

Chapitre VI

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

82. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet²⁹⁸. À la même session, la Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session²⁹⁹.

83. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire³⁰⁰ à sa soixantième session (2008), et les deuxième³⁰¹ et troisième³⁰² rapports à sa soixante-troisième session (2011). La Commission n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)³⁰³.

B. Examen du sujet à la présente session

84. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Roman A. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission.

85. La Commission était saisie du rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/654). Elle a examiné le rapport de sa 3143^e à sa 3147^e séance, les 10, 12, 13, 17 et 20 juillet 2012.

1. PRÉSENTATION PAR LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE DU RAPPORT PRÉLIMINAIRE

86. Le rapport préliminaire analyse les travaux accomplis jusqu'alors par la Commission en présentant notamment une vue d'ensemble des travaux du précédent Rapporteur spécial ainsi que les grandes lignes des débats

²⁹⁸ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 376]. 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 (2^e partie), p. 194, par. 257].

²⁹⁹ *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr.1 (disponible sur le site Web de la Commission).

³⁰⁰ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

³⁰¹ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631.

³⁰² *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646.

³⁰³ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 151, par. 207; et *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 201, par. 343.

sur le sujet qui ont eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il expose aussi les questions à propos desquelles il n'y a pas de consensus et qu'il faudrait examiner durant le quinquennat en cours, en s'attachant en particulier à la distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, aux liens qui existent entre les deux catégories d'immunité et aux fondements de chacune d'entre elles, à la distinction entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale de l'individu, à la relation entre les deux et aux conséquences pour l'immunité, à la portée de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, y compris les exceptions possibles, et aux aspects procéduraux relatifs à l'immunité. Le rapport contient aussi une proposition de plan de travail.

87. En présentant son rapport, la Rapporteuse spéciale a souligné que celui-ci avait le caractère d'un rapport « de transition » tenant compte des travaux effectués par le précédent Rapporteur spécial dans ses trois rapports et par le Secrétariat dans son étude (qui demeureraient utiles pour les travaux futurs de la Commission) ainsi que de l'évolution des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission, tout en tentant de déterminer les questions qui devraient être examinées durant le quinquennat en cours de manière à favoriser un débat structuré et à apporter des réponses efficaces à la multitude de questions soulevées par le sujet. À cet égard, la Rapporteuse spéciale s'est concentrée sur plusieurs aspects méthodologiques. Tout d'abord, il a été souligné que le sujet à l'examen était complexe et politiquement délicat. En dépit des trois rapports établis par le précédent Rapporteur spécial et des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission, il subsistait une grande diversité de perspectives concernant le sujet et de nombreuses divergences qui exigeaient que la Commission adopte une nouvelle approche tout en gardant à l'esprit les précieux travaux déjà accomplis. Deuxièmement, il a été souligné que le mandat de la Commission avait pour objet tant le développement progressif du droit international que sa codification. À ce propos, il était conforme aux méthodes de travail de la Commission de traiter le sujet du double point de vue de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Le sujet était certes un thème classique du droit international, mais il devait être examiné à la lumière de faits nouveaux et de nouveaux défis. Troisièmement, il fallait traiter le sujet en suivant une approche systémique, en gardant à l'esprit que le texte à élaborer par la Commission devrait s'insérer de manière cohérente dans le système juridique international. Il était dès lors essentiel que la Commission adopte une approche systémique la menant à s'interroger sur les différentes relations entre les règles relatives à l'immunité des représentants de l'État et les principes structurels et les valeurs

essentielles de la communauté internationale et du droit international, y compris ceux qui visaient à protéger les droits de l'homme et à combattre l'impunité. C'est pourquoi il était nécessaire de réaliser un équilibre entre les intérêts en présence. Quatrièmement, il fallait structurer le débat sur les différentes questions, en examinant l'un après l'autre des groupes de thèmes clairement définis, tout en admettant que les questions de fond relevant du sujet avaient un caractère transversal et qu'elles étaient étroitement liées. C'est cet objectif que visait le plan de travail proposé dans le rapport préliminaire.

88. La Rapporteuse spéciale a également insisté sur un certain nombre de questions de fond qu'elle estimait essentiel d'aborder pour traiter les problèmes que soulevait le sujet. La première concernait la distinction opérée entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Bien que la distinction soit clairement affirmée dans la doctrine, il était nécessaire d'examiner plus avant les conséquences qui pouvaient découler de cette distinction et son impact. Deuxièmement, il était nécessaire de préciser la dimension fonctionnelle de l'immunité pour faire en sorte qu'elle n'entre pas inutilement en conflit avec d'autres principes et valeurs de la communauté internationale. Troisièmement, il fallait déterminer quelles personnes bénéficiaient de l'immunité *ratione personae* et s'il était utile ou non d'en dresser la liste, que celle-ci soit ouverte ou limitative. Quatrièmement, il fallait analyser la portée d'un «acte officiel» aux fins de l'immunité, y compris les conséquences en découlant par rapport à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et à la responsabilité pénale internationale de l'individu. Cinquièmement, il fallait déterminer s'il pouvait exister des exceptions à l'immunité, et analyser les règles applicables à cet égard. Sixièmement, il était d'une importance capitale d'envisager la question des crimes internationaux à la lumière de la question générale des valeurs essentielles de la communauté internationale; enfin, il convenait d'examiner les aspects procéduraux relatifs à l'exercice de l'immunité. La Rapporteuse spéciale a rappelé que ces aspects avaient été traités dans une large mesure par le précédent Rapporteur spécial. Cependant, comme ils n'avaient pas fait l'objet d'un consensus, il était utile que la Commission examine de nouveau les points de controverse avec un peu plus de recul. La Rapporteuse spéciale a indiqué à cet effet qu'elle comptait déjà présenter des projets d'articles dans son rapport suivant.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) Observations générales

