

Chapitre V

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

78. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » à son programme de travail et a désigné M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial³². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude sur le sujet, laquelle lui a été communiquée à sa soixantième session (2008)³³.

79. 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)³⁴. Elle n'a pas pu examiner le sujet à ses soixante et unième et soixante-deuxième sessions (2009 et 2010)³⁵.

80. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission³⁶. La Rapporteuse spéciale a présenté huit rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport à sa soixante-cinquième session (2013), le troisième rapport à sa soixante-sixième session (2014), le quatrième rapport à sa soixante-septième session (2015), le cinquième rapport à ses soixante-huitième et soixante-neuvième sessions (2016 et 2017), le sixième rapport à ses soixante-dixième et soixante et onzième sessions (2018 et 2019), le septième rapport à sa soixante et onzième session (2019) et le huitième rapport à sa soixante-douzième session (2021)³⁷.

81. À sa soixante-treizième session (2022), la Commission a adopté en première lecture l'ensemble du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qui se compose de 18 projets d'article et d'un projet d'annexe ainsi que de commentaires y relatifs³⁸. Elle a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son Statut, de transmettre ces projets d'article aux États, par l'entremise du Secrétaire général, pour commentaires et observations³⁹.

82. À sa soixante-quatorzième session (2023), la Commission a nommé M. Claudio Grossman Guiloff Rapporteur spécial en remplacement de M^{me} Escobar Hernández, qui n'était plus membre de la Commission⁴⁰.

³² À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 376). Au paragraphe 7 de sa résolution 62/66, du 6 décembre 2007, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait décidé d'inscrire 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 A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 257).

³³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir *A/CN.4/596* et *Corr.1*.

³⁴ *A/CN.4/601*, *A/CN.4/631* et *A/CN.4/646*, respectivement.

³⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 207 ; *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 343.

³⁶ *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 266.

³⁷ *A/CN.4/654*, *A/CN.4/661*, *A/CN.4/673*, *A/CN.4/686*, *A/CN.4/701*, *A/CN.4/722*, *A/CN.4/729* et *A/CN.4/739*, respectivement.

³⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 64 et 65.

³⁹ *Ibid.*, par. 66.

⁴⁰ *Ibid.*, *soixante-dix-huitième session, Supplément n° 10 (A/78/10)*, par. 250.

83. À sa soixante-quinzième session (2024), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/775) ainsi que des commentaires et observations reçus des États (A/CN.4/771 et Add.1 et 2). À l'issue du débat en plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1 à 6 tels qu'ils figuraient dans le premier rapport du Rapporteur spécial⁴¹. Elle a ensuite pris note des projets d'articles 1, 3, 4 et 5⁴² provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à cette session, tels qu'ils figuraient dans le rapport du Comité (voir A/CN.4/L.1001)⁴³.

B. Examen du sujet à la présente session

84. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/780) ainsi que des commentaires et observations reçus des États (A/CN.4/771 et Add.1 à Add.3). Dans ce deuxième rapport, le Rapporteur spécial examinait les commentaires et observations reçus des États sur les projets d'articles 7 à 18 et le projet d'annexe adoptés en première lecture. À la lumière des commentaires et observations formulés par les États tant par écrit qu'à la Sixième Commission, il formulait des propositions relatives aux projets d'articles 7 à 18 et au projet d'annexe, pour examen au stade de la seconde lecture.

85. De sa 3702^e à sa 3707^e séance, du 28 avril au 5 mai 2025, la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial. À sa 3707^e séance, le 5 mai 2025, elle a décidé de renvoyer les projets d'articles 7 à 18 au Comité de rédaction compte tenu des commentaires et observations formulés durant le débat en plénière. On trouvera le résumé de ce débat aux paragraphes 107 à 162.

86. À sa 3704^e séance, le 30 avril 2025, la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 1, 3, 4 et 5, qui avaient été provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à sa soixante-quinzième session (voir *infra* la section C.1).

87. À sa 3718^e séance, le 23 mai 2025, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité sur le sujet (voir A/CN.4/L.1017)⁴⁴. À la même séance, la Commission a pris note de ce rapport, qui contenait les projets d'articles 7, 8 et 9 provisoirement adoptés par le Comité à la présente session. En raison de la réduction de la durée de la session, l'adoption par la Commission des projets d'articles 7, 8 et 9 a été reportée à la soixante-dix-septième session, le temps ayant manqué pour l'élaboration, la traduction et l'examen des commentaires correspondants.

88. De sa 3722^e à sa 3724^e séance, les 27 et 28 mai 2025, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusions 1, 3, 4 et 5, provisoirement adoptés en seconde lecture à la présente session (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation par le Rapporteur spécial du deuxième rapport

89. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il s'agissait en seconde lecture de rationaliser le texte adopté en première lecture et de le modifier uniquement s'il existait des raisons impérieuses de le faire, comme des évolutions du droit international ou un besoin de clarification. Il a souligné que son deuxième rapport reposait sur un examen minutieux des nombreux commentaires formulés par les États par écrit et oralement ainsi que des évolutions survenues dans les jurisprudences et les législations nationales, qui avaient sensiblement changé depuis 2022, en particulier en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves. Il a aussi rappelé que les États avaient eu la possibilité de soumettre des

⁴¹ Ibid., *soixante-dix-neuvième session, Supplément n° 10 (A/79/10)*, par. 144.

⁴² Ibid., par. 145.

⁴³ La déclaration faite par la Présidente du Comité de rédaction à la soixante-quinzième session (2024) est disponible sur le site Web de la Commission à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml.

⁴⁴ La déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la soixante-seizième session (2025) est disponible sur le site Web de la Commission à l'adresse suivante : http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2025_dc_chair_statement_iso.pdf&lang=ES. Les déclarations faites à la 3718^e séance sont reproduites dans le document A/CN.4/SR.3718.

commentaires, y compris des observations écrites complémentaires, sur les projets d'articles 7 à 18 et le projet d'annexe. Le rapport reflétait la volonté de parvenir à un consensus tout en restant fidèle à l'évolution du droit international.

90. Le Rapporteur spécial s'est félicité du travail que la Commission avait accompli à sa soixante-quinzième session, au cours de laquelle elle avait pris note des projets d'articles 1, 3, 4 et 5, le projet d'article 2 devant être adopté à la fin de l'examen du sujet pour des raisons de méthode.

91. En ce qui concerne le projet d'article 7, sur les crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas, le Rapporteur spécial a rappelé que de manière générale, les États soutenaient l'idée que les auteurs des crimes internationaux les plus graves devaient être amenés à répondre de leurs actes. Certains États estimaient qu'il était utile et même essentiel de dresser une liste de ces crimes, tandis que d'autres préféraient que soit établi un ensemble de critères plutôt qu'une liste. Parmi ces derniers, d'aucuns ont exprimé des réserves tenant au fait qu'une liste risquerait d'être interprétée comme étant exhaustive et donc d'entraver le développement progressif du droit. À l'inverse, les partisans de l'établissement d'une liste ont fait valoir, notamment, le besoin de sécurité juridique. Compte tenu des principes du droit pénal international et de la nécessité de qualifier les crimes, le Rapporteur spécial a jugé que les arguments en faveur d'une liste étaient convaincants. Concernant le caractère non exhaustif de la liste, il a souligné que le projet d'articles n'excluait pas la possibilité que d'autres crimes internationaux soient un jour ajoutés au fil de l'évolution du droit international. Il a en outre fait observer que toutes les organisations non gouvernementales qui avaient formulé des commentaires au sujet du projet d'article 7, commentaires qu'il avait demandé au Secrétariat de distribuer à la Commission, avaient mis l'accent sur la nécessité de préciser soit dans le projet d'article lui-même, soit dans le commentaire que la liste n'était pas exhaustive.

92. Le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter les crimes d'agression, d'esclavage et de traite des esclaves à la liste des crimes. Entre autres raisons pour lesquelles le crime d'agression devrait être ajouté à cette liste, il a cité les suivantes : plusieurs États l'avaient demandé ; l'agression était depuis longtemps reconnue comme un des crimes internationaux les plus graves et le Tribunal de Nuremberg l'avait qualifiée de « crime international suprême » ; omettre l'agression pourrait rendre les poursuites plus difficiles et risquait de créer une hiérarchie artificielle entre les crimes internationaux graves ; inclure l'agression s'inscrirait dans le prolongement des travaux antérieurs de la Commission et, notamment, des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal⁴⁵, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, de 1954⁴⁶ et du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, de 1996⁴⁷. Le Rapporteur spécial a en outre rappelé qu'en 2017, année où le projet d'article 7 avait été adopté à titre provisoire, l'entrée en vigueur des amendements de Kampala avait déclenché la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard du crime d'agression⁴⁸. Ces arguments avaient aussi été soulevés par les États dans leurs commentaires.

93. Le Rapporteur spécial a donné des arguments à l'appui de l'inclusion sur la liste de l'esclavage et de la traite des esclaves. Ces crimes étaient généralement considérés comme étant parmi les crimes internationaux les plus graves et leur définition faisait l'objet d'un large consensus. L'esclavage et la traite des esclaves, de même que l'apartheid, la torture et les disparitions forcées, déjà visés par le projet d'article, faisaient l'objet de traités visant à les prévenir, les éliminer et les punir. Le Rapporteur spécial a fait observer que, le 16 avril 2025, la Sierra Leone avait déposé une proposition d'amendement des articles 7 et 8 du Statut

⁴⁵ *Annuaire...1950*, vol. II, document A/1316, p. 374 et suiv., par. 98 à 127.

⁴⁶ *Annuaire...1954*, vol. II, document A/2693, p. 150 et suiv., par. 50 à 54.

⁴⁷ *Annuaire...1996*, vol. II (2^e partie), par 50.

⁴⁸ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3. Pour l'amendement à l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Kampala, 10 juin 2010), voir *ibid.*, vol. 2868, n° 38544, p. 197. Pour les amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression (Kampala, 11 juin 2010), voir *ibid.*, vol. 2922, n° 38544, p. 199.

de Rome visant à ce que l'esclavage soit considéré comme un crime contre l'humanité et la traite des esclaves comme un crime contre l'humanité et un crime de guerre. Il a souligné que la pratique internationale interdisait l'esclavage et la traite des esclaves depuis longtemps, dans certains cas depuis le début du dix-neuvième siècle. Il a observé que l'interdiction de ces crimes était une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), comme l'indiquait le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)⁴⁹. Il a signalé que les changements proposés seraient reflétés dans l'annexe, notamment par des références à l'article 8 *bis* du Statut de Rome et à l'article premier de la Convention relative à l'esclavage, de 1926⁵⁰.

94. Le Rapporteur spécial a fait observer que les États considéraient les garanties procédurales contenues dans la quatrième partie du projet d'articles comme un élément primordial des travaux sur le sujet étant donné le rôle qu'elles jouaient dans le maintien d'un équilibre entre les droits de l'État du for et ceux de l'État du représentant. Il a souligné que ces garanties protégeaient des principes clés du droit international et du droit des droits de l'homme, en particulier le principe selon lequel les personnes accusées d'infractions pénales doivent bénéficier d'une procédure régulière. Il a indiqué que la plupart des États qui avaient fourni des commentaires avaient favorablement accueilli la proposition de la Commission d'assortir les dispositions sur les limitations ou les exceptions à l'immunité pour les crimes internationaux d'un ensemble cohérent de garanties procédurales. Il a fait observer que les États avaient dans une large mesure jugé que la quatrième partie était nécessaire pour maintenir un équilibre entre l'égalité souveraine des États et les relations pacifiques entre États, d'une part, et l'impératif de combattre l'impunité, d'autre part, tout en évitant le risque de politisation. Il a dit être d'accord avec les États qui avaient fait remarquer que certaines propositions relevaient du développement progressif du droit international tandis que d'autres, notamment celles relatives au traitement équitable et au respect d'une procédure régulière, relevaient de la codification du droit international coutumier.

95. Le Rapporteur spécial a rappelé que le projet d'article 8, sur l'application de la quatrième partie, affirmait que les garanties procédurales s'appliquaient à la fois à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*. Plusieurs États avaient soutenu cette approche globale, invoquant la nécessité de garantir la cohérence et le respect d'une procédure régulière. Toutefois, certains d'entre eux avaient demandé des éclaircissements supplémentaires, souhaitant notamment savoir si les garanties s'appliquaient dès le stade de l'enquête ou seulement après la mise en accusation. Le Rapporteur spécial a recommandé que l'on précise dans le commentaire que les garanties procédurales s'appliquent à tous les stades, ce qui permettrait de garantir le respect de la légalité et d'éviter les procédures arbitraires ou politisées. Nonobstant l'utilité du projet d'article 8, le Rapporteur spécial a dit partager les préoccupations exprimées concernant les formules « s'appliquent à l'égard de tout exercice de la juridiction pénale » et « à l'égard d'un représentant d'un autre État, en fonction ou qui ne l'est plus », qui prêtaient à confusion. Il a donc proposé de modifier la disposition afin de les clarifier et d'éviter toute ambiguïté concernant les actes accomplis à titre privé. Il a également recommandé que, dans un souci de clarté, le projet d'article 8 soit scindé en deux paragraphes. Il a dit que les autres questions, notamment la relation entre le projet d'article 7 et la quatrième partie, pourraient être examinées plus avant dans le commentaire.

96. Le Rapporteur spécial a rappelé que le projet d'article 9, sur l'examen de la question de l'immunité par l'État du for, avait été l'une des dispositions les plus débattues. Ce projet d'article dispose que l'État du for doit examiner si l'immunité est applicable avant de procéder à l'exercice de la juridiction pénale. Certains États ont dit craindre que cette obligation donne un trop grand pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales et affaiblisse le mécanisme de l'immunité, tandis que d'autres ont souligné qu'il était important

⁴⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10), par. 43 et 44. Voir aussi la résolution 78/109 de l'Assemblée générale, en date du 7 décembre 2023.

⁵⁰ Convention relative à l'esclavage (Genève, 25 septembre 1926), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. LX, n° 1414, p. 253.

d'examiner rapidement la question de l'immunité pour prévenir les arrestations ou poursuites injustifiées. Le Rapporteur spécial a recommandé qu'il soit précisé dans le commentaire que l'État du for doit procéder à l'examen de l'immunité avant de prendre toute mesure coercitive et s'appuyer pour ce faire sur les principes de bonne foi, de proportionnalité et de concertation avec l'État du représentant. Il a également proposé que les mots « dans la mesure du possible » soient insérés dans le texte pour répondre aux préoccupations concernant les situations urgentes nécessitant une action rapide de la part de l'État du for.

97. En ce qui concerne le projet d'article 10, sur la notification à l'État du représentant, le Rapporteur spécial a constaté que l'obligation de notification à l'État du représentant avait recueilli un large soutien parce qu'elle était considérée comme une garantie procédurale essentielle. Certains États avaient néanmoins exprimé des préoccupations concernant le contenu de la notification et le stade auquel elle devrait intervenir, en particulier au regard de ses conséquences potentielles sur les enquêtes en cours et leur confidentialité. Le Rapporteur spécial a proposé que des modifications soient apportées au paragraphe 1 pour répondre aux préoccupations des États. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Rapporteur spécial a approuvé la suggestion faite par un État de supprimer la dernière partie de la phrase, la première partie envisageant déjà tous les moyens de communication acceptés. Il a proposé que la même modification soit apportée aux projets d'articles 11, 12 et 13.

98. En ce qui concerne le projet d'article 11, sur l'invocation de l'immunité, le Rapporteur spécial a pris note des préoccupations soulevées par les États quant à savoir si l'immunité doit être invoquée ou si elle s'applique automatiquement. Il a proposé que le commentaire précise que, si l'invocation formelle n'est pas une condition préalable à l'immunité, elle rend la procédure plus claire et facilite le dialogue entre les États. Il a également proposé que le commentaire aborde les préoccupations exprimées au sujet de potentiels abus et indique que les principes de bonne foi et de coopération devraient servir de principes directeurs.

99. En ce qui concerne le projet d'article 12, sur la renonciation à l'immunité, le Rapporteur spécial a constaté que la plupart des États s'étaient dits favorables à la condition de la renonciation expresse, estimant qu'elle reflétait le droit international existant, tandis que d'autres avaient proposé que l'on prévienne la possibilité d'une renonciation implicite. Il a recommandé que l'on s'en tienne à la condition de la renonciation expresse afin de garantir le respect des relations diplomatiques et la sécurité juridique. Néanmoins, il a proposé qu'il soit indiqué dans le commentaire que dans certains systèmes juridiques nationaux, la renonciation pouvait être déduite d'un comportement non ambigu, mais que pareille interprétation devait être le fruit d'une réflexion prudente respectueuse de l'égalité souveraine des États.

100. En ce qui concerne le projet d'article 13, qui permet à l'État du for de demander des informations à l'État du représentant, le Rapporteur spécial a observé que certains États souhaitaient des éclaircissements sur le caractère non contraignant des demandes d'informations et le délai dans lequel elles pouvaient être formulées ainsi que sur la manière dont ces demandes s'articulaient avec les obligations de notification et d'invocation. Il a proposé que le commentaire précise que le projet d'article vient compléter, mais non remplacer, les mécanismes établis par les projets d'articles 10 et 11.

101. En ce qui concerne le projet d'article 14, sur la détermination de l'immunité, le Rapporteur spécial a pris note des préoccupations exprimées par certains États qui craignaient que cet article permette l'adoption de décisions unilatérales et potentiellement politisées. Il a proposé qu'il soit indiqué dans le commentaire que les décisions relatives à l'applicabilité de l'immunité doivent découler de la loi et non de considérations politiques et être le plus objectives possible. Il a par ailleurs insisté sur l'importance du mécanisme de consultation et de règlement des différends lorsque différend il y a.

102. Le Rapporteur spécial a constaté que certains États avaient exprimé des réserves quant à l'applicabilité et à la cohérence du mécanisme envisagé au projet d'article 15, sur le transfert des poursuites pénales à l'État du représentant. Il a souligné que cette disposition était ancrée dans le principe de complémentarité et d'entraide judiciaire. Il a proposé qu'il soit précisé dans le commentaire que l'État du for doit examiner si le transfert est dans l'intérêt de la justice et est compatible avec la gravité du crime présumé.

103. Le Rapporteur spécial a observé que le projet d'article 16, sur le traitement équitable du représentant de l'État, avait été bien accueilli par la plupart des États. Il a recommandé que l'on aborde plus en détail dans le commentaire la notion de « traitement équitable » en faisant référence aux garanties inscrites dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment la présomption d'innocence, l'accès à un avocat, la notification rapide des faits reprochés et la protection contre la détention arbitraire.

