



Assemblée générale

Distr. générale
4 avril 2013
Français
Original : espagnol

Commission du droit international

Soixante-cinquième session

Genève, 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013

Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère

Établi par **Concepción Escobar Hernández,**
Rapporteuse spéciale

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Plan de travail et économie du présent rapport	5
III. Portée du sujet et champ d'application du projet d'articles	6
IV. Les notions d'immunité et de juridiction	11
V. La distinction entre immunité <i>ratione personae</i> et immunité <i>ratione materiae</i>	15
VI. Éléments normatifs de l'immunité <i>ratione personae</i>	18
VII. Plan de travail futur	28
Annexe	
Projets d'articles proposés	29



I. Introduction

1. L'ayant inscrit à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base de la proposition figurant à l'annexe A de son rapport¹, la Commission du droit international (CDI) a décidé, à sa cinquante-neuvième session (2007), de retenir le sujet intitulé « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » dans son programme de travail en cours et de nommer Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet³.

2. L'ancien Rapporteur spécial a présenté trois rapports dans lesquels il définit l'angle sous lequel il conviendrait d'envisager le sujet, analyse diverses questions de fond touchant l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et examine également les questions de procédure liées à ce type d'immunité⁴. La CDI a examiné les rapports du Rapporteur spécial à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008 et en 2011. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale s'est penchée sur le sujet à l'occasion de l'examen du rapport de la CDI, en particulier en 2008 et en 2011.

3. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la CDI a nommé au poste de Rapporteuse spéciale Concepción Escobar Hernández, en remplacement de M. Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵. Après sa nomination, la Rapporteuse spéciale a tenu, le 30 mai 2012, une première séance de consultations avec les membres de la Commission sur la base d'une série de questions qu'elle avait soulevées dans un document de travail dont la teneur est reproduite dans le rapport préliminaire⁶.

4. La Rapporteuse spéciale a saisi la CDI d'un rapport préliminaire concernant l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (A/CN.4/654), rapport que cette dernière a examiné pendant la deuxième partie de sa soixante-quatrième session, en 2012⁷.

5. Le rapport préliminaire se voulait un « rapport de transition », par lequel la Rapporteuse spéciale entendait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont l'examen pouvait être poursuivi si la Commission le jugeait utile (par. 5). Ainsi, le rapport préliminaire se penche sur l'approche du sujet pendant le quinquennat 2007-2011 selon une triple perspective : a) les travaux de l'ancien Rapporteur spécial; b) son examen par la CDI; c) son examen par la Sixième Commission.

6. À la lumière de ces éléments, le rapport préliminaire recense un ensemble de questions à examiner intéressant la quasi-totalité des sujets traités dans les trois rapports de l'ancien Rapporteur spécial et à propos desquelles aucun consensus ne s'est dégagé pendant le dernier quinquennat. Se fondant sur cette analyse, la

¹ Voir A/61/10, par. 257 et annexe A.

² Voir A/62/10, par. 376.

³ Voir A/62/10, par. 386. L'étude du Secrétariat a été publiée sous la cote A/CN.4/596 et Corr.1.

⁴ Les rapports du Rapporteur spécial Kolodkin ont été publiés sous les cotes A/CN.4/601, 631 et 646.

⁵ Voir A/67/10, par. 84.

⁶ Voir A/CN.4/654, par. 73.

⁷ Voir A/67/10, par. 86 à 139.

Rapporteuse spéciale a rangé lesdites questions en quatre groupes⁸, qui doivent être examinées tout au long du présent quinquennat, à savoir :

1. Questions générales d'ordre méthodologique et conceptuel
 - 1.1 La distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* et ses conséquences
 - 1.2 L'immunité dans le système de valeurs et les principes du droit international contemporain
 - 1.3 Les relations entre l'immunité, d'une part, et la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle, de l'autre
2. L'immunité *ratione personae*
 - 2.1 Les personnes bénéficiant de l'immunité
 - 2.2 Le champ *ratione materiae* de l'immunité : actes privés et actes officiels
 - 2.3 Le caractère absolu ou limité de l'immunité, en particulier la place qu'occupent ou que doivent occuper les crimes internationaux
3. L'immunité *ratione materiae*
 - 3.1 Les personnes bénéficiant de l'immunité : la controverse terminologique résiduelle et la notion de représentant de l'État
 - 3.2 La notion d'acte officiel et sa relation avec la responsabilité de l'État
 - 3.3 Le caractère absolu ou limité de l'immunité : exceptions et crimes internationaux
4. Les aspects procéduraux de l'immunité

7. Le rapport préliminaire comporte également diverses considérations d'ordre méthodologique dont la Commission doit tenir compte à l'occasion de ses travaux sur le sujet pendant le quinquennat en cours. Exposées par la Rapporteuse spéciale en présentant son rapport préliminaire à la Commission, ces considérations peuvent se résumer ainsi :

a) Les travaux futurs sur le sujet doivent reposer sur les rapports présentés par l'ancien Rapporteur spécial, ainsi que sur l'étude du Secrétariat. Cependant, compte tenu des divergences de vues entre les membres de la CDI et au sein de la Sixième Commission, il faut également prendre en considération les différentes opinions exprimées dans ces deux instances dans la suite des travaux précédemment menés par le Secrétariat et l'ancien Rapporteur spécial;

b) Le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère doit être envisagé selon une double perspective : de *lex lata* et de *lege ferenda*, c'est-à-dire sous l'angle de la codification et du développement progressif. Quoiqu'il en soit, s'agissant d'un sujet complexe et délicat, il semblerait préférable de commencer par l'envisager sous l'angle de la *lex lata* avant d'apprécier l'opportunité de formuler des propositions de *lege ferenda*;

c) Le sujet devrait en toute circonstance être envisagé selon une approche systémique, l'idée étant que toutes les propositions normatives que la CDI viendrait à

⁸ Voir A/CN.4/654, par. 72.

faire puissent facilement prendre place dans l'ordre juridique international pris au sens large. Il faudrait ainsi prendre en compte tous les principes, règles et normes de droit international ayant trait au sujet;

d) Le sujet doit être abordé selon une démarche progressive et ordonnée qui permette de traiter tour à tour des différentes questions relevant des quatre groupes susmentionnés;

e) L'examen du sujet par la Commission doit s'enrichir des débats sur les projets d'articles proposés dans les rapports annuels établis par la Rapporteuse spéciale.

