# Chapitre X

# IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

## A. Introduction

265. La Commission a décidé, au cours de sa cinquante-neuvième session (2007), d'inscrire à son programme de travail le sujet «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» et a nommé M. Roman Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet[615]. Lors de la même session, la Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet[616].

## B. Examen du sujet à la présente session

266. À la présente session, la Commission a été saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/601), ainsi que d'un mémorandum du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/596). La Commission a examiné le rapport de sa 2982e à sa 2987e séance, du 22 au 25 juillet et les 29 et 30 juillet 2008.

### 1. Présentation par le Rapporteur spécial de son rapport préliminaire

267. Le Rapporteur spécial a indiqué que son rapport préliminaire avait pour objet de donner un bref historique de l'examen du sujet par la Commission et l'Institut de droit international et d'exposer les questions que la Commission devrait analyser dans le cadre de l'examen du sujet et de l'élaboration de tout instrument futur à laquelle elle pourrait procéder. Il a fait observer que depuis la publication du plan d'études joint en annexe au rapport de 2006 de la Commission[617], l'attention portée à la question de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères n'avait pas faibli: de nouveaux travaux avaient été publiés et plusieurs décisions avaient été rendues par des juridictions nationales et internationales, dont l'arrêt rendu récemment par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*[618]. Le rapport préliminaire de même que le mémorandum informatif du Secrétariat rendaient compte des très nombreuses informations disponibles, mais la question était loin d'être épuisée. Le Rapporteur spécial a ajouté qu'il avait essayé dans son rapport préliminaire d'exposer objectivement les différentes opinions qui avaient été exprimées en la matière et qu'il avait à l'occasion fait part, à titre préliminaire, de ses points de vue sur certaines questions.

268. Le Rapporteur spécial a souligné qu'il avait passé en revue dans son rapport quelques-unes seulement des questions que la Commission devrait examiner plus avant et qu'il entendait aborder dans son rapport suivant les questions préliminaires restantes, notamment la question de la portée de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et certaines questions de procédure, par exemple celle de la levée de l'immunité.

269. De l'avis du Rapporteur spécial, l'intitulé même du sujet donnait une idée de ses contours. La Commission devait examiner uniquement la question de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères, laissant ainsi de côté les questions de l'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux et les juridictions nationales de l'État de nationalité du représentant, et celle de l'immunité en matière pénale ou administrative devant les juridictions étrangères. De plus, les travaux de la Commission devraient être axés sur l'immunité au regard du droit international et non au regard du droit interne: les dispositions des législations nationales ne devraient entrer en jeu que si elles prouvaient l'existence d'un droit international coutumier.

270. Le Rapporteur spécial a insisté sur le fait que la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère se posait dans les relations d'État à État. Conformément à la doctrine et à la jurisprudence prédominantes (et malgré certaines décisions de justice qui avaient justifié l'immunité en renvoyant à la courtoisie internationale), le Rapporteur spécial a considéré qu'il existait suffisamment d'éléments pour affirmer que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère trouvait sa source non pas dans la courtoisie internationale mais, en tout premier lieu, dans le droit international, en particulier le droit international coutumier.

271. Le Rapporteur spécial a fait en outre observer que la juridiction pénale ne se limitait pas à sa dimension judiciaire et recouvrait les démarches de l'exécutif entreprises bien avant le procès à proprement parler, la question de l'immunité étant alors souvent réglée par les États par la voie diplomatique au stade préjudiciel. Le Rapporteur spécial a noté par ailleurs que la juridiction pénale ne

[615] À sa 2940e séance, le 20 juillet 2007 [*Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), par. 376, p. 101]. L'Assemblée générale, aux termes du paragraphe 7 de la résolution 62/66, en date du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission au cours de sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I du rapport de la Commission [*Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), par. 257, p. 194].

[616] *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), par. 386, p. 105.

[617] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 199 à 209.

[618] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France),* arrêt du 4 juin 2008, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 177.

s'exerçait pas à l'égard de l'État, mais que des poursuites pénales engagées contre un représentant d'un État étranger pouvaient affecter la souveraineté et la sécurité de cet État et constituer une immixtion dans ses affaires intérieures, singulièrement lorsque des représentants de rang élevé étaient en cause. Il n'a pas jugé utile d'analyser de façon plus approfondie la question de la juridiction *per se*.