104. Le Rapporteur spécial a dit que la plupart des États avaient favorablement accueilli le projet d'article 17, qui encourage les États à se consulter pour résoudre les différends relatifs à l'immunité, estimant qu'il donnait aux intéressés un moyen de désamorcer les tensions et de rechercher des solutions diplomatiques. Il a suggéré que l'on précise que les consultations ne se substituent pas aux décisions juridiques, mais servent de mécanisme permettant d'éviter les conflits et de promouvoir le respect mutuel entre les États.

105. Le Rapporteur spécial a fait observer que plusieurs États étaient favorables au projet d'article 18, qui prévoit le règlement pacifique des différends, mais d'autres trouvaient que la prudence s'imposait concernant l'établissement de mécanismes formels de règlement des différends. Il a proposé de conserver la disposition tout en précisant dans le commentaire que les États sont libres de choisir tels ou tels moyens de règlement des différends. Il a fait remarquer que l'article 18 reflétait l'Article 33 de la Charte des Nations Unies et réaffirmait l'engagement des États en faveur d'un ordre juridique pacifique.

106. Pour conclure, le Rapporteur spécial a déclaré que les États qui souhaitaient qu'il soit recommandé que le projet d'articles serve de base à une convention avaient été particulièrement convaincants. Il a fait remarquer qu'une convention offrirait un cadre de négociation dont les États pourraient au besoin affiner les dispositions. Il a ajouté que certains projets d'article, notamment le projet d'article 18, reposaient sur le postulat qu'un traité serait établi et n'auraient qu'un effet limité dans d'autres circonstances.

2. Résumé des débats

a) Observations d'ordre général

107. Les membres ont favorablement accueilli le deuxième rapport du Rapporteur spécial, soulignant qu'il était clairement structuré et prenait véritablement en considération les commentaires des États. Plusieurs membres ont remercié les précédents rapporteurs spéciaux, M. Kolodkin et M^{me} Escobar Hernández, du travail qu'ils avaient accompli. Certains membres ont dit regretter que la réduction de la durée de la soixante-seizième session les ait empêchés d'exposer leurs points de vue jusqu'au bout et ait écourté les débats.

108. En ce qui concerne l'objectif de la seconde lecture et les méthodes de travail à suivre à ce stade, certains membres ont soutenu l'approche adoptée par le Rapporteur spécial et affirmé qu'il ne fallait modifier les projets d'article que s'il existait des raisons impérieuses de le faire. Il a été proposé que le texte reste largement inchangé, des révisions substantielles des commentaires pouvant être envisagées en tant que de besoin.

109. D'autres membres ont plaidé en faveur d'une approche plus ambitieuse, soulignant que la seconde lecture était l'occasion de combler les lacunes du texte adopté en première lecture et de répondre aux diverses attentes des États. D'aucuns se sont inquiétés que certaines questions, notamment le régime applicable aux crimes commis sur le territoire de l'État du for, n'aient pas été suffisamment examinées au cours de la première lecture. Il a été rappelé que par le passé, notamment dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission n'avait pas toujours adopté une approche strictement minimaliste de la seconde lecture. Il a été souligné que de nombreux membres n'avaient pas encore eu l'occasion d'exprimer leur point de vue sur certaines questions relevant du sujet.

110. Certains membres se sont félicités que le Rapporteur spécial se soit très largement référé à des décisions judiciaires récentes, à des législations nationales et aux commentaires des États. Toutefois, plusieurs se sont dits préoccupés par le manque de représentativité géographique de la pratique citée et la trop grande place accordée aux décisions de pays développés par rapport aux perspectives d'autres pays. Il a été demandé, en outre, que des

instruments régionaux comme le Protocole de Malabo⁵¹ soient pris en compte, que la contribution des régions sous-représentées soit activement sollicitée et que les méthodes de consultation utilisées par d'autres organismes internationaux, notamment les organes conventionnels, soient prises pour modèle.

111. Certains membres ont insisté sur le fait que la Commission devait s'intéresser non seulement aux commentaires écrits des États, mais aussi aux décisions judiciaires, à la doctrine et à d'autres sources reflétant l'évolution de la pratique pour mieux comprendre le droit. Il a été souligné qu'il faudrait tenir compte des vues tant de l'exécutif que du judiciaire étant donné les rôles distincts que l'un et l'autre ont dans la formation des pratiques étatiques et l'interprétation du droit. Il a également été souligné que le silence de l'État, c'est-à-dire les situations dans lesquelles un État s'abstient d'exercer la juridiction pénale, pouvait aussi être pertinent aux fins de la détermination du droit international coutumier. D'aucuns ont demandé qu'il soit procédé à une analyse plus nuancée des décisions judiciaires, en particulier pour déterminer si l'immunité a été clairement invoquée dans les affaires citées.

112. En ce qui concerne la nature des projets d'article, plusieurs membres ont souligné que ces dispositions devraient être considérées comme relevant en tout ou en partie du développement progressif du droit international et non de la codification du droit international coutumier existant. Il a été dit que les projets d'article devaient apporter une valeur ajoutée par rapport au droit établi et ne pas juste venir le réaffirmer. Une préoccupation a toutefois été exprimée quant au fait qu'ils contenaient des dispositions *de lege ferenda* qui, si elles étaient mal comprises, pourraient gravement nuire aux relations internationales sur un sujet très sensible.

113. Plusieurs membres ont souligné qu'il fallait trouver un équilibre entre le respect de l'égalité souveraine des États et la responsabilité pour les crimes internationaux graves. L'avis a été exprimé que les projets d'article devaient tenir compte des problèmes pratiques auxquels les autorités nationales de poursuite faisaient face et que l'immunité ne devait pas entraver les enquêtes ni la préservation des preuves. Il a en outre été dit que les questions politiques n'avaient pas à être toutes envisagées par la Commission et qu'il convenait de laisser aux États le soin de les résoudre par la voie de la négociation.

114. Il a été proposé d'ajouter un projet d'article basé sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁵². Il a été observé que cette proposition était étayée par le principe *aut dedere aut judicare*. D'aucuns ont dit espérer que la seconde lecture viendrait répondre à certaines questions laissées en suspens au cours des sessions précédentes de la Commission, notamment aux préoccupations exprimées au sujet de l'amalgame entre immunité civile et immunité pénale et des lacunes et incohérences constatées dans les projets d'article.

b) Projet d'article 7 (Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas) et projet d'annexe

115. Plusieurs membres ont réaffirmé que l'immunité ne faisait pas obstacle à la responsabilité tout en rappelant le principe de l'égalité souveraine des États, l'importance de la stabilité des relations entre États et le caractère exceptionnel du projet d'article 7. Il a été rappelé que le projet d'article 7 avait suscité des vues divergentes parmi les États et les membres de la Commission. Selon certains membres, la Commission devait en seconde lecture s'efforcer d'adopter une approche plus consensuelle ou harmonieuse concernant le projet d'article 7. L'avis a été exprimé qu'il fallait un consensus entre les membres pour renforcer la crédibilité et l'autorité de la Commission. Il a été souligné qu'il était important que le commentaire reflète les différents points de vue exprimés par les membres et les États au sujet de la disposition, en particulier si le résultat des travaux prenait la forme d'un projet d'articles et il était recommandé à l'Assemblée générale qu'il serve de base à la négociation

⁵¹ Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Malabo, 27 juin 2014), disponible sur le site Web de l'Union africaine à l'adresse suivante : www.au.int.

⁵² *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, au paragraphe 196.

d'un traité. Plusieurs membres se sont dits favorables à ce que le projet d'article 7 soit conservé, tandis que certains ont réitéré leurs réserves et objections à l'égard de la disposition dans son ensemble. Il a été dit qu'il faudrait examiner le lien entre le projet d'article 7 et le principe de la compétence universelle.

116. Plusieurs membres se sont inquiétés que la majorité de la jurisprudence mentionnée dans les rapports du Rapporteur spécial et dans les commentaires adoptés en première lecture relativement au projet d'article 7 provenait d'un groupe d'États donné et n'était pas suffisamment représentative. Il a été jugé important que la jurisprudence d'États de toutes les régions du monde soit explorée et analysée. Le silence de plusieurs États sur la question des exceptions à l'immunité et l'absence de pratique étatique générale ont aussi soulevé des préoccupations. Il a été observé que les décisions de juridictions n'étaient pas une source de droit international et que certaines de celles analysées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport étaient encore susceptibles d'être examinées par des juridictions supérieures. À cet égard, il a été souligné qu'il fallait accorder une importance particulière aux déclarations faites par les États à la Sixième Commission et ailleurs. On a rappelé les travaux menés par la Commission sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », en particulier la définition de la pratique pertinente contenue dans la conclusion 8 et le commentaire y relatif⁵³.

117. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet de la question de savoir si le projet d'article 7 reflétait ou non le droit international coutumier. Certains membres ont souligné que c'était le cas, comme le montrait l'existence d'une pratique suffisante et de longue date, et ont fait observer que des exceptions à l'immunité pour certains crimes internationaux étaient aussi prévues dans des traités largement ratifiés. Néanmoins, d'autres membres ont insisté sur le fait que le projet d'article ne reflétait pas une règle de droit international coutumier, une « tendance générale » ne suffisant pas à établir la pratique des États et l'*opinio juris*. Il a été dit que le projet d'article 7 était une proposition de développement progressif. Selon un autre avis, l'analyse faite dans le deuxième rapport n'apportait pas de preuves convaincantes de l'existence d'une « tendance générale » sur la question et il était regrettable que certains exemples donnés dans le rapport ne soient pas pertinents, notamment parce qu'ils ne concernaient pas des crimes de droit international. Il a été jugé nécessaire de citer des exemples de jurisprudence plus appropriés dans le commentaire. L'importance d'examiner *in concreto* la question de savoir si l'immunité peut conduire à l'impunité pour des crimes internationaux a été soulignée et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁵⁴, de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples⁵⁵ et de la Cour européenne des droits de l'homme a été rappelée⁵⁶.

118. Il a été dit que la Commission devait procéder avec prudence et axer ses débats non pas sur la nature du projet d'article 7, mais sur son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international. Certains membres ont soutenu que la Commission n'avait pas besoin de faire la distinction entre ce qui participait de la codification et ce qui participait du développement progressif étant donné que les deux relevaient de son mandat.

119. Les membres ont débattu de la question de l'exception territoriale et de l'opportunité de s'arrêter plus avant, dans le commentaire, sur les crimes commis par des représentants étrangers sur le territoire de l'État du for, comme il a été proposé de le faire au paragraphe 81 du deuxième rapport.

⁵³ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), par. 66. Voir aussi la résolution 73/203 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2018, annexe.

⁵⁴ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3 ; Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France) (voir supra la note 52) ; Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

⁵⁵ Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et autres c. Côte d'Ivoire, requête n° 041/2016, arrêt, 5 septembre 2023.

⁵⁶ Sassi et Benchellali c. France, requêtes nos 35884/21 et 35886/21, décision, 15 octobre 2024.

120. Plusieurs membres se sont dits favorables à l'inclusion d'une liste de crimes au paragraphe 1 du projet d'article 7, mais ont insisté sur le fait que la liste devait être non exhaustive et pouvoir être élargie à l'avenir. D'autres membres ont dit que préciser que la liste n'était pas exhaustive pourrait donner lieu à des abus et à l'inclusion arbitraire de divers crimes. D'aucuns se sont inquiétés qu'une liste non limitative porte atteinte à la sécurité juridique. L'avis a été exprimé qu'il faudrait discuter plus avant de la méthode de sélection des crimes énumérés dans la disposition. L'avis a aussi été exprimé que l'inclusion de crimes de droit international devrait reposer sur la reconnaissance expresse des États. Plusieurs membres ont dit qu'il était indispensable d'établir des critères clairs et concrets, ou de définir des bases juridiques claires, pour déterminer les crimes susceptibles d'être énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7, et il a été suggéré que ce soit fait dans le commentaire de la disposition. Il a été rappelé qu'une formulation plus générale excluant l'application de l'immunité pour les crimes de droit international les plus graves avait été proposée au cours du quinquennat précédent ainsi que par certains États dans leurs commentaires et que cette formulation permettrait au projet d'articles de s'adapter à l'évolution du droit international. L'opportunité d'employer les termes « crimes de droit international » au paragraphe 1 du projet de conclusion 7 a été mise en question et il a été dit qu'il fallait faire la distinction entre les crimes relevant de traités et ceux relevant du droit international coutumier, les premiers étant des crimes uniquement pour les parties contractantes au traité en question et les seconds étant universellement considérés comme tels par les États. Des membres ont exprimé des avis divergents sur la question de savoir si certains crimes internationaux pouvaient être considérés comme des actes officiels et ont dit qu'il était important d'être clair sur ce point. L'avis a été exprimé que certains crimes visés dans le Protocole de Malabo pourraient être inclus dans le paragraphe 1.

121. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter les crimes d'agression, d'esclavage et de traite des esclaves au projet d'article 7, mais d'autres se sont interrogés sur son bien-fondé. Il a été observé, notamment, que ces crimes étaient parmi les premiers à avoir été reconnus comme des crimes au regard à la fois du droit international coutumier et du droit international conventionnel, dont la Commission a dit dans le cadre d'autres travaux qu'ils relevaient du *jus cogens*. Des préoccupations ont été exprimées au sujet, notamment, de l'absence de pratique étatique générale et représentative venant appuyer la proposition et des problèmes que soulèverait l'inclusion du crime d'agression, en particulier les complexités et les difficultés pratiques qu'elle ferait naître pour les autorités nationales sachant par exemple qu'un tribunal national serait amené à déterminer si un État étranger a commis une agression. D'aucuns ont rappelé les arguments que la Commission avait fait valoir dans le commentaire adopté en première lecture pour ne pas inclure le crime d'agression ; il a été suggéré d'ajouter un qualificatif à la disposition au cas où la Commission déciderait d'inclure ce crime. L'avis a été exprimé que le deuxième rapport ne donnait pas d'exemples de poursuites engagées pour les trois crimes supplémentaires proposés et ne montrait pas qu'il y avait des raisons impérieuses de les ajouter. L'exclusion du terrorisme ou des actes de terrorisme a de nouveau suscité des préoccupations et il a été dit que ces crimes devraient figurer sur la liste étant donné leurs conséquences pour la communauté internationale dans son ensemble. D'autres membres ont dit que, s'ils condamnaient le terrorisme et le considéraient comme un crime grave, ils trouvaient qu'il n'avait pas sa place dans la liste, notamment pour les raisons mentionnées dans le commentaire adopté en première lecture, qui mentionne l'absence de définition commune.

122. Diverses propositions ont été faites, à savoir : a) modifier l'ordre dans lequel les crimes visés au paragraphe 1 sont énumérés ; b) assortir la liste d'une explication détaillée de la raison pour laquelle chaque crime y figure ; c) ajouter une explication du fondement juridique de l'inapplicabilité de l'immunité pour chaque crime en indiquant séparément dans le commentaire si la Commission a considéré qu'elle faisait œuvre de codification ou de développement progressif ou d'un mélange des deux ; d) raccourcir la liste des crimes selon des critères clairement et préalablement convenus ; e) remplacer la disposition par une formule générale faisant référence aux crimes les plus graves au regard du droit international ou à ceux qui préoccupent la communauté internationale ; f) ajouter un paragraphe contenant une référence générale à d'autres crimes de droit international pour lesquels il est établi en droit international que l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne doit pas s'appliquer ; g) déplacer la liste des crimes dans le commentaire ;

h) ajouter un paragraphe clarifiant les définitions données dans l'annexe ; i) établir une distinction, au paragraphe 1, entre les crimes internationaux reconnus comme tels par des traités et ceux considérés comme tels par le droit international coutumier. Certains membres ont dit qu'ils n'étaient pas favorables à ce que le texte du projet d'article 7 adopté en première lecture soit remplacé par un texte général parce que les États n'auraient pas la possibilité de le commenter, le sujet en étant au stade de la seconde lecture.

123. D'aucuns ont suggéré d'aligner le projet d'article et le projet d'annexe sur les projets de conclusion de 2022 sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), en particulier le projet de conclusion 23 et l'annexe⁵⁷. D'autres ont proposé que, concernant les crimes de guerre, soient aussi mentionnés dans le projet d'annexe les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I⁵⁸. Certains membres se sont dits préoccupés par la mesure dans laquelle le projet d'annexe s'appuie sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et par l'inclusion de crimes visés par des traités ne faisant pas l'objet d'une ratification universelle. D'autres membres se sont félicités qu'il soit fait référence au Statut et aux définitions qu'il contient ainsi qu'aux autres traités énumérés dans le projet d'annexe, considérés comme faisant partie du droit international coutumier. D'autres encore ont souligné que les définitions pertinentes données dans le Statut de Rome et les autres traités étaient les dernières définitions en date des crimes visés au projet d'article 7. Il a été observé que l'incrimination des actes énumérées au paragraphe 1 devait être conforme au droit international coutumier. L'avis a été exprimé qu'il faudrait supprimer le paragraphe 2 et l'annexe, les références aux instruments pertinents aux fins du paragraphe 1 ayant plutôt leur place dans le commentaire.

**c) Commentaires généraux concernant la quatrième partie
(Dispositions et garanties procédurales)**

124. Plusieurs membres ont souligné que la quatrième partie avait pour but de garantir un procès équitable aux représentants d'États étrangers dans le contexte de l'exercice de la compétence pénale. Certains membres ont mis l'accent sur le fait que les garanties procédurales permettaient de prévenir les abus ou la politisation de la juridiction pénale, de faire respecter l'égalité souveraine des États et de maintenir des relations pacifiques entre les États. Il a de surcroît été considéré que les dispositions offraient des orientations pratiques aux autorités nationales, contribuaient à éclaircir des points complexes et sensibles et permettaient de concilier les positions divergentes des États.

125. Certains membres ont dit que, sous sa forme actuelle, le projet d'articles était peut-être excessivement axé sur la protection de l'immunité et devrait être rééquilibré de sorte à protéger l'exercice de la juridiction pénale par l'État du for et la lutte contre l'impunité. L'avis a été exprimé que les garanties procédurales ne devaient pas être diluées et qu'il fallait être précis dans la formulation des éventuelles modifications, en particulier celles concernant la notification à l'État du représentant, pour éviter toute incertitude juridique et ne pas affaiblir les protections dont jouissent les représentants de l'État.

126. Il a été dit que certaines dispositions de la quatrième partie contenaient des éléments de développement progressif et n'étaient pas fermement ancrées dans la pratique étatique existante. Il a été rappelé que l'adoption de certains projets d'article, en particulier ceux concernant la notification et la renonciation, procédait d'une analogie avec des traités existants et n'avait pas été précédée d'une analyse détaillée de la pratique des États.

127. L'avis a été exprimé que, compte tenu de leur caractère progressif, les dispositions procédurales devraient être considérées comme des lignes directrices plutôt que comme des obligations contraignantes. Plusieurs membres se sont opposés à la suggestion de scinder le projet d'articles et de transformer les dispositions de la quatrième partie en lignes directrices

⁵⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10), par. 43 et 44.