89. Les membres de la Commission ont accueilli favorablement le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale et l'accent qui y était mis sur les aspects méthodologiques, conceptuels et structurels en vue de dégager les grandes lignes des travaux futurs de la Commission. Tout comme la Rapporteuse spéciale, ils ont rendu hommage à l'éminente contribution doctrinale de M. Roman A. Kolodkin, le précédent Rapporteur spécial, dont les travaux, tout comme l'étude du Secrétariat, resteraient très utiles à l'œuvre entreprise par la Commission.

90. Les membres ont également rappelé que le sujet était complexe et soulevait des questions politiquement

déliçates pour les États. À ce propos, certains membres ont dit qu'il était important de veiller à ce que toute approche méthodologique et conceptuelle reste neutre et ne préjuge pas de la discussion sur les questions de fond. Il a été également observé qu'un changement de Rapporteur spécial ne justifiait pas nécessairement un changement radical dans l'approche du sujet.

91. Certains autres membres ont exprimé l'espoir que les résultats des travaux de la Commission contribueraient à la lutte contre l'impunité sans entamer les progrès accomplis jusqu'alors dans ce domaine.

b) Considérations d'ordre méthodologique

i) Développement progressif du droit international et codification

92. Certains membres ont estimé particulièrement importante pour l'examen du sujet la distinction entre développement progressif du droit international et codification. Il a été dit que, dans la mesure du possible, la Commission devait faire la distinction entre ce qui constituait une codification et les propositions de développement progressif du droit faites aux États, d'autant plus que dans ce domaine le droit était principalement appliqué par les juridictions internes, dans le cadre d'affaires politiquement délicates. Une telle distinction contribuerait à aider ces juridictions.

93. En outre, étant donné que dans le cadre de l'examen du sujet la Commission serait probablement confrontée à des questions concernant des aspects «évolutifs» du droit international, il a été dit qu'elle devrait, pour plus de transparence, analyser de façon séparée les tendances ayant le caractère de *lex lata* et les propositions *de lege ferenda*.

94. Certains membres ont souscrit au point de vue de la Rapporteuse spéciale selon lequel il serait utile de se concentrer dans un premier temps sur des considérations relevant de la *lex lata* et d'envisager ultérieurement d'éventuelles propositions *de lege ferenda*.

95. En revanche, certains autres membres ont souligné qu'il était essentiel de ne pas transformer la distinction entre codification et développement progressif en une opposition artificielle entre une conception du droit qui serait conservatrice et une autre qui serait progressiste, et de se garder d'assimiler *lex lata* et codification ou développement progressif et *lex ferenda*. Lorsque la Commission faisait œuvre de développement progressif du droit, elle ne se contentait pas de définir ce que le droit était ou devait être à son avis; elle se fondait sur une évaluation de la pratique des États alors que le droit n'était peut-être pas suffisamment développé ou était incertain, ou qu'il n'existait pas de règles en la matière. Le développement progressif du droit international relevait tout autant du mandat de la Commission que la codification. L'ensemble du processus était subtil et fluide plutôt que marqué par une nette distinction.

96. À cet égard, l'existence d'un argument convaincant en faveur d'une nette distinction, aux fins de la méthode, entre codification et développement progressif du droit

international a été mise en doute. Il a été rappelé que, dans la pratique de la Commission, il n'existait pas une telle différence entre codification et développement progressif. La distinction relevait probablement plus de la rhétorique que de la pratique même si, de temps à autre, dans le commentaire de projets d'articles, la Commission indiquait que la voie suivie à propos d'une question donnée s'apparentait plutôt au développement progressif.

97. Il a été jugé essentiel que la Rapporteuse spéciale procède à une analyse objective de la pratique pertinente, de la doctrine et de toute nouvelle tendance, à la lumière des valeurs et principes du droit international contemporain et que, sur cette base, elle propose les projets d'articles qui lui sembleraient appropriés pour le sujet.

ii) Approche systémique

98. Certains membres ont considéré que l'approche systémique proposée par la Rapporteuse spéciale, même si elle paraissait valable, avait un caractère abstrait et déductif, par opposition à un raisonnement orienté vers la pratique et inductif, qui était considéré comme mieux adapté pour parvenir à de solides conclusions de droit, indépendamment de la question de savoir si le but était de recenser la *lex lata* ou de faire des propositions *de lege ferenda*. Il a été souligné que même les catégorisations abstraites trouvaient leur fondement dans des faits empiriques et devaient être justifiées en conséquence.