272. Pour le Rapporteur spécial, en matière d'immunité, la norme juridique ou le principe supposait l'existence d'un droit de l'État de nationalité du représentant ou du représentant de l'État lui-même d'être exempté de la juridiction et, en corollaire, d'une obligation incombant à l'État étranger. Il conviendrait aussi d'examiner la question de savoir si l'obligation incombant à l'État étranger ne visait que l'obligation de ne pas exercer sa juridiction ou si elle visait aussi l'obligation de prendre des mesures pour empêcher qu'il ne soit porté atteinte à l'immunité. D'autre part, le Rapporteur spécial a émis l'avis que, par nature, l'immunité tenait du droit procédural et non du droit matériel: alors qu'elle soustrayait l'individu à la juridiction exécutive et à la juridiction judiciaire, elle ne le soustrayait pas à la juridiction prescriptive, c'est-à-dire qu'elle ne le libérait pas de l'obligation de respecter la loi de l'État étranger et qu'elle ne l'exonérait pas de sa responsabilité pénale en cas de violation de celle-ci. Le Rapporteur spécial a également indiqué que, déjà à ce stade, il avait l'impression que le sujet à l'étude, en fait, n'était pas celui de l'immunité de la juridiction pénale étrangère, mais plutôt celui de l'immunité de certaines mesures de procédure pénale ou de l'exercice de l'action pénale. Toutefois, il a ajouté que ce point ne serait éclairci qu'à l'issue de l'examen de la question de la portée de l'immunité.

273. Le Rapporteur spécial a posé la question de savoir si la Commission devait définir la notion d'«immunité» aux fins du sujet. Il a rappelé que la Commission avait rejeté cette idée lors de ses travaux sur le sujet des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Il a fait observer en outre qu'une distinction était généralement établie entre deux types d'immunité à l'égard des représentants de l'État: immunité *ratione personae* (ou immunité personnelle) et immunité *ratione materiae* (ou immunité fonctionnelle). La distinction semblait utile à des fins d'analyse, encore que ces deux types d'immunité partagent certaines caractéristiques communes.

274. Le Rapporteur spécial a émis l'avis que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère s'expliquait par le jeu confiné de la théorie de l'«intérêt de la fonction» et de la théorie du «caractère représentatif» et que, juridiquement et politiquement, elle s'appuyait sur les principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans leurs affaires intérieures, ainsi que sur la nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance par les États de leurs fonctions.

275. S'agissant de la portée du sujet quant aux personnes qui seraient concernées, le Rapporteur spécial a noté que le titre renvoyait à la notion générique de «représentants de l'État». Bien que, dans certains cas, il ait été fait mention dans ce contexte des seuls chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, il était largement admis que tous les représentants de l'État jouissaient d'une immunité *ratione materiae*. Dans la pratique, les États abordaient la question de l'immunité de leurs représentants devant les juridictions pénales étrangères selon le poste occupé. Le Rapporteur spécial a donc proposé de conserver la notion générale de «représentants de l'État», que la Commission pourrait définir aux fins du sujet. Il a souligné aussi que la Commission devrait examiner le statut à la fois des représentants de l'État en exercice et de ceux qui ne l'étaient plus.

276. À propos de l'immunité *ratione personae*, le Rapporteur spécial a fait observer que, au regard en particulier de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[619], il était évident que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficiaient de ce type d'immunité. La question demeurait cependant de savoir si d'autres représentants de haut rang (par exemple ministres de la défense, vice-premiers ministres, etc.) bénéficieraient eux aussi de l'immunité personnelle. La Commission ne saurait trancher cette question en se contentant d'énumérer les postes officiels concernés, mais elle devrait plutôt chercher à définir les critères à appliquer pour déterminer quels étaient les représentants qui bénéficiaient de l'immunité personnelle.

277. Enfin, le Rapporteur spécial a appelé l'attention de la Commission sur deux questions situées en marge du sujet, à savoir celle du rôle de la reconnaissance dans le contexte de l'immunité et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État, et principalement des représentants de haut rang. Le Rapporteur spécial a considéré que la première question ne se posait que dans des cas exceptionnels. En conséquence, il a déclaré douter de l'opportunité d'explorer plus avant ces deux questions.