⁵⁸ Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n°s 970 à 973, p. 31, et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (Genève, 8 juin 1977), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 17512, p. 3.

ou en conclusions non contraignantes. Il a été rappelé que l'inclusion de garanties procédurales, fussent-elles basées sur une pratique limitée des États, était cohérente avec l'approche adoptée dans d'autres parties du texte et pouvait prévenir de futurs abus. Il a aussi été dit qu'il fallait veiller à ce que la scission du projet d'articles ne complique pas la négociation d'un futur traité et ne crée pas d'incertitude.

128. Plusieurs membres ont dit qu'ils appuyaient dans l'ensemble les modifications du texte de la quatrième partie que le Rapporteur spécial proposait dans son deuxième rapport et estimaient que bon nombre des préoccupations soulevées par les États pouvaient être abordées dans le commentaire. Certains membres ont fait observer que certaines questions relatives à la portée de la « juridiction pénale » devraient être abordées dans le projet d'article 2. Il a été dit qu'il faudrait dans la quatrième partie faire plus clairement la différence entre les règles de procédure concernant l'immunité *ratione personae* et celles concernant l'immunité *ratione materiae*. À cet égard, l'attention a été appelée sur certaines dispositions, à savoir les projets d'articles 10, 14, 15 et 16 dans lesquels on pourrait vouloir envisager des procédures différentes.

d) Projet d'article 8 (Application de la quatrième partie)

129. Certains membres se sont dits favorables aux modifications que le Rapporteur spécial proposait d'apporter au projet d'article 8. Plusieurs membres ont souligné que la reformulation du paragraphe 1 permettait de circonscrire de manière plus cohérente et plus logique la portée des garanties procédurales et de ne pas donner à tort l'impression que la quatrième partie pouvait s'appliquer aux actes commis par des représentants à titre privé. D'autres membres ont dit qu'ils trouvaient judicieux d'affirmer que les garanties prévues dans la quatrième partie s'appliquaient dès le départ. Certains membres ont approuvé la division du projet d'article en deux paragraphes dans un souci de clarté.

130. Dans le même temps, plusieurs membres ont fait observer que l'emploi au paragraphe 1 de la formule « pouvant affecter l'immunité d'un représentant d'un autre État » pouvait créer une ambiguïté. Il a aussi été dit que la modification risquait d'affaiblir le lien entre le projet d'article 7 et les garanties procédurales établies dans la quatrième partie. Selon un autre point de vue, la détermination de l'immunité devait se faire sur la base de l'article 14 sans que les garanties procédurales soient exclues d'emblée au motif que les actes commis l'avaient été à titre privé.

131. La suppression des termes « en fonction ou qui ne l'est plus » du paragraphe 1 a suscité des préoccupations au motif qu'elle pourrait créer un flou autour de la pertinence des règles relatives à l'immunité en ce qui concerne les personnes dont les fonctions officielles ont pris fin. Il a été proposé de modifier la disposition, notamment en employant les mots « à tous les stades » plutôt que « dans tout cas » au paragraphe 1 et en ajoutant les mots « dès le départ » avant « dans tout cas pouvant donner lieu à l'exercice de la juridiction pénale ». Il a été dit que la relation entre les garanties procédurales et l'immunité *ratione personae* devait être abordée avec davantage de précaution et que le libellé du paragraphe 2 pouvait jeter le doute sur le caractère absolu de cette immunité. L'avis a été exprimé que le paragraphe 2 pourrait être redondant étant donné que le champ d'application était déjà établi dans le paragraphe 1.

132. Il a été demandé que le commentaire vienne éclaircir plusieurs points, notamment la signification et la portée des actes juridictionnels visés au paragraphe 1. Certains membres ont dit qu'il serait bon de faire la distinction, dans le commentaire, entre les actes pouvant avoir des conséquences pour l'immunité *ratione personae* et ceux pouvant avoir des conséquences pour l'immunité *ratione materiae*. Il a aussi été suggéré que la relation entre le projet d'article 7 et la quatrième partie soit clarifiée.

e) Projet d'article 9 (Examen de la question de l'immunité par l'État du for)

133. Certains membres ont soutenu la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter les termes « dans la mesure du possible » au paragraphe 1, estimant que c'était un bon moyen de permettre une certaine souplesse dans les situations d'urgence, comme lorsque des mesures coercitives sont nécessaires pour prévenir un dommage imminent. Toutefois, d'autres

membres ont dit que cet ajout risquait d'introduire une incertitude et qu'il serait préférable de trouver une formulation plus précise. D'aucuns se sont interrogés sur l'opportunité d'employer le terme « *practicable* » dans la version anglaise.

134. Si certains membres ont soutenu la proposition consistant à ajouter « l'immunité d' » avant « un représentant d'un autre État » au paragraphe 1, d'autres se sont interrogés sur la nécessité d'un tel ajout.

135. Plusieurs membres se sont félicités que l'examen et la détermination de l'immunité soient envisagés séparément dans les projets d'articles 9 et 14, mais une proposition a été faite tendant à ce que ces deux projets d'article soient fusionnés. Il a été suggéré que le commentaire définisse clairement les champs d'application de l'une et l'autre disposition.

136. Des éclaircissements supplémentaires ont été demandés concernant la nature de l'obligation d'examiner l'immunité, les seuils de déclenchement de cette obligation et les conséquences de l'examen. Plusieurs membres ont proposé que l'on explique si l'examen participe d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat et en quoi il consiste. Il a été proposé que la « connaissance » mentionnée au paragraphe 1 soit comprise comme incluant la « *constructive knowledge* » (la connaissance implicite). Il a été suggéré que l'on précise quels « cas » peuvent donner lieu à l'exercice de la juridiction pénale et que l'on inclue un élément temporel en précisant que la question de l'immunité doit être tranchée « dans les meilleurs délais *in limine litis* »⁵⁹.

137. Une préoccupation a été exprimée concernant le manque de clarté conceptuelle de la référence à l'« inviolabilité » faite à l'alinéa b) du paragraphe 2. Il a été suggéré que cette référence soit déplacée dans le commentaire. Certains membres ont soulevé la question de savoir si l'invocabilité s'appliquait uniquement aux représentants bénéficiant de l'immunité *ratione personae*. Il a été proposé que le projet d'article 2 définisse clairement l'« inviolabilité » comme étant « la protection dont le représentant de l'État peut bénéficier sur le territoire de l'État du for en vertu du droit international, y compris la protection physique contre des mesures coercitives directes telles que l'arrestation et la détention ».

f) **Projet d'article 10 (Notification à l'État du représentant)**

138. Plusieurs membres ont se sont félicités que le paragraphe 1 ait été modifié pour permettre des exceptions à l'obligation de notification lorsque « la notification compromett[rait] la confidentialité d'une enquête en cours ou le bon déroulé des poursuites pénales ». Cette modification a été considérée comme une réponse pragmatique aux préoccupations des États concernant les conséquences négatives que la notification pourrait avoir sur les procédures pénales. Il a été souligné que, dans un souci de clarté et pour prévenir d'éventuels abus, il faudrait dans le commentaire donner des exemples concrets de situations dans lesquelles des exceptions pourraient s'appliquer.

139. Dans le même temps, certains membres ont dit craindre que permettre des exceptions affaiblisse considérablement la garantie que constitue la notification préalable et donne toute discrétion à l'État du for. Il a été suggéré de clarifier la portée de l'exception proposée.

140. Il a été dit qu'il faudrait préciser que parmi les situations qui déclenchent l'obligation de notification figurent celles dans lesquelles le représentant a invoqué l'immunité, l'État du représentant a exprimé des préoccupations ou l'État du for a pris des mesures coercitives. Il a en outre été proposé que le début du paragraphe 1 soit reformulé de sorte qu'il soit plus cohérent avec les autres dispositions de la quatrième partie.

141. Des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si le paragraphe 2 devait ou non être supprimé. Plusieurs membres ont proposé que le paragraphe soit reformulé de manière à permettre une plus grande flexibilité.

⁵⁹ Voir Cour internationale de Justice, *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, au paragraphe 63.

142. En ce qui concerne le paragraphe 3, plusieurs membres se sont dits favorables à la suppression de la référence aux traités d'entraide judiciaire, faisant remarquer qu'elle était redondante et que ce point pourrait être abordé dans le commentaire. Il a été suggéré que le commentaire précise quels sont les moyens de notification autorisés et si la voie diplomatique est suffisante pour à la fois adresser et recevoir les notifications.

143. Certains membres ont demandé que le projet d'article 10 soit entièrement supprimé ou plus profondément remanié. Des préoccupations ont été exprimées quant au fait que l'obligation de notification n'était pas étayée par la pratique étatique existante et pourrait considérablement nuire à la lutte contre l'impunité. Certains membres se sont opposés à la suppression du projet d'article 10 et ont réaffirmé que l'obligation de notification était une garantie procédurale importante. Il a été observé que les instruments internationaux existants se limitaient généralement à exiger que notification soit faite après que des mesures coercitives ont été prises.

g) Projet d'article 11 (Invocation de l'immunité)

144. Concernant le projet d'article 11, plusieurs membres ont proposé qu'il soit précisé dans le commentaire que l'invocation n'est pas une condition préalable à l'application de l'immunité. Ils ont souligné que l'immunité devait être considérée *proprio motu* par l'État du for, qu'elle ait ou non été formellement invoquée. Il a été suggéré que ce soit clairement indiqué dans la disposition elle-même plutôt que dans le commentaire. Selon un avis, l'invocation devrait être une condition préalable à l'application de l'immunité, en particulier à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁶⁰.

145. Des éclaircissements ont été demandés sur les motifs justifiant l'invocation de l'immunité et sur la valeur juridique et les conséquences procédurales de l'invocation, notamment la question de savoir si celle-ci donne lieu à des obligations supplémentaires pour l'État du for et ce qui se passe si elle intervient tardivement. Il a en outre été proposé de clarifier le lien entre l'invocation et la détermination et de préciser que l'invocation ne crée pas de présomption d'immunité devant l'État du for.

146. En ce qui concerne la forme de l'invocation prévue au paragraphe 2, la condition selon laquelle l'invocation doit être expresse et écrite a été bien accueillie. Dans le même temps, la question a été posée de savoir si elle était étayée par la pratique des États et il a été suggéré de supprimer le paragraphe ou, à défaut, de remplacer « *shall* » par « *should* » dans la version anglaise. Certains membres ont proposé que l'invocation puisse être orale dans certaines circonstances, par exemple en cas de risque imminent de mesures coercitives.

147. En ce qui concerne le paragraphe 3, plusieurs membres se sont dits favorables à ce que la référence aux traités d'entraide judiciaire soit supprimée afin d'éviter toute redondance.

h) Projet d'article 12 (Renonciation à l'immunité)

148. Plusieurs membres ont appuyé les propositions présentées dans le deuxième rapport, notamment la suppression de la référence aux traités d'entraide judiciaire au paragraphe 3 et l'indication que la renonciation doit être expresse et formulée par écrit. Il a été observé que la renonciation pouvait être décidée *proprio motu* ou à la demande de l'État du for et pouvait aussi être partielle. Il a été suggéré de préciser quelles sont les autorités compétentes pour décider de la renonciation. Des éclaircissements ont aussi été demandés sur les dérogations conventionnelles et l'irrévocabilité de la renonciation prévue au paragraphe 5. Plusieurs membres se sont dits favorables à la règle de l'irrévocabilité, citant le principe de la bonne foi et le besoin de sécurité juridique. D'après un autre avis, bien qu'elle ne soit généralement pas autorisée, la révocation pourrait être acceptée par l'État du for dans des cas particuliers ou constituer une *lex specialis* selon les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques établis par la

⁶⁰ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 52), par. 196.

Commission en 2006⁶¹. Certains membres estimaient qu'il faudrait que le commentaire fasse la distinction entre la révocation et la nullité, cette dernière étant reconnue dans des circonstances exceptionnelles telles que la contrainte, le dol ou l'erreur, conformément aux articles 46 à 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶².

i) Projet d'article 13 (Demandes d'informations)

149. Plusieurs membres se sont dits favorables au maintien du projet d'article 13, qui selon eux fournit des orientations pratiques aux autorités nationales, reflète dûment le caractère discrétionnaire des demandes d'information et encourage la communication bilatérale dans le but de clarifier les questions de compétence et d'éviter les malentendus. La proposition tendant à supprimer les références aux traités d'entraide judiciaire au paragraphe 3 a également été favorablement accueillie par certains membres.

150. Il a été demandé que le commentaire donne des précisions supplémentaires sur le traitement des informations confidentielles, notamment les données personnelles et celles qui concernent la sécurité nationale, et sur les garanties permettant de s'assurer que le refus de fournir des informations n'est pas considéré comme préjudiciable lors de l'appréciation de l'immunité.

j) Projet d'article 14 (Détermination de l'immunité)

151. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le projet d'article 14. Certains ont aussi appuyé l'idée de conserver les projets d'articles 9 et 14 comme des dispositions distinctes en expliquant dans le commentaire comment ils sont liés l'un à l'autre. Il a été proposé que les questions en suspens soient clarifiées dans le commentaire. Toutefois, l'avis a été exprimé que les garanties contenues dans la disposition, en particulier au paragraphe 3, n'étaient pas suffisantes et méritaient d'être étudiées plus avant.

152. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été proposé de supprimer la référence à la renonciation afin de ne pas donner à penser que la renonciation à l'immunité n'est pas déterminante.

153. En ce qui concerne le paragraphe 4, il a été suggéré de supprimer la référence à l'exception relative aux mesures de précaution contenue dans la deuxième phrase de l'alinéa b). À cet égard, il a été observé que, selon l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions d'entraide judiciaire en matière pénale*, l'élément déterminant pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité d'un représentant est la soumission de l'intéressé à un acte d'autorité contraignant⁶³. Il a été dit que la première partie de l'alinéa b) serait plus précise si elle faisait référence aux « mesures coercitives qui pourraient affecter l'immunité du représentant ». Certains membres ont proposé que, pour réduire l'incertitude, on supprime la référence à l'invulnérabilité et on explique ce point dans le commentaire. L'avis a été exprimé que l'invulnérabilité ne s'applique pas seulement aux représentants bénéficiant de l'immunité *ratione personae*.

k) Projet d'article 15 (Transfert des poursuites pénales)

154. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le projet d'article 15. Il a été observé que les garanties procédurales avaient vocation à concilier les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant. Le point de vue a été exprimé que le transfert devrait être obligatoire pour autant que l'État du représentant accepte de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Il a été suggéré que l'on réponde à ces préoccupations en expliquant dans le commentaire pourquoi le transfert est discrétionnaire et dans quelles conditions il serait approprié. Il a été observé que, dans certains États, il serait impossible pour l'exécutif de contraindre le pouvoir

⁶¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 51 et 52. Voir aussi la résolution 61/34 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006, par. 3.

⁶² Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

⁶³ Voir *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 52), par. 170.

judiciaire à accueillir une demande internationale de transfert. Il a également été suggéré que le commentaire explicite l'obligation faite à l'État du représentant transféré de soumettre promptement et de bonne foi l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale et s'arrête sur le fait que l'État du for doit être tenu informé de tous faits nouveaux importants survenus dans le cadre de la procédure. Il a été observé que le paragraphe 4 constituait une garantie contre l'impunité quand bien même le transfert serait obligatoire. L'avis a été exprimé que la présence d'agents diplomatiques de l'État du représentant relevait des autorités judiciaires de l'État du for.

l) Projet d'article 16 (Traitement équitable du représentant de l'État)

155. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le projet d'article 16. Il a été souligné que cette disposition avait un rôle incitatif important quand bien même les droits procéduraux concernés étaient protégés par d'autres instruments. Il a été proposé d'ajouter une référence au droit international au paragraphe 3, qui ne mentionne que les lois et règlements de l'État du for.

m) Projet d'article 17 (Consultations)

156. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le projet d'article 17. L'avis a été exprimé que la disposition conciliait bien les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant. À la lumière des commentaires des États, il a été proposé qu'elle soit reformulée en des termes non contraignants ou que le commentaire donne des précisions sur la base des consultations et le fait qu'elles ont vocation à être un mécanisme souple. Il a été observé que la disposition couvrait aussi l'obligation de notification.

n) Projet d'article 18 (Règlement des différends)

157. Un certain nombre de membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le projet d'article 18. Plusieurs membres ont estimé qu'une clause de règlement des différends serait un élément important de tout traité éventuel. Il a été observé que certains des traités mentionnés dans le projet d'annexe contenaient eux-mêmes des clauses compromissaires.

158. Il a été dit qu'il faudrait préciser dans la disposition que, le temps qu'une procédure de règlement du différend soit engagée, la situation du représentant de l'État doit faire l'objet d'une attention particulière si l'intéressé est toujours dans l'État du for et il faudrait pouvoir suspendre les poursuites nationales. L'argument selon lequel il faudrait fixer des délais pour le règlement des différends liés à des procédures pénales en cours a été jugé judicieux⁶⁴. Il a été suggéré que les effets du recours à une procédure de règlement des différends soient précisés dans le commentaire, où il faudrait aussi expliquer comment le recours à pareille procédure entraînerait la suspension des poursuites nationales.

159. Des avis divergents ont été exprimés au sujet de l'opportunité d'ajouter une disposition dérogatoire concernant la compétence de la Cour internationale de Justice. Certains membres se sont déclarés préoccupés par le fait que la formulation de la disposition dérogatoire s'écartait de celle habituellement retenue dans les traités de droit pénal que les États adoptaient et qui étaient largement acceptés. Il a cependant été observé qu'une disposition dérogatoire permettrait aux États de régler les différends par d'autres moyens pacifiques et pourrait renforcer le soutien apporté au projet d'articles. Plusieurs membres ont souligné qu'il revenait aux États de négocier une éventuelle clause de règlement des différends et que la Commission devait donc se limiter à formuler un avis sur la question. Le point de vue a été exprimé qu'il n'appartenait pas à la Commission de proposer une clause dérogatoire.

⁶⁴ Voir [A/C.6/77/SR.27](#), par. 20.

o) Forme finale du résultat des travaux

160. Plusieurs membres ont dit convenir avec le Rapporteur spécial que le résultat des travaux sur le sujet devrait prendre la forme d'un projet d'articles. Il a été souligné que les travaux menés à ce jour portaient de ce principe et qu'un changement d'approche aurait donc des conséquences sur le fond. Le point de vue a été exprimé que le projet d'articles pourrait servir de base à la négociation d'un instrument international.