8. La Commission du droit international a tenu un débat intéressant sur le rapport préliminaire, consacré aux principales questions traitées dans ledit rapport, notamment celles d'ordre méthodologique et de fond⁹. Dans l'ensemble, l'approche méthodologique fondée sur l'examen structuré des questions a recueilli une large adhésion. L'approche « systémique » préconisée par la Rapporteuse spéciale a, quant à elle, recueilli l'adhésion de la majorité des membres de la Commission, encore que certains aient exprimé quelque doute quant à l'opportunité de retenir les principes et valeurs du droit international positif comme grille d'analyse. En ce qui concerne les questions de fond, les différentes interventions des membres de la Commission ont fait ressortir un large consensus autour des questions à approfondir pendant le quinquennat en cours. Cependant, il subsiste des divergences d'opinions sur les aspects de fond d'un certain nombre de questions traitées dans le rapport préliminaire.

9. À l'issue de ce débat, la Commission a décidé de demander aux États « de lui donner des informations sur leur législation et leur pratique touchant les deux questions suivantes :

a) La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* entraîne-t-elle des conséquences juridiques différentes et, dans l'affirmative, en quoi celles-ci sont-elles traitées différemment?

b) Selon quels critères identifie-t-on les personnes couvertes par l'immunité *ratione personae*?¹⁰ »

Pour sa part, l'Assemblée générale a également appelé l'attention des États sur l'intérêt qu'il y avait pour eux de communiquer à la Commission les informations demandées¹¹. La Rapporteuse spéciale tient à remercier de leur coopération les États qui ont répondu à ces questions à l'occasion des débats tenus à la Sixième Commission en novembre 2012.

10. À la soixante-septième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné le rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère établi par la Rapporteuse spéciale à

⁹ Pour en savoir plus sur l'historique de ce débat, voir le rapport A/67/10, par. 86 à 189. Voir aussi les comptes rendus analytiques provisoires de la Commission (A/CN.4/SR.3143, SR.3144, SR.3145 et SR.3146), qui peuvent être consultés sur le site Web de la Commission (www.un.org/law/ilc/). Voir aussi le compte rendu provisoire de la séance 3147, qui n'était pas encore publié sur le site Web de la Commission à la date du présent rapport.

¹⁰ Voir A/67/10, par. 28.

¹¹ Voir la résolution 67/92, par. 4.

l'occasion du rapport de la Commission du droit international¹². Il ressort des intéressantes interventions faites à cette occasion que beaucoup sont favorables aux approches méthodologiques et à la proposition de travail décrite dans le rapport préliminaire, y compris celle consistant à ordonner les travaux futurs autour de la présentation de projets d'articles. Il convient également de souligner que nombre de délégations ont souscrit à l'idée d'une double approche méthodologique reposant à la fois sur la codification et sur le développement progressif, y compris sur le principe de prudence mis en avant dans son rapport préliminaire par la Rapporteuse spéciale, qui propose de commencer les travaux par l'analyse de la *lex lata* avant d'envisager le sujet sous l'angle de la *lege ferenda*.

11. En ce qui concerne les questions de fond évoquées dans le rapport préliminaire, il est à noter que les questions fondamentales toujours controversées ont fait l'objet d'un intense débat. En outre, il convient de souligner la place de choix faite, directement ou indirectement, au débat sur les exceptions à l'immunité, ainsi que le débat autour de l'incidence possible et probable des nouvelles avancées en droit pénal international et la consécration de cette nouvelle branche du droit dans l'ordre juridique international contemporain. Toutefois, il convient également de noter qu'il n'est pas encore dégagé de consensus sur la plupart des questions de fond suscitées par le sujet.

12. Quoiqu'il en soit, il y a lieu de souligner toute l'importance que les États qui participent aux travaux de la Sixième Commission continuent d'attacher au sujet, ainsi qu'il ressort de nouveau de la résolution 67/92, que l'Assemblée générale a adoptée le 14 décembre 2012 sans la mettre aux voix, au paragraphe 8 de laquelle elle invite la CDI à continuer de donner la priorité au sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

II. Plan de travail et économie du présent rapport

13. Faisant fond sur les approches méthodologiques et la proposition générale décrites dans le rapport préliminaire, le présent rapport s'inspire en outre des débats tenus à la Commission du droit international et à la Sixième Commission en 2012, l'idée étant d'offrir à la Commission un canevas pour ses débats pendant la présente session. À cette fin, le rapport tient compte des apports théoriques sur la matière et des analyses de la pratique proposées dans les rapports établis par l'ancien Rapporteur spécial, ainsi que dans l'étude du Secrétariat (A/CN.4/596 et Corr.1). Ont également été prises en considération, dans la mesure nécessaire, de nouvelles évolutions survenues l'an passé, en particulier dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de telle ou telle juridiction interne, ainsi que de la décision du Tribunal pénal fédéral suisse en date du 25 juillet 2012¹³.

¹² La Sixième Commission a examiné la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère à ses 20^e, 21^e, 22^e et 23^e séances lors de ladite session. En outre, deux États ont évoqué ce sujet à la 19^e séance. Les interventions des États à ces séances peuvent être consultées dans les comptes rendus analytiques (A/C.6/67/SR.19, SR.20 et SR.23). Voir aussi A/CN.4/657, par. 26 à 38.

¹³ Décision rendue dans l'affaire n° BB.2011.140 relative à la mise en accusation d'un ancien ministre algérien de la défense (http://bstqer.web/aw.ch/pdf/20120825_BB_2011_140.pdf).

