

Chapitre XI

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

267. 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 désigné M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet¹²⁰⁰. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session (2008)¹²⁰¹.

268. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)¹²⁰². Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)¹²⁰³.

269. À sa soixante-quatrième session (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 Commission¹²⁰⁴. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), son deuxième rapport à la soixante-cinquième session (2013), son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014), son quatrième rapport à la soixante-septième session (2015) et son cinquième rapport à ses soixante-huitième (2016) et soixante-neuvième sessions (2017)¹²⁰⁵. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports, la Commission a provisoirement

adopté à ce jour sept projets d'article et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 2, relatif aux définitions, est encore en cours d'élaboration¹²⁰⁶.

B. Examen du sujet à la présente session

270. La Commission était saisie du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/722), dans lequel celle-ci résumait les débats de la Commission du droit international et de la Sixième Commission au sujet du projet d'article 7, adopté à titre provisoire par la Commission à sa soixante-neuvième session et consacré aux crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas. La Rapporteuse spéciale entreprenait ensuite, aux chapitres II et III, l'examen des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle entamait cette analyse, qu'elle devait achever l'année suivante, en examinant dans un premier temps la manière dont les aspects procéduraux de l'immunité avaient été précédemment traités par la Commission dans le cadre de ses travaux, la manière dont ils s'inscrivaient dans le cadre général du sujet à l'étude et la méthode qu'elle entendait suivre pour les analyser, puis, dans un second temps, en analysant trois éléments de ces aspects procéduraux liés à la notion de juridiction, à savoir : a) l'élément temporel ; b) les catégories d'actes visées ; et c) la détermination de l'immunité. Le rapport ne contenait pas de nouveau projet d'article.

271. La Rapporteuse spéciale prévoyait d'achever son analyse des aspects procéduraux dans le septième rapport, qui devait être présenté en 2019. Elle examinerait dans ce rapport, entre autres questions, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, et s'intéresserait aux questions touchant : les garanties de procédure reconnues tant à l'État du représentant qu'au représentant de l'État étranger lui-même, et particulièrement les garanties et les

¹²⁰⁰ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 376]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I de son rapport [voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257, et p. 199 à 209].

¹²⁰¹ *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 105, par. 386. L'étude préparée par le Secrétariat sur le sujet figure dans le document A/CN.4/596 et Corr.1 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session).

¹²⁰² *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

¹²⁰³ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 151, par. 207 ; et *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 201, par. 343.

¹²⁰⁴ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 86, par. 266.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire) ; *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport) ; *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport) ; *Annuaire... 2015*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport) ; et *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/701 (cinquième rapport).

¹²⁰⁶ À sa 3174^e séance, le 7 juin 2013, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et de sa 3193^e à sa 3196^e séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42 et suiv., par. 48 et 49]. À sa 3231^e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e et 5, et de sa 3240^e à sa 3242^e séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 152 et suiv., par. 131 et 132]. À sa 3329^e séance, le 27 juillet 2016, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 f et 6, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont elle avait pris note à sa soixante-septième session, et à ses 3345^e et 3346^e séances, le 11 août 2016, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 218, par. 194 et 195, et p. 225 et suiv., par. 249 et 250]. À sa 3378^e séance, le 20 juillet 2017, la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 7 à l'issue d'un vote enregistré et, de sa 3387^e à sa 3389^e séance, les 3 et 4 août 2017, elle a adopté le commentaire y relatif [voir *Annuaire... 2017*, vol. II (2^e partie), p. 120, par. 74 et 76, et p. 128 et suiv., par. 140 et 141].

droits devant être reconnus à ce représentant ; la communication entre l'État du for et l'État du représentant ; la transmission d'informations par l'État du représentant ; et la coopération et l'entraide judiciaire internationale entre l'État du représentant et l'État du for. Elle s'intéresserait aussi, dans ce rapport, aux questions relatives à la coopération des États avec les juridictions pénales internationales et à l'incidence que cette coopération pouvait avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle proposerait en outre, dans ce septième rapport, des projets d'article sur les questions traitées dans le sixième rapport, ainsi que sur les aspects examinés dans le septième rapport. Elle espérait que la Commission achèverait l'année suivante l'examen en première lecture des projets d'article sur le sujet.

272. La Commission a examiné le sixième rapport de sa 3438^e à sa 3440^e séance, les 30 et 31 juillet 2018. À sa soixante et onzième session, en 2019, elle poursuivrait et achèverait le débat sur ce rapport.

1. PRÉSENTATION PAR LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE DE SON SIXIÈME RAPPORT

273. La Rapporteuse spéciale a commencé la présentation de son sixième rapport en déclarant que, contrairement aux précédents, il comportait en introduction, à titre d'information, un résumé détaillé des débats de la Commission du droit international et de la Sixième Commission sur le projet d'article 7, que la Commission avait adopté à titre provisoire à sa soixante-neuvième session. Ce choix lui semblait justifié compte tenu de l'ampleur des débats sur les limites et exceptions à l'immunité de juridiction et sur le projet d'article 7, en lien avec cette question, mais aussi du caractère sensible du sujet et de la divergence des points de vue exprimés. En outre, il avait été signalé au cours des débats sur le projet d'article 7 que, dans le cadre de l'examen des aspects procéduraux, il importait de s'interroger aussi sur la question des garanties de procédure ; c'était, pour certains, à cette condition que le projet d'article 7 serait adopté.