161. En ce qui concerne la recommandation à faire à l'Assemblée générale, certains membres ont dit que la Commission devrait recommander que le projet d'articles serve de base à la négociation d'un traité sur le sujet. Ainsi, le droit souverain des États serait protégé et la séparation des compétences entre la Commission et la Sixième Commission serait respectée. L'avis a été exprimé que ce n'était pas le moment de recommander la négociation d'un traité. Certains membres sont convenus que la Commission devraient recommander à l'Assemblée d'adopter l'approche en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 17 de son deuxième rapport. Il a été dit que le mieux serait peut-être de reprendre le texte de la recommandation formulée par la Commission pour le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité⁶⁵. D'autres membres ont fait valoir qu'il était prématuré de parler du résultat final des travaux et de la recommandation à faire à l'Assemblée générale, car la Commission ne pourrait envisager de formuler telle ou telle recommandation qu'une fois le texte final adopté. Il a été dit que la Commission devrait laisser aux États le soin de décider de ce qu'il faudrait faire du projet d'articles et ne devrait pas préjuger ou anticiper le résultat des négociations auxquelles le projet d'articles donnerait lieu.

p) Programme de travail futur

162. Certains membres ont exhorté la Commission à prendre tout le temps qu'il faudrait pour procéder à une seconde lecture approfondie, compte tenu de la sensibilité et de l'importance du sujet. Selon un autre avis, il faudrait que la Commission accélère ses travaux sur le sujet afin que les États puissent pleinement bénéficier du résultat le plus rapidement possible. Certains membres ont dit qu'il faudrait achever la seconde lecture à la soixante-dix-septième session de la Commission.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

163. Lorsqu'il a résumé les débats, le Rapporteur spécial s'est arrêté d'abord sur les observations générales des membres, puis sur les observations concernant particulièrement les projets d'articles 7 à 18 et le projet d'annexe. Il a assuré les membres que les commentaires concernant le projet d'article 2 avaient également été pris en compte.

164. Le Rapporteur spécial a observé que les membres de la Commission adhéraient dans l'ensemble à l'approche qu'il proposait d'adopter pour la seconde lecture et que la Commission avait beaucoup progressé dans l'examen du sujet. Il a souligné que les membres pensaient comme les États que le sujet était d'une grande importance et que la Commission devait impérativement trouver un équilibre entre souveraineté des États et lutte contre l'impunité. Selon lui, les projets d'article reflétaient un équilibre raisonnable entre diverses considérations et conciliaient bon nombre d'opinions divergentes au premier abord impossibles à accorder.

165. Le Rapporteur spécial a souligné que les projets d'article adoptés en première lecture étaient le résultat d'un examen minutieux et approfondi tenant compte des commentaires des États ainsi que de la pratique étatique et de la doctrine disponibles en 2022. Il a réaffirmé que la Commission avait pour pratique, en seconde lecture, d'améliorer le texte adopté en première lecture et ne devrait proposer des modifications des projets d'article que s'il existait des raisons impérieuses de le faire. Selon lui, la plupart des questions soulevées par les États qui n'avaient pas été abordées pourraient l'être dans le commentaire.

⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, par. 42.

166. Concernant les commentaires formulés par les membres au sujet de la diversité géographique de la pratique étatique, le Rapporteur spécial est convenu que le projet d'articles devrait être représentatif de la pratique d'États de toutes les régions du monde. Il a indiqué que le commentaire, en particulier le commentaire du projet d'article 7, serait étoffé avec davantage de références à la pratique. Il a souligné que la raison pour laquelle la pratique des États était limitée tenait en grande partie au fait que les crimes à l'égard desquels l'immunité n'était pas applicable étaient exceptionnels et les États n'avaient pas tous été amenés à poursuivre des représentants étrangers pour de tels crimes.

167. Le Rapporteur spécial a dit que dans l'ensemble, les membres s'accordaient à penser que le résultat final des travaux sur le sujet devrait prendre la forme d'un projet d'articles pouvant être porté à l'attention des États en vue de la conclusion d'un traité, soulignant que certaines dispositions du texte ne pourraient être suivies d'effet que s'il était recommandé qu'un traité soit négocié. Il était opposé à l'idée de scinder le résultat des travaux de sorte que certaines dispositions forment un projet d'articles et d'autres, un projet de principes ou de conclusions. S'agissant de la recommandation à faire à l'Assemblée générale, il a dit que proposer à l'Assemblée de prendre note du projet d'articles en vue de la négociation d'un traité en temps voulu donnait aux États la possibilité de trancher certaines questions litigieuses sur la base de la proposition de la Commission.

168. Le Rapporteur spécial a constaté que les membres avaient exprimé des points de vue divergents au sujet du projet d'article 7. Il a déclaré que le maintien du projet d'article 7 sous une forme ou une autre avait recueilli un large soutien et, tout en rappelant les arguments invoqués par bon nombre de membres, il a fait remarquer que les intéressés trouvaient que la disposition reflétait largement le droit international coutumier. Il a aussi déclaré que certains membres s'étaient dits favorables au maintien de la disposition quand bien même ils estimaient qu'elle ne reflétait pas le droit international coutumier et que la plupart d'entre eux considéraient que la pratique des États indiquait une tendance à l'inapplicabilité de l'immunité à l'égard de certains crimes internationaux. Le Rapporteur spécial a rappelé que, selon un avis, la disposition devrait être supprimée du projet d'articles au motif qu'elle ne reflétait pas le droit existant et que la pratique étatique disponible ne venait guère étayer l'existence d'exceptions à l'immunité. Pour le Rapporteur spécial, étant donné le large soutien exprimé en faveur d'une disposition sur les exceptions à l'immunité et la souplesse dont les membres avaient fait preuve, la Commission parviendrait à adopter une disposition.

169. Le Rapporteur spécial trouvait intéressante l'opinion des membres qui estimaient qu'il ne serait pas opportun que, dans le commentaire, la Commission fasse la distinction entre développement progressif et codification. Selon lui, le projet d'articles avait vocation à servir de base à un traité et les États devaient avoir tout le loisir de discuter de la portée des dispositions proposées.

170. Concernant la question de savoir si le paragraphe 1 du projet d'article 7 devait contenir une liste de crimes ou être reformulé de manière plus générale, le Rapporteur spécial était d'accord avec les membres qui trouvaient qu'il fallait établir une liste, pour autant qu'elle ne soit pas exhaustive. Il a pris note des propositions de modification du paragraphe 1, notamment celle consistant à changer l'ordre dans lequel les crimes sont énumérés. Il a dit qu'il serait utile que le Comité de rédaction discute de la manière dont la nature de la disposition pourrait être clarifiée soit dans le paragraphe lui-même, soit dans le commentaire. Rappelant que des membres avaient suggéré qu'on établisse des critères permettant de déterminer les crimes à inclure sur la liste, le Rapporteur spécial a convenu qu'il était important de définir des critères clairs et a indiqué que le commentaire adopté en première lecture, qui contenait déjà des éléments de définition, serait actualisé.

171. Le Rapporteur spécial a déclaré que, si l'inclusion des crimes d'agression, d'esclavage et de traite des esclaves dans le paragraphe 1, proposée dans le deuxième rapport, avait recueilli un large soutien, certains membres s'y étaient opposés. Il a pris note des suggestions faites concernant tant le commentaire que le texte de la disposition et a indiqué qu'il serait disposé à en discuter au sein du Comité de rédaction. Il a rappelé la jurisprudence récente qui pourrait être pertinente aux fins de la disposition et qui serait mentionnée dans le commentaire.

172. Le Rapporteur spécial a répondu aux préoccupations exprimées par certains membres concernant les exemples de pratique inclus dans le deuxième rapport, soulignant qu'ils n'étaient pas exhaustifs. Ces exemples avaient vocation à mettre en lumière la pratique apparue depuis l'adoption du projet d'article 7 en première lecture ainsi que celle qui n'avait pas été abordée dans le premier rapport. Il a déclaré que la pratique serait néanmoins examinée avant inclusion dans le commentaire. Concernant le silence des États, il a rappelé que certains membres avaient souligné qu'il était difficile de tirer des conclusions de la pratique « négative » des États parce qu'on ne savait pas vraiment sur quoi elle reposait. Concernant la pertinence des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*⁶⁶ et par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sassi et Benchellali c. France*⁶⁷, le Rapporteur spécial a dit que ces deux décisions n'étaient pas déterminantes aux fins des travaux sur le sujet et qu'il fallait les replacer dans leur contexte. En conclusion, le Rapporteur spécial a dit qu'il lui semblait que les membres étaient largement favorables à l'inclusion d'une disposition donnant une liste non exhaustive de crimes, parmi lesquels les trois crimes supplémentaires qu'il avait proposé d'ajouter.

173. Le Rapporteur spécial a dit que les dispositions de la quatrième partie avaient recueilli un très large appui et a souligné la valeur et l'importance des garanties s'agissant d'assurer un équilibre entre responsabilité et respect de l'égalité souveraine des États. Il a ajouté que la quatrième partie était essentielle si on voulait éviter que le projet d'article 7 soit utilisé à des fins politiques. Selon lui, certaines dispositions de cette partie relevaient effectivement du développement progressif, mais d'autres – telles que celles relatives au traitement équitable et au respect d'une procédure régulière – relevaient de la codification. Sur cette question, il était plutôt d'accord avec les membres qui pensaient qu'il n'était pas opportun de faire la distinction entre développement progressif et codification.

174. Le Rapporteur spécial a fait observer que, faute de temps, plusieurs membres n'avaient pas fait de commentaires au sujet de certaines des dispositions de la quatrième partie. Il a assuré les membres qu'il avait pris note de tous les commentaires qu'ils avaient formulés, y compris par écrit, mais a indiqué que pour gagner du temps, il concentrerait son résumé sur les dispositions qui avaient suscité le plus de commentaires.

175. En ce qui concerne le projet d'article 8, le Rapporteur spécial a constaté que plusieurs membres s'étaient dits favorables aux modifications qu'il avait proposées, mais d'autres estimaient qu'elles introduiraient une ambiguïté concernant l'application de la disposition. Selon lui, les questions soulevées par les membres pourraient être traitées au sein du Comité de rédaction et dans le commentaire.

176. En ce qui concerne le projet d'article 9, le Rapporteur spécial a précisé que sa proposition consistait à ajouter les termes « dans la mesure du possible » au paragraphe 1. Cet ajout permettrait de bénéficier du pouvoir discrétionnaire nécessaire dans les cas urgents ou exceptionnels, comme ceux où le représentant constitue une menace imminente pour la sécurité publique, sans compromettre l'obligation générale d'examiner rapidement l'immunité.

177. Sur la question de l'inviolabilité, le Rapporteur spécial a rappelé les travaux de la Commission sur le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques⁶⁸. Il a souligné que l'inviolabilité à l'égard de mesures qui équivaldraient à une coercition directe était une forme particulière d'immunité de juridiction pénale étrangère couvrant un ensemble plus large d'actes juridictionnels. Il a rappelé que les travaux sur le présent sujet n'étaient pas censés couvrir les régimes spéciaux. Il a fait observer qu'en l'absence de régime juridique spécifique, l'inviolabilité totale n'était accordée qu'aux représentants de l'État bénéficiant de l'immunité *ratione personae*. En conséquence, il a exprimé l'avis qu'aucune disposition expressément consacrée à l'inviolabilité n'était nécessaire, mais a néanmoins indiqué que ce point serait abordé dans le commentaire.

⁶⁶ Voir *supra* la note 54.

⁶⁷ Voir *supra* la note 56.

⁶⁸ *Annuaire...1958*, vol. II, document A/3859, par. 53.

178. Le Rapporteur spécial a rappelé les opinions divergentes exprimées par les membres au sujet du projet d'article 10 et les modifications qu'il proposait d'apporter aux paragraphes 1 et 3. Il a dit que toutes les questions soulevées avaient déjà fait l'objet d'une discussion approfondie lors de la première lecture. Sa proposition d'introduire une restriction visait à répondre à certaines de ces questions, qu'il a suggéré d'examiner au sein du Comité de rédaction. Il était favorable au maintien du paragraphe 2 pour des raisons de sécurité juridique, mais s'est néanmoins déclaré prêt à examiner son éventuelle suppression au sein du Comité de rédaction, suivant la suggestion de certains membres.

179. Certains membres ayant demandé que le commentaire du projet d'article 11 soit clarifié, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il n'était pas opposé à ce que davantage de précisions soient fournies concernant, entre autres, la valeur et les conséquences juridiques de l'invocation de l'immunité, la présomption d'immunité et la forme que l'invocation de l'immunité devrait prendre. S'agissant de savoir si l'immunité est applicable seulement lorsqu'elle est invoquée par le représentant de l'État, il a déclaré que dans plusieurs des affaires citées dans le commentaire du projet d'article ainsi que dans certaines autres citées dans le deuxième rapport, l'immunité avait été envisagée par l'État du for en dépit du fait qu'elle n'avait pas été invoquée. En outre, il a rappelé les constatations pertinentes formulées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions d'entraide judiciaire en matière pénale*.

180. En ce qui concerne le projet d'article 12, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il n'était toujours pas convaincu que la renonciation pouvait être révoquée. Il a réitéré sa proposition, appuyée par certains membres, d'inclure dans le commentaire une référence aux motifs généraux d'invalidité.

181. Le Rapporteur spécial a fait observer que les membres s'étaient largement déclarés favorables à ce que le projet d'article 14 soit conservé, mais a suggéré que le Comité de rédaction envisage d'améliorer le texte des paragraphes 2 et 4 afin de répondre aux préoccupations soulevées par des membres. À cet égard, il a déclaré que le Comité de rédaction pourrait améliorer le texte relatif à la détermination de l'immunité.

182. En ce qui concerne le projet d'article 18, le Rapporteur spécial a indiqué que le maintien d'une disposition sur le règlement des différends avait recueilli un large appui et en particulier que la préférence allait à ce que la Commission recommande que le projet d'articles serve de base à la négociation d'un traité. S'agissant d'autoriser des dérogations à la disposition ou de fixer des délais, comme certains l'avaient proposé, il a dit qu'il serait préférable d'envisager ces possibilités ultérieurement, dans le contexte de la négociation d'un traité, mais que le Comité de rédaction pourrait néanmoins les examiner plus avant.

183. Le Rapporteur spécial a pris note de la proposition consistant à ajouter une disposition reposant sur le paragraphe 196 de l'arrêt rendu dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁶⁹. Il a exprimé des doutes quant à l'opportunité d'inclure une disposition entièrement nouvelle au stade de la seconde lecture alors que les États n'auraient pas eu l'occasion de la commenter. Toutefois, si la Commission décidait que des éclaircissements étaient nécessaires, il serait disposé à examiner la question dans le commentaire du projet d'article 11, sur l'invocation de l'immunité.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission en seconde lecture à sa soixante-seizième session

1. Texte des projets d'article

184. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés par la Commission en seconde lecture à sa soixante-seizième session est reproduit ci-après.

⁶⁹ Voir *supra* le paragraphe 114. *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 52), par. 196.

...*

Article 1

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.
2. Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles spéciales de droit international sur l'immunité de la juridiction pénale dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.
3. Le présent projet d'articles ne porte pas atteinte aux droits et obligations des États en vertu d'accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales, dans les relations entre les parties à ces accords.

...**

Article 3

Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 4

Portée de l'immunité *ratione personae*

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.
3. La cessation de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

...***

Article 5

Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission en seconde lecture à sa soixante-seizième session

185. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission en seconde lecture à sa soixante-seizième session est reproduit ci-après.

* La Commission et le Comité de rédaction n'ont pas encore examiné les titres des parties en seconde lecture.

** Le Comité de rédaction a gardé le projet d'article 2 à l'examen en attendant de se pencher sur les projets d'article restants.

*** La Commission et le Comité de rédaction n'ont pas encore examiné les titres des parties en seconde lecture.

Article 1

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.
2. Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles spéciales de droit international sur l'immunité de la juridiction pénale dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.
3. Le présent projet d'articles ne porte pas atteinte aux droits et obligations des États en vertu d'accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales, dans les relations entre les parties à ces accords.

Commentaire

1) Le projet d'article 1 délimite le champ d'application du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il expose à lui seul les deux perspectives, positive et négative, qui circonscrivent le champ d'application du texte. Le paragraphe 1 définit le cadre dans lequel s'applique le projet d'articles, tandis que le paragraphe 2 contient une clause « sans préjudice » qui exclut du champ d'application du projet d'articles les régimes spéciaux de droit international sur l'immunité des représentants de l'État. Le paragraphe 3 contient une clause relative aux accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales, qui ne relèvent pas non plus du champ d'application du projet d'articles. Si la Commission a par le passé recouru à différentes méthodes pour définir les deux perspectives du champ d'application d'un projet d'articles⁷⁰, en l'occurrence, elle a jugé préférable de le faire en un seul projet d'article, cette solution offrant l'avantage de permettre de traiter simultanément les deux perspectives du champ d'application sous le même intitulé.

Paragraphe 1

2) Le paragraphe 1 délimite le champ d'application du projet d'articles dans sa dimension positive. À cette fin, la Commission a décidé d'employer dans ce paragraphe la formule « le présent projet d'articles s'applique à », identique à celle employée récemment dans d'autres projets d'article qu'elle a adoptés qui contiennent une disposition relative à leur champ d'application⁷¹. Elle a décidé que le champ d'application du projet d'articles devait être défini le plus simplement possible, de sorte qu'il serve de cadre pour le reste des projets d'article sans toutefois préjuger d'autres questions abordées ultérieurement dans d'autres dispositions ni avoir aucune incidence sur elles. Elle a retenu la formule « au regard de la

⁷⁰ Dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), par. 28), la Commission a choisi d'aborder la double dimension du champ d'application dans deux projets d'article distincts, ce qui a fini par être reflété dans la Convention adoptée en 2004 (Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004), résolution 59/38 de l'Assemblée générale, annexe, art. 1 et 3). Par contre, dans la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de 1975 (Vienne, 14 mars 1975), Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 91, ou *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales*, Vienne, 4 février-14 mars 1975, vol. II, *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 205, document A/CONF.67/16, et dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2999, n° 52106, p. 77), les différents aspects du champ d'application sont définis dans un seul article, qui fait également référence aux régimes spéciaux. Le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, adopté par la Commission en 2014 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 44 et 45), aborde également la question du champ d'application dans un seul article de deux paragraphes, mais comporte d'autres dispositions distinctes visant à préserver certains régimes spéciaux concernant des domaines précis.

⁷¹ Cette formule a été employée, par exemple, dans le projet d'article 1 du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers.

juridiction pénale d'un autre État » plutôt que les termes « à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale d'un autre État » pour aligner le texte de la disposition consacrée au champ d'application sur le titre du projet d'articles, comme cela avait été fait avec l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Elle a estimé que quand bien même les mots « l'exercice de » étaient employés dans d'autres projets d'article, ils n'étaient pas nécessaires pour définir la portée générale du projet d'articles et a décidé d'en réserver l'emploi à d'autres projets d'article où ils seraient plus opportuns⁷².

3) Le paragraphe 1 reprend les trois éléments qui définissent l'objet du présent projet d'articles, à savoir : a) qui sont les bénéficiaires de l'immunité ? (les représentants de l'État) ; b) quel type de juridiction serait affecté par l'immunité ? (la juridiction pénale) ; c) sur quel plan s'exerce la juridiction pénale en question ? (la juridiction pénale d'un autre État).

