe 57, certains tribunaux internes considèrent que les crimes de droit international ne relèvent pas des fonctions de l'État et ne sauraient donc être considérés comme des actes officiels aux fins de l'immunité. De même, comme indiqué au paragraphe 58, les juridictions internes refusent en général l'immunité dans les affaires de corruption.

29. Ces affirmations ne sont toutefois pas réellement contradictoires ; il importe de faire une distinction claire entre les niveaux prescriptif et descriptif de l'analyse. Au niveau prescriptif, il existe des conventions, en particulier 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 et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, aux termes desquelles la qualité officielle de l'auteur fait partie de la définition de l'infraction ou est un élément constitutif de celle-ci. La qualité officielle de l'auteur ne peut donc être niée, bien que cela ne signifie pas nécessairement que l'immunité sera automatiquement reconnue, puisque l'objet même de ces conventions est de faire en sorte que les crimes odieux commis par des agents de l'État ou avec leur consentement fassent l'objet d'enquêtes et leurs auteurs de poursuites.

30. Au niveau descriptif, d'autres instruments, notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, n'incluent pas la qualité officielle de l'auteur dans la définition des crimes, même si le plus souvent les crimes en question sont commis par des personnes agissant à titre officiel.

31. Toutefois, aux fins du sujet à l'examen, les infractions en cause ne sont pertinentes que lorsqu'il s'agit d'actes accomplis par des représentants de l'État agissant en cette qualité, car ce sont là les seules circonstances dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* peut être invoquée.

32. La seconde question théorique concerne l'attribution. M. Šturma se félicite que la Rapporteuse spéciale ait inscrit cette question dans le contexte plus large des travaux antérieurs de la Commission sur le droit pénal international et la responsabilité de l'État et des organisations internationales pour fait internationalement illicite. Manifestement, tout acte accompli à titre officiel par un représentant de l'État est attribuable aussi bien à l'individu (aux fins de l'engagement de la responsabilité pénale individuelle) qu'à l'État (aux fins de l'engagement de la responsabilité de l'État). M. Šturma appuie donc le modèle « un acte, deux responsabilités » retenu par la Rapporteuse spéciale.

33. M. Šturma pense également avec la Rapporteuse spéciale que tous les critères d'attribution énoncés aux articles 4 à 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne sont pas pertinents aux fins de l'immunité. Il est clair que les actes accomplis à titre officiel comprennent le comportement des organes de l'État (art. 4), le comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique (art. 5) et le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État (art. 6). Il souscrit également à l'analyse nuancée que fait la Rapporteuse spéciale de l'applicabilité du critère énoncé à l'article 9 ; comme en pratique l'immunité n'a jamais été invoquée à raison d'un comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles, il s'agit là d'un cas d'école. Par contre, les comportements attribués dans certaines circonstances à l'État visés aux articles 8, 10 et 11 ne constituent pas des actes accomplis à titre officiel dont les auteurs jouissent de l'immunité.

34. La Rapporteuse spéciale a raison de penser qu'il faut tenir compte des mobiles des auteurs d'actes *ultra vires* (art. 7). Lorsque ces actes sont commis dans un intérêt personnel, comme dans les cas du trafic de drogues, de l'enrichissement personnel et de la corruption, par exemple, il est peu probable que les tribunaux les considèrent comme des actes officiels couverts par l'immunité *ratione materiae*, alors que les crimes de droit international peuvent être considérés comme des actes officiels lorsque leurs auteurs pensaient agir dans l'exercice de leurs fonctions officielles mais ont outrepassé leurs pouvoirs et leurs instructions. Toutefois, pour les raisons exposées par de précédents orateurs, ces crimes peuvent également entrer dans la catégorie des exceptions ne bénéficiant pas de l'immunité.

35. Pour toutes les raisons qui précèdent, M. Šturma appuie la disposition clé du paragraphe 2 du projet d'article 6 aux termes de laquelle l'immunité *ratione materiae* couvre uniquement les actes accomplis à titre officiel par des représentants de l'État durant leur mandat, bien que le texte anglais appelle peut-être quelques ajustements, étant entendu que la Rapporteuse spéciale traitera des exceptions à l'immunité dans son rapport suivant. Par ailleurs, il semble inutile d'utiliser, dans l'alinéa *f* du projet d'article 2, le mot « crime » dans la définition de l'expression « acte accompli à titre officiel ». De plus, un acte constitue une infraction non de par sa nature, mais parce qu'il est réprimé par le droit interne ou international.

36. M. Šturma recommande le renvoi des deux projets d'article au Comité de rédaction.

37. M. CAFLISCH félicite la Rapporteuse spéciale pour son impressionnant quatrième rapport. Il se demande s'il ne serait pas plus sage de viser la « conduite » ou le « comportement » plutôt que les « actes » des représentants de l'État, car l'inaction peut aussi constituer une infraction.