99. En revanche, il a été dit qu'il n'était pas nécessaire de prendre position dans l'immédiat sur ce que supposait une approche systémique. Il importait que la Commission se détermine en tenant compte de la nécessité de trouver un équilibre entre le respect de la souveraineté et le souci de protéger les personnes vulnérables, notamment les victimes de crimes abominables. Il était essentiel que la Commission tienne compte de l'émergence de nouvelles valeurs dans le droit international contemporain qui, sans remettre en cause le principe de souveraineté et les notions qui en découlaient, comme l'immunité, tendaient à privilégier aussi l'humanisme juridique et la reconnaissance d'une société internationale.

iii) Tendances du droit international

100. Certains membres ont mis en garde la Commission contre l'affirmation selon laquelle il existait une «tendance» vers une limitation des immunités et de leur portée devant les juridictions nationales. Il a d'ailleurs été rappelé que dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*³⁰⁴, la Cour internationale de Justice avait réfuté la thèse des tribunaux italiens relative à l'existence en droit international d'une tendance à limiter l'immunité de l'État dans l'application de l'exception territoriale à raison d'actes *jure imperii*, et avait relevé une tendance contraire à réaffirmer l'immunité devant les juridictions pénales nationales. Il a en outre été rappelé que la décision rendue en l'affaire *Pinochet*³⁰⁵, depuis son prononcé en 1999, n'avait pas été largement suivie. Certains

³⁰⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

³⁰⁵ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Royaume-Uni, Chambre des lords, 24 mars 1999, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 135.

autres membres se sont référés à l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³⁰⁶, qui semblait indiquer qu'au mieux il n'existait pas de règle concernant l'immunité *ratione materiae* pour ce qui était des crimes internationaux les plus graves et qu'il y avait peut-être une tendance vers l'absence d'immunité.

iv) Valeurs de la communauté internationale

101. À propos de la question connexe des valeurs de la communauté internationale, certains membres ont appelé l'attention sur la difficulté que pouvait présenter la transposition de «valeurs» en des règles et principes opérationnels de droit international. Il a été dit que la question décisive à ce propos n'était pas tant de savoir s'il fallait donner effet aux principes et valeurs de la communauté internationale, qui étaient également en cours d'intégration dans le droit international, en particulier les valeurs associées à la lutte contre l'impunité comme le suggérait la Rapporteuse spéciale, mais plutôt de savoir comment on devait le faire. Il a été souligné à cet égard que les règles relatives à l'immunité représentaient elles aussi des valeurs de la communauté internationale. Quitte à rechercher un certain équilibre entre différentes valeurs, un tel arbitrage devait être solidement fondé et être examiné dans le cadre des règles générales relatives à la formation et à l'identification du droit international coutumier.

102. Certains membres ont mis en garde la Commission contre l'emploi d'expressions comme «système de valeurs», qui risquaient d'être interprétées comme des euphémismes visant à imposer certaines valeurs par rapport à d'autres.

103. Certains autres membres, exprimant un point de vue opposé, ont fait observer que le droit n'existait pas dans le vide et n'était pas nécessairement neutre. En tout état de cause, l'approche proposée par la Rapporteuse spéciale révélait son intention de procéder dans la transparence plus qu'elle n'indiquait un changement radical par rapport à ce qu'avait toujours fait la Commission, c'est-à-dire débattre des principes et valeurs de la communauté internationale, une fonction caractéristique du droit dans la société. D'ailleurs, le plan d'étude sur le sujet mettait en évidence ces aspects et approches possibles³⁰⁷. La question au cœur du sujet, celle de savoir si la valeur de l'immunité dans les relations entre États devait l'emporter sur la valeur de la lutte contre l'impunité, était fondamentalement l'occasion d'un débat sur les principes et les valeurs de la communauté internationale.

v) Identification des questions essentielles

104. Il a été admis qu'aux fins de l'analyse et de l'étude la subdivision du sujet en questions fondamentales à aborder l'une après l'autre était une méthode valable. Il a été toutefois signalé qu'il importait de ne pas perdre de vue les liens étroits et les interactions qui existaient entre certaines questions que l'on pourrait tenter de distinguer,

³⁰⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, voir l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, par. 85.