4) En ce qui concerne le premier de ces éléments, la Commission a choisi de circonscrire le projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier les représentants de l'État. L'expression « représentants de l'État » est définie à l'alinéa a) du projet d'article 2, au texte et au commentaire duquel on se reportera. Dans les précédents travaux de la Commission, les bénéficiaires de l'immunité ont été désignés par le terme « représentants⁷³ ». Cependant, l'emploi de ce terme – et de ses équivalents dans les autres versions linguistiques – a soulevé certains problèmes⁷⁴ et il convient de souligner que les termes employés dans les différentes versions linguistiques ne sont ni interchangeable ni synonymes. Cela étant, dans un souci de simplification du texte, la Commission a décidé de conserver l'expression « représentant de l'État » pour désigner de manière générale toutes les personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction pénale étrangère visée dans le présent projet d'articles. La formule « représentant d'un autre État » utilisée dans certains projets d'article est équivalente à « représentant de l'État ».

5) Deuxièmement, la Commission a décidé de circonscrire le champ d'application du projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale. Comme pour d'autres projets dans le contexte desquels elle s'est intéressée à l'immunité de juridiction pénale, elle n'a pas jugé nécessaire de définir les notions d'immunité et de juridiction pénale. Toutefois, à des fins purement descriptives, on retiendra que le présent projet d'articles concerne les situations dans lesquelles l'immunité empêche d'exercer la juridiction pénale, entendue comme la prérogative qu'a l'État d'accomplir divers actes dont le but ultime est d'amener les personnes qui commettent des actes pénalement répréhensibles à en répondre.

6) Troisièmement, la Commission a décidé de limiter le champ d'application du projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale « étrangère », c'est-à-dire celle qui reflète la relation horizontale entre deux États. Il s'ensuit que le projet d'articles s'appliquera uniquement à l'immunité de juridiction pénale « d'un autre État ».

7) Il convient de souligner que le paragraphe 1 concerne « l'immunité [...] au regard de la juridiction pénale d'un autre État ». L'emploi de l'expression « au regard de » établit entre les notions d'« immunité » et de « juridiction pénale étrangère » (ou « d'un autre État ») une relation qui doit être dûment prise en compte. À cet égard, la Commission estime que les notions d'immunité et de juridiction pénale étrangère sont étroitement liées et qu'on ne saurait envisager l'immunité de manière abstraite, sans l'associer à une juridiction pénale étrangère qui, même si elle devait exister, ne sera pas exercée par l'État du for sur un représentant d'un autre État précisément en raison de la présence de l'immunité. En d'autres termes, comme la Cour internationale de Justice l'a dit, « ce n'est que lorsqu'un État dispose,

⁷² Voir les projets d'articles 3 et 5 ainsi que les projets d'articles 7, 8, 10, 14 et 16 adoptés en première lecture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 68.

⁷³ Les termes employés dans les autres versions linguistiques sont les suivants : « officials » (anglais), *المسؤولون* (arabe), *官员* (chinois), « funcionarios » (espagnol) et *должностные лица* (russe).

⁷⁴ Rapport préliminaire, *Annuaire ... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document *A/CN.4/654*, par. 66 ; deuxième rapport, *Annuaire ... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document *A/CN.4/661*, par. 32.

en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence »⁷⁵.

8) La Commission considère que l'immunité de juridiction pénale étrangère est de nature procédurale. Partant, l'immunité de juridiction pénale étrangère n'exonère pas une personne de la responsabilité pénale. C'est un obstacle à l'exercice de la juridiction pénale d'un État à l'encontre des représentants d'un autre État. C'est la position que la Cour internationale de Justice a adoptée dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*⁷⁶ et qui est majoritaire dans la pratique des États et dans la doctrine.

Paragraphe 2

9) Le paragraphe 2 concerne les cas dans lesquels il existe des règles spéciales de droit international relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Cette catégorie de règles spéciales trouve sa manifestation la plus connue et la plus souvent citée dans le régime de privilèges et d'immunités qui existe dans les relations diplomatiques et consulaires en vertu du droit international⁷⁷. Toutefois, il existe d'autres exemples dans le droit international contemporain, conventionnel et coutumier, exemples qui, de l'avis de la Commission, doivent également être pris en compte aux fins de la définition du champ d'application du présent projet d'articles. La Commission considère que ces régimes spéciaux sont bien établis en droit international et que le présent projet d'articles ne devrait affecter ni leur contenu ni leur application. Par ailleurs, il convient de rappeler que, même si c'était dans un autre contexte, la Commission a déjà reconnu l'existence de régimes spéciaux en matière d'immunité à l'occasion de l'élaboration du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, se référant expressément à ces régimes à l'article 3, intitulé « Privilèges et immunités non affectés par les présents articles »⁷⁸. La relation entre le régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État établi dans le présent projet d'articles et les régimes spéciaux susmentionnés a été définie par la Commission au moyen de l'insertion, au paragraphe 2, d'une clause « sans préjudice ». En conséquence, les dispositions du projet d'articles sont « sans préjudice » des dispositions des régimes spéciaux. La Commission a formulé la disposition comme une clause « sans préjudice » des règles spéciales de droit international relatives à l'immunité afin de clarifier qu'elle n'affecte ni l'immunité garantie par les règles en question, quand une telle immunité existe, ni les éventuelles exceptions à celle-ci. La question de savoir si un représentant de l'État peut se prévaloir de cette immunité dépend des règles spéciales qui lui sont applicables et des circonstances qui sont les siennes. En outre, la disposition a été jugée suffisamment générale pour préserver l'inviolabilité et les privilèges dont certaines personnes jouissent en vertu de ces règles spéciales. De surcroît, la Commission a choisi d'employer les termes « dont jouissent » au paragraphe 2 dans un souci de cohérence avec les traités établissant le type de règles spéciales visé dans ce paragraphe, par exemple avec l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatique, qui concerne l'immunité des agents diplomatiques à l'égard de la juridiction pénale de l'État accréditaire.

10) La Commission a utilisé l'expression « règles spéciales » comme synonyme de l'expression « régimes spéciaux » employée dans de précédents travaux. Bien qu'elle n'ait pas défini la notion de « régime spécial », on se référera aux conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, en particulier les conclusions 2 et 3⁷⁹. Aux fins du présent projet d'articles, la Commission entend par « règles spéciales » les règles

⁷⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 19, par. 46. Voir aussi les commentaires de la Commission relatifs à l'article 6 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, en particulier les paragraphes 1 à 3 (*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 24 et 25).

⁷⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (voir supra la note 75)*, p. 25, par. 60. La Cour a adopté la même position en ce qui concerne l'immunité de l'État : voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, aux pages 124, par. 58, et 143, par. 100.

⁷⁷ Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, n° 7310, p. 95, art. 31 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963), *ibid.*, vol. 596, n° 8638, p. 261, art. 43.

⁷⁸ *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 21 à 23, projet d'article 3 et commentaire y relatif.

⁷⁹ *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 251.

internationales, conventionnelles ou coutumières, qui régissent l'immunité de juridiction pénale étrangère des personnes exerçant des activités dans certains domaines des relations internationales. La Commission considère que ces « règles spéciales » coexistent avec le régime défini dans le présent projet d'articles, le régime spécial s'appliquant en cas de conflit entre les deux régimes⁸⁰. En tout état de cause, elle estime que les régimes spéciaux en question sont uniquement ceux établis par des « règles [...] du droit international », la référence au droit international étant un élément essentiel aux fins de la définition de la portée de la clause « sans préjudice »⁸¹.

11) Les régimes spéciaux visés au paragraphe 2 concernent en particulier trois domaines de la pratique internationale dans lesquels a été déterminée l'existence de normes régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir : a) la présence de l'État à l'étranger grâce aux missions diplomatiques, aux postes consulaires et aux missions spéciales ; b) les diverses activités de représentation ou autre liées aux organisations internationales ; c) la présence des forces armées d'un État à l'étranger. Bien que, dans ces trois domaines, il soit possible d'identifier des normes de nature conventionnelle établissant un régime d'immunité de juridiction pénale étrangère, la Commission n'a pas jugé nécessaire de faire figurer au paragraphe 2 une référence expresse aux conventions et instruments internationaux pertinents⁸².

12) Le premier domaine comprend les règles spéciales sur l'immunité de juridiction pénale étrangère applicables aux personnes exerçant des fonctions spécifiques dans un autre État, à titre permanent ou non, du fait de leur affectation à une mission diplomatique, à un poste consulaire ou à une mission spéciale. La Commission est d'avis que les règles énoncées, en particulier, dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur les relations consulaires et la Convention sur les missions spéciales⁸³, ainsi que les règles de droit international coutumier applicables, entrent dans cette catégorie.

13) Le deuxième domaine comprend les règles spéciales sur l'immunité de juridiction pénale dont bénéficient les personnes qui exercent des activités en lien avec une organisation internationale ou dans le cadre d'une organisation internationale. Cette catégorie comprend les règles spéciales applicables aux personnes attachées à une mission auprès d'une organisation internationale, aux délégations aux organes des organisations internationales ou à une délégation à une conférence internationale⁸⁴. La Commission estime qu'il n'est pas nécessaire d'inclure dans ce groupe les règles qui s'appliquent de manière générale aux organisations internationales *per se*. Par contre, elle considère que les normes qui s'appliquent aux agents d'une organisation internationale, en particulier dans les cas où l'agent a été mis à disposition de l'organisation par un État et conserve le statut de représentant de l'État pendant la période où il agit au nom et pour le compte de l'organisation, font bel et bien partie de cette catégorie. Pour ce qui est du deuxième groupe de régimes spéciaux, la Commission a tenu compte de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel⁸⁵, de la

⁸⁰ Dans le commentaire de l'article 3 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission a dit ce qui suit : « [l']article vise à préserver les régimes particuliers en vigueur, notamment à l'égard des personnes attachées aux missions qui y sont mentionnées » (*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 22, par. 5 du commentaire. Voir aussi le paragraphe 1 du commentaire.

⁸¹ Cette référence à l'assujettissement au droit international a également été incluse par la Commission à l'article 3 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, mentionné plus haut. On retiendra que la Commission a particulièrement appelé l'attention sur ce point dans le commentaire du projet d'article 3, en particulier aux paragraphes 1 et 3.

⁸² On retiendra que la Commission n'a pas non plus énuméré ces conventions dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Cependant, dans le commentaire du projet d'article 3 (par. 2), elle s'est référée aux domaines dans lesquels des régimes spéciaux existent, citant expressément certaines des conventions établissant ce type de régimes.

⁸³ Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1400, n° 23431, p. 231.

⁸⁴ Cette énumération suit celle que la Commission a faite à l'article 3 (par. 1 a)) du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

⁸⁵ Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975), A/CONF.67/16 ; Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (n° de vente F.77.V.3), p. 87

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies⁸⁶ et de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées⁸⁷ ainsi que d'autres normes conventionnelles et coutumières applicables dans ce domaine.

14) Le troisième domaine est celui des règles spéciales relatives à l'immunité de juridiction pénale liée à la présence légale des forces armées d'un État dans un autre État. Cette catégorie comprend l'ensemble des règles applicables au stationnement de troupes sur le territoire d'un État tiers, y compris celles énoncées dans les accords sur le statut des forces, dans les accords de siège ou dans les traités de coopération militaire. Sont inclus également les accords conclus à l'occasion d'activités ponctuelles menées par les forces armées dans un État étranger.

15) L'énumération des règles spéciales figurant au paragraphe 2 est précédée de l'expression « en particulier », ce qui indique que la clause ne s'applique pas exclusivement à ces trois domaines de règles spéciales. La Commission a en outre appelé l'attention sur le fait que, dans la pratique, il est possible de rencontrer des règles spéciales qui s'appliquent dans d'autres domaines, en particulier dans le contexte de l'établissement, sur le territoire d'un État, d'institutions et de centres étrangers œuvrant à la coopération économique, technique, scientifique ou culturelle, qui repose habituellement sur des accords de siège spécifiques, ou dans le contexte du stationnement de personnel paramilitaire ou de personnel de police sur le territoire d'un autre État sur la base d'un accord à cet effet.

16) Enfin, il convient de signaler que la Commission avait envisagé la possibilité de mentionner au paragraphe 2 la pratique qui consiste pour un État à conférer unilatéralement l'immunité de juridiction pénale étrangère au représentant d'un État étranger. Néanmoins, elle a décidé de ne pas le faire.

17) La Commission a estimé que la formulation du paragraphe 2 devait être alignée sur celle du paragraphe 1. De fait, il faut tenir compte du fait que le présent projet d'articles concerne l'immunité de juridiction pénale étrangère de certaines personnes qualifiées de « représentants » et que, par conséquent, cet élément subjectif doit aussi être reflété dans la clause « sans préjudice ». L'expression « personnes attachées à » est employée par analogie avec la formulation employée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (art. 3). La portée de la notion de « personnes attachées à » sera fonction du contenu des règles définissant le régime spécial applicable à ces personnes, raison pour laquelle il est impossible de formuler a priori une définition unique de cette catégorie. Il en va de même pour le personnel civil attaché aux forces armées de l'État, qui ne sera couvert par le régime spécial que dans la mesure où l'instrument juridique applicable à telle ou telle situation en dispose ainsi. Le terme « personnes » se réfère aux personnes physiques. En conséquence, la disposition concerne uniquement les immunités des individus et non, par exemple, celles des missions diplomatiques ou des postes consulaires eux-mêmes.

18) La combinaison de la notion de « personnes attachées à » et de celle de « règles spéciales » est indispensable aux fins de la détermination de la portée et de la signification de la clause « sans préjudice » énoncée au paragraphe 2. De fait, la Commission considère que les personnes visées dans ce paragraphe (agents diplomatiques, fonctionnaires consulaires, membres d'une mission spéciale, agents d'une organisation internationale et membres des forces armées d'un État, entre autres) sont automatiquement exclues du champ d'application du présent projet d'articles non pas du simple fait qu'elles appartiennent à cette catégorie de représentants, mais parce que, dans une situation donnée, elles sont couvertes par un des régimes spéciaux auxquels fait référence le paragraphe 2 du projet d'article 1. En pareille circonstance, l'immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier ces personnes au titre des régimes spéciaux qui leur sont applicables ne sera pas affectée par les dispositions du présent projet d'articles.

⁸⁶ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.

⁸⁷ Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (New York, 21 novembre 1947), *ibid.*, vol. 33, n° 521, p. 261.

Paragraphe 3

19) Le paragraphe 3 concerne le rapport entre le présent projet d'articles et les droits et obligations des États Parties en vertu d'accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales, dans les relations entre les parties à ces accords.

20) La Commission a déterminé qu'il était nécessaire de faire expressément référence aux accords relatifs aux juridictions pénales internationales dans le projet d'article 1, consacré au champ d'application du projet d'articles. Le paragraphe 3 souligne la séparation et l'indépendance du présent projet d'articles, qui ne porte pas atteinte aux droits et obligations des États en vertu d'accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales. La Commission l'a rédigé dans l'intention de s'assurer que le projet d'articles ne remettrait pas en question les acquis de ces régimes légaux spéciaux. La Commission a en outre jugé que le paragraphe était nécessaire pour préserver les obligations et les droits existants des États dans l'éventualité où le projet d'articles donnerait lieu à la conclusion d'un traité et où ils pourraient donc être soumis au principe *lex posterior derogat legi priori* reflété à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁸.

21) Le paragraphe 3 s'inspire de l'article 26 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, intitulé « Autres accords internationaux », aux termes duquel « [I]es dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux droits et obligations que pourraient avoir les États Parties en vertu d'accords internationaux en vigueur auxquels ils seraient parties, traitant de questions faisant l'objet de la présente Convention ». Le but de ce paragraphe est de protéger les « droits et obligations des États en vertu d'accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales, dans les relations entre les parties à ces accords ».

22) La formule « aux droits et obligations des États » fait référence à l'ensemble des droits et obligations découlant d'un accord international instituant ou relatif au fonctionnement d'une juridiction pénale internationale. La Commission a estimé qu'elle était préférable à d'autres propositions comme les formules « à la question de l'immunité » réglementée dans ces accords ou « aux normes qui régissent le fonctionnement des juridictions pénales internationales », qui ont été considérées, respectivement, comme trop restrictive et trop large aux fins de l'objectif visé par le paragraphe 3 du projet d'article 1. Les termes « accords internationaux instituant ou relatifs au fonctionnement des juridictions pénales internationales » désignent les règles internationales considérées comme des régimes spéciaux aux fins du paragraphe 3 du projet d'article 1, compte tenu de l'objectif recherché par cette clause. Le libellé de l'article 26 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens n'a donc pas été repris, parce que le membre de phrase « traitant de questions faisant l'objet de la Convention » n'était pas suffisamment clair pour refléter le rapport entre le présent projet d'articles et les régimes applicables aux juridictions pénales internationales. Le terme « accords internationaux » inclut les actes constitutifs de chaque juridiction pénale internationale – et ce, que ces accords aient été conclus entre des États ou entre des États et des organisations internationales –, y compris le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁸⁹.

23) Les termes « ou relatifs au fonctionnement » reflètent à la fois le large champ d'application de la disposition et le fait que, en réalité, des accords autres que ceux instituant des juridictions internationales peuvent être pertinents. La Commission a par exemple constaté qu'en ce qui concerne les juridictions pénales internationales, les États pouvaient avoir des obligations découlant des dispositions de la Charte des Nations Unies – notamment l'Article 25, lu conjointement avec les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité –, qui peuvent servir de fondement juridique à l'institution ou au fonctionnement de ces juridictions. Ainsi, le Conseil de sécurité a créé des juridictions internationales par des

⁸⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

⁸⁹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

résolutions adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies⁹⁰, dont découlent des obligations correspondantes. On peut aussi citer comme exemple le système qui permet au Conseil de sécurité de renvoyer des situations à la Cour pénale internationale⁹¹. Les accords relatifs au fonctionnement des tribunaux hybrides et internationalisés, qui ont dans bien des cas été créés par des dispositions de droit interne, parfois à l'initiative d'organisations internationales mondiales ou régionales, peuvent également être pertinents.

24) La Commission a envisagé d'ajouter un alinéa expressément consacré aux juridictions internationales établies par des organisations internationales. Toutefois, elle a décidé que comme ces juridictions étaient en dernière analyse fondées sur un traité, il n'était pas nécessaire de le faire.

25) Le paragraphe 3 se termine par la formule « dans les relations entre les parties à ces accords ». L'objectif est de souligner que les régimes juridiques conventionnels applicables aux juridictions pénales internationales, au regard du droit des traités, ne s'appliquent qu'aux relations entre les parties à l'accord instituant telle ou telle juridiction pénale internationale. La formule reflète le principe bien établi en droit des traités selon lequel un traité ne peut pas créer d'obligations pour un État qui n'a pas consenti à être lié par lui. Elle n'implique toutefois aucune prise de position quant à toute autre obligation pouvant être imposée aux États en vertu du droit international, en particulier par le Conseil de sécurité ou toute autre organisation internationale.