### 2. Résumé du débat

#### a) *Observations générales*

278. On a félicité le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire exhaustif, qui offrait une excellente base de discussion. Des membres ont par ailleurs exprimé leurs remerciements au Secrétariat pour la haute qualité du mémorandum circonstancié qu'il avait soumis.

279. On a appuyé la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission n'examine pas, dans le cadre du sujet, la question de l'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux et devant les juridictions de l'État de nationalité du représentant en cause.

280. Quelques membres ont souligné que les immunités des agents diplomatiques, des fonctionnaires consulaires, des membres des missions spéciales et des représentants des États auprès des organisations internationales faisaient déjà l'objet d'une codification et qu'il n'était pas nécessaire d'y revenir dans le cadre du sujet.

---

[619] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3 et suiv., en particulier p. 20 et 21, par. 51.

b) *Sources*

281. Des membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État reposait sur le droit international, en particulier le droit international coutumier, et non uniquement sur la courtoisie internationale. Les travaux de la Commission pouvaient ainsi s'appuyer sur une base normative solide et constitueraient alors véritablement une œuvre de codification des règles existantes. À cet égard, certains membres ont souligné que la Commission devrait se pencher sur les décisions pertinentes des juridictions nationales. Parallèlement, on a noté que la Commission devrait procéder avec circonspection en analysant la valeur de ces décisions aux fins de déterminer l'état du droit international en la matière. De l'avis de certains membres, il y avait place dans cette matière pour le développement progressif du droit international.

c) *Notions de base*

282. Des membres se sont référés aux notions de base exposées dans le rapport préliminaire. À propos de la notion de «juridiction», certains membres ont souscrit au point de vue du Rapporteur spécial selon lequel elle couvrait la gamme complète des mesures de procédure, et on a appuyé l'idée de porter une attention particulière à la phase préjudicielle. On a noté par ailleurs que, comme expliqué dans le rapport préliminaire et, conformément à l'avis de la Cour internationale de Justice[620], la juridiction précédait logiquement l'immunité, en ce sens que la question des immunités, quel qu'en soit l'aspect, ne se posait qu'après que le tribunal eut établi sa compétence pour connaître de l'affaire.

283. Certains membres ont proposé que la Commission examine les effets de l'immunité du point de vue du principe de la compétence universelle en tenant compte de l'évolution des législations et des jurisprudences nationales et à la lumière du développement du système international, notamment la création de la Cour pénale internationale. Certains ont fait observer que l'affirmation par des tribunaux nationaux du principe de la compétence universelle avait engendré des méprises, provoqué l'aggravation de tensions entre États et fait penser à des abus à motifs politiques ou autres[621].

284. Au sujet de la notion d'«immunité» elle-même, certains membres ont appuyé l'idée selon laquelle la Commission devrait chercher à la définir. On a fait observer à cet égard que l'immunité revêtait un caractère procédural et qu'elle n'exonérait pas le représentant d'un État de son devoir de se conformer à la législation nationale ni de sa responsabilité pénale en cas de violation de celle-ci. On a souscrit à l'analyse du Rapporteur spécial selon laquelle l'immunité mettait en jeu un rapport juridique, qui impliquait le droit du représentant d'un État de ne pas être assujetti à une juridiction pénale étrangère et l'obligation correspondante incombant à l'État étranger concerné.

285. Quelques membres ont considéré que, contrairement à ce qui était proposé dans le rapport préliminaire, la Commission ne devrait pas s'interdire de s'intéresser à la question de l'immunité des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution; d'autres membres ont toutefois approuvé la suggestion contenue dans le rapport. Alors que certains membres ont déclaré appuyer l'intention du Rapporteur spécial d'analyser la pratique suivie s'agissant des immunités des représentants de l'État et de l'État lui-même des juridictions civiles étrangères, vu les caractéristiques communes que cette question présentait avec le sujet à l'étude, d'autres membres ont maintenu que ces immunités, par nature, différaient par trop des immunités de juridiction pénale pour prendre appui en l'occurrence sur cette pratique.