274. La Rapporteuse spéciale a insisté sur l'importance que revêtait l'examen des aspects procéduraux dans le cadre du sujet à l'étude ; elle a rappelé à ce propos que ces aspects avaient déjà été examinés dans l'étude du Secrétariat¹²⁰⁷, le troisième rapport de son prédécesseur¹²⁰⁸, et les rapports qu'elle avait elle-même précédemment établis¹²⁰⁹, notamment dans le document de réflexion informel sur les dispositions et garanties de procédure qui avait été examiné en 2017, au cours de consultations informelles tenues pendant la session de la Commission ainsi que dans le cadre des débats à la Sixième Commission. La Rapporteuse spéciale a fait observer que, dans ses travaux antérieurs, la Commission avait traité en particulier le moment où la question de l'immunité devait être examinée, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, les actes visés par l'immunité, ainsi que la détermination de l'immunité. La Commission avait en outre examiné une analyse de la notion de juridiction,

en rapport avec ces questions, ainsi que le lien entre les limites et exceptions à l'immunité et les garanties de procédure. Bien entendu, la Commission était partie du principe qu'à un stade ou un autre, elle se pencherait sur la question des dispositions et garanties de procédure à introduire dans le projet d'articles. La Rapporteuse spéciale a rappelé, en outre, que la Sixième Commission avait examiné les aspects procéduraux, en particulier à la soixante-sixième session de l'Assemblée générale.

275. La Rapporteuse spéciale a toutefois fait observer qu'au cours des années qui avaient suivi, l'intérêt porté par la Commission aux aspects procéduraux de l'immunité avait quelque peu évolué : la Commission avait en effet commencé par examiner des questions classiques touchant la procédure, notamment le moment où la question de l'immunité devait être examinée, l'invocation de l'immunité et la renonciation à celle-ci, puis elle s'était intéressée à la nécessité d'établir des garanties de procédure pour empêcher l'exercice politisé et abusif de la juridiction pénale d'un État à l'égard de représentants d'un autre État. Ce changement de cap s'était également fait sentir dans les débats à la Sixième Commission, qui était avant tout attachée aux questions de la garantie et du renforcement du régime d'immunité et du principe de l'égalité souveraine des États, ainsi que du respect des garanties d'une procédure régulière. Bien que la Rapporteuse spéciale ait souligné qu'il n'y avait rien de nouveau dans l'idée que l'on devait examiner et établir des garanties de procédure pour empêcher les procès à motivation politique et l'excès de pouvoir, ce point ayant été soulevé au cours de débats antérieurs, la question avait été plus amplement traitée en 2016 et 2017 dans le cadre des débats sur le projet d'article 7.

276. La Rapporteuse spéciale a insisté sur l'importance que revêtait l'examen des aspects procéduraux de l'immunité, étant entendu que c'était à l'égard de la juridiction pénale d'un autre État qu'était invoquée l'immunité. Elle a déclaré que, dans le cadre de l'examen de ces aspects, la Commission pouvait proposer des moyens de respecter l'égalité souveraine des États, ainsi que les autres principes et valeurs juridiques de la communauté internationale dans son ensemble (parmi lesquels figurait la lutte contre l'impunité). Elle a également fait observer qu'en tenant compte des aspects procéduraux, on pouvait garantir que les représentants d'un État visés par l'exercice de la juridiction pénale d'un autre État bénéficient de toutes les garanties de procédure qui leur étaient reconnues par le droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme. La Rapporteuse spéciale estimait qu'examiner comme il se devait les aspects procéduraux permettrait d'introduire un élément neutre dans le traitement de la question de l'immunité, ce qui aurait pour effet de garantir une sécurité juridique tant à l'État du for qu'à l'État du représentant. Cela permettrait aussi d'atténuer l'incidence des facteurs politiques et d'éviter qu'un État soit accusé à tort d'avoir engagé des poursuites abusives contre un représentant d'un autre État à des fins politiques ou autres. Cela contribuerait, par ailleurs, à renforcer le lien de confiance entre les États concernés.

277. La Rapporteuse spéciale a souligné qu'aux fins de l'examen des aspects procéduraux, il faudrait se poser un certain nombre de questions précises, et notamment

¹²⁰⁷ A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 1201).

¹²⁰⁸ A/CN.4/646 (voir *supra* la note 1202).

¹²⁰⁹ A/CN.4/654 (rapport préliminaire), A/CN.4/661 (deuxième rapport) et A/CN.4/701 (cinquième rapport) [voir *supra* la note 1205].

se demander : *a)* ce que l'on entendait par «juridiction» pénale; *b)* à quelles catégories d'actes de l'État du for l'immunité de juridiction pénale étrangère pouvait faire obstacle; *c)* quelle était l'instance habilitée à déterminer si l'immunité s'appliquait et quels étaient les effets d'une telle détermination sur l'immunité; *d)* à quel moment l'immunité de juridiction pénale étrangère commençait à s'appliquer; *e)* s'il était nécessaire d'invoquer l'immunité et qui pouvait l'invoquer; *f)* comment intervenait la renonciation à l'immunité et quelle instance y donnait effet; *g)* quels effets produisait la renonciation à l'immunité sur l'exercice de la juridiction; *h)* comment assurer la communication entre l'État du for et l'État du représentant et au moyen de quels dispositifs; *i)* quels dispositifs, s'il en existait, permettaient à l'État du représentant de faire en sorte que les tribunaux de l'État du for soient informés de ses positions juridiques et en tiennent compte lorsqu'ils se prononçaient sur l'applicabilité de l'immunité dans une affaire donnée; *j)* comment faciliter la coopération et l'entraide judiciaire internationale entre l'État du for et l'État du représentant; *k)* dans quelle mesure et selon quelle procédure il devait être tenu compte de l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale; et *l)* comment procéder, selon qu'il convenait, pour renvoyer devant une juridiction de l'État du représentant ou une juridiction pénale internationale une instance engagée dans l'État du for.