14. Compte tenu de ce qui précède, et conformément à l'approche méthodologique tendant à susciter un débat ordonné et systématique sur le sujet, on traitera tour à tour des questions suivantes :

- a) Portée du sujet et champ d'application du projet d'articles (sect. III);
- b) Notions d'immunité et de juridiction (sect. IV); distinction entre « immunité *ratione personae* » et « immunité *ratione materiae* » (sect. V);
- c) Définition des normes de base du régime de l'immunité *ratione personae* (sect. VI).

15. On envisagera ainsi tous les aspects des questions visées aux points 1.1, 2.1. et 2.2 des groupes thématiques définis au paragraphe 72 du rapport préliminaire, auxquelles on a ajouté trois questions préalables : la définition précise du champ d'application du projet d'articles à établir dans l'année en cours; la notion de juridiction pénale; et la notion d'immunité de la juridiction pénale étrangère.

16. Les questions susvisées sont accompagnées chacune de projets d'articles dont la nature est nécessairement différente. Ainsi, les projets d'articles consacrés au champ d'application, aux notions d'immunité et de juridiction, ainsi qu'aux notions d'immunité *ratione personae* et d'immunité *ratione materiae* ont valeur introductive et descriptive et doivent par suite trouver place dans une première partie introductive consacrée à la délimitation du champ d'application et aux définitions. En revanche, les projets d'articles traitant des éléments normatifs de l'immunité *ratione personae* qui viennent définir les règles de fond applicables à ce type d'immunité doivent faire l'objet d'une section distincte consacrée spécialement à ce type d'immunité.

17. Enfin, on n'a pas jugé nécessaire à ce stade de traiter séparément les alinéas 1.2 (L'immunité dans le système de valeurs et les principes du droit international contemporain) et 1.3 (Les relations entre l'immunité, d'une part, et la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle, de l'autre), qui relèvent du premier groupe de questions recensées dans le rapport préliminaire. C'est que si ces questions traversent horizontalement le sujet en général, leur étude détaillée ne sera pas sans incidence sur l'examen d'autres questions qui seront traitées à l'occasion de futurs rapports.

18. On peut en dire autant du fait que ce deuxième rapport n'examine pas l'alinéa 2.3 (Caractère absolu ou limité de l'immunité, en particulier la place qu'occupent ou que doivent occuper les crimes internationaux) relevant du deuxième groupe de questions recensées dans le rapport préliminaire. Encore qu'il traite de l'immunité *ratione materiae*, ledit alinéa est à rapprocher aux fins d'examen des problèmes d'ordre général liés aux exceptions à l'immunité, de sorte que l'on gagnerait à le traiter dans la suite des travaux.

III. Portée du sujet et champ d'application du projet d'articles

19. L'ancien Rapporteur spécial a abordé la question de la portée du sujet « Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère » dans son

rapport préliminaire¹⁴, dans lequel il recense un certain nombre d'éléments à prendre en compte pour définir la portée du sujet : le caractère pénal de la juridiction; la qualification de la juridiction comme étant « étrangère »; le caractère national (et non international) de la juridiction à laquelle ferait obstacle l'immunité. Il viendrait s'y ajouter un quatrième élément, sans rapport avec la juridiction mais lié à la personne protégée par l'immunité : il doit s'agir d'un fonctionnaire de l'État autre que celui qui voudrait exercer sa compétence. Enfin, le rapport évoque également la situation particulière des agents diplomatiques, agents consulaires, membres des missions spéciales et agents ou fonctionnaires d'une organisation internationale, même si cette situation n'est pas analysée dans la perspective de la définition de la portée du sujet.

20. Ces éléments ont permis de camper le débat sur la portée du sujet, à la CDI et devant la Sixième Commission, débat d'où s'est dégagé une large adhésion en faveur de ces éléments, qui sont par ailleurs des circonstances pertinentes courantes dans la pratique des États s'agissant de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Ainsi, la Rapporteuse spéciale estime que les critères susmentionnés doivent être pris en compte dans la définition du champ d'application du projet d'articles dans son ensemble. D'où l'intérêt de définir précisément le champ d'application.

21. À cette fin, il serait donc indiqué de procéder selon une approche double, qui tienne compte des éléments tant inclusifs qu'exclusifs :

a) Le projet d'articles vise qu'une seule juridiction pénale, à l'exclusion de l'immunité de la juridiction civile ou administrative¹⁵;

b) Le projet d'articles vise la seule immunité de la juridiction pénale étrangère, c'est-à-dire celle exercée par un État autre que celui de la nationalité du fonctionnaire se prévalant de l'immunité, et ce, à l'exclusion de l'immunité qui peut être accordée en vertu du droit interne de l'État de nationalité du fonctionnaire concerné;

c) Le projet d'articles vise la seule immunité de la juridiction pénale interne de l'État, à l'exclusion de l'immunité de juridiction pénale internationale;

d) Le projet d'articles vise les seules personnes qui sont soumises à un régime d'immunité spécial, comme les agents diplomatiques, agents consulaires, membres de missions spéciales ou agents ou fonctionnaires d'une organisation internationale;

e) Le projet d'articles vise la seule immunité des représentants de l'État.

22. Les motifs de ce choix de la délimitation ont déjà été exposés par le menu dans les rapports précédents, mais il convient de revenir brièvement sur certains éléments dignes d'intérêt, tant pour rappeler ou appuyer les arguments déjà avancés par l'ancien Rapporteur spécial ou par d'autres membres de la Commission, que pour ajouter de nouveaux éléments qui peuvent être dignes d'intérêt;

¹⁴ Voir A/CN.4/601, en particulier par. 103, 104 et 130.