286. Certains membres ont souscrit à l'idée que, dans son fondement, l'immunité comportait un double élément, un élément fonctionnel et un élément de représentation, et qu'elle se justifiait par les principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans leurs affaires intérieures et aussi par la nécessité de garantir la stabilité des relations entre États. Tandis que certains membres ont mis l'accent sur le rôle de l'élément fonctionnel de l'immunité qui se dessinait dans la pratique récente, d'autres ont rappelé que l'élément de représentation continuait de jouer, dès lors que certains représentants de l'État bénéficiaient de l'immunité parce qu'ils étaient censés incarner l'État lui-même.

287. Il a été généralement admis qu'une distinction pouvait être établie entre deux types d'immunité des représentants de l'État: l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Certains membres ont souligné que ces notions étaient importantes en ce sens qu'elles permettaient de distinguer le statut des représentants de haut rang et autres représentants du statut des représentants en exercice et de ceux qui ne l'étaient plus. Selon un point de vue, il était préférable d'ignorer cette typologie et de prendre en considération les notions d'«acte accompli à titre officiel» et d'«acte accompli à titre privé» et la dimension temporelle de l'immunité (par exemple à l'égard des actes commis avant l'entrée en fonctions ou à l'égard des actes commis par d'anciens représentants dans l'exercice de leurs fonctions). Il a été souligné aussi qu'il ne fallait pas confondre l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État avec l'immunité de l'État lui-même; selon un autre point de vue cependant, toutes les immunités des représentants de l'État découlaient de l'immunité de l'État.

d) *Personnes couvertes par l'immunité*

288. À propos de la terminologie à employer pour définir les personnes couvertes par l'immunité, certains membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de continuer à employer, à ce stade, l'expression «représentants de l'État» (*State officials*). D'autres membres ont toutefois considéré qu'il serait peut-être préférable d'employer les mots «agents» ou dans le texte anglais *representatives*. On a fait observer qu'en tout état de cause il conviendrait de déterminer avec précision les personnes entrant dans la définition. On a exprimé l'avis que la gamme des personnes couvertes par l'immunité pourrait être limitée à celles exerçant les prérogatives spécifiques de l'État

[620] Ibid., p. 19, par. 46.

[621] Voir par exemple la décision prise par l'Assemblée de l'Union africaine sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle [Assembly/AU/Dec.199 (XI) du 1er juillet 2008].

(critère qui permettrait d'exclure du champ d'application du sujet certaines catégories d'agents comme les enseignants, le personnel médical, etc.); à cet égard, mention a été faite de la notion de «service public» employée par la Cour de justice des Communautés européennes.

289. On a appuyé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le sujet devrait couvrir tous les représentants de l'État, étant donné qu'ils bénéficiaient de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, quelques membres ont considéré que la Commission ne devrait s'intéresser qu'à la question de l'immunité des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères. Le Rapporteur spécial a été encouragé à étudier plus avant le statut des anciens représentants de l'État, en particulier à la lumière de l'affaire *Pinochet*[622] et du paragraphe 61 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*[623].