278. Pour examiner toutes ces questions, la Rapporteuse spéciale a estimé qu'il fallait tenir compte d'un ensemble de critères, à savoir : *a)* la présence dans la juridiction de l'État du for d'un élément étranger désigné comme «représentant de l'État» dont les actes, tout au moins aux fins de l'immunité *ratione materiae*, avaient été accomplis dans l'exercice de ses fonctions; *b)* la nécessité de trouver un équilibre entre le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction et le droit de l'État du représentant de veiller à ce que l'immunité de ses agents soit respectée; *c)* la nécessité de trouver un équilibre entre le respect de la fonction du représentant de l'État et de sa qualité de représentant, d'une part, et la poursuite de la lutte contre l'impunité des crimes graves de droit international, d'autre part; et *d)* le respect des droits et des garanties de procédure qui étaient reconnus aux représentants de l'État par le droit international des droits de l'homme.

279. Pour ce faire, la Rapporteuse spéciale a estimé qu'il importait de suivre une approche globale et exhaustive, qui s'articulerait autour de quatre axes distincts mais complémentaires :

a) les conséquences de la notion de juridiction en matière de procédure pour ce qui était de l'immunité, en particulier de l'élément temporel de l'immunité, de la détermination des actes de l'État du for auxquels l'immunité pouvait faire obstacle et des questions relatives à la détermination de l'immunité;

b) les éléments qui avaient de l'importance en eux-mêmes du point de vue de la procédure en ce qu'ils étaient liés à l'application ou à la non-application de l'immunité dans une affaire donnée, étant entendu que ces éléments, en particulier les questions touchant l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, constituaient une première garantie pour l'État du représentant;

c) les garanties de procédure reconnues à l'État du représentant, en particulier les dispositifs destinés à faciliter la communication et les consultations entre l'État du représentant et l'État du for et à assurer la transmission des informations entre les autorités judiciaires concernées, ainsi que les instruments de coopération et d'entraide judiciaire internationale entre les États intéressés;

d) les garanties de procédure inhérentes à la notion de procès équitable, notamment au respect du droit international des droits de l'homme.

280. La Rapporteuse spéciale a également jugé nécessaire que la Commission s'intéresse aux effets que pouvait avoir l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale sur l'immunité des représentants de l'État.

281. La Rapporteuse spéciale a souligné que, pour pouvoir examiner ces diverses questions de procédure, la Commission avait besoin d'informations de la part des États concernant leur pratique. Elle a remercié les États pour leurs observations et les a invités, une nouvelle fois, à continuer d'apporter des contributions.

282. S'agissant du contenu du sixième rapport, la Rapporteuse spéciale a signalé que, bien que les différents aspects procéduraux de l'immunité soient étroitement liés et doivent être examinés dans leur ensemble, le rapport examinait en particulier les conséquences de la notion de juridiction pour les aspects procéduraux de l'immunité. Elle a rappelé la définition de «juridiction» qui avait été proposée dans son deuxième rapport et qui devait encore être examinée par le Comité de rédaction. Bien que le sixième rapport ne vise pas à rouvrir le débat général concernant cette notion, la Rapporteuse spéciale a insisté sur l'incidence qu'avait la juridiction sur certains aspects procéduraux. Le sixième rapport traitait donc le «quand», le «quoi» et le «qui», en examinant : *a)* le moment où la question de l'immunité devait être examinée; *b)* les actes des autorités de l'État du for auxquels l'immunité pouvait faire obstacle; et *c)* la détermination de l'organe compétent pour décider si l'immunité s'appliquait.

283. À propos du moment où la question de l'immunité devait être examinée, la Rapporteuse spéciale a souligné que les organes compétents de l'État devaient examiner s'il y avait immunité à un stade précoce du processus, faute de quoi l'immunité perdait son utilité et sa raison d'être. Toutefois, elle a insisté sur le fait qu'il n'était pas aisé de définir ce qu'il fallait entendre par «stade précoce», en particulier en raison de la grande diversité des pratiques et des procédures liées au processus pénal dans les différents systèmes juridiques nationaux. Ainsi, de l'avis de la Rapporteuse spéciale, le moment auquel la question de l'immunité devait être traitée devait être déterminé compte tenu de deux éléments : *a)* le stade de la procédure pénale (enquête, poursuites et procès); et *b)* le caractère contraignant et coercitif de toute mesure devant être adoptée et les effets de cette mesure sur le représentant de l'État étranger.