Article 3 **Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae***

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Commentaire

1) Le projet d'article 3 contient la liste des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, à savoir le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Le texte se borne à identifier les personnes auxquelles s'applique ce type d'immunité, sans se référer à la portée matérielle de celui-ci.

2) La Commission considère qu'il y a deux raisons connexes, l'une liée à la notion de représentation et l'autre à celle de fonction, de reconnaître l'immunité *ratione personae* des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères. Premièrement, en vertu des règles du droit international, ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques⁹². Deuxièmement, ils doivent être en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave⁹³. Il importe peu que ces représentants aient ou non la nationalité de l'État dans lequel ils occupent le poste de chef de l'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères.

⁹⁰ Voir les résolutions du Conseil de sécurité 827 (1993), portant création du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, et 955 (1994), portant création du Tribunal international pour le Rwanda et adoption du Statut du Tribunal.

⁹¹ Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 13 b) et 15 *ter*, et Accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la Cour pénale internationale (New York, 4 octobre 2004), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2283, n° 1272, p. 195, art. 17.

⁹² Selon la Cour internationale de Justice, « c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions » (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, à la page 27, par. 46).

⁹³ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 75 *supra*), p. 21 et 22, par. 53 et 54, où la Cour internationale de Justice développe tout particulièrement ce deuxième élément à propos du ministre des affaires étrangères.

3) L'affirmation selon laquelle les chefs d'État jouissent de l'immunité *ratione personae* n'est pas contestée, les règles de droit international coutumier qui établissent ce principe étant bien reconnues. En outre, diverses conventions contiennent des dispositions qui font directement référence à l'immunité de juridiction du chef de l'État. On retiendra à cet égard le paragraphe 1 de l'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, qui reconnaît expressément que le chef de l'État, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, en plus de celles accordées par la Convention, des immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État en visite officielle. De même, le paragraphe 1 de l'article 50 de la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel fait référence aux autres « immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État ». Dans le même esprit, quoique sur un plan différent, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens fait expressément référence, dans la clause de sauvegarde que constitue le paragraphe 2 de son article 3, aux immunités que le droit international reconnaît aux chefs d'État.

4) L'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État a également été reconnue dans la jurisprudence, au niveau tant international que national. Ainsi, la Cour internationale de Justice a évoqué expressément l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt*⁹⁴ et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁹⁵. Il y a lieu de souligner que, selon une jurisprudence constante, bien que peu abondante et peu représentative géographiquement, les juridictions nationales considèrent que les chefs d'État bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, que ce soit dans le cadre de procédures portant sur l'immunité du chef de l'État ou dans le raisonnement suivi pour décider si l'immunité de juridiction pénale étrangère s'applique à d'autres représentants de l'État⁹⁶.

⁹⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 75), p. 20 et 21, par. 51.

⁹⁵ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, aux pages 236 et 237, par. 170.

⁹⁶ Des juridictions nationales ont à diverses reprises admis l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* du chef de l'État comme base de leur décision quant au fond et considéré qu'il n'était pas possible d'engager des poursuites au pénal contre un chef d'État en exercice. Voir à cet égard : République fédérale d'Allemagne, *Honecker*, Cour suprême fédérale, Deuxième Chambre criminelle, arrêt du 14 décembre 1984 (affaire n° 2 ARs 252/84), reproduit dans *International Law Reports*, vol. 80, p. 365 et 366 ; Espagne, *Roi du Maroc*, Audiencia Nacional, décision de la Chambre pénale du 23 décembre 1998 ; France, *Khadafi*, Cour d'appel de Paris, arrêt du 20 octobre 2000, et Cour de cassation, arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001) ; Espagne, *Fidel Castro*, Audiencia Nacional, décision de la Chambre pénale plénière du 13 décembre 2007 (l'Audiencia Nacional s'était déjà prononcée de la même manière au sujet de deux plaintes déposées contre Fidel Castro en 1998 et 2005) ; et affaire *Paul Kagame*, Audiencia Nacional, quatrième juridiction centrale d'instruction (Espagne), ordonnance du 6 février 2008. Toujours dans le cadre de poursuites pénales, mais à titre de remarque incidente, divers tribunaux ont en de nombreuses occasions reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* de manière générale. Dans ces affaires, les tribunaux nationaux n'ont pas reconnu l'immunité de tel ou tel chef d'État, soit parce que l'intéressé avait achevé son mandat et n'était plus chef d'État en exercice, soit parce qu'il n'était pas chef d'État et ne l'avait jamais été. Voir Espagne, *Pinochet (solicitud de extradición)*, Audiencia Nacional, cinquième juridiction centrale d'instruction, décision relative à la demande d'extradition du 3 novembre 1998 ; Royaume-Uni, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, Chambre des lords, arrêt du 24 mars 1999, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581 ; Belgique, *H. S. A. et al. c. S. A. et al.* (action publique contre Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts), Cour de cassation, arrêt du 12 février 2003 (P-02-1139.F), reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 42, n° 3 (2003), p. 596 à 605 ; Espagne, *Scilingo*, Audiencia Nacional, Chambre criminelle, troisième section, décision du 27 juin 2003 ; France, *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FONVAC SOS catastrophe », Association des familles des victimes du Joola et autres*, Cour de cassation, Chambre criminelle, arrêt du 19 janvier 2010 (09-84.818), *Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle*, n° 1 (janvier 2020), p. 41 ; Royaume-Uni, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Cour administrative de la Haute Cour de Justice (Royaume-Uni), jugement du 29 juillet 2011 ([2001] EWHC 2029 (Admin), *International Law Reports*, vol. 147, p. 633) ; Suisse, *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal pénal fédéral (BB.2011.140), jugement du 25 juillet 2012. Il y a lieu de souligner que les tribunaux nationaux n'ont jamais nié qu'un chef d'État jouissait de l'immunité de juridiction pénale et que cette immunité lui

5) La Commission considère que les personnes qui exercent effectivement la charge de chef d'État bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Le titre conféré au chef d'État dans les différents États, le statut de chef d'État (statut de souverain ou autre) et le caractère individuel ou collégial de la fonction sont indifférents aux fins du présent projet d'articles⁹⁷.

6) La reconnaissance de l'immunité *ratione personae* du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères est due au fait que, en vertu du droit international, leurs fonctions de représentation de l'État ont été reconnues comme étant proches de celles du chef d'État. Par exemple, le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères n'ont pas à produire les pleins pouvoirs pour conclure des traités⁹⁸ et ces trois personnalités sont traitées sur un pied d'égalité du point de vue de la protection internationale dont elles jouissent⁹⁹ et en ce qui concerne leur participation à la représentation de l'État¹⁰⁰. L'immunité des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères est mentionnée dans la Convention de Vienne sur les missions spéciales, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et, de manière implicite, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹⁰¹.

était due *ratione personae*. Il y a lieu de noter également que les tribunaux civils ont toujours reconnu l'immunité de juridiction *ratione personae* des chefs d'État, et le nombre de décisions rendues à cet égard est plus élevé. Voir, par exemple, États-Unis, *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Cour suprême de l'État de New York, arrêt du 31 octobre 1988 (535 N.Y.S.2d 1258) (141 Misc.2d 787) ; Belgique, *Mobutu c. SA Cotoni*, Tribunal civil de Bruxelles, jugement du 29 décembre 1988 ; Suisse, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal fédéral, arrêt du 2 novembre 1989 ATF 115 Ib 496), en partie reproduit dans *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), p. 534 à 537 (version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 102, p. 198) ; États-Unis d'Amérique, *Lafontant v. Aristide*, tribunal fédéral du district est de l'État de New York, jugement du 27 janvier 1994, 844 F. Supp. 128 ; Autriche, *W v. Prince of Liechtenstein*, Cour suprême, arrêt du 14 février 2001 (7 Ob 316/00x) ; États-Unis, *Tachiona v. Mugabe* (« *Tachiona I* »), tribunal fédéral du district sud de l'État de New York, jugement du 30 octobre 2001 (169 F.Supp.2d 259) ; États-Unis, *Fotso v. Republic of Cameroon*, tribunal fédéral du district de l'Oregon, décision du 22 février 2013 (6:12CV 1415-TC).

⁹⁷ Il est intéressant à cet égard de rappeler les dispositions de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 50, par. 1) et de la Convention sur les missions spéciales (art. 21, par. 1) qui s'appliquent aux organes collégiaux exerçant les fonctions de chef de l'État. En revanche, la Commission n'a pas jugé nécessaire de faire mention de cette catégorie dans son projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection (*Annuaire ... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 340, par. 2 du commentaire de l'article premier), et cette catégorie ne figure pas dans le texte définitif de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, n° 15410, p. 167).

⁹⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 7, par. 2 (al. a)). La Cour internationale de Justice a adopté une position analogue au sujet de la capacité du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères d'engager l'État par des actes unilatéraux (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (voir *supra* la note 92), p. 27, par. 46).

⁹⁹ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. premier, par. 1 (al. a)).

¹⁰⁰ Voir, à cet égard, la Convention sur les missions spéciales, art. 21, et la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 50.

¹⁰¹ L'article 21 de la Convention sur les missions spéciales mentionne, outre le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, même s'ils figurent dans des paragraphes distincts (le paragraphe 1 est consacré au chef de l'État et le paragraphe 2 au chef du gouvernement, au ministre des affaires étrangères et aux autres personnalités de rang élevé). La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel suit le même modèle et mentionne également les autres personnes de rang élevé dans des paragraphes distincts. En revanche, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne mentionne *eo nomine* que le chef de l'État (art. 3, par. 2), et les deux autres catégories de personnalités sont considérées comme étant comprises dans

7) Tous les exemples cités sont le résultat des travaux de la Commission, qui s'est penchée à diverses reprises sur la question de savoir s'il y avait lieu ou non de viser expressément les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères dans des instruments internationaux. À cet égard, il a été observé que dans l'article 3 de la Convention sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, le chef d'État est spécifiquement mentionné alors que ne s'y trouve aucune référence expresse au chef de gouvernement ni au ministre des affaires étrangères. Il paraît cependant impossible de déduire des exemples qui viennent d'être cités que la Commission devrait également accorder un traitement différent aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères dans le présent projet d'articles, et *a fortiori*, qu'elle devrait exclure les chefs de gouvernement et le ministre des affaires étrangères du projet d'article 3. Divers éléments doivent être pris en compte à cet égard. Premièrement, le présent projet d'articles porte exclusivement sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, alors que la Convention sur les missions spéciales et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel portent sur tous les types d'immunité dont peuvent bénéficier les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Deuxièmement, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens porte sur l'immunité des États, et l'immunité de juridiction pénale n'entre pas dans son champ d'application¹⁰². En outre, la Commission n'a pas rejeté l'idée que des immunités puissent être reconnues aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, bien au contraire, elle a reconnu leur existence, mais n'a simplement pas mentionné expressément ces catégories de représentants de l'État au paragraphe 2 de l'article 3, « car il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive, et leur énumération soulèverait en outre la question de la base et de l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont jouissent les intéressés¹⁰³ ». Troisièmement, il faut également garder à l'esprit que tous les exemples cités sont antérieurs à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

8) Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a expressément déclaré qu'« il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, 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, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales¹⁰⁴ ». Elle a réitéré cette constatation dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*¹⁰⁵. L'un et l'autre de ces arrêts ont suscité d'amples discussions au sein de la Commission, en particulier à propos du ministre des affaires étrangères. La Commission a conclu que l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* reflétait le droit international coutumier et que les ministres des affaires étrangères bénéficiaient donc de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Selon la Commission, la position du ministre des affaires étrangères et les fonctions particulières qu'il exerce dans les relations internationales constituent la base de la reconnaissance de cette immunité de juridiction pénale étrangère.

9) Pour ce qui est de la pratique des juridictions nationales, la Commission a aussi constaté que, s'il n'y a qu'un très petit nombre de décisions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* du chef de gouvernement et pratiquement aucune décision concernant le ministre des affaires étrangères, il n'en est pas moins vrai que les juridictions nationales qui ont eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet ont toujours

les « représentants de l'État » figurant à l'article 2, par. 1 (al. b) iv)). Voir les paragraphes 6 et 7 du commentaire de l'article 3 des articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 22.

¹⁰² Le membre de phrase « ne couvre pas les poursuites au pénal » a été proposé par le Comité spécial créé à cet effet par l'Assemblée générale et a finalement été inséré au paragraphe 2 du dispositif de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004 en vertu de laquelle la Convention a été adoptée.

¹⁰³ Par. 7 du commentaire de l'article 3 (*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 22).

¹⁰⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 75), p. 20 et 21, par. 51.

¹⁰⁵ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 95), p. 236 et 237, par. 170.

considéré que ces représentants de rang élevé bénéficiaient effectivement de l'immunité de juridiction pénale étrangère durant leur mandat¹⁰⁶.

10) Au terme du débat, la Commission a constaté l'existence de motifs suffisants dans la pratique et en droit international pour conclure que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficiaient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Il a donc été décidé de les inclure dans le projet d'article 3. Dans la version anglaise, la Commission a préféré le terme « *enjoy* » à la formule « *shall enjoy* » parce que l'immunité est garantie par le droit international coutumier et l'introduction de l'auxiliaire « *shall* » semblait affaiblir involontairement la disposition.

11) La Commission a aussi examiné si d'autres représentants de l'État pourraient figurer sur la liste des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*. Elle a tenu compte de ce que des personnalités de rang élevé autres que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères participaient de plus en plus aux relations internationales. Elle a également pris en considération le fait que l'emploi de la formule « telles que » dans l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* pouvait être interprété comme étendant le régime de l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État de rang élevé. Toutefois, elle a considéré que les mots « telles que » n'avaient pas pour effet d'élargir la catégorie des personnes qui bénéficient de ce type d'immunité, la Cour les ayant employés dans le contexte d'un différend particulier portant sur l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un ministre des affaires étrangères.

12) Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice est revenue sur la question de l'immunité de fonctionnaires de rang élevé autres que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Elle a examiné séparément l'immunité du chef de l'État de Djibouti et celle de deux autres personnes de rang élevé, à savoir le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale de Djibouti. S'agissant du chef de l'État, la Cour a affirmé très clairement que, de manière générale, celui-ci jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, bien que cette immunité n'ait pas trouvé à s'appliquer en l'espèce puisque l'invitation à témoigner émanant des autorités françaises n'avait pas un caractère coercitif¹⁰⁷. Pour les deux autres personnes de rang élevé, la Cour a déclaré que les actes qui leur étaient attribués n'avaient pas été accomplis dans le cadre de leurs fonctions¹⁰⁸ ; après avoir dit ne pas bien comprendre si Djibouti invoquait l'immunité de l'État, une immunité personnelle ou quelque autre type d'immunité, elle conclut : « [L]a Cour constate tout d'abord qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la Convention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce »¹⁰⁹.

¹⁰⁶ S'agissant de la reconnaissance de l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères, voir les affaires suivantes, pénales et civiles, dans lesquelles des juridictions nationales ont exprimé une opinion à ce sujet, soit pour motiver des décisions sur le fond, soit de manière incidente : France, *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, n° 2 (1962), p. 418 (également reproduit dans *International Law Reports*, vol. 47, p. 275 (où est implicitement reconnue, *a contrario*, l'immunité d'un ministre des affaires étrangères) ; États-Unis, *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, tribunal du premier circuit (État de Hawaï), jugement du 9 septembre 1963 (reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 186 et 187) ; États-Unis, *Saltany and others v. Reagan and others*, tribunal du district de Columbia, jugement du 23 décembre 1988, 702F. Supp 319, *International Law Reports*, vol. 80, p. 19 ; États-Unis, *Tachiona v. Mugabe* (« *Tachiona I* ») (note 96 *supra*) ; Belgique, *H. S. A. et al. c. S. A. et al. (action publique contre Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts)*, Cour de cassation, 12 février 2003 (note 96 *supra*).

¹⁰⁷ Voir *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (note 95 *supra*), p. 236 à 240, par. 170 à 180.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 243, par. 191.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 243 et 244, par. 194. Voir, en général, les paragraphes 181 à 197, *ibid.*, aux pages 240 à 244.

13) Dans la pratique des juridictions nationales, un certain nombre de décisions traitent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* d'autres fonctionnaires de rang élevé. Cependant, les décisions en question ne sont pas concluantes. Si certaines sont favorables à l'immunité *ratione personae* de hauts représentants de l'État comme le ministre de la défense ou le ministre du commerce international¹¹⁰, dans d'autres décisions la juridiction nationale conclut que la personne en cause ne bénéficie pas de l'immunité, soit parce qu'elle n'est pas un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, soit parce qu'elle n'appartient pas au cercle étroit des représentants qui ont le bénéfice de ce type de traitement¹¹¹, ce qui montre qu'il est très difficile d'identifier les personnalités de rang élevé autres que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères qui peuvent incontestablement être considérées comme bénéficiant de l'immunité *ratione personae*. Il convient aussi de souligner que, dans certaines de ces décisions, l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de rang élevé est analysée sous différents angles – immunité *ratione personae*, immunité *ratione materiae*, immunité de l'État, immunité au titre de la participation à une mission spéciale –, ce qui montre les incertitudes liées à la détermination précise de l'immunité de juridiction pénale étrangère dont pourraient bénéficier des représentants de rang élevé autres que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères¹¹².

¹¹⁰ Voir, à ce propos, Royaume-Uni, *General Shaul Mofaz* (Ministre israélien de la défense), tribunal de district de Bow Street, jugement du 12 février 2004, reproduit dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 771, et *Bo Xilai* (Ministre chinois du commerce international), tribunal d'instance de Bow Street, jugement du 8 novembre 2005, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 128, p. 713, où l'immunité de M. Bo Xilai a été reconnue, non seulement parce qu'il a été considéré comme un représentant de rang élevé, mais surtout parce qu'il était en mission spéciale au Royaume-Uni. Un an plus tard, dans une affaire civile, le pouvoir exécutif des États-Unis a estimé que M. Bo Xilai jouissait de l'immunité aux États-Unis, parce qu'il était en mission spéciale : *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, tribunal du district de Columbia, 24 juillet 2006 (Civ. No. 04-0649) : voir tribunal de district des États-Unis d'Amérique, district de Columbia, *Weixum et al. v. Xilai*, 568 F. Supp. 2d 35 (D.D.C. 2008) (s'en remettant à la position du pouvoir exécutif). En France, dans l'affaire *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FONVAC SOS catastrophe », Association des familles des victimes du Joola et autres*, Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 janvier 2010 (voir *supra* la note 96), la Cour a affirmé de manière générale qu'un ministre de la défense en exercice jouissait de l'immunité *ratione personae* à l'égard de la juridiction pénale étrangère, mais n'a reconnu en l'espèce qu'une immunité *ratione materiae* car la personne en cause n'occupait plus ce poste. En Suisse, dans l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal pénal fédéral, 25 juillet 2012 (voir *supra* la note 96), le Tribunal a déclaré de manière générale qu'un ministre de la défense en exercice jouissait de l'immunité *ratione personae* à l'égard de la juridiction pénale étrangère, mais il n'a pas reconnu cette immunité en l'espèce parce que M. Nezzar n'était plus en fonction et que les faits commis constituaient des crimes internationaux, ce qui le privait aussi de l'immunité *ratione materiae*.