290. Certains membres ont appuyé l'idée que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères (la «troïka») jouissaient de l'immunité *ratione personae*. Des membres ont cependant fait valoir que la conclusion de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, à savoir que les ministres des affaires étrangères jouissaient d'une telle immunité, n'avait pas de fondement solide en droit international coutumier comme l'expliquait l'opinion dissidente émise dans cette affaire. D'autres membres ont au contraire noté le rôle prééminent qui revenait au ministre des affaires étrangères dans la conduite des affaires internationales ainsi que sa qualité de représentant, qui justifiaient qu'il soit traité sur le même pied, en matière d'immunité, que le chef de l'État. Au cours du débat, on s'est aussi demandé si l'immunité personnelle s'étendait à d'autres catégories de représentants de haut rang. Certains membres ont exclu cette possibilité, mettant en avant le rôle de représentation particulier que les trois catégories de représentants susmentionnées jouaient dans les relations internationales, la pauvreté de la pratique pour étayer toute extension de l'immunité et des considérations de principe. D'autres membres ont estimé que l'immunité *ratione personae* devait être aussi accordée à certains représentants de l'État de rang élevé (dont, outre ceux mentionnés par le Rapporteur spécial, les vice-présidents, les membres du gouvernement, les présidents des Chambres, les présidents des juridictions nationales suprêmes, les chefs des collectivités constitutives d'un État fédéral, etc.); ils ont demandé à la Commission de déterminer les critères à appliquer pour définir ces représentants, comme par exemple celui du caractère représentatif ou de l'importance des fonctions exercées. À l'appui de cet argument, on a invoqué l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*[624], mais certains membres ont fait valoir que la Cour semblait avoir adopté une optique plus restrictive dans sa dernière décision en date, rendue dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*[625]. D'autres membres, tout en admettant que certains autres représentants de rang élevé, outre les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pouvaient bénéficier de l'immunité *ratione personae*, ont considéré que la Commission devrait limiter ses travaux à ces trois catégories et laisser ouverte la question de savoir si d'autres représentants de l'État pouvaient également jouir de l'immunité. On a souligné que, de toute façon, aucun représentant de l'État ne continuerait de jouir de l'immunité personnelle à la cessation de ses fonctions. L'idée a été émise que certains représentants de l'État jouissaient de l'immunité *ratione personae* quand ils agissaient ès qualités à l'étranger parce qu'il fallait les considérer comme chargés d'une mission spéciale.

291. On a estimé que la Commission devrait procéder à une analyse plus poussée de la question de l'immunité du personnel militaire déployé à l'étranger en temps de paix, laquelle faisait souvent l'objet d'accords multilatéraux ou bilatéraux mais soulevait aussi des questions de droit international général.

292. Quant au rôle de la reconnaissance dans le contexte de l'immunité, l'avis a été exprimé qu'il s'agissait en l'occurrence d'une question fondamentale, que la Commission devrait examiner. Toutefois, certains membres ont appuyé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel cette question ne faisait pas partie du mandat confié à la Commission dans le cadre du sujet à l'étude et que, au mieux, une clause «sans préjudice» pouvait être adoptée sur ce point. Certains membres ont indiqué que si un État existait, l'immunité devrait être accordée à ses représentants indépendamment de la reconnaissance. De même, on a émis l'avis que l'immunité ne devrait pas s'étendre aux représentants des États autoproclamés qui n'avaient pas obtenu la reconnaissance générale de la communauté internationale. Enfin, certains membres ont estimé que la Commission devrait examiner les conséquences de la non-reconnaissance d'une entité en tant qu'État sur l'immunité de ses représentants.

293. Pour certains membres, l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État reposait essentiellement sur la courtoisie internationale et n'entrait pas dans le cadre du sujet. Pour d'autres cependant, la Commission devrait traiter de cette question.

e) *La question des exceptions éventuelles à l'immunité*

294. Quelques membres ont invité instamment le Rapporteur spécial, lorsqu'il examinerait la portée de l'immunité dans son prochain rapport, à s'intéresser tout particulièrement à la question fondamentale de savoir si les représentants de l'État jouissaient de l'immunité dans le cas des crimes de droit international.

295. À cet égard, certains membres ont considéré qu'il existait suffisamment d'éléments, à la fois dans la pratique des États et dans les travaux passés de la Commission (notamment le projet de code des crimes contre la

[622] Voir, en particulier, Royaume-Uni, Chambre des lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex parte Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581 à 663.

[623] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 619), p. 25, par. 61.

[624] Ibid., p. 20 et 21, par. 51.

[625] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 618), p. 243 et 244, par. 194.

paix et la sécurité de l'humanité de 1996[626]) pour affirmer qu'il existait une exception à l'immunité dans les cas où le représentant d'un État était accusé d'un crime de cette nature. Certains membres ont fait valoir qu'en traitant de l'immunité de la juridiction pénale étrangère, il ne fallait pas perdre de vue le fait que les statuts et la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux excluaient cette immunité. Des membres ont ajouté que la position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*[627] allait à l'encontre de la tendance générale qui montrait que la communauté internationale dans son ensemble condamnait certains crimes (comme l'illustrait la position adoptée par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Blaškić*[628]) et que la Commission ne devrait pas hésiter soit à s'écarter de ce précédent, soit à procéder au titre du développement progressif du droit international. Selon certains membres, la Commission devrait en outre déterminer si le droit international avait changé depuis l'arrêt en question, en particulier compte tenu des législations nationales adoptées depuis pour mettre en œuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Selon d'autres, le contenu et les prolongements de l'arrêt appelaient un examen plus poussé.