¹⁵ Bien qu'un membre de la Commission ait récemment souligné l'intérêt qu'il y aurait à se pencher sur l'immunité de juridiction civile et qu'un État ait averti que sa pratique était avant tout orientée vers l'immunité des représentants de l'État de la juridiction civile étrangère, on ne saurait voir dans ces observations et réflexions, certes intéressantes, une proposition visant à étendre le champ d'application du projet d'articles au-delà de l'immunité de juridiction pénale.

23. En ce qui concerne l'idée de circonscrire le champ d'application du projet d'articles aux immunités de la juridiction pénale, la Rapporteuse spéciale souligne que c'est là une décision de la Commission d'autant plus justifiée que c'est ce type de juridiction qui suscite les principaux problèmes dans la pratique. Il ne faut pas non plus méconnaître les particularités de la juridiction pénale, qui comporte des éléments étrangers aux juridictions civiles ou administratives. Aussi ne faut-il pas perdre de vue les conséquences que l'exercice de la compétence pénale peut avoir pour la liberté de circulation des personnes, qui peuvent résider non seulement dans une éventuelle condamnation à une peine privative de liberté, mais même avant dans la détention provisoire de l'accusé ou du prévenu par mesure de précaution. N'oublions pas non plus certaines mesures de précaution qui sont bien souvent prises dans l'exercice de la compétence pénale, telles que le retrait du passeport, l'assignation à domicile ou le contrôle judiciaire. Enfin, il convient de noter que l'exercice de poursuites pénales n'est pas sans incidence sur la considération, l'honneur et la dignité de la personne. Par ailleurs, on retiendra que les principaux instruments régissant l'immunité des organes de l'État de la juridiction étrangère opèrent une claire distinction entre l'immunité de juridiction pénale et l'immunité de juridiction civile ou administrative, qui sont soumises à des règles différentes¹⁶.

24. Vu ce qui précède, la Rapporteuse spéciale demeure convaincue qu'il convient de circonscrire le champ d'application du projet d'articles à l'immunité de la juridiction pénale, ce qui ne signifie pas, toutefois, qu'il faille méconnaître totalement l'existence de l'immunité des juridictions civiles ou administratives. Ces deux types de juridiction ont en commun avec la juridiction pénale qu'elles ménagent des immunités. En outre, il faut savoir que, dans la pratique, il existe des liens entre les trois types de juridiction. Ainsi, il suffit de rappeler à ce stade les rapports manifestes mis en évidence par la jurisprudence interne et internationale entre la sanction pénale et la sanction administrative ou, d'un point de vue plus général, le fait que, parfois, les poursuites au civil sont un moyen indirect d'obtenir réparation en cas de violation grave du droit, même constitutive d'infraction. Ajoutons enfin que les juridictions civiles, en particulier, se prononcent assez souvent sur la question de l'immunité, décisions qui pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* à l'immunité de la juridiction pénale.

25. En tout état de cause, les arguments avancés plus haut n'autorisent pas à remettre en cause le choix susvisé de circonscrire le projet d'articles à la juridiction pénale. Y insérer des dispositions consacrées spécialement aux juridictions civile ou administrative serait y introduire une distorsion qui viendrait sans doute compromettre l'issue des travaux de la Commission. Cela dit, celle-ci peut prendre en considération, dans la mesure possible et nécessaire, la pratique des États en matière d'immunité de juridiction civile ou administrative, si l'on peut y puiser des éléments d'ordre conceptuel ou autre propres à contribuer à l'examen du sujet de l'immunité de juridiction pénale.

26. En ce qui concerne le caractère « étranger » de la juridiction pénale en ce qu'il viendrait circonscrire le champ d'application du projet d'articles, on observera tout d'abord que les immunités accordées en vertu du droit interne et du droit international ne sont pas nécessairement de même nature, ne couvrent pas forcément

¹⁶ Voir, en particulier, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 31 et 37; la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 43, *a contrario*; et la Convention sur les missions spéciales, art. 31.

les mêmes fonctions et n'ont pas nécessairement la même finalité, et qu'elles n'ont pas vocation à protéger les mêmes valeurs et principes. Par conséquent, seule l'apparition de l'élément « étranger », qui renvoie en dernier ressort au principe de l'égalité souveraine des États et à l'impératif du maintien de relations internationales durables et pacifiques, justifie que la CDI s'intéresse à la question de l'immunité de juridiction pénale. De plus, on n'oubliera pas que la reconnaissance de l'immunité de juridiction pénale étrangère dont jouit le fonctionnaire ou représentant de l'État n'emporte pas automatiquement la reconnaissance de cette immunité devant sa juridiction interne dans la mesure où, comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice, l'exercice de la compétence pénale par les juridictions nationales de l'État de nationalité du représentant en cause doit assurer que l'immunité n'est pas synonyme d'exonération totale dudit représentant de sa responsabilité pénale. En conséquence, ce critère de délimitation du champ d'application du projet d'articles a sa raison d'être et l'analyse de la pratique nationale concernant l'immunité n'a d'intérêt aux fins des travaux de la Commission que dans la mesure où ladite pratique intéresse l'immunité du fonctionnaire ou représentant étranger.

27. Par ailleurs, en ce qui concerne l'exclusion du champ d'application du projet d'articles de l'immunité de la juridiction pénale internationale, l'ancien Rapporteur spécial avait mis en avant un premier critère reposant sur la distinction entre juridiction nationale et juridiction internationale. Il convient de tenir compte également d'une raison évidente et non moins importante : la question de l'immunité de la juridiction pénale internationale est déjà expressément réglée dans les instruments internationaux portant création et organisation des instances pénales internationales. Aussi est-il sans intérêt pour la CDI de se pencher de nouveau sur une question déjà bien réglée, quoi qu'il en soit des interprétations divergentes qui sont faites dans l'application desdites règles de droit international.