³⁰⁷ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), annexe I.

ne fût-ce qu'aux fins de l'analyse. Cela était encore plus important si l'on considérait que l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* découlaient d'une source juridique commune de la règle de l'immunité, à savoir l'immunité de l'État. De même, il a été souligné qu'il existait une relation étroite entre l'immunité en matière pénale et l'immunité en matière civile, l'évolution dans un domaine pouvant avoir une incidence sur l'autre domaine.

c) *Considérations de fond*

105. Certains membres ont estimé que si l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État n'étaient pas identiques, elles découlaient du même principe, à savoir qu'en droit international il était difficile d'envisager qu'un État exerce sa juridiction, devant ses propres tribunaux internes, sur un autre État ou sur ses représentants; tant le représentant que son État étaient concernés lorsqu'un tribunal interne d'un autre État exerçait cette juridiction. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice avait considéré qu'invoquer l'immunité pour un représentant de l'État revenait, en substance, à invoquer l'immunité de l'État, dont le représentant bénéficiait³⁰⁸.

106. En écho au point de vue exprimé par la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire, il a été souligné que pour aborder le fond du sujet, il pouvait être utile de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* ainsi que des opinions individuelles et dissidentes qui y étaient jointes, tout en reconnaissant qu'il s'agissait en l'espèce de l'immunité de juridiction civile de l'État.

107. Dans leurs observations, des membres ont également considéré qu'il était utile de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Certains membres ont néanmoins relevé l'affirmation faite par la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire selon laquelle l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* visaient le même objectif, à savoir «préserver les principes, valeurs et intérêts de la communauté internationale dans son ensemble» et avaient pour clef de voûte leur «caractère fonctionnel», et ont demandé des explications sur la portée pratique de ces propositions pour le sujet³⁰⁹, en soulignant notamment que le fondement fonctionnel de l'immunité n'excluait pas d'autres fondements. En outre, il était important que le fondement fonctionnel soit envisagé à la lumière d'autres principes du droit international, comme ceux de l'égalité souveraine des États et de la non-intervention. Certains autres membres ont dit que les deux catégories d'immunité avaient une raison d'être commune, parce qu'elles visaient essentiellement à assurer la stabilité des relations entre États et à faciliter l'exercice continu de fonctions de représentation ou autres fonctions officielles. On a aussi fait observer que la raison d'être des deux catégories d'immunité n'était peut-être pas exactement la

même et qu'il pourrait être utile d'examiner plus avant la question afin de déterminer si les différences existant éventuellement à cet égard étaient fondamentales au point qu'il puisse en découler des conséquences différentes. Cependant, certains membres ont fait observer que tant l'immunité *ratione personae* que l'immunité *ratione materiae* avaient clairement un caractère fonctionnel. Certains autres membres n'étaient pas convaincus que l'adjectif «fonctionnel» soit suffisamment clair pour aider à résoudre les problèmes de fond sous-jacents.

i) *Champ du sujet*

108. Il a été reconnu que la Commission avait déjà traité certains aspects de l'immunité touchant les relations diplomatiques et consulaires, les missions spéciales, la prévention et le châtement des crimes contre des agents diplomatiques et autres personnes protégées sur le plan international, la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens. Par conséquent, ces efforts de codification devaient être pris en compte afin d'assurer la cohérence et l'harmonie des principes et l'homogénéité dans l'ordre juridique international. En outre, on a souligné que la Commission ne devait pas chercher à accroître ou réduire les immunités dont les personnes bénéficiaient déjà en tant que membres de missions diplomatiques, de représentations consulaires ou de missions spéciales, ou en tant que visiteurs officiels, représentants auprès d'organisations internationales ou personnel militaire.

109. Il a également été rappelé que le champ du sujet se limitait à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et qu'il n'était pas question de l'élargir. Par conséquent, le sujet ne concernait pas l'immunité de juridiction invocable devant les tribunaux pénaux internationaux par des représentants de l'État, ni l'immunité de juridiction de leur propre État, ni l'immunité de juridiction civile. En outre, il ne s'agissait pas nécessairement de savoir si le droit international exigeait d'un État qu'il exerce sa juridiction pénale dans certaines circonstances, mais plutôt si, lorsqu'il exerce sa juridiction pénale, un État doit tenir compte de certains aspects de l'immunité conformément au droit international et accorder à un représentant d'un État une telle immunité, le cas échéant.

110. Selon certains membres, il serait utile que la Rapporteuse spéciale analyse les aspects juridictionnels du sujet, en particulier pour déterminer dans quelle mesure la compétence universelle et la juridiction pénale internationale, et la façon dont elles ont évolué, ont une incidence sur le sujet, en s'intéressant aux travaux antérieurs de la Commission sur le projet de principes du droit international reconnus dans le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg³¹⁰, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³¹¹, et la création de

³⁰⁸ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, voir par. 188.

³⁰⁹ A/CN.4/654, par. 57 et 58.

³¹⁰ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, part. III, p. 374. Le texte des Principes de Nuremberg est reproduit en français dans *l'Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), par. 45. Pour le Statut du Tribunal de Nuremberg, voir l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe.

³¹¹ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), par. 50. Le texte du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1954 est reproduit dans *l'Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), par. 18.

la Cour pénale internationale³¹². D'autres membres ont toutefois rappelé que la juridiction et l'immunité étaient certes liées, comme l'avait montré l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³¹³, mais qu'il s'agissait de notions différentes et que l'examen approfondi de considérations juridictionnelles n'apporterait probablement rien aux fins du présent sujet.