¹¹¹ Voir, à titre d'exemple, l'affaire *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal administratif, Haute Cour de Justice (Royaume-Uni), jugement du 29 juillet 2011 (voir *supra* la note 96), où le Tribunal a estimé, en se fondant sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* (voir *supra* la note 75), que « le droit international coutumier reconnaît à certaines personnes occupant des postes de rang élevé le bénéfice de l'immunité *ratione personae* durant l'exercice de leurs fonctions » (par. 55) dès lors qu'elles appartiennent au cercle étroit de personnes « auxquelles il doit être possible d'accorder un statut similaire » (par. 59) à celui de chef d'État, de chef de gouvernement ou de ministre des affaires étrangères visé dans l'arrêt précité. Après avoir analysé les fonctions exercées par M. Khurts Bat, le tribunal conclut que celui-ci n'appartient pas à ce cercle étroit (par. 61). Auparavant, la Cour d'appel de Paris avait refusé de reconnaître l'immunité de M. Ali Reza au motif qu'il était ministre d'État de l'Arabie saoudite, et non ministre des affaires étrangères (voir *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Cour d'appel de Paris, 28 avril 1961) (voir *supra* la note 106). Dans le même ordre d'idées, dans un arrêt de 2015, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a jugé qu'un Second Vice-Président, chargé de la défense et de la sécurité de l'État, ne bénéficiait pas de l'immunité parce que ses fonctions n'étaient pas celles de chef d'État, de chef de gouvernement ou de ministre des affaires étrangères. Cour de Cassation, Chambre criminelle, 15 décembre 2015, n° 15-83.156. Dans l'affaire *United States of America v. Noriega*, la cour d'appel du onzième circuit, dans son arrêt du 7 juillet 1997 (appels n°s 92-4687 et 96-4471), a dit que M. Noriega, ancien commandant en chef des forces armées panaméennes, ne pouvait pas être inclus dans la catégorie des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, rejetant l'argument selon lequel, à l'époque des faits, l'intéressé était chef d'État ou leader *de facto* du

14) La Commission s'est déjà intéressée à l'immunité des personnes de rang élevé dans son projet d'articles sur les missions spéciales et son projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales¹¹³. Il faut toutefois rappeler que ces instruments ne visent qu'à maintenir à ces personnes le bénéfice des immunités qui leur sont accordées en vertu du droit international en dehors du cadre de ces instruments. Cependant, ni dans le texte des projets d'articles ni dans les commentaires y relatifs de la Commission, il n'est clairement indiqué en quoi consistent ces immunités et si

Panama (117 F.3d 1206 (*International Law Reports*, vol. 121, p. 591). Aux États-Unis également, dans l'affaire *Republic of Philippines v. Marcos* le tribunal fédéral du district nord de Californie a dit dans son jugement du 11 février 1987 (665 F. Supp. 793) que le Procureur général des Philippines ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione personae*. Dans l'affaire *Fotso v. Republic of Cameroon*, l'exécutif a informé le tribunal que le Président du Cameroun jouissait de l'immunité en tant que chef d'État en exercice et l'affaire a été classée. Tribunal fédéral du district de l'Oregon (États-Unis), *Fotso v. Republic of Cameroon*, 25 janvier 2013, n° 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 25424, at *2–6 (D. Ore. Jan. 25, 2013). L'exécutif n'a rien dit de l'immunité du Ministre de la défense ni du Secrétaire d'État auprès du Ministre de la défense mais le tribunal a par la suite conclu que ces représentants jouissaient de l'immunité car ils avaient agi en leur qualité officielle. États-Unis, tribunal fédéral du district de l'Oregon, *Fotso v. Republic of Cameroon*, 16 mai 2013, n° 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 83948, at*3, *16–21 (D. Ore. May 16, 2013). Il faut garder à l'esprit que les deux affaires précitées mettaient en cause l'exercice de la compétence civile. Il faut aussi noter que, dans certains cas, les juridictions nationales n'ont pas reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction à des personnes occupant des postes de rang élevé dans des entités constitutives d'un État fédéral. Voir à ce propos les affaires suivantes : Royaume-Uni, *R. (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, Tribunal du banc de la Reine (tribunal divisionnaire), décision du 25 novembre 2005 ([2005] EWHC 2704 (Admin)), où le tribunal a refusé de reconnaître l'immunité du Gouverneur et chef de l'exécutif de l'État de Bayelsa au sein de la République fédérale du Nigéria ; Italie, *Ministère public (Tribunal de Naples) c. Milo Djukanovic*, Cour de cassation (troisième Chambre criminelle), arrêt du 28 décembre 2004 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 568), où la Cour a refusé le bénéfice de l'immunité au Président du Monténégro avant l'accession à l'indépendance de ce pays. En Suisse, dans l'affaire *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice* (jugement du 22 décembre 2005, 1A 288/2005, disponible à l'adresse suivante : <http://opil.ouplaw.com>, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 339 (CH 2005)]), le Tribunal fédéral a refusé le bénéfice de l'immunité à un ancien ministre de l'énergie atomique de la Fédération de Russie dans une affaire d'extradition, reconnaissant cependant dans une déclaration incidente la possibilité de reconnaître cette immunité à des représentants de haut rang sans préciser lesquels.

¹¹² La décision rendue dans l'affaire *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* précitée (voir *supra* la note 96) est un bon exemple. Dans l'affaire *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FONVAC SOS catastrophe », Association des familles des victimes du Joola et autres* (voir *supra* la note 96), la Cour s'est prononcée simultanément, et sans faire nettement la distinction entre elles, sur l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Dans l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération* (voir *supra* la note 96), après avoir procédé à une analyse générale de l'immunité *ratione personae*, le Tribunal a également examiné si l'immunité *ratione materiae* ou l'immunité diplomatique revendiquée par l'intéressé pouvait s'appliquer. Dans d'autres affaires, les arguments avancés par les juridictions nationales sont encore moins précis, comme aux États-Unis, dans l'affaire *Kilroy v. Windsor*, où le tribunal fédéral du district nord de l'Ohio (division Est) a dans sa décision du 7 décembre 1978 en matière civile (Civ. No. C-78-291) reconnu le bénéfice d'une immunité *ratione personae* au Prince de Galles en raison de sa qualité de membre de la famille royale britannique et d'héritier de la Couronne, mais aussi parce qu'il était en mission officielle aux États-Unis. Dans l'affaire *Bo Xilai* (voir *supra* la note 110), il faut souligner que si les juridictions du Royaume-Uni et des États-Unis ont toutes deux reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction au Ministre chinois du commerce, c'était parce que celui-ci était en visite officielle et jouissait d'une immunité liée à sa participation à une mission spéciale.

¹¹³ Projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, approuvé par la Commission à sa vingt-troisième session, *Annuaire ... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document [A/8410/Rev.1](#), p. 301. En d'autres occasions, la Commission a employé les expressions « personnalité officielle » (projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, art. premier, *Annuaire ... 1972*, vol. II, document [A/8710/Rev.1](#)) et « autres personnalités de rang élevé » (projet d'articles sur les missions spéciales, art. 21, *Annuaire ... 1967*, vol. II, document [A/6709/Rev.1](#) et [Rev.1/Corr.1](#), p. 381).

elles comprennent ou non une immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Il faut aussi souligner que bien que ces personnes de rang élevé puissent être considérées comme faisant partie de la catégorie des « représentants de l'État » visés au paragraphe 1 b) iv) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, cet instrument – comme il a été dit plus haut – ne couvre pas les « poursuites pénales ». Néanmoins, la Commission a observé que les personnalités de rang élevé peuvent bénéficier du régime d'immunité lié aux missions spéciales, y compris l'immunité de juridiction pénale étrangère, lorsqu'elles sont en visite officielle dans un État tiers, ce qui peut être un moyen de garantir la bonne exécution des fonctions sectorielles de cette catégorie de personnalités de rang élevé au niveau international.

15) Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère que les « autres personnalités de rang élevé » ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* aux fins du présent projet d'articles, mais que cela est sans préjudice des règles relatives à l'immunité *ratione materiae* et du fait que, lorsqu'elles sont en visite officielle, ces personnes peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère conformément aux règles du droit international relatives aux missions spéciales. En outre, elle fait observer que, comme prévu au paragraphe 2 du projet d'article 1, le présent projet d'articles est sans préjudice de l'application de pareils régimes spéciaux.

16) Dans le projet d'article 3, le membre de phrase « à l'égard de l'exercice de » vise à la fois l'immunité *ratione personae* et la juridiction pénale étrangère. La Commission a décidé de ne pas employer la même expression dans le projet d'article 1 (Champ d'application du présent projet d'articles) afin de ne pas préjuger des aspects de fond de l'immunité, en particulier sa portée, qui fera l'objet d'autres projets d'article¹¹⁴. Dans le présent projet d'article, la Commission a décidé de conserver l'expression « à l'égard de l'exercice de », qui montre bien la relation entre l'immunité et la juridiction pénale étrangère et souligne le caractère essentiellement procédural de l'immunité qui joue par rapport à l'exercice de la juridiction pénale à l'égard d'un acte particulier¹¹⁵.

Article 4

Portée de l'immunité *ratione personae*

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.
3. La cessation de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 traite de la portée de l'immunité *ratione personae* dans ses aspects temporel (par. 1) et matériel (par. 2). Bien que chacun de ces aspects soit conceptuellement autonome, la Commission a décidé de les faire figurer dans un même article afin de donner une vue plus complète de la signification et de la portée de l'immunité dont bénéficient les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Elle a décidé de traiter d'abord de l'aspect temporel, car cela permet de mieux comprendre la portée de l'immunité *ratione personae*, qui est limitée à une période déterminée.

2) En ce qui concerne la portée temporelle de l'immunité *ratione personae*, la Commission a jugé nécessaire d'ajouter l'adverbe « uniquement » afin de souligner l'idée que ce type d'immunité s'applique aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères exclusivement pendant la période durant laquelle ils

¹¹⁴ Voir *supra* le paragraphe 2) du commentaire du projet d'article 1.

¹¹⁵ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 75 *supra*), p. 25, par. 60 ; et *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* (note 76 *supra*), p. 124, par. 58.

exercer leur mandat. Cela est cohérent avec la raison même qui fonde la reconnaissance de cette immunité, qui n'est autre que la position particulière dans laquelle se trouvent les personnes occupant ces charges au sein de la structure de l'État, qui les place, en vertu du droit international, dans une situation particulière où elles ont un lien représentatif et fonctionnel avec l'État dans le cadre des relations internationales. En conséquence, l'immunité *ratione personae* perd son sens lorsque la personne qui en bénéficie cesse d'exercer sa charge.

3) Cette position a été confirmée par la Cour internationale de Justice qui, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, a dit :

Dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé¹¹⁶.

Bien que la Cour fasse référence au ministre des affaires étrangères, le même raisonnement s'applique, *a fortiori*, au chef d'État et au chef de gouvernement. En outre, la limitation de l'immunité *ratione personae* à la période pendant laquelle les personnes qui bénéficient de cette immunité sont dans l'exercice de leurs fonctions se retrouve aussi dans les conventions qui établissent un régime spécial d'immunité *ratione personae*, en particulier la Convention de Vienne sur les relations consulaires diplomatiques et la Convention sur les missions spéciales¹¹⁷. La Commission elle-même, dans les commentaires du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, a affirmé que « [l]es immunités *ratione personae*, à l'inverse des immunités *ratione materiae* qui ne disparaissent pas une fois que les fonctions officielles ont pris fin, ne s'appliquent plus une fois que l'intéressé a quitté son poste ou cessé ses fonctions¹¹⁸ ». La portée temporelle stricte de l'immunité *ratione personae* est également confirmée par diverses décisions de juridictions nationales¹¹⁹.

4) En conséquence, la Commission considère qu'au terme du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, l'immunité *ratione personae* prend fin. Elle n'a pas jugé nécessaire d'indiquer les critères particuliers qui doivent être pris en compte pour déterminer le moment où commence et celui où s'achève le mandat des personnes qui jouissent de cette immunité, car cela dépend de l'ordre juridique de chaque

¹¹⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 75 *supra*), p. 25, par. 61.

¹¹⁷ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 39, par. 2, et Convention sur les missions spéciales, art. 43, par. 2.

¹¹⁸ La Commission a ajouté ceci : « [t]outes les activités des souverains et des ambassadeurs qui sont sans rapport avec leurs fonctions officielles peuvent être soumises à la juridiction locale une fois que le souverain ou l'ambassadeur a quitté son poste », *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 19 du commentaire de l'alinéa b) v) du paragraphe 1 du projet d'article 2.

¹¹⁹ De telles décisions ont souvent été rendues au civil, où le même principe visant à limiter l'immunité dans le temps s'applique. Voir, par exemple, France, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, Cour d'appel de Paris, 3 juin 1872, *Recueil général des lois et des arrêts 1872*, p. 293 ; *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal civil de la Seine, jugement du 25 juillet 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), p. 505 ; *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Cour d'appel de Paris, arrêt du 11 avril 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, n° 1 (1957), p. 716 à 718 ; *Société Jean Dessès c. prince Farouk et dame Sadek*, Tribunal de grande instance de la Seine, 12 juin 1963, reproduit dans *Revue critique de droit international privé* (1964), p. 689 (traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 65, p. 37 et 38) ; *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation* ; États-Unis, *Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Cour d'appel fédérale du neuvième circuit, arrêt du 16 juin 1994, 25 F.3d 1467 (9th Circ. 1994), *International Law Reports*, vol. 104, p. 119 aux pages 123 à 125. Un juge britannique a conclu récemment que le roi émérite d'Espagne Juan Carlos de Borbón y Borbón ne bénéficiait plus de l'immunité *ratione personae* depuis qu'il avait abdicé. Voir Royaume-Uni, *Corinna Zu Sayn-Wittgenstein-Sayn v. HM Juan Carlos Alfonso Víctor María de Borbón y Borbón*, Haute Cour de Justice, division du Banc de la Reine, jugement du 24 mars 2022, [2022] EWHC 668 (QB), par. 58. Dans le contexte d'affaires pénales, voir Espagne, *Pinochet* (note 96 *supra*).

État et la pratique varie dans ce domaine. Les termes « *period of office* », retenus dans la version anglaise, sont tirés de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*¹²⁰ ; ils ont été préférés à la formule « *term of office* », dont la Commission a estimé qu'elle pouvait viser uniquement une durée de fonction déterminée. Les mots « mandat » et « *mandato* » employés en français et en espagnol, respectivement, ont été jugés suffisamment clairs.

5) Pendant la durée du mandat seulement, l'immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes accomplis par le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères, qu'ils aient été accomplis à titre privé ou à titre officiel. L'immunité *ratione personae* est donc conçue comme une « immunité totale »¹²¹. Cette conception reflète la pratique des États¹²².

6) Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, en se référant plus particulièrement à un ministre des affaires étrangères, l'immunité doit couvrir aussi bien les actes accomplis à titre privé que les actes accomplis à titre officiel, pour garantir que les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* ne soient pas empêchées de s'acquitter des tâches inhérentes à leurs fonctions, car, en cas d'arrestation du ministre, « [l]es obstacles ainsi apportés à l'exercice de [ses] fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, [que l'arrestation] concerne des actes qu'il aurait accomplis à titre "officiel" ou des actes qu'il aurait accomplis à titre "privé" »¹²³. En conséquence, « il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre "officiel" et ceux qui l'auraient été à titre "privé" »¹²⁴. Le même raisonnement doit s'appliquer, *a fortiori*, au chef d'État et au chef de gouvernement.

7) Le fait que l'immunité *ratione personae* soit totale se retrouve également dans le présent projet d'articles, qui ne prévoit aucune limite ou exception susceptible de s'appliquer à cette catégorie d'immunité, contrairement à ce que le projet d'article 7 prévoit pour l'immunité *ratione materiae*.

¹²⁰ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 75), p. 25, par. 61.

¹²¹ La Cour internationale de Justice qualifie de « totale » la portée matérielle de l'immunité *ratione personae* (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 75), p. 22, par. 54). Pour sa part, la Commission a affirmé, au sujet de l'immunité *ratione personae* des agents diplomatiques, que « [l]'immunité de la juridiction criminelle est totale » (voir *Annuaire ... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 101 et 102, par. 4 du commentaire de l'article 29 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques).

¹²² Voir, par exemple, *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Cour de cassation (Italie), arrêt du 28 juin 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, n° 4 (1986), p. 884 ; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de police*, Tribunal fédéral (Suisse), 2 novembre 1989 (note 96 *supra*) ; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, Chambre des lords, 24 mars 1999 (note 96 *supra*), p. 592 ; *Kadhafi*, Cour d'appel de Paris, 20 octobre 2000 (note 96 *supra*) (traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 125, p. 490, à la page 509) ; *H. S. A. et al. v. S. A. et al.* (action publique exercée à charge d'Ariel Sharon, Amos Yaron et autres), Cour de cassation (Belgique), arrêt du 12 février 2003 (note 96 *supra*), p. 599 ; *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Cour suprême de la Sierra Leone, arrêt du 14 octobre 2005, SC n° 1/2003 ; affaire *Paul Kagame*, Audiencia Nacional, quatrième juridiction centrale d'instruction (Espagne), ordonnance du 6 février 2008 (note 96 *supra*), p. 156 et 157. Parmi les affaires plus récentes, voir *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FENVAC SOS catastrophe »*, *Association des familles des victimes du Joola et autres*, Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris, arrêt du 16 juin 2009, confirmé par la Cour de cassation, arrêt du 19 janvier 2010 (note 96 *supra*) ; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal administratif, Haute Cour de Justice (Royaume-Uni), arrêt du 29 juillet 2011 (note 96 *supra*), par. 55 ; et *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal pénal fédéral (Suisse), arrêt du 25 juillet 2012 (note 96 *supra*), considérant en droit n° 5.3.1. Voir aussi *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Cour d'appel de Paris, Pôle 7, Chambre de l'instruction 2 (France), arrêt du 13 juin 2013.

¹²³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 75), p. 22, par. 55.