28. En outre, l'exclusion de la question de l'immunité des juridictions pénales internationales recueille un large consensus. Cependant, on ne saurait ignorer que l'acceptation de ce choix a donné lieu à des interprétations différentes quant à l'incidence que celui-ci pourrait ou devrait avoir sur les travaux futurs de la Commission. Il convient donc de rappeler que certains membres de la Commission et certains États ont avancé, directement ou indirectement, dans leurs interventions devant la Sixième Commission, que l'exclusion de la question de l'immunité des juridictions pénales internationales devrait faire obstacle de fait à toute analyse de la juridiction pénale internationale dans les travaux de la Commission sur le sujet.

29. Cependant, cette thèse est loin d'être cohérente d'un point de vue méthodologique. Ainsi qu'il est dit plus haut au sujet des juridictions civile et administrative, il faut faire la distinction entre, d'une part, la définition du champ d'application du projet d'articles excluant toutes dispositions concernant l'immunité de la juridiction pénale internationale et, d'autre part, la prise en compte d'éléments interprétatifs donnés par les juridictions pénales internationales ou en rapport avec elles. Si le moment n'est pas venu d'entamer ce débat, on peut penser qu'il serait surprenant que la Commission envisage la possibilité de tenir compte des décisions d'autres instances internationales (comme la Cour internationale de Justice ou les juridictions régionales des droits de l'homme) sans que l'on juge opportun de prendre en compte l'existence même d'une juridiction internationale pénale qui, comme les juridictions internes, a vocation à juger certains crimes de portée internationale.

30. On se souviendra qu'il faut distinguer clairement le fait d'examiner en soi la juridiction pénale internationale dans le cadre du sujet (approche à exclure) et prendre cet élément en considération à titre complémentaire, instrumental et, le cas échéant, interprétatif. Ce n'est pas à dire qu'il faille reprendre servilement des principes relatifs à l'immunité consacrés dans les instruments régissant les tribunaux pénaux internationaux. En revanche, il faut pouvoir, pour le moins, analyser les normes appliquées par les juridictions pénales internationales et leur jurisprudence, dans le cas où elles pourraient être pertinentes ou éclairer le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Cette approche n'est contraire ni aux règles d'interprétation en droit international ni à la pratique suivie par la Commission pour l'examen d'autres sujets.

31. Quant au troisième élément limitant le champ d'application, il ne semble pas nécessaire de justifier l'exclusion, du champ d'application du projet d'articles, des dispositifs traitant expressément de l'immunité de la juridiction pénale, du fait de la qualité particulière des personnes qui en bénéficieraient ou du fait des fonctions qu'elles assument. Tant les immunités diplomatiques et consulaires que celles qui sont accordées aux fonctionnaires d'organisations internationales font l'objet d'un travail non négligeable de définition de règles (conventionnelles et coutumières). Aussi ne semble-t-il pas nécessaire que la Commission s'y intéresse à nouveau, et il paraît encore moins opportun de modifier des dispositifs déjà bien établis et généralement acceptés. Cela dit, rien n'empêche la Commission d'examiner ces systèmes pour éclairer ses travaux sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. C'est d'autant vrai que la Commission du droit international a joué un grand rôle dans la définition de ces régimes.

32. Enfin, s'agissant de l'étendue personnelle du projet d'articles, il convient de se rappeler que l'intitulé même du sujet renvoie aux termes « funcionario » en espagnol, « official » en anglais et « représentant » en français. S'il est largement accepté que ces termes renvoient, en dernière analyse, aux personnes qui agissent au nom et pour le compte de l'État, le décalage terminologique a suscité un débat quant à la nécessité de les définir dans le contexte du sujet qui nous intéresse et, en particulier, du projet d'articles. Cette définition est certes essentielle, mais il convient de noter que, de l'avis de la Rapporteuse spéciale, elle revêt un intérêt particulier pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*, et c'est donc dans ce contexte qu'il faudra s'en soucier. Par conséquent, les mêmes termes continueront pour l'instant d'être utilisés dans le rapport et figureront dans les projets d'articles y inclus, tout en sachant qu'ils pourront être modifiés une fois tranché le débat terminologique.

33. Les éléments qui précèdent permettent de formuler deux projets d'articles qui définissent, selon une double perspective, positive et négative, la portée du projet. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, le champ d'application doit être défini d'emblée afin d'éviter toute lacune susceptible de compromettre les travaux. En outre, ces projets d'articles doivent se trouver dans la première partie du projet pour l'encadrer, au même titre que les définitions.

34. Aussi les projets d'articles suivants sont-ils proposés :

Projet d'article 1

Champ d'application du projet d'articles

Sans préjudice des dispositions du projet d'article 2, le présent projet d'articles renvoie à l'immunité dont jouissent certains représentants de l'État au regard des juridictions pénales d'un autre État.

Projet d'article 2

Immunités exclues du champ d'application du projet d'articles

Sont exclues du champ d'application du présent projet d'articles :

a) Les immunités pénales reconnues dans le cadre des relations diplomatiques, des relations consulaires, ou dans le cadre ou le contexte d'une mission spéciale;

b) Les immunités pénales établies dans le cadre d'accords de siège ou de traités régissant la représentation diplomatique devant les organisations internationales ou définissant les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs représentants ou agents;

c) Les immunités qui peuvent être établies en vertu d'autres traités internationaux ad hoc;

d) Toutes les autres immunités qui peuvent être accordées unilatéralement par un État aux représentants d'un autre État, en particulier quand ces derniers se trouvent sur son territoire.

IV. Les notions d'immunité et de juridiction

35. Les notions d'immunité et de juridiction sont les deux catégories de référence fondamentales autour desquelles doit s'ordonner l'examen du sujet, ainsi que du projet d'articles qui en découle, dans la mesure où son objet consiste – précisément – à déterminer les hypothèses dans lesquelles les juridictions de l'État ne peuvent exercer leur compétence pénale à cause de l'immunité dont bénéficient certains fonctionnaires d'un État tiers. Par conséquent, et même s'il est vrai que ces deux catégories sont autonomes, ainsi que l'a souligné à juste titre la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*¹⁷ et que l'a rappelé le Rapporteur spécial Kolodkin¹⁸, il n'en demeure pas moins que seule la relation qui les unit explique que la Commission s'intéresse à ce sujet¹⁹. Or, pour traiter convenablement le sujet et le projet d'articles, il faut au préalable définir ces deux

¹⁷ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, par. 46.