296. Certains membres ont donné plusieurs explications pour justifier les exceptions à l'immunité, notamment le caractère non officiel des crimes de droit international, le caractère impératif de la règle portant interdiction des crimes entrant dans cette catégorie (*jus cogens*), ou encore la condamnation de ces crimes par la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a été invité à se pencher, dans son prochain rapport, sur ces explications possibles pour déterminer en particulier si ces exceptions s'appliquaient à tous les crimes de droit international ou seulement à quelques-uns et si elles étaient applicables, et dans quelle mesure elles l'étaient, à l'immunité *ratione materiae* ou également à l'immunité *ratione personae*. Certains membres ont souligné que ces questions mettaient en jeu l'équilibre à trouver entre l'intérêt qu'il y avait à mettre un terme à l'impunité en cas de crime de droit international et l'intérêt qu'il y avait à garantir la liberté d'action des États au niveau international. On a considéré qu'il conviendrait également d'étudier les moyens d'articuler cette exception à l'immunité de manière à renforcer les tribunaux pénaux internationaux, compte tenu du caractère complémentaire de la compétence de la Cour pénale internationale: par exemple, on pouvait envisager que les représentants des États qui avaient accepté la compétence de la Cour bénéficieraient d'une immunité totale de la juridiction pénale étrangère, tandis que les représentants des États qui ne l'avaient pas fait ne bénéficieraient pas de l'immunité dans le cas des crimes de droit international.

297. Certains autres membres ont soutenu qu'il y avait de bonnes raisons pour que la Commission hésite à restreindre l'immunité. À leur avis, l'arrêt *Mandat d'arrêt* était le reflet de l'état actuel du droit international et l'évolution après sa parution des jurisprudences internationales et nationales et des législations nationales le confirmait plutôt qu'elle ne le mettait en question. On ne pouvait donc dire que cet arrêt allait à l'encontre d'une tendance générale. La non-immunité devant les tribunaux internationaux n'était pas un argument en faveur d'une restriction analogue devant les tribunaux nationaux, bien au contraire. L'arrêt *Blaškić* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'était donc pas pertinent. Pour ces membres, des principes juridiques importants et des considérations politiques inclinaient à maintenir en l'état le droit international, tel qu'il s'exprimait par exemple dans l'arrêt *Mandat d'arrêt*. Selon eux encore, les principes de l'égalité souveraine et de la stabilité des relations internationales n'étaient pas de simples considérations abstraites mais correspondaient à des valeurs juridiques de fond, par exemple la protection des États faibles de la discrimination exercée par des États forts, la nécessité de protéger les droits de l'homme, qu'il s'agisse de personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ou de personnes qui pouvaient être affectées par l'éventuelle perturbation des relations interétatiques, et finalement, dans les cas extrêmes, la nécessité même de respecter les règles applicables à l'emploi de la force.

298. Ces membres ont soutenu que si la Commission avait comme toujours à envisager des propositions de *lege ferenda*, elle devait les faire après analyse attentive et complète de la *lex lata* et des raisons politiques sur lesquelles celle-ci est construite. C'était seulement sur cette base que l'on pourrait trouver un fructueux équilibre des intérêts entre les principes de l'immunité et la lutte contre l'immunité. À leur avis, le caractère de *jus cogens* de certaines normes internationales n'affectait pas nécessairement le principe de l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale nationale.

299. Certains membres ont souligné que la Commission devrait également examiner d'autres exceptions possibles à l'immunité des représentants de l'État, à savoir dans le cas d'actes accomplis à titre officiel sur le territoire d'un État étranger sans l'autorisation de ce dernier, par exemple: sabotage, enlèvement, meurtre commis par l'agent d'un service de renseignements étranger, intrusion aérienne et maritime dans le territoire, ou espionnage.

---

[626] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), chap. II, par. 50, p. 17.

[627] *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000 (voir *supra* la note 619), p. 3.