¹²⁴ *Ibid.*

8) En ce qui concerne la terminologie employée pour désigner les actes couverts par l'immunité *ratione personae*, il convient de garder à l'esprit que l'on ne trouve pas de formulation unique ni uniforme dans la pratique. Par exemple, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ne distingue pas expressément entre les actes accomplis à titre privé et ceux accomplis à titre officiel lorsqu'elle fait référence aux actes auxquels s'étend l'immunité de juridiction pénale des agents diplomatiques et il est entendu que cette immunité s'applique aux deux catégories d'actes¹²⁵. En outre, la terminologie employée dans d'autres instruments, documents et décisions judiciaires, ainsi que dans la doctrine, n'est pas constante puisqu'on y trouve, entre autres, les termes « actes officiels et actes privés », « actes accomplis dans l'exercice des fonctions », « actes relatifs aux tâches inhérentes aux fonctions » ou « actes accomplis à titre officiel et à titre privé ». La Commission a jugé préférable d'employer dans le présent article l'expression « actes qui sont accomplis tant à titre privé qu'à titre officiel », suivant les termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

9) La définition de l'expression « acte accompli à titre officiel » se trouve au paragraphe b) du projet d'article 2. La Commission n'a pas jugé nécessaire de définir ce que recouvre la notion d'« acte accompli à titre privé », puisque celle-ci est de nature résiduelle. Il sera donc entendu par défaut que tout acte qui n'a pas été accompli à titre officiel l'a été à titre privé.

10) La Commission a employé le terme « acte » dans le même sens et pour les mêmes raisons que celles énoncées dans le commentaire du paragraphe b) du projet d'article 2, qui contient la définition du terme « acte accompli à titre officiel ».

11) Les actes auxquels s'étend l'immunité *ratione personae* sont ceux qu'un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères ont accomplis au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci. Cela s'explique par l'objectif de l'immunité *ratione personae*, qui est à la fois de protéger l'égalité souveraine des États et de garantir que les personnes bénéficiant de ce type d'immunité peuvent exercer leurs fonctions de représentation de l'État sans obstacle tout au long de leur mandat. Dans cette optique, il n'est pas nécessaire de donner des précisions supplémentaires sur l'applicabilité de l'immunité *ratione personae* aux actes accomplis par ces personnes au cours de leur mandat. Quant aux actes accomplis antérieurement au mandat, il convient de noter que l'immunité *ratione personae* ne s'applique que si la juridiction pénale d'un État étranger doit être exercée pendant la période au cours de laquelle le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères sont en fonction. Il en va ainsi parce que, comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, « [...] il n'est pas possible d'opérer de distinction [...] entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre État à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que [l'arrestation] concerne des actes qu'il aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions¹²⁶ ».

12) En tout état de cause, il convient de noter que, comme la Cour l'a également déclaré dans la même affaire, l'immunité *ratione personae* revêt un caractère procédural et doit être interprétée non pas comme une exonération de la responsabilité pénale d'un chef d'État, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères pour des actes commis pendant leur mandat ou antérieurement, mais uniquement comme une forme de suspension de l'exercice de la juridiction pénale étrangère pendant la durée du mandat de ces hauts

¹²⁵ C'est ce qu'il convient de déduire du paragraphe 1 de l'article 31, lu conjointement avec le paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Le paragraphe 1 de l'article 31 et le paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention sur les missions spéciales doivent être interprétés de la même manière.

¹²⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 75), p. 22, par. 55.

représentants¹²⁷. En conséquence, lorsque le mandat prend fin, les actes accomplis pendant l'exercice de ces fonctions ou antérieurement cessent d'être couverts par l'immunité *ratione personae* et peuvent, dans certains cas, être soumis à la juridiction pénale qui ne pouvait pas s'exercer pendant le mandat.

13) Enfin, il convient de noter que l'immunité *ratione personae* ne s'applique en aucun cas aux actes accomplis par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères après la fin de leur mandat. Puisqu'ils sont alors considérés comme un « ancien » chef d'État, un « ancien » chef de gouvernement ou un « ancien » ministre des affaires étrangères, cette immunité a été éteinte, depuis que le mandat a pris fin.

14) Le paragraphe 3 traite de ce qu'il advient, après la fin du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, des actes qu'ils ont accomplis à titre officiel pendant qu'ils étaient en fonction. Ce paragraphe part du principe que l'immunité *ratione personae* s'éteint à la fin du mandat de la personne qui en bénéficiait. Par conséquent, l'immunité *ratione personae* n'existe plus une fois le mandat terminé. Cependant, il faut cependant garder à l'esprit que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères peuvent avoir accompli à titre officiel, pendant leur mandat, des actes qui ne perdent pas ce caractère du seul fait que le mandat a pris fin et qui peuvent donc être couverts par l'immunité *ratione materiae*. Ce point n'est pas contesté sur le fond, même s'il trouve son expression sous des formes très diverses dans la pratique étatique, conventionnelle et judiciaire¹²⁸.

15) Pour répondre à ce problème, le paragraphe 3 contient une clause « sans préjudice » concernant l'applicabilité potentielle de l'immunité *ratione materiae* aux actes susmentionnés. Cela ne signifie pas que l'immunité *ratione personae* se prolonge après la fin du mandat des personnes qui en bénéficiaient, ce qui serait incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 du projet d'article¹²⁹. Cela ne signifie pas non plus que l'immunité *ratione personae* devienne une nouvelle forme d'immunité *ratione materiae* qui s'appliquerait automatiquement en vertu des dispositions du paragraphe 3. La Commission considère que la clause « sans préjudice » acte simplement l'application des règles régissant l'immunité *ratione materiae* à l'égard d'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères. Le paragraphe 3 ne préjuge pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*, qui est expliquée dans la troisième partie du présent projet d'articles.

16) Le projet d'article adopté en première lecture contenait en son paragraphe 3 les termes « de l'application » des règles. La Commission les a supprimés afin d'élargir la portée de la clause « sans préjudice ». Le paragraphe vise à préserver non seulement les règles relatives à l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae* à strictement parler, mais aussi les règles connexes qui ont trait au processus et à la procédure à suivre. De surcroît, dans la version anglaise, la Commission a remplacé le mot « concerning » par « on » afin de circonscrire plus précisément le champ d'application du paragraphe, après qu'il a été observé que l'emploi de « concerning » pouvait faire entrer dans ce champ des règles ne se rapportant pas directement à l'immunité *ratione personae*. Cette modification a été reportée dans la version espagnole, dans laquelle les termes « relativas a la » ont été remplacés par « sobre », la version française étant quant à elle restée inchangée. Dans le français, les termes

¹²⁷ « L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale » (ibid., p. 25, par. 60).

¹²⁸ Par exemple, en ce qui concerne l'immunité d'une personne qui est membre d'une mission diplomatique, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoit expressément que « l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission » (art. 39, par. 2)), formule reprise dans la Convention sur les missions spéciales (art. 43, par. 1)). En ce qui concerne la jurisprudence des États, les expressions employées sont très diverses, puisqu'il est parfois question d'une « immunité résiduelle » ou de la « continuité de l'immunité au titre des actes officiels » ou de formules analogues. Voir à ce sujet l'analyse réalisée par le secrétariat dans son étude de 2008 (A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Internet de la Commission, documents de la soixantième session, par. 137 et suiv.).

¹²⁹ Cela a été confirmé par des juridictions internationales, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *M. M. c. France*, requête n° 13303/21, arrêt, 23 mai 2024.

« l'extinction » ont été remplacés par « la cessation », l'objectif étant d'aligner la terminologie sur celle employée dans d'autres instruments compte tenu des commentaires formulés par les États sur ce point¹³⁰.

Article 5

Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 5 définit la portée de l'immunité *ratione materiae*. Il détermine les règles générales applicables à cette catégorie d'immunité, dont il couvre les éléments personnel, matériel et temporel.
- 2) L'absence de symétrie entre les projets d'article qui concernent l'immunité *ratione personae* et ceux qui concernent l'immunité *ratione materiae* vient souligner que les deux régimes sont distincts. Alors que l'immunité *ratione personae* repose sur la nature des fonctions exercées par le représentant de l'État, l'immunité *ratione materiae* repose sur la nature de l'acte accompli par celui-ci.
- 3) Le paragraphe 1 du projet d'article envisage à la fois l'élément personnel et l'élément matériel. Il s'agit de mettre l'accent sur l'élément matériel et la dimension fonctionnelle de l'immunité *ratione materiae*, et ainsi de signaler que les actes accomplis à titre officiel sont au cœur de cette catégorie d'immunité.
- 4) Le paragraphe 1 a pour objet de souligner que l'immunité *ratione materiae* s'applique exclusivement aux actes accomplis par les représentants de l'État à titre officiel tels qu'ils sont définis à l'alinéa b) du projet d'article 2¹³¹. Les actes accomplis à titre privé n'entrent donc pas dans le champ de cette catégorie d'immunité, ce en quoi elle se distingue de l'immunité *ratione personae* – qui couvre ces deux catégories d'actes. La suppression du mot « uniquement », jugé redondant, est sans incidence à cet égard.
- 5) Les termes « représentants de l'État » doivent aux fins du présent projet d'article être entendus au sens qui leur est donné à l'alinéa a) du projet d'article 2, où le représentant de l'État est défini comme « tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ». Contrairement à ce qu'elle a fait pour les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*, la Commission n'a pas jugé possible, dans le projet d'articles, de dresser une liste des bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*. Les personnes qui entrent dans cette catégorie doivent être identifiées au cas-par-cas sur la base du critère énoncé à l'alinéa a) du projet d'article 2, qui met en évidence l'existence d'un lien entre le représentant et l'État. Le commentaire de l'alinéa a) du projet d'article 2 doit être dûment gardé à l'esprit aux fins du présent projet d'article¹³².
- 6) La portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* telle qu'elle est énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 5 ne préjuge pas de la question des limites ou exceptions applicables à cette immunité, qui fait l'objet du projet d'article 7.

¹³⁰ Voir l'article 39 (par. 2) de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

¹³¹ Voir l'alinéa b) du projet d'article 2 et les paragraphes 21 à 35 du commentaire y relatif tels qu'adoptés par la Commission en première lecture. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 68 et 69

¹³² Voir les paragraphes 3 à 20 du commentaire du projet d'article 2 adoptés par la Commission en première lecture. Ibid.

7) De surcroît, on notera que le paragraphe 1 contient la formule « à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère », également employée au projet d'article 3 s'agissant des bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. Cette formule reflète la relation qui existe entre l'immunité et la juridiction pénale étrangère et met en évidence le caractère essentiellement procédural de l'immunité qui joue par rapport à l'exercice de la juridiction pénale à l'égard d'un acte particulier¹³³.

8) Le paragraphe 2 renvoie à l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae* en soulignant le caractère permanent de cette immunité, qui continue à produire ses effets même lorsque le représentant ayant accompli tel ou tel acte à titre officiel a cessé d'être un représentant de l'État. Le caractère permanent de l'immunité *ratione materiae* découle du fait que sa reconnaissance a pour fondement la nature de l'acte accompli par le représentant, qui est indépendante du poste occupé par l'auteur de l'acte. En conséquence, aux fins de l'immunité *ratione materiae*, il est indifférent que le représentant qui invoque cette immunité occupe tel ou tel poste au moment où il demande à en bénéficier ou, inversement, qu'il ait cessé d'être un représentant de l'État. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte accompli à titre officiel le demeure et le représentant qui l'a accompli peut bénéficier de l'immunité également, qu'il soit encore ou non un représentant de l'État. Le caractère permanent de l'immunité *ratione materiae* a déjà été reconnu par la Commission dans le cadre de ses travaux sur les relations diplomatiques¹³⁴, n'a pas été contesté dans la pratique et est généralement accepté dans la doctrine¹³⁵.

9) La Commission a choisi de définir l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae* en précisant que cette immunité « subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État », prenant ainsi pour modèles la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de 1961¹³⁶, et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946¹³⁷. Ces deux conventions ont inspiré le verbe « subsiste » et l'expression « ont cessé d'être des représentants de l'État ». En outre, la Commission a

¹³³ Voir *supra* le paragraphe 16) du commentaire du projet d'article 3.

¹³⁴ Voir, *a contrario*, le paragraphe 19 du commentaire de l'alinéa b) v) du paragraphe 1 de l'article 2 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté par la Commission à sa quarante-troisième session : « Les immunités *ratione personae*, à l'inverse des immunités *ratione materiae* qui ne disparaissent pas une fois que les fonctions officielles ont pris fin, ne s'appliquent plus une fois que l'intéressé a quitté son poste ou cessé ses fonctions » (*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 18).

¹³⁵ Voir la résolution de l'Institut de droit international sur « les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », qui reflète – *a contrario* – la même position dans les paragraphes 1 et 2 de son article 13 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 743, à la page 753) ; et les paragraphes 1 et 2 de l'article III de sa résolution sur « l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux » (*ibid.*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 226, à la page 227). Ces résolutions sont disponibles à la page « Résolutions » de l'onglet « Travaux et publications » du site Web de l'Institut : www.idi-iil.org/fr/.

¹³⁶ Le paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention se lit comme suit : « Lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin, mais ils subsistent jusqu'à ce moment, même en cas de conflit armé. Toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission. ».

¹³⁷ La section 12 de l'article IV de la Convention se lit comme suit : « En vue d'assurer aux représentants des Membres aux organes principaux et subsidiaires des Nations Unies et aux conférences convoquées par l'Organisation une complète liberté de parole et une complète indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, l'immunité de juridiction en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions continuera à leur être accordée, même après que ces personnes auront cessé d'être les représentants des Membres. ». La Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées de 1947 suit le même modèle en disposant à la section 14 de son article V que : « En vue d'assurer aux représentants des membres des institutions spécialisées aux réunions convoquées par elles une complète liberté de parole et une complète indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, l'immunité de juridiction en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions continuera à leur être accordée même après que le mandat de ces personnes aura pris fin. ».

employé le terme « individus » pour tenir compte de la définition du « représentant de l'État » donnée à l'alinéa a) du projet d'article 2¹³⁸.

10) Enfin, il est à noter que bien que le paragraphe 2 concerne l'élément temporel de l'immunité, la Commission a estimé qu'il convenait d'inclure une référence expresse aux actes accomplis à titre officiel, parce que ces actes sont au cœur de l'immunité *ratione materiae*. La Commission a aussi jugé qu'il était important d'inclure pareille référence pour éviter une interprétation trop large du caractère permanent de ce type d'immunité, qui ne doit pas être compris comme s'appliquant à d'autres actes.

11) Le paragraphe 3 du projet d'article a pour objet de définir le type de relation existant entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* en partant du postulat que ces deux catégories d'immunité sont distinctes. En conséquence, le paragraphe 3 du projet d'article 5 est en lien étroit avec le paragraphe 3 du projet d'article 4, qui envisage aussi cette relation, mais sous la forme d'une clause « sans préjudice ». Conformément à ce paragraphe¹³⁹, l'immunité *ratione personae* s'applique aussi aux anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, car ils relèvent de la définition des « représentants de l'État » donnée à l'alinéa a) du projet d'article 2. La Commission estime qu'il n'est pas nécessaire de faire expressément référence à ces représentants dans le présent projet d'article parce qu'ils bénéficient de l'immunité *ratione materiae* du fait de la nature des actes accomplis à titre officiel.

12) Conformément au paragraphe 1 du projet d'article 4, l'immunité *ratione personae* présente un élément temporel, la Commission ayant considéré qu'au terme du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, l'immunité *ratione personae* prend fin. Cependant, cette « cessation [...] est sans préjudice des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae* » (par. 3 du projet d'article 4). Comme la Commission l'a déclaré dans son commentaire de ce paragraphe, « il faut garder à l'esprit que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères peuvent avoir accompli à titre officiel, pendant leur mandat, des actes qui ne perdent pas ce caractère du seul fait que le mandat a pris fin et qui peuvent donc être couverts par l'immunité *ratione materiae*. » La Commission a en outre déclaré que « [c]ela ne signifie pas que l'immunité *ratione personae* se prolonge après la fin du mandat des personnes qui en bénéficiaient, ce qui serait incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 du projet d'article. Cela ne signifie pas non plus que l'immunité *ratione personae* devienne une nouvelle forme d'immunité *ratione materiae* qui s'appliquerait automatiquement en vertu des dispositions du paragraphe 3. La Commission considère que la clause "sans préjudice" acte simplement l'application des règles régissant l'immunité *ratione materiae* à l'égard d'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères »¹⁴⁰.

13) C'est précisément la situation visée au paragraphe 3 du projet d'article 5. Ce paragraphe part du constat que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient, pendant leur mandat, d'une large immunité, dite *ratione personae*, qui, en termes pratiques, a les mêmes effets que l'immunité *ratione materiae*. Cela n'exclut pas qu'après la fin de leur mandat, ces représentants de l'État jouissent de l'immunité *ratione materiae*. Compte tenu des modifications apportées à la version anglaise du projet d'article 4, la formule « *terms of office* » a été remplacée par « *period of office* » dans la version anglaise du projet d'article 5.

14) Il faudra que soient remplies les conditions relatives à l'immunité *ratione materiae*, à savoir que l'acte ait été accompli à titre officiel par un représentant de l'État (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères, en l'occurrence) agissant à ce titre et pendant son mandat. Le paragraphe 3 du projet d'article 5 a précisément pour objet de

¹³⁸ Pour le sens du terme « individu », voir le paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 2 tel qu'adopté par la Commission en première lecture (voir *supra* la note 131).

¹³⁹ La disposition en question est libellée comme suit : « La cessation de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*. » Pour la portée de cette clause « sans préjudice », voir *supra* le paragraphe 15 du commentaire du projet d'article 4.

¹⁴⁰ Par. 14 et 15 du commentaire du projet d'article 4 *supra*.

souligner que l'immunité *ratione materiae* s'applique en pareil cas. Il vient ainsi compléter le paragraphe 3 du projet d'article 4 qui, selon la Commission, « ne préjuge pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*¹⁴¹ ».

15) Le paragraphe 3 a été libellé sur le modèle de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 39, par. 2) et de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (art. IV, sect. 12), qui envisagent des situations similaires à celle visée au paragraphe en question, à savoir la situation dans laquelle se trouvent les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* après la fin de leur mandat en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel durant ce mandat. La Commission a employé l'expression « continuent de bénéficier de l'immunité » pour refléter le lien qui existe entre le moment où l'acte a été accompli et celui où l'immunité est invoquée. À l'instar des conventions dont il est inspiré, le paragraphe 3 du projet d'article 5 ne qualifie pas l'immunité, seul le terme générique « immunité » est employé. Même si ce terme n'est pas qualifié d'un adjectif, la Commission entend qu'il renvoie à l'immunité *ratione materiae*, puisque c'est dans ce seul contexte que peuvent être pris en considération les actes accomplis à titre officiel par un représentant de l'État dont le mandat a pris fin.

¹⁴¹ Par. 15 du commentaire du projet d'article 4 *supra*.