¹⁸ Voir A/CN.4/601, par. 61.

¹⁹ Voir A/CN.4/601, par. 43 et note 98. Comme l'a bien rappelé l'ancien Rapporteur spécial, la Cour internationale de Justice a jugé, dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt, que « ce n'est que lorsqu'un État dispose, 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 ».

notions en les rapprochant l'une de l'autre, et ce, en bonne logique, dans la première partie du projet d'articles pour ainsi baliser l'ensemble du projet.

A. La notion de juridiction pénale

36. La notion d'immunité suppose nécessairement l'existence préalable d'une juridiction pénale de l'État, sans laquelle l'institution même de l'immunité n'a ni sens ni signification²⁰. Par conséquent, indépendamment du régime procédural de l'immunité, il convient de définir en premier lieu ce que l'on entend par juridiction aux fins du projet d'articles.

37. Au premier abord, il peut sembler sans intérêt de définir la notion de juridiction²¹, tant l'institution en est généralement admise et incontestée dans les différents ordres juridiques internes qui connaissent l'immunité. Il reste néanmoins que la notion de juridiction est diversement appréciée en droit international et notamment que ce terme peut revêtir diverses significations selon les ordres juridiques internes²². En tout état de cause, on retiendra que, dans le présent rapport, le terme de juridiction s'entend toujours de l'immunité de juridiction pénale, élément distinctif qui doit être dûment pris en compte²³. Ainsi, s'il n'entre pas dans l'objet du présent rapport de procéder à l'analyse théorique du sujet, il convient néanmoins de partir de cette diversité conceptuelle pour montrer que la portée du terme juridiction n'est sans doute pas indifférent pour le sujet. En effet, à la diversité conceptuelle susévoquée s'ajoute le fait que la définition des différents actes qui entrent dans la catégorie générique de « juridiction » est une question qui suscite bien des débats et que la Commission devra examiner le moment venu, notamment lorsqu'elle envisagera la problématique de l'immunité de juridiction pénale étrangère sous l'angle procédural. On pense ainsi à l'incidence que peuvent avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère les actes de gouvernement pris antérieurement ou parallèlement à l'exercice de la fonction judiciaire (arrestation, rétention de titres de voyage, demande de délivrance de mandat de recherche et d'arrestation dans le cadre d'un régime international de coopération et d'entraide policière). Il résulte de ce qui précède qu'il est loin d'être indifférent de définir la notion de juridiction pénale, aux fins du présent sujet.

38. Il s'agit toutefois à ce stade non pas tant de dresser l'inventaire détaillé des différents actes qui relèvent de l'institution de la juridiction que proposer une

²⁰ En ce sens, voir A/CN.4/596, par. 7 et 14. La relation intime qui existe entre « juridiction » et « immunité » se retrouve également à l'alinéa 2 de l'article I de la Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée en 2009 par l'Institut de droit international, aux termes duquel : « Pour les besoins de la présente résolution, l'expression "juridiction" s'entend de la compétence pénale, civile ou administrative des tribunaux nationaux d'un État en tant qu'elle se rapporte aux immunités conférées à un autre État ou à ses agents par le droit international conventionnel ou coutumier ».

²¹ On se rappellera que la définition des notions de juridiction et d'immunité a également été abordée par la Commission du droit international à l'occasion de l'examen de la question de l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, mais que les propositions formulées par le Rapporteur spécial à ce sujet n'ont pas été retenues par la Commission ni par l'Assemblée générale dans la Convention adoptée en 2004.

²² Dans son rapport préliminaire, l'ancien rapporteur spécial a envisagé la notion de juridiction dans un sens large. Cette analyse conserve une certaine utilité. Voir A/CN.4/601, par. 43 à 47. La notion est également évoquée dans le memorandum du Secrétariat. Voir A/CN.4/596, par. 7 à 13.

²³ Voir A/CN.4/601, par. 48 à 55.

définition suffisamment large de cette institution pour permettre de la rapprocher des différents éléments constitutifs de l'immunité et des divers actes – judiciaires ou exécutifs – susceptibles de donner prise à l'immunité. Selon la Rapporteuse spéciale, aux fins de cette comparaison, on partira du principe que la juridiction pénale de l'État préexiste à l'immunité de juridiction pénale étrangère des fonctionnaires de l'État et, par suite, que l'État du for est compétent pour accomplir un ensemble d'actes – judiciaires voire exécutifs – dont le but n'est autre que de déterminer l'existence d'une responsabilité pénale individuelle à raison des faits qualifiés crimes ou délits dans son ordre juridique interne.

39. Par conséquent, la notion même de compétence est étroitement liée à la définition de la juridiction pénale et doit en faire partie. À cet égard, on gardera à l'esprit que la notion même de compétence et les titres de compétence ne sont pas les mêmes dans tous les pays et dépendent non seulement des règles et principes du droit international mais aussi des normes propres que l'État adopte sur ce fondement pour attribuer compétence à ses propres tribunaux. Sur ce point, la Rapporteuse spéciale estime qu'il n'est pas dans le propos du présent rapport d'analyser chacun de ces titres de compétence ou liens de rattachement juridictionnel, ni de s'interroger sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'attribution de ces compétences est ou non pleinement conforme au droit international. Il n'entre pas non plus dans l'objet du présent rapport de rechercher si les normes internationales sur lesquelles l'État se fonde pour attribuer compétence à ses tribunaux internes prescrivent ou ménagent uniquement la faculté d'attribuer lesdites compétences, ni de réfléchir à la conséquence pratique d'une telle distinction. Ce débat déborde le cadre fixé par la Commission aux fins de l'examen du sujet et pourrait en outre intéresser d'autres sujets inscrits au programme de travail à long terme de la Commission (compétence extraterritoriale) ou à son programme de travail en cours (principe *aut dedere aut judicare*) ou qui viendraient à l'être si l'Assemblée générale en décidait ainsi (compétence internationale).