[628] *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* [affaire no IT-95-14, Chambre d'appel, arrêt du 29 octobre 1997 relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance rendue le 18 juillet 1997 (www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/fr/71029JT3.html)], par. 41:

«Il est bien établi que le droit international coutumier protège l'organisation interne de chaque État souverain […]. Le corollaire de ce pouvoir exclusif des États est que chacun d'eux est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant ès qualités soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations.

«La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*). Les rares exceptions concernent une conséquence particulière de cette règle. Ces exceptions naissent des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. D'après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles. De même, d'autres catégories de personnes (par exemple les espions, tels que définis à l'article 29 du Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, annexé à la Convention IV de La Haye de 1907), bien qu'agissant en tant qu'organes de l'État, peuvent être tenues pour personnellement responsables de leurs actes illicites.»

### 3. Conclusions du Rapporteur spécial

300. Résumant les principales orientations qui se dégageaient du débat, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était généralement convenu que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère trouvait sa source essentiellement dans le droit international, en particulier le droit international coutumier. Il a noté que certains membres avaient mis en exergue l'importance que la pratique des États et les décisions des juridictions nationales revêtaient à cet égard.

301. À propos de la notion d'«immunité», l'idée selon laquelle elle dénotait un rapport juridique mettant en jeu des droits et des obligations correspondantes et qu'elle revêtait un caractère procédural (encore qu'un membre ait fait valoir qu'elle relevait du droit substantiel) avait recueilli un appui général. Il était également largement admis que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère concernait aussi bien l'immunité de juridiction exécutive que l'immunité de juridiction judiciaire et qu'elle était particulièrement importante au stade préjudiciel. Des vues divergentes avaient été émises sur la question de savoir si la Commission devrait examiner le thème de la compétence: le Rapporteur spécial a expliqué qu'il entendait l'analyser ultérieurement, sans toutefois proposer de projet d'article sur ce point.

302. Quant à la justification de l'immunité, certains membres avaient admis qu'elle se justifiait à la fois par la théorie fonctionnelle et la théorie représentative et que les différents motifs plaidant en faveur de l'immunité avaient des liens entre eux. Cependant, on avait relevé que la justification de l'immunité variait selon la catégorie à laquelle les représentants de l'État appartenaient. On avait fait valoir par exemple que l'immunité d'un chef d'État se justifiait par le fait que celui-ci personnifiait l'État lui-même et que cette justification ne pourrait s'appliquer à l'immunité d'autres représentants de l'État.

303. Des membres avaient aussi reconnu que la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* était commode à des fins d'analyse, mais le Rapporteur spécial a fait observer qu'il en était rarement tenu compte dans les instruments normatifs.

304. Le débat avait par ailleurs permis de clarifier la portée du sujet telle qu'elle était perçue par la Commission. De l'avis général, les immunités des agents diplomatiques, des fonctionnaires consulaires, des membres des missions spéciales et des représentants des États au sein et auprès des organisations internationales n'entraient pas dans le cadre du sujet. La majorité des membres convenait aussi que la question de l'immunité de juridiction pénale internationale devait être exclue du sujet, mais le Rapporteur spécial a indiqué que, comme proposé par quelques membres et sans préjudice de ses conclusions futures, il avait l'intention de se pencher sur la question de la compétence pénale universelle au moment d'étudier les exceptions éventuelles à l'immunité.

305. Vu les différentes opinions exprimées à propos de la question de la reconnaissance, le Rapporteur spécial a considéré que la Commission pouvait examiner les effets éventuels de la non-reconnaissance d'une entité en tant qu'État sur l'octroi de l'immunité à ses représentants.

306. À propos de la portée du sujet quant aux personnes qui seraient couvertes par l'immunité, la majorité des membres s'était déclarée favorable à la prise en compte du statut de tous les «représentants de l'État» et avait appuyé l'emploi de cette expression, que la Commission devait définir au cours de ses travaux futurs.