284. En appliquant ces critères, la Rapporteuse spéciale était parvenue aux conclusions suivantes :

a) la question de l'immunité devait être examinée par les tribunaux de l'État du for le plus tôt possible, lorsqu'ils commençaient à exercer leur juridiction et avant qu'ils ne prennent quelque décision que ce soit sur le fond de l'affaire et, en tout état de cause, avant qu'ils ne prennent toute mesure visant directement le représentant qui imposerait à celui-ci des obligations susceptibles de l'exposer, en cas de manquement, à des mesures de contrainte et qui pourraient avoir pour effet de l'empêcher d'exercer correctement ses fonctions étatiques. Par conséquent, les tribunaux devaient examiner la question de l'immunité d'un représentant de l'État : i) avant d'engager des poursuites contre le représentant d'un État étranger ; ii) avant de dresser un acte d'accusation contre ce représentant ou de le mettre en examen ; ou iii) avant le début de l'audience ;

b) s'il était plus délicat de déterminer si l'immunité s'appliquait dès la phase de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, la question de l'immunité devait en tout état de cause être examinée avant l'adoption de toute mesure visant directement le représentant qui imposerait à celui-ci des obligations susceptibles de l'exposer, en cas de manquement, à des mesures de contrainte et qui pourraient avoir pour effet de l'empêcher d'exercer correctement ses fonctions étatiques, en particulier un mandat d'arrêt, un acte d'accusation ou certaines mesures provisoires ;

c) il ne semblait pas possible de conclure que l'immunité de juridiction devait être examinée automatiquement dès l'ouverture d'une enquête préliminaire, en particulier parce qu'en règle générale les actes relevant purement de l'enquête n'entraînaient pas l'imposition d'obligations au représentant de l'État ni n'avaient d'incidence directe sur sa personne ou sur l'exercice de ses fonctions.

285. Enfin, la Rapporteuse spéciale a souligné qu'il importait de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* s'agissant de la détermination du moment où la question de l'immunité devait être examinée, compte tenu en particulier des différents éléments à prendre en compte pour déterminer si le représentant de l'État appartenait ou non à la catégorie des chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères.

286. La Rapporteuse spéciale a fait observer que parmi les actes directement visés par l'immunité figuraient la mise en accusation, la citation à comparaître en qualité de personne mise en examen ou pour une audience de notification de la mise en accusation, la décision d'inculpation ou le renvoi à une juridiction de jugement, la citation à comparaître en qualité d'accusé devant une juridiction pénale, le mandat d'arrêt délivré par la justice et la demande d'extradition ou de remise d'un représentant d'un État étranger. Tous ces actes avaient un caractère juridictionnel, visaient directement un représentant de l'État et pouvaient le gêner dans l'accomplissement de ses fonctions étatiques ou avoir des incidences sur l'accomplissement de ses fonctions.

287. La Rapporteuse spéciale a également mis l'accent sur d'autres types d'actes exécutés par une autorité de l'État du for qui pouvaient avoir une incidence sur le représentant de l'État étranger et sur l'immunité de

juridiction pénale étrangère dont il jouissait. Il s'agissait : a) d'actes présentant un caractère essentiellement exécutif, par exemple l'arrestation d'un représentant d'un État étranger dans le cadre d'une opération de police menée sur le territoire de l'État du for ou en exécution d'un mandat d'arrêt international, ou l'enregistrement d'un mandat de perquisition ou d'arrêt dans les systèmes internationaux de coopération policière ; b) d'actes qui, bien qu'il s'agit d'actes de procédure, tendaient normalement à l'exercice de la juridiction pénale sur un tiers plutôt que sur le représentant de l'État étranger, par exemple la convocation à témoin et les injonctions de communiquer au tribunal de l'État du for des informations qui étaient en la possession du représentant de l'État étranger ; et c) de mesures de précaution que les tribunaux de l'État du for pouvaient ordonner à l'égard d'un représentant d'un État étranger dans l'exercice de leur juridiction, mais qui n'avaient pas en elles-mêmes pour objet d'établir la responsabilité pénale de l'intéressé, par exemple des mesures conservatoires visant à saisir les avoirs du représentant de l'État étranger.

288. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, la réponse à la question de savoir si de tels actes étaient visés par l'immunité de juridiction pénale étrangère dépendait d'un certain nombre d'éléments qui devaient être appréhendés sous l'angle de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, à savoir : a) la distinction entre immunité de juridiction et inviolabilité ; b) la distinction entre la personne du représentant de l'État étranger et les biens qu'il était envisagé de saisir ; et c) le caractère obligatoire et coercitif de la mesure et son incidence sur l'exercice par le représentant de l'État étranger de ses fonctions. La question de savoir si de tels actes étaient visés par l'immunité devait être considérée au cas par cas.

289. À propos de la détermination de l'immunité, en particulier la désignation de l'organe de l'État du for qui était compétent pour décider si un représentant d'un État étranger pouvait jouir de l'immunité de juridiction pénale, la Rapporteuse spéciale a fait observer que les tribunaux de l'État du for étaient compétents pour rendre une décision finale sur la question, même s'il était également envisageable que d'autres organes (notamment le parquet) puissent prendre cette décision s'ils étaient chargés de l'enquête ou de l'instruction, et si, dans ce cadre, la question de l'immunité se posait à propos de certains des actes visés par l'immunité.

290. La Rapporteuse spéciale a souligné que, même si la compétence des tribunaux de l'État du for en matière d'immunité était établie, cela ne signifiait pas nécessairement que d'autres entités ou autorités de l'État ne pouvaient pas formuler des avis à ce sujet et contribuer ainsi avec les tribunaux à la détermination de l'immunité. En tout état de cause, la possibilité que d'autres entités ou autorités de l'État expriment des avis dépendait du droit interne. La Rapporteuse spéciale a dit que, de la même manière, l'information fournie par l'État du représentant pouvait avoir une grande importance dans la détermination de l'immunité par les tribunaux. Elle a indiqué que cette question serait examinée dans le septième rapport, sous l'angle de la coopération.

291. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, le tribunal de l'État du for devait, pour se prononcer sur l'immunité, prendre en considération différents éléments, selon qu'il s'agissait d'une immunité *ratione personae* ou d'une immunité *ratione materiae*. Dans le cas de l'immunité *ratione personae*, il lui suffisait de déterminer si l'intéressé appartenait à la catégorie des chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères, et s'il était en fonctions au moment où la question de l'immunité devait être examinée. Dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, il devait déterminer: a) si l'intéressé était un représentant de l'État; b) s'il avait accompli les actes en cause à titre officiel; c) s'il avait accompli ces actes alors qu'il était en fonctions; et d) si les actes en question relevaient de l'une des catégories de crimes de droit international auxquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ne s'appliquait pas.

292. La Rapporteuse spéciale a également évoqué le programme de travail futur, présenté *supra* au paragraphe 271.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

293. Compte tenu du temps limité imparti à l'examen du rapport pendant la présente session, il a été décidé que le débat sur le sixième rapport se poursuivrait à la soixante et onzième session. Les membres qui ont pris la parole ont donc souligné le caractère préliminaire de leur intervention et ont dit se réserver le droit de formuler des commentaires supplémentaires l'année suivante.

a) Observations d'ordre général

294. Les membres de la Commission ont félicité la Rapporteuse spéciale pour son rapport, excellent et solide, même si certains ont regretté qu'il ait été publié tardivement et que les projets d'article portant sur les questions analysées dans le rapport ne soient soumis que l'année suivante. Des membres ont relevé que le rapport n'examinait pas tous les aspects procéduraux ni ne traitait la relation entre les aspects procéduraux et les aspects de fond du sujet. D'autres membres ont fait observer que, même si le sixième rapport ne contenait pas de projets d'article, l'analyse qu'il proposait permettait de progresser de manière cruciale dans la compréhension des questions procédurales. Plusieurs membres ont exprimé l'espoir que le septième rapport soit soumis à l'examen en temps voulu l'année suivante.

295. Des membres ont souligné que le sujet restait important pour les États. À cet égard, certains ont mentionné que l'Union africaine s'était dite favorable à l'inscription à l'ordre du jour de la Commission d'une demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question des immunités et de la relation entre les articles 27 et 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour les États parties au regard du droit international. Il a été rappelé que la question était politiquement sensible et juridiquement complexe, en ce qu'elle pouvait avoir des incidences non seulement sur les relations internationales mais aussi sur la pratique des tribunaux au niveau national, ce qui donnerait la possibilité d'aider les États à harmoniser leurs procédures concernant l'immunité des représentants de l'État. Il a aussi été

souligné que l'examen du sujet supposait la tenue d'un débat, et que la pratique des États devait être prise en considération et être examinée avec soin. À cet égard, certains membres regrettaient que la pratique de certaines régions ou la pratique portant sur des aspects particuliers de l'immunité *ratione materiae* ne soient pas évoquées. La rareté de la pratique et de la doctrine concernant les questions relatives aux aspects procéduraux et aux garanties de procédure a toutefois été reconnue par d'autres membres.

296. Des membres ont aussi appelé l'attention sur la relation entre le sujet et d'autres sujets comme les crimes contre l'humanité et les normes impératives du droit international (*jus cogens*), inscrits au programme de travail en cours de la Commission, ou la compétence pénale universelle, sujet qui avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à la présente session. Cette relation avait des conséquences pour la Commission, puisqu'elle imposait la recherche d'une approche commune qui soit garante de la cohérence et prévienne la fragmentation du droit international. Certains membres ont rappelé qu'il était nécessaire de veiller à la cohérence avec d'autres régimes pertinents, en particulier celui établi au paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

297. Il importait d'examiner les aspects procéduraux pour garantir, le cas échéant, le respect des immunités, afin de préserver la stabilité des relations internationales et d'assurer le respect de l'égalité souveraine des États. Il était également vital de prendre en considération la juridiction de l'État du for, l'importance de la lutte contre l'impunité et les droits du représentant de l'État concerné. Il était par conséquent nécessaire, de l'avis de certains membres, de mener une réflexion approfondie sur les types de procédures à élaborer. D'aucuns ont estimé que ces procédures devraient permettre d'assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, notamment le respect de l'immunité, la stabilité des relations internationales et la prise en compte des limites à l'immunité dans la lutte contre l'impunité.

298. Plusieurs membres se sont dits favorables à la proposition faite par la Rapporteuse spéciale d'adopter une approche large et exhaustive des aspects procéduraux. De l'avis de certains membres, il importait de traiter les deux composantes des aspects procéduraux, à savoir les considérations traditionnelles relatives à des éléments comme l'élément temporel, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, et, surtout, toute une série de considérations relatives aux garanties, à la lumière, en particulier mais non exclusivement, de l'adoption du projet d'article 7.