40. Cela étant, il convient – à tout le moins – d'attirer l'attention sur la diversité des titres de compétence sur lesquels les États ont bâti leur propre système de juridiction pénale nationale, dans la mesure où, en dernière analyse, c'est la juridiction pénale interne (chaque juridiction pénale interne) qui se heurte à l'immunité. On se bornera à ce stade à rappeler les principes que sont la compétence territoriale, la compétence personnelle (active ou passive), la compétence réelle et la compétence universelle. Toutes ces règles peuvent fonder l'exercice de la compétence pénale *stricto sensu* et toutes, à l'exception du principe de la personnalité active, peuvent donner lieu à l'exercice de la compétence pénale à l'encontre de l'étranger qui aurait la qualité de fonctionnaire et, partant, invoquerait l'immunité. Le recours à l'une ou l'autre de ces règles de compétence dépend de la volonté de l'État concerné et se traduit dans la pratique par une pluralité de systèmes juridictionnels nationaux. La Commission doit tenir compte de cette multiplicité, surtout quand on sait que bon nombre de cas de la pratique proviennent en grande partie de l'invocation de titres de compétence tirés d'une forme ou une autre de compétence extraterritoriale²⁴. Elle doit toutefois le faire aux seules fins de définir la compétence comme préexistant à l'immunité. Par conséquent, la

²⁴ Il suffit à cet égard de souligner la récente décision du Tribunal pénal fédéral suisse (Cour des plaintes) du 25 juillet 2012 (dossier n° BB.2011.140), dans laquelle le Tribunal a été appelé à statuer sur l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un ancien ministre de la défense algérien dans le cadre de l'exercice de la compétence universelle.

Rapporteuse spéciale estime que, pour définir la notion de juridiction aux fins du présent sujet et du projet d'articles, la nature de chacune des règles sur lesquelles l'État désireux d'exercer sa compétence importe peu. En résumé, l'existence d'une pluralité de titres de compétence et, partant, d'une multitude de systèmes juridictionnels pénaux internes constitue un fait antérieur dont la Commission se doit de tenir compte dans ses travaux, sans que cette prise en considération implique quelque jugement de valeur sur les différents titres de compétence en question.

41. Par ailleurs, il convient de souligner que la notion de juridiction pénale renvoie essentiellement à l'aptitude de l'État à exercer son pouvoir de juger les crimes et délits conformément aux règles applicables dans son ordre juridique. En conséquence, cet élément de finalité doit être présent dans la définition de la notion de juridiction pénale. En tout état de cause, il convient de préciser que la nature juridique de l'immunité, qui reste une institution essentiellement procédurale ne s'en trouve nullement affectée. Ainsi, parler de la détermination de la responsabilité pénale individuelle dans la définition de la juridiction pénale n'a pas et ne peut avoir comme conséquence que l'immunité décharge le fonctionnaire étranger qui en bénéficie de sa responsabilité pénale individuelle, question sur laquelle on reviendra²⁵.

42. Des considérations qui précèdent, la Rapporteuse spéciale conclut à l'opportunité de proposer dans le projet d'articles une définition de la notion de « juridiction pénale étrangère », qui ferait l'objet d'un projet d'article introductif consacré aux « définitions ». À cette fin, nous proposons le texte suivant :

Projet d'article 3
Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

a) On entend par « juridiction pénale » l'ensemble des compétences, formalités, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle de l'auteur à raison d'actes qualifiés crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de « juridiction pénale », le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent;

B. La notion d'immunité de juridiction pénale étrangère

43. À l'exemple de la notion de « juridiction », la notion d'« immunité » n'est généralement pas définie dans les instruments internationaux qui intéressent d'une manière ou d'une autre les immunités de l'État ou de ses agents ou fonctionnaires, notamment la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des

²⁵ Sur ce point, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice est constante. Voir ainsi l'affaire relative au mandat d'arrêt (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*), arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, par. 60); affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, par. 196.); affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (*Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*), arrêt du 3 février 2012, par. 58 et 100.

États et de leurs biens, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou la Convention sur les missions spéciales. En particulier, s'agissant de l'« immunité de juridiction pénale », on relève que les textes antérieurs se bornent généralement à viser l'« immunité de juridiction pénale » entre autres éléments constitutifs du régime des privilèges et immunités considéré sans en donner une définition. On se trouve ainsi en présence d'une notion juridique vierge dont l'étendue doit être délimitée à la faveur de l'étude de la pratique, en particulier celle des États.

44. Nonobstant la pratique susévoquée, il reste relativement aisé d'appréhender cette notion juridique vierge, dans la mesure où le concept d'immunité de juridiction a été longuement invoqué à l'occasion des travaux préparatoires des instruments précités, en particulier au sein de la CDI elle-même. On ajoutera que la notion précitée, appelée ici juridiction pénale, a été analysée en détail par le Secrétariat dans son mémorandum²⁶ et par l'ancien rapporteur spécial dans son rapport préliminaire²⁷.

45. De tous ces travaux antérieurs, on peut dégager un certain nombre d'éléments caractéristiques de la notion d'« immunité de juridiction pénale étrangère », qui se résumeraient comme suit :

a) L'immunité emporte le non-exercice par l'État de sa compétence pénale, alors même que – en principe – ses tribunaux sont compétents pour poursuivre les crimes et délits en question;

b) L'immunité joue uniquement en raison de la présence d'un élément d'extranéité que l'on désigne sous le terme générique de « fonctionnaire » d'un État tiers;

c) L'immunité de juridiction pénale étrangère a un caractère essentiellement procédural et est sans effet ni sur la loi pénale de fond de l'État ayant compétence ni sur la responsabilité pénale individuelle du bénéficiaire de l'immunité²⁸.