111. On a également suggéré que, dans la mesure où l'inviolabilité de la personne était étroitement liée à l'immunité, qu'elle avait une signification pratique immédiate et que son non-respect était susceptible de nuire aux relations entre États, son examen dans le cadre du sujet méritait d'être envisagé.

ii) Emploi de certains termes

112. Certains membres ont fait observer que l'emploi de certains termes pour décrire des relations particulières, comme le fait de qualifier l'immunité d'« absolue » ou de la percevoir comme une « exception », risquait de ne guère contribuer à éclairer le sujet, et que la question essentielle à examiner était celle de savoir si l'immunité existait dans un cas donné et dans quelle mesure elle était ou devait être limitée. Certains membres ont souligné qu'il importait que la Commission adopte une « approche restrictive » pour traiter le sujet, et évite de donner l'impression que l'immunité était « absolue ». Il a également été souligné qu'il fallait s'abstenir de suggérer que la théorie fonctionnelle de justification de l'immunité était de quelque manière que ce soit intrinsèquement plus restrictive que la théorie représentative ou d'autres théories. Certains membres ont fait valoir que s'il y avait eu un quelconque mouvement vers une limitation de l'immunité, ce mouvement était « vertical » par nature, tendance qui se révélait dans la création du système de justice pénale internationale. Sur le plan « horizontal », dans les relations entre États, la tendance était plutôt à une réaffirmation de l'immunité.

113. On a également noté que des termes tels que « représentant de l'État » devaient être définis et qu'il fallait veiller à ce que les différentes versions linguistiques concordent, afin de s'assurer que c'était bien le même sens qui était transmis. Certains membres ont en outre indiqué que, pour définir un représentant à des fins d'immunité *ratione materiae*, il convenait d'adopter une approche restrictive.

iii) Immunité *ratione personae*

114. On a fait observer que l'immunité *ratione personae*, qui était attachée à un statut, était liée à la personne concernée et expirait à la fin de son mandat, et qu'un nombre limité de personnes en jouissaient. Si l'immunité, par nature, avait un large champ d'application, elle était en revanche limitée *ratione temporis*.

115. Selon certains membres, l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence semblaient révéler un consensus en formation sur l'immunité *ratione personae* au bénéfice de la triade, avec l'inclusion, en particulier, du ministre

des affaires étrangères, devait être examinée plus avant, tout comme la question de savoir si, par-delà la triade, l'immunité *ratione personae* s'appliquait à d'autres représentants de l'État. S'il était vrai que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³¹⁴, avait évoqué ces deux aspects, estimant qu'il était clairement établi en droit international que certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissaient dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales, cet aspect de l'arrêt avait été critiqué par d'autres membres de la Cour, en doctrine et, dans des débats antérieurs, également par certains membres de la Commission.

116. Pour certains membres, cependant, la question était réglée. Si certains membres étaient disposés à accepter l'immunité *ratione personae* pour la triade, et exclusivement pour la triade, d'autres ont évoqué la possibilité d'en élargir le champ d'application, eu égard aux observations incidentes dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*³¹⁵, à un cercle étroit de personnes occupant un rang élevé dans un État. Compte tenu des différences existant dans divers États en matière de désignation des responsables et de la complexité actuelle de l'organisation du gouvernement, on a également reconnu qu'il était difficile d'élaborer une liste de ces autres personnes occupant un rang élevé. À cet égard, tout en reconnaissant qu'il fallait se garder de trop élargir le cercle, certains membres ont estimé qu'il serait bon que la Commission établisse les critères nécessaires, qui couvriraient par exemple la triade et, en se fondant sur les indications données dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*³¹⁶, d'autres personnes occupant un rang élevé lorsqu'une telle immunité était nécessaire pour leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte de l'État qu'elles représentaient. Une autre proposition a été avancée, tendant à élaborer un régime modifié d'immunité *ratione personae* pour une deuxième catégorie de personnes ne faisant pas partie de la triade.

117. La mention occasionnelle qu'il puisse y avoir des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* a été mise en cause par certains membres de la Commission qui la jugeaient dépourvue de fondement en droit international coutumier. On a également émis des doutes quant à l'utilité d'une telle approche, même dans la perspective du développement progressif.

118. Certains autres membres étaient d'avis que l'intégralité de l'immunité *ratione personae* s'appliquait sans préjudice du développement du droit pénal international.

iv) Immunité *ratione materiae*

119. Il a été reconnu que l'immunité *ratione materiae*, qui était fondée sur le comportement, subsistait et pouvait être invoquée même après l'expiration du mandat d'un représentant de l'État. À la différence de l'immunité *ratione personae*, elle concernait un cercle plus large de représentants. On a toutefois suggéré, plutôt que d'essayer

³¹² Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), par. 90 et 91.