b) Observations portant sur le résumé du débat relatif au projet d'article 7

299. Les membres qui se sont exprimés ont pris note avec satisfaction du résumé du débat relatif au projet d'article 7, présenté dans le sixième rapport, ont rappelé les circonstances entourant l'adoption de ce projet d'article et ont appelé l'attention sur différents éléments du débat qu'ils considéraient comme essentiels. Certains membres ont redit leur mécontentement au sujet de la manière dont

le projet d'article 7 avait été adopté et des incidences que cela aurait sur les méthodes de travail de la Commission. D'autres ont rappelé qu'il importait que la Commission indique clairement aux États Membres si le projet d'article 7 reflétait le droit international coutumier existant ou relevait du développement progressif. Certains membres ont estimé que, l'examen du sujet en première lecture devant être achevé l'année suivante, cela donnerait peut-être à la Commission une nouvelle occasion de traiter la teneur du projet d'article 7, non seulement pour examiner la question de savoir si le projet d'article reflétait le droit international coutumier ou était un exercice de développement progressif, mais aussi pour qu'il puisse être adopté de manière plus conforme aux méthodes de travail habituelles. Néanmoins, d'autres membres ont rappelé que l'examen des limites et exceptions à l'immunité constituait l'essence du sujet. À cet égard, le débat sur les aspects procéduraux permettrait une application juste et effective du projet d'article 7. Dans le même temps, des membres ont souligné que les dispositions et garanties procédurales étaient pertinentes pour l'ensemble du projet d'articles, et non uniquement pour le projet d'article 7. Plusieurs membres ont dit attendre avec intérêt le septième rapport, dans lequel ces aspects seraient examinés. D'autres doutaient que l'on puisse remédier par des garanties procédurales à ce qu'ils considéraient comme des vices substantiels du projet d'article 7.

c) *Observations portant sur les aspects procéduraux examinés dans le sixième rapport*

300. À propos de la notion de juridiction, certains membres, tout en prenant acte des propositions de la Rapporteuse spéciale pour le projet d'article 2, dont le Comité de rédaction était saisi, ont fait observer qu'il n'était pas entièrement nécessaire de définir la «juridiction» pénale aux fins du projet d'articles sur le sujet. Une approche fonctionnelle suffirait pour esquisser les paramètres de la juridiction en ce qui concernait les aspects procéduraux. Il a été suggéré, sur le plan plus général de la méthode, de distinguer entre la notion générale de juridiction, y compris les fondements généraux de la juridiction de l'État, et la question des organes ayant compétence pour exercer la juridiction pénale d'un État donné. De l'avis d'autres membres, il était nécessaire d'introduire une telle définition dans le projet d'articles pour bien préciser la portée de la juridiction pénale concernée par les règles relatives à l'immunité.

301. Du point de vue de la méthode, il a été jugé utile de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* dans le traitement des dispositions relatives aux aspects procéduraux, ainsi que des garanties, bien que certains membres aient fait remarquer que cette distinction ne devait pas être exagérée.

302. Dans l'ensemble, les membres attendaient avec intérêt les projets d'article sur les aspects procéduraux examinés dans le sixième rapport, que la Rapporteuse spéciale présenterait dans le septième rapport.

i) *Élément temporel*

303. À propos de l'élément temporel, il a été jugé, dans l'ensemble, opportun que la Commission se penche sur

cette question, au sujet de laquelle elle pouvait fournir des indications précieuses fondées sur la jurisprudence et la pratique.

304. En tout état de cause, les membres ont souligné qu'il importait de traiter les questions relatives à l'immunité à un stade précoce de l'instance afin d'éviter toute confusion à un stade ultérieur. La jurisprudence permettait de confirmer que les questions d'immunité étaient d'ordre préliminaire et qu'elles devaient être réglées rapidement et tranchées *in limine litis*. Il a été rappelé que dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice avait déclaré que c'était là «un principe de droit procédural généralement reconnu» qui avait pour finalité de ne pas «priv[er] de sa raison d'être la règle relative à l'immunité»¹²¹⁰.

305. Certains membres jugeaient toutefois important de se pencher, comme l'avait suggéré la Rapporteuse spéciale, sur certains aspects pratiques, notamment ce qui était entendu par «un stade précoce», ou «dans les meilleurs délais», termes imprécis et empreints d'ambiguïté. Il a été confirmé que, du moins en ce qui concernait l'immunité *ratione personae*, la résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution du Chef d'État et de Gouvernement en droit international, adoptée en 2001 par l'Institut de droit international, indiquait que l'immunité et l'inviolabilité auxquelles un chef d'État étranger avait droit devaient lui être accordées dès l'instant où sa qualité était connue¹²¹¹. Il a ainsi été dit que l'immunité devait être envisagée sans délai et à tout le moins au début de l'instance et avant que ne soient prises contre le représentant de l'État des mesures contraignantes qui fassent obstacle à l'exercice de ses fonctions. Il a été suggéré de tirer de l'affaire *Avena*¹²¹² des indications concrètes quant à la nécessité d'agir «sans retard»; dans ce cas particulier, la Cour internationale de Justice avait interprété cette expression comme ne signifiant pas nécessairement «immédiatement après l'arrestation et avant l'interrogatoire»¹²¹³.

306. Parmi les membres qui se sont exprimés, certains ont reconnu qu'il était difficile de déterminer si les règles relatives à l'immunité s'appliquaient dès la phase de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, compte tenu de la diversité des lois et des pratiques nationales en matière d'enquête et de poursuites. Il était néanmoins nécessaire que la Commission étudie la question et donne des indications concrètes aux États.

307. De l'avis de certains membres, les considérations relatives à l'immunité devaient englober, en principe, toutes les phases de la procédure pénale, c'est-à-dire l'enquête, l'arrestation, l'incarcération, l'extradition, le transfert, la mise en accusation, le contrôle exercé par le

¹²¹⁰ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999, p. 62, à la page 88, par. 63.