307. Quant à l'immunité *ratione personae*, il y avait un large accord sur le fait que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères en bénéficiaient, mais des vues divergentes avaient été mises en avant quant à son extension à d'autres représentants de haut rang. Selon certains membres, l'immunité personnelle se limitait aux trois catégories de représentants susmentionnées. D'autres membres avaient confirmé que d'autres représentants de l'État pouvaient bénéficier de l'immunité personnelle, tout en faisant part de leur préoccupation face à l'idée d'étendre cette immunité au-delà de la «troïka». D'autres membres, tout en se déclarant favorables à l'idée d'étendre l'immunité, avaient souligné qu'il fallait procéder sur ce point avec prudence: ils avaient recommandé que la Commission, au lieu de se livrer à une simple énumération, définisse les critères à appliquer pour déterminer quels autres représentants de l'État pourraient aussi se voir accorder une immunité personnelle. Le Rapporteur spécial a noté qu'il conviendrait à cet égard d'examiner plus avant notamment l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*.

308. Les avis semblaient également partagés quant à l'opportunité pour la Commission de se pencher sur la question de l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État. À ce stade du moins, les débats n'avaient pas convaincu le Rapporteur spécial de revenir sur sa position: il persistait à considérer qu'il n'était pas réaliste de traiter de cette question dans le cadre du sujet à l'étude, mais il l'examinerait plus à fond.

309. Le Rapporteur spécial a également noté qu'il avait été proposé que la Commission examine aussi la question de l'immunité du personnel militaire en poste à l'étranger en temps de paix.

310. Le Rapporteur spécial est ensuite passé au contenu éventuel de son prochain rapport. Il a répété qu'il entendait y étudier la portée et les limites de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (à la fois *ratione personae* et *ratione materiae*), notamment la question des exceptions éventuelles à l'immunité dans le cas des crimes de droit international et d'actes accomplis à titre officiel illicitement sur le territoire d'un État exerçant sa compétence. Il étudierait en particulier le rapport de l'immunité aux normes impératives de droit international général (*jus cogens*) et la responsabilité des États; les effets de l'immunité sur l'exercice de la compétence universelle dans le cas des crimes de droit international les plus graves; et la pratique relative à d'autres infractions, comme la corruption ou le blanchiment d'argent. Il examinerait également la distinction entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» aux fins de l'immunité *ratione materiae*, en particulier la question de savoir si la nature ou la gravité d'un fait illicite pouvaient en affecter sa qualification en

tant que fait commis dans l'exercice de ses fonctions. Le Rapporteur spécial a souligné que la question importante était de savoir s'il existait des exceptions à l'immunité dans le droit international général, parce qu'il ne faisait aucun doute qu'il était possible d'établir des exceptions à l'immunité par voie conventionnelle. Il analyserait aussi les immunités dont bénéficiaient les représentants de l'État en exercice et ceux qui ne l'étaient plus. Enfin, dans son rapport suivant, il traiterait des aspects procéduraux de l'immunité, notamment la levée de l'immunité et certaines questions posées par l'arrêt rendu récemment en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (par exemple celle de savoir si l'État qui revendique l'immunité pour un de ses représentants devrait notifier les autorités de l'État étranger concerné ou s'il devrait prétendre et prouver que le fait en question a été accompli par son représentant dans l'exercice de ses fonctions).

311. Le Rapporteur spécial a conclu son intervention par certaines observations sur sa méthode et son approche du sujet. À son avis, l'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* était une décision judicieuse qui faisait date. Il avait été adopté à une large majorité et rendait compte avec clarté et précision de l'état actuel du droit international en la matière. Le Rapporteur spécial a souligné que ses rapports reposeraient en premier lieu sur un examen minutieux de la pratique des États, des décisions des juridictions internationales et des juridictions nationales et de la doctrine. Quant à la pratique judiciaire, il a noté que les décisions en la matière rendues par divers tribunaux devraient être analysées compte tenu de l'ordre chronologique dans lequel elles s'inscrivaient. Quant aux décisions des juridictions nationales, elles étaient pertinentes en soi et parce qu'elles se fondaient sur des éléments à travers lesquels les États exprimaient leur position sur le sujet. Le Rapporteur spécial continuait à penser que les décisions concernant l'immunité de la juridiction civile pouvaient présenter un intérêt pour le sujet. Enfin, il a souligné que son but était non pas de formuler des propositions abstraites sur ce que le droit international pouvait être, mais de travailler sur la base d'éléments du droit international en vigueur en la matière.