³¹³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 306), par. 59.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 21 et 22, par. 52 à 55.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 20 et 21, par. 51.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 21 et 22, par. 51 et 53.

d'établir une liste des représentants de l'État pouvant se prévaloir de l'immunité *ratione materiae*, de centrer l'attention sur l'acte lui-même.

120. La définition d'un acte officiel a été généralement qualifiée d'élément clef. Certains membres sont convenus avec la Rapporteuse spéciale qu'il importait d'étudier attentivement le lien entre les règles d'attribution aux fins de la responsabilité de l'État et les règles relatives à l'immunité des agents de l'État pour déterminer si un agent de l'État agissait ou non à titre officiel. On a considéré qu'il y avait un lien entre le fait qu'un État invoque l'immunité et sa responsabilité à raison du comportement³¹⁷.

121. Selon certains membres, un acte attribuable à l'État aux fins de sa responsabilité pour fait internationalement illicite, notamment un acte qui était illégal ou *ultra vires*, devait être considéré comme un acte officiel aux fins de l'immunité.

122. Toutefois, il a également été souligné qu'il pouvait être utile de se pencher davantage sur la question de savoir si l'immunité *ratione materiae* s'étendait aux « actes officiels » qui étaient illégaux ou *ultra vires*. Il a été suggéré que, aux fins du sujet à l'examen, l'accent soit mis sur la responsabilité pénale individuelle, sur le fondement du principe de la culpabilité personnelle. Toutefois, certains membres ont estimé que cette approche était indéfendable dans la mesure où, par définition, l'immunité supposait que l'intéressé pouvait en bénéficier pour le type d'actes en question. Il a été observé que la Commission serait en mesure d'apporter une contribution positive à la définition de la notion d'« acte officiel », étant entendu qu'en l'absence de consensus sur l'existence de l'immunité pour un crime donné, il faudrait conclure, par défaut, à l'absence d'immunité.

123. Selon un autre point de vue, les règles d'attribution concernant la responsabilité de l'État semblaient avoir un intérêt limité, étant donné qu'elles étaient conçues pour répondre à un objectif différent de celui de l'immunité. La distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* étant déjà bien établie dans le droit de l'immunité de l'État, il a été suggéré qu'elle pouvait être féconde pour élaborer une définition des actes officiels aux fins de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Une telle façon de procéder semblait manifester une approche plus restrictive que la notion large d'attribution au titre de la responsabilité de l'État.

124. On a également souligné qu'il importait de garder à l'esprit que, bien que la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale des individus soient liées, les deux notions soulevaient des questions différentes qui devaient être traitées comme telles.

125. De manière générale, la Rapporteuse spéciale a été encouragée à examiner l'ensemble des possibilités de manière plus approfondie. On a également indiqué que si l'on pouvait raisonnablement répondre par la négative à la question de savoir si un comportement prétendument illicite pouvait être imputé à l'État que représentait son auteur au titre de la responsabilité de l'État, il en découlait

nécessairement qu'un tel comportement ne pouvait être un « acte officiel » à propos duquel on pouvait invoquer l'immunité *ratione materiae*. Si, en revanche, un tel comportement pouvait être assurément imputé à l'État, il se pouvait alors que : a) le comportement constitue en tant que tel un « acte officiel » et, partant, que le représentant puisse bénéficier en toutes circonstances de l'immunité *ratione materiae* ; b) le comportement constitue toujours un « acte officiel », mais que, dans quelques circonstances exceptionnelles, l'immunité *ratione materiae* puisse être refusée, par exemple lorsque le comportement allégué constituait un crime international grave ; ou c) le fait que le comportement puisse être imputé à un État ne permette pas en tant que tel de conclure qu'il s'agissait ou non d'un « acte officiel » aux fins de l'immunité *ratione materiae* ; dès lors, il fallait s'appuyer plutôt sur quelque autre norme, une norme dérivée, par exemple, d'autres domaines du droit international de l'immunité.

v) Exceptions possibles à l'immunité

126. Il a également été reconnu que la question des exceptions possibles à l'immunité *ratione materiae* était une question difficile, qui méritait la plus grande attention. Certains membres doutaient de l'existence, en droit international coutumier, d'une exception à l'immunité *ratione materiae* fondée sur les droits de l'homme ou le droit pénal international.

127. Quelques autres membres ont fait observer que la Commission devait tenir compte de certaines spécificités en examinant la question de la définition des expressions « actes officiels » et « agissant à titre officiel ». Il fallait choisir soit de considérer les crimes internationaux comme n'étant pas des « actes officiels », soit de reconnaître que les crimes internationaux étaient effectivement commis dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de l'État et qu'ils devaient donc être qualifiés d'« actes officiels » pour lesquels l'immunité serait refusée. Dans un cas comme dans l'autre, il serait nécessaire d'analyser la pratique des États et la jurisprudence. À cet égard, on a souligné que, bien que dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* la Cour internationale de Justice ait été saisie d'une question concernant l'immunité de l'État, le raisonnement fondamental de la Cour semblait pertinent pour l'examen du présent sujet. Il a toutefois été observé que dans cette affaire, la Cour avait souligné qu'elle ne s'intéressait qu'à l'immunité de juridiction étrangère de l'État lui-même et que la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure, l'immunité pouvait constituer un obstacle aux poursuites pénales contre un représentant de l'État ne se posait pas en l'espèce.