¹²¹¹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 et suiv., à la page 746, art. 6; disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org/fr/.

¹²¹² *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12.

¹²¹³ *Ibid.*, p. 48, par. 85.

ministère public, l'instruction et les mesures provisoires de protection, ainsi que le procès, le jugement et l'exécution du jugement.

308. Certains membres doutaient que l'on puisse affirmer de façon catégorique que l'immunité ne pouvait s'appliquer immédiatement pendant la phase de l'enquête, car cela dépendait largement des circonstances de chaque affaire ainsi que de la législation et de la pratique des États concernés. Cette question devait être approfondie.

ii) Actes visés par l'immunité

309. À propos des actes de l'État du for auxquels l'immunité s'appliquait, les membres approuvaient, dans l'ensemble, les trois catégories à examiner énoncées par la Rapporteuse spéciale dans son sixième rapport, à savoir la détention, la comparution en qualité de témoin et les mesures conservatoires. Certains membres ont fait observer qu'il était nécessaire de clarifier le sens de la formule «actes visés par l'immunité». Selon un point de vue, il était utile de distinguer entre une enquête pénale en général et une enquête pénale dans une affaire donnée aux fins de l'immunité. C'était à ce dernier contexte qu'il convenait de prêter une attention particulière. À ce propos, l'accent a été mis sur les mesures de contrainte imposées au représentant de l'État. Il a ainsi été dit que l'immunité devait être envisagée avant que ne soient prises contre le représentant de l'État des mesures contraignantes faisant obstacle à l'exercice de ses fonctions.

310. De l'avis de certains membres, les mesures en question incluaient la délivrance du mandat d'arrêt, la mise en examen, la citation à comparaître en qualité de personne faisant l'objet d'une enquête ou mise en examen, la convocation aux audiences et la demande d'extradition ou de remise. Il a été souligné que les actes accomplis au cours d'une procédure pénale ne supposaient pas tous l'adoption de lourdes mesures de contrainte à l'égard d'un représentant de l'État. Par exemple, une plainte pénale n'avait pas en elle-même une influence directe sur l'exercice par le représentant des fonctions qui lui étaient confiées.

311. Des membres ont souligné l'importance de la nature coercitive des mesures de contrainte et de l'obstacle qui en résultait pour l'exercice des fonctions incombant au représentant de l'État. Il a été rappelé que, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice avait mentionné la protection de l'intéressé contre tout acte d'autorité d'un autre État susceptible de le gêner dans l'exercice de ses fonctions¹²¹⁴, tandis que, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour avait souligné que «pour apprécier s'il y a[vait] eu atteinte ou non à l'immunité du Chef de l'État, il fa[ilait] vérifier si celui-ci a[vait] été soumis à un acte d'autorité contraignant; c'[était] là l'élément déterminant¹²¹⁵».

312. Il a été suggéré d'examiner plus avant l'incidence de l'inviolabilité sur l'immunité, en particulier l'immunité

ratione materiae, plutôt que de trop se fier à une méthode déductive ou de dégager certaines inférences de la pratique relative à l'immunité *ratione personae*. Il a aussi été suggéré d'analyser de manière plus approfondie le rôle de l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) et sa pratique, en particulier son système de «notices rouges».

313. Certains membres jugeaient nécessaire de se pencher davantage sur les questions liées à la comparution en qualité de témoin, en particulier s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, y compris pour ce qui concernait la production de documents ou autres éléments de preuve.

314. Certains membres estimaient que la question des mesures conservatoires méritait également un examen plus approfondi.

iii) Détermination de l'immunité

315. Certains membres convenaient avec la Rapporteuse spéciale qu'il incombait aux tribunaux de l'État du for de déterminer s'il y avait immunité et, dans l'affirmative, si cette immunité souffrait des exceptions. Il a toutefois suggéré que la Commission examine la règle procédurale voulant que tout exercice de la juridiction à l'égard d'un représentant de l'État soit subordonné à une décision émanant d'une juridiction supérieure et non d'une juridiction du degré le moins élevé.

316. Certains membres ont admis qu'il importait de ne pas sous-évaluer le rôle des actes de l'exécutif. À ce propos, l'attention a été attirée sur le rôle que jouaient au plan national les ministères des affaires étrangères.

317. Pour d'autres membres, il importait de traiter les questions entrant dans le champ d'application du sujet à l'examen qui avaient trait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites, en envisageant de fixer des limites. Ils jugeaient cela nécessaire pour prévenir les poursuites abusives ou fondées sur des motifs politiques. Il a été dit que l'élaboration de principes directeurs à l'intention des procureurs permettrait d'éviter que certains utilisent leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de manière arbitraire ou agressive contre la troïka ou d'autres représentants de l'État. De tels principes directeurs serviraient également d'outil contre un exercice passif de ce pouvoir discrétionnaire qui consisterait à ne pas poursuivre un représentant de l'État ayant commis une infraction grave au regard du droit international.

318. Plusieurs membres ont souligné qu'il importait de garantir la sécurité juridique des règles concernant la procédure applicable par les services de répression. Certains jugeaient bon qu'un organe de l'État soit chargé de donner des instructions appropriées aux services de répression en cas de doute ou d'ambiguïté, et ont reconnu à cette occasion le rôle que jouaient les ministères des affaires étrangères.