38. Le paragraphe 1 du projet d'article 6 énonce l'idée essentielle que, bien que l'immunité *ratione materiae* ne s'applique qu'à la conduite de l'auteur de l'acte alors qu'il était en fonctions, cette immunité continue indéfiniment afin de protéger l'intéressé contre les sanctions même après qu'il a perdu la qualité de représentant. En principe, cette immunité est une conséquence de l'immunité de l'État sur les instructions duquel le représentant a agi. Au paragraphe 2, le mot « uniquement » peut être supprimé. Le paragraphe 3 signifie apparemment que, même

après que l'immunité *ratione personae* des anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères a pris fin, les intéressés continuent de jouir de l'immunité *ratione materiae* à raison des actes qu'ils ont accomplis à titre officiel.

39. L'immunité *ratione materiae* est invoquée *in limine litis*, en d'autres termes au début de l'action pénale engagée contre un représentant de l'État, avant toute décision sur le fond ou le caractère pénal de l'acte. Pour cette raison, dans l'alinéa *f* du projet d'article 2, le mot « constitue » devrait être remplacé par les mots « peut constituer ».

40. La relation entre la responsabilité de l'État et celle de l'individu appelle des éclaircissements. La responsabilité de l'État relève du droit international, alors que la responsabilité individuelle est en principe régie par le droit interne. Bien qu'un individu puisse voir sa responsabilité pénale engagée, le comportement entraînant cette responsabilité peut avoir été provoqué par l'État et bénéficiera donc de l'immunité *ratione materiae* devant un tribunal étranger. Dans une telle situation, deux types de responsabilité coexistent, la responsabilité pénale de l'individu et la responsabilité internationale de l'État qui a donné des instructions à l'individu. Si ce dernier peut être protégé par l'immunité *ratione materiae*, il n'en va pas de même de l'État, excepté dans la mesure où il peut invoquer l'immunité souveraine devant un tribunal étranger. Même dans ce cas, la responsabilité de l'État demeure, quoique les tribunaux de l'État du for ne puissent pas en connaître.

41. Il n'y a aucune raison de soustraire à la juridiction pénale étrangère des personnes qui ne peuvent être qualifiées de représentants de l'État ou de protéger des représentants qui ont agi non dans l'intérêt de l'État dont ils sont les serviteurs mais dans leur intérêt propre. Si l'expression « prérogatives de puissance publique » est difficile à définir dans l'abstrait, il serait utile que, dans le commentaire du projet d'article 2, la Rapporteuse spéciale donne de nombreux exemples de situations dans lesquelles il a été jugé que des représentants ayant commis une infraction l'ont fait « dans l'exercice de prérogatives de puissance publique », ainsi que des exemples allant en sens contraire.

42. M. CANDIOTI dit qu'à la session en cours le débat a été axé sur les actes accomplis à titre officiel, alors que les actes pertinents dans le cadre du sujet à l'examen sont les infractions couvertes par l'immunité *ratione materiae*, exception procédurale en faveur du représentant d'un État inculpé dans un autre État et traduit devant un tribunal compétent de celui-ci.

43. Pour déterminer dans quels cas cette exception s'applique, il est nécessaire de définir le mot « infraction ». Ce mot désigne une violation du droit pénal de l'État qui se déclare compétent pour réprimer cette infraction. Dans la version espagnole du texte, c'est le mot *delito* et non le mot *crimen* qui devrait être utilisé. En droit argentin, une infraction n'est pas un acte mais une conduite, un comportement ou une action qui constitue une violation du droit pénal. L'immunité est une exception procédurale pouvant être soulevée lorsqu'un État étranger entend exercer sa juridiction pour juger le représentant d'un autre État à raison d'une infraction commise par celui-ci. Il ne s'agit pas d'un privilège, d'une prérogative ni d'une question relevant de l'adage « *par in parem non habet imperium* ». Cette idée est obsolète. Toute puissance souveraine et tout État est régi par le droit de la communauté internationale, qui repose sur la Charte des Nations Unies. Il est également nécessaire de définir l'expression « juridiction pénale ». Il s'agit de la juridiction exercée par les tribunaux répressifs et autres organes judiciaires compétents pour appliquer le droit pénal. Le droit pénal, quant à lui, est l'ensemble de normes qui définissent les violations pénales du droit, y compris les traités internationaux. M. Candioti est préoccupé par la confusion terminologique qui règne. La relation entre l'immunité et la responsabilité est d'une importance primordiale. Immunité ne peut jamais signifier impunité.

La séance est levée à 16 h 30.

3274e SÉANCE

Mercredi 22 juillet 2015, à 10 h 5

Président : M. Narinder SINGH

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*[*])

[Point 13 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Ronny Abraham, Président de la Cour internationale de Justice, et l'invite à s'adresser à la Commission.

2. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) se réjouit de cette première rencontre avec les membres de la Commission depuis sa prise de fonctions en tant que Président de la Cour internationale de Justice. Résumant les activités menées par la Cour pendant l'année écoulée, il indique que celle-ci a été saisie de deux affaires. La première consiste en une série de requêtes introduites par les Îles Marshall contre les puissances nucléaires ou supposées posséder l'arme nucléaire à raison de manquements allégués aux obligations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire. Seules les trois requêtes introduites respectivement contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne

[*] Reprise des débats de la 3268e séance.