128. L'arrêt suscitait, chez les membres de la Commission, des avis divergents quant aux questions qui méritaient d'être davantage approfondies.

129. Certains membres ont estimé utile, pour aborder le fond du sujet, que la Commission établisse des analogies avec la totalité de l'arrêt, y compris les opinions individuelles et dissidentes. Les points ci-après ont fait l'objet d'une attention particulière et ont été jugés importants : a) la nécessité d'accentuer la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, ce qui, pour l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État,

³¹⁷ Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (voir supra la note 308), par. 196

supposerait une restriction par rapport à la situation au début du XX^e siècle ; b) la nécessité de reconnaître la difficulté d'appréhender le droit international moderne, qui, d'une part, a élaboré une conception absolue de la souveraineté lorsqu'il s'agit de répondre aux crimes graves préoccupant la communauté internationale mais, d'autre part, accepte des restrictions à la souveraineté lorsque des intérêts commerciaux sont en jeu ; c) le fait de dégager de l'examen de la pratique des États eu égard à l'« exception de responsabilité délictuelle » en matière d'immunité de l'État une évolution restrictive analogue s'agissant de l'immunité de juridiction pénale des représentants étrangers, en particulier en l'absence d'une pratique étatique allant clairement dans un sens ou dans l'autre.

130. Certains autres membres ont souligné que le cas dans lequel des violations alléguées de normes de *jus cogens* pouvaient constituer une exception devait être traité séparément et de façon différente du cas de la commission de crimes internationaux – là encore en traitant chaque crime de manière distincte et en définissant précisément des termes tels que « crimes internationaux », « crimes de droit international » ou « crimes graves de droit international » – ou encore de crimes constitutifs de violations de normes de *jus cogens* ou d'obligations *erga omnes*. On a également fait observer que la méthode fondamentale de la Cour était utile pour l'examen du sujet dans la mesure où la Cour avait analysé la pratique des juridictions nationales et conclu que l'idée selon laquelle il existait une limitation à l'immunité de l'État fondée sur la gravité de la violation n'était pas suffisamment fondée, et qu'il fallait donc présumer l'existence de l'immunité *ratione materiae*, à moins qu'une pratique étatique généralisée ne mette en évidence une limitation fondée uniquement sur la gravité de la violation alléguée.

131. En ce qui concerne le *jus cogens*, on a rappelé que, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice avait affirmé qu'il n'y avait pas de conflit entre une règle de *jus cogens* et une règle de droit coutumier qui faisait obligation à un État d'accorder l'immunité à un autre. Les deux catégories de règles se rapportaient à des questions distinctes ; les règles relatives à l'immunité de l'État, étant de nature procédurale et se bornant à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre État, étaient sans incidence sur la question des règles de fond, qui pouvaient être des règles de *jus cogens*, ni sur la question de savoir si le comportement qui avait donné lieu à l'action judiciaire engagée était licite ou illicite³¹⁸. D'autres membres de la Commission ont toutefois relevé que certaines opinions dissidentes et individuelles de juges allaient dans le sens d'une incidence du *jus cogens* sur les règles relatives aux immunités.

132. Il a également été suggéré que, même lorsque la pratique étatique n'était pas établie, il était possible, au titre du développement progressif, et après avoir mis en balance le risque de compromettre les relations amicales entre États et le désir d'empêcher l'impunité pour les crimes odieux, d'envisager la possibilité : a) d'autoriser uniquement l'État où le crime a été commis ou l'État dont les ressortissants

ont été lésés par le crime à refuser l'immunité ; b) d'autoriser un État à rejeter une demande d'immunité uniquement dans le cas où l'auteur du crime était physiquement présent sur le territoire de l'État ; et/ou c) d'autoriser un État à rejeter une demande d'immunité uniquement lorsque les poursuites ont été autorisées par le ministre de la justice ou un représentant de même niveau de cet État.

133. Reconnaissant que certaines questions de fond étaient liées aux garanties procédurales, il a également été suggéré qu'il pouvait être utile que la Commission examine, dans le cadre du sujet, le pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites et la possibilité de demander au procureur, à une étape initiale de la procédure, d'établir à première vue que le représentant ne pouvait pas prétendre à l'immunité. L'examen de ces aspects permettrait à un tribunal exerçant une juridiction pénale d'écarter des accusations sans fondement.

d) Aspects procéduraux

134. Certains membres de la Commission ont estimé que les aspects de fond et les aspects procéduraux du sujet étaient étroitement liés, et qu'il y aurait probablement plus de chances de parvenir à un consensus sur certains aspects si l'on examinait au préalable les aspects procéduraux. D'autres membres ont toutefois affirmé qu'il fallait d'abord porter l'attention sur les aspects de fond de l'immunité avant d'en examiner les aspects procéduraux. Une autre possibilité consistait à traiter à la fois le fond et la procédure lorsqu'il s'agirait d'examiner l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*.