319. Il a été suggéré que la Commission se penche sur la question du règlement par des juridictions internationales des différends portant sur des questions d'immunité. Il serait également nécessaire d'examiner le rôle que pouvait

¹²¹⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 22, par. 54.

¹²¹⁵ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, à la page 237, par. 170.

éventuellement jouer le Conseil de sécurité s'agissant de l'exécution des mandats d'arrêt ou des demandes de production de documents.

320. Certains membres ont préconisé un examen plus approfondi de la possibilité qu'avait l'État du représentant de lever l'immunité de ce dernier.

d) *Observations portant sur les garanties procédurales*

321. L'examen des garanties procédurales a été jugé crucial pour l'aboutissement des travaux de la Commission sur le sujet. Il a été dit qu'il fallait distinguer entre, d'une part, les garanties d'une procédure régulière et les autres garanties inscrites dans le droit international des droits de l'homme et, d'autre part, les garanties destinées à préserver la stabilité des relations internationales et à prévenir les poursuites abusives ou fondées sur des motifs politiques. Ces deux catégories devraient être traitées; pour être efficaces, les garanties devaient prémunir contre les conséquences d'un refus de l'immunité du représentant de l'État dans l'État du for non seulement d'une manière générale, mais aussi dans le contexte spécifique du projet d'article 7.

322. En ce qui concernait les garanties de procédure protégeant le représentant de l'État visé, certains membres ont mentionné, par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en particulier les dispositions relatives aux normes internationales minimales dans les procédures pénales en matière d'arrestation et de détention (art. 9), de traitement équitable des suspects et des accusés (art. 10), et de droit à un procès équitable (art. 14).

323. À propos des garanties pouvant avoir une incidence sur la stabilité des relations internationales et du projet d'article 7 en lien avec cette question, il a été jugé crucial que la Commission s'efforce de trouver un terrain d'entente. Il a été suggéré de définir des garanties spécifiques pour traiter les questions soulevées par le projet d'article 7. Sur la base de telles garanties, l'exercice de la juridiction pénale en application du projet d'article 7 ne serait autorisé que si : a) le représentant de l'État étranger était présent dans l'État du for; b) la preuve que le représentant avait commis l'infraction présumée, compte tenu de l'exceptionnelle gravité de celle-ci, avait « pleine force probante »¹²¹⁶; c) la décision de l'État du for d'engager des poursuites pénales contre le représentant de l'État étranger avait été prise au plus haut niveau du Gouvernement ou de l'autorité de poursuite; et d) l'État du for était tenu de coopérer avec l'État du représentant.

324. Il a été expliqué que l'obligation de coopérer à cet égard signifiait que l'État du for devait notifier à l'État du représentant son intention d'engager des poursuites pénales et lui demander s'il souhaitait lever l'immunité de

son représentant; si l'État du représentant pouvait et souhaitait porter l'affaire devant ses propres tribunaux, l'État du for devait transmettre l'affaire et extradier l'auteur présumé de l'infraction vers l'État du représentant ou, si les États concernés en étaient ainsi convenus, le remettre à une juridiction internationale compétente. Si l'État du représentant ne souhaitait ou ne pouvait pas porter l'affaire devant ses propres tribunaux ou la transmettre à une juridiction internationale, l'État du for devait, avant d'autoriser ses juridictions à connaître de l'affaire, se déclarer disposé à remettre l'auteur présumé de l'infraction à une juridiction internationale compétente, si la compétence de celle-ci pour statuer dans l'affaire était établie.

325. Certains membres ont souligné l'importance que pouvait avoir le fait pour l'État du représentant d'exercer sa juridiction sur ses propres représentants. Il a aussi été dit qu'il ne serait guère possible de régler les questions soulevées par le projet d'article 7 au moyen de garanties de procédure.

e) *Travaux futurs*

326. Les membres qui se sont exprimés souscrivaient dans l'ensemble au programme de travail futur proposé par la Rapporteuse spéciale, soulignant la nécessité de voir figurer dans le septième rapport un ensemble complet de projets d'article sur les aspects procéduraux. Ils espéraient que la Commission achèverait la première lecture du projet d'articles à la session suivante.

327. Cependant, si certains membres appuyaient l'idée d'étudier les incidences que l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale pouvait avoir sur l'immunité des représentants de l'État, d'autres y étaient opposés, la jugeant incompatible avec la portée du sujet telle qu'elle avait été convenue et le projet d'article premier, selon lequel le projet d'articles était sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international. Il a aussi été suggéré qu'il pouvait être utile d'examiner les incidences procédurales sur l'immunité des obligations conventionnelles dans les cas où les infractions définies dans l'instrument considéré pouvaient avoir été commises par des agents de l'État.

328. Certains membres ont souligné qu'il importait de mettre au point un mécanisme de communication entre l'État du for et l'État du représentant, sur la base du principe de subsidiarité ou de complémentarité. Un tel dispositif faciliterait la conduite de l'enquête et des poursuites par l'État du représentant.

329. Certains membres ne voyaient pas l'intérêt de clarifier la relation entre les modalités de l'invocation, en particulier de l'immunité *ratione materiae*, et les conséquences de l'invocation, notamment pour la responsabilité internationale de l'État concerné.

330. Le débat sur le sixième rapport se poursuivrait et s'achèverait à la soixante et onzième session de la Commission.

¹²¹⁶ Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, à la page 129, par. 209.