135. Il a également été suggéré que la Commission traite la question du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites afin de prévoir des garanties suffisantes pour prévenir tout abus. En effet, il a été observé que si certains éléments procéduraux – tels que le degré de pouvoir d'appréciation accordé à un procureur – étaient réglés rapidement, il serait peut-être plus facile de progresser sur les questions de fond.

e) Forme définitive

136. Certains membres ont jugé essentiel que la Commission parte du principe qu'un instrument contraignant serait finalement élaboré. Selon d'autres membres, en revanche, il était prématuré de se prononcer sur la forme définitive des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen. L'intention de la Rapporteuse spéciale d'élaborer et de présenter des projets d'article sur le sujet, qui pourraient être achevés en première lecture durant le quinquennat en cours, était néanmoins globalement soutenue. Tout en reconnaissant qu'il était prématuré d'indiquer le nombre de projets d'article à présenter, on a suggéré d'accorder la priorité à l'examen des questions fondamentales plutôt que de formuler des règles détaillées sur tous les aspects du sujet.

3. OBSERVATIONS FINALES DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

137. La Rapporteuse spéciale a remercié les membres de leurs commentaires utiles et constructifs et a souligné que la Commission travaillait comme un organe collégial et que ces commentaires avaient enrichi le débat et

³¹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 304), par. 92 à 95.

seraient pleinement pris en considération dans ses travaux futurs. Elle a réaffirmé sa volonté de tenir compte des travaux entrepris par le précédent Rapporteur spécial et par le Secrétariat dans son étude³¹⁹ ainsi que des travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes, tout en proposant une nouvelle approche qui faciliterait le consensus au sein de la Commission sur les aspects controversés du sujet.

138. La Rapporteuse spéciale a également noté avec satisfaction que les commentaires faits dénotaient une réceptivité générale et qu'un large soutien avait été apporté à la méthodologie et aux approches qu'elle avait l'intention de suivre, y compris, en particulier, la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, que l'on chercherait à préciser au cours des travaux sur le sujet; l'approche systématique proposée et le traitement des différents groupes de questions un par un. Dans ce cadre, elle a rappelé qu'aucune approche méthodologique ne pouvait être tout à fait neutre dans les travaux de la Commission. Elle a confirmé qu'elle prévoyait de poursuivre ses travaux en se fondant sur un examen approfondi de la pratique des États, de la doctrine et de la jurisprudence au niveau tant national qu'international. Elle a également dit qu'il fallait prendre en considération les valeurs et les principes et se concentrer sur ceux qui étaient largement acceptés et reflétaient un consensus international. L'objectif général consisterait à adopter une approche équilibrée de l'immunité qui n'aille pas à l'encontre des efforts consentis par la communauté internationale pour combattre l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves. La Rapporteuse spéciale a

également noté que la question des exceptions possibles à l'immunité serait extrêmement importante dans les débats de la Commission. Il a été noté que, bien que des notions telles que l'immunité «absolue» ou «relative» soient trop limitées à des fins d'analyse, elles pourraient servir à établir une distinction claire lorsque la Commission examinerait le régime des exceptions possibles. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, seuls les crimes qui concernaient l'ensemble de la communauté internationale, qui étaient abominables et largement reconnus comme tels et qui faisaient l'objet d'un vaste consensus, notamment le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mériteraient d'être pris en considération dans les débats sur les exceptions possibles. Toujours dans ce contexte, il serait essentiel d'examiner la pratique des États et les travaux préalables de la Commission.

139. La Rapporteuse spéciale a conclu, à la lumière du débat, que le plan de travail figurant au paragraphe 72 de son rapport préliminaire (A/CN.4/654) restait pleinement valide. Par conséquent, elle a affirmé qu'elle souhaitait entreprendre, de façon systématique et structurée, l'examen et l'analyse des quatre groupes de questions recensées dans le plan de travail proposé, à savoir les questions générales de nature méthodologique et théorique, l'immunité *ratione personae*, l'immunité *ratione materiae* et les aspects procéduraux de l'immunité, d'une manière concrète et pratique, en intégrant dans ses rapports sur le fond les projets d'article correspondants. Elle a indiqué qu'elle s'efforcerait, l'année suivante, de traiter les questions générales d'ordre méthodologique et conceptuel mentionnées au point 1 de son plan de travail, ainsi que les divers aspects de l'immunité *ratione personae*. Elle a également exprimé l'espoir d'achever, si possible, la première lecture des projets d'articles pendant le quinquennat en cours.

³¹⁹ A/CN.4/596 et Corr.1 (disponible sur le site Web de la Commission).