46. De ce qui précède, on peut dégager une définition de l'immunité de juridiction pénale étrangère qui englobe les caractéristiques générales énumérées ci-dessus. Nous proposons ainsi la rédaction suivante :

Projet d'article 3

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

b) On entend par « immunité de juridiction pénale étrangère » la protection dont jouissent certains fonctionnaires de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers;

V. La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*

47. La distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* a été analysée et est généralement admise par une partie de la doctrine, que

²⁶ Voir A/CN.4/596, par. 14 à 66.

²⁷ Voir A/CN.4/601, par. 56 à 70.

²⁸ Voir *supra*, note 24.

ce soit sous ces dénominations ou sous celles d'« immunité personnelle » et d'« immunité fonctionnelle ». Par ailleurs, ces deux types d'immunité sont largement évoqués dans le rapport préliminaire de l'ancien rapporteur spécial²⁹ et dans le mémorandum du Secrétariat³⁰, de sorte qu'il n'est point besoin d'y revenir à ce stade. Enfin, on retiendra que la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* est l'une des rares questions qui fassent l'objet d'un large consensus au sein de la Commission.

48. Ces deux institutions présentent beaucoup de caractéristiques communes mais aussi de grandes différences. Elles ont le même fondement et la même finalité, qui n'est autre que de garantir le principe de l'égalité souveraine des États, d'éviter les ingérences dans les affaires intérieures et de concourir à la sécurité des relations internationales stables, tout en permettant aux fonctionnaires et représentants des États d'exercer leurs fonctions sans entraves ni difficultés³¹. Il suit de là qu'il faut envisager l'immunité de juridiction pénale d'un point de vue nécessairement fonctionnel, dans la mesure où la protection reconnue au bénéficiaire de l'immunité lui est accordée en dernière analyse en vertu des fonctions ou missions qu'il est amené à assumer dans le cadre de la relation organique qui l'unit à l'État. Ces missions varient nécessairement en fonction de la qualité de la personne protégée, ce qui détermine une manifestation distincte de la composante fonctionnelle de l'immunité et, partant, appelle un régime juridique différencié pour chacun des types d'immunité de juridiction pénale étrangère mentionnés plus haut. Cette composante « fonctionnelle » se retrouvant dans les deux types d'immunité, il est préférable, aux fins du présent rapport et du projet d'articles, d'employer les termes « immunité *ratione personae* » et « immunité *ratione materiae* » pour éviter toute confusion terminologique susceptible de faire problème sur le plan théorique.

49. L'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* ont également en commun ceci qu'elles protègent des personnes et leur sont accordées, même si elles ont en dernière analyse pour finalité de protéger les droits et les intérêts de l'État et, par conséquent, il convient de reconnaître à l'État quelque rôle vis-à-vis de ces immunités, en particulier s'agissant de l'invocation ou de la levée de l'immunité. Ainsi, il ne faut pas oublier que l'immunité de juridiction pénale étrangère fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale et s'applique à certaines catégories de personnes qui, en l'absence d'immunité, pourraient faire l'objet d'une procédure pénale qui viserait à déterminer leur responsabilité pénale individuelle. En conséquence, et même si ce n'est pas ici le lieu de s'arrêter sur la question, on ne confondra pas immunité de juridiction pénale étrangère (aussi bien *ratione personae*

²⁹ Voir A/CN.4/601, par. 78 à 83.

³⁰ Voir A/CN.4/596, par. 88 et suiv.

³¹ À cet égard, l'Institut de droit international déclare dans la résolution de 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux que « les immunités sont accordées en vue d'assurer conformément au droit international une répartition et un exercice ordonnés de la compétence juridictionnelle dans les litiges impliquant des États, de respecter l'égalité souveraine de ceux-ci, et de permettre aux personnes qui agissent en leur nom de remplir effectivement leurs fonctions » (art. II, al. 1). La Cour internationale de Justice a souligné le caractère fonctionnel et finaliste de l'immunité dans l'affaire relative au mandat d'arrêt (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, par. 53).

que *ratione materiae*) et immunité de l'État, même si ces deux institutions présentent un certain lien de connexité³².

50. Par delà les similitudes qui viennent d'être évoquées, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* présentent de grandes différences qu'il convient de mettre en évidence. Ainsi, il ressort de la pratique que l'immunité *ratione personae* se caractérise par les éléments suivants :

a) Elle n'est reconnue qu'à certains organes de l'État qui y occupent une place de premier plan et qui, de par de leur charge, représentent l'État dans les relations internationales de manière automatique et en vertu de règles du droit international;

b) Elle couvre tous les actes accomplis par les représentants de l'État, à titre privé ou officiel;

c) Elle a une dimension clairement temporelle, étant limitée à la période pendant laquelle les organes bénéficiaires de l'immunité exercent leurs fonctions³³.

En revanche, l'immunité *ratione materiae* se caractérise par les éléments suivants :

a) Elle est reconnue d'une manière générale aux représentants de l'État;

b) Elle ne s'applique qu'aux actes pouvant être qualifiés « actes officiels » ou « actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles »;

c) Elle n'est soumise à aucune limite temporelle, l'immunité *ratione materiae* subsistant même après que son bénéficiaire a perdu la qualité de représentant.

51. Encore qu'elle soit largement acceptée par la doctrine et la jurisprudence, la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* n'est pas aussi clairement consacrée dans les législations nationales. Ainsi, la majorité des États qui ont répondu à la première des questions posées par la Commission à sa session précédente ont fait savoir qu'aucune règle spécifique ne consacrait ladite distinction dans l'ordre interne. Toutefois, certains ont cité des exemples montrant comment cette distinction l'était indirectement dans certaines normes internes et plus souvent dans la jurisprudence. En fait, cette réponse n'est pas tout à fait surprenante à en juger par deux éléments de la pratique à ne pas méconnaître, à savoir : a) que la pratique des États en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère est inévidente; b) que la législation interne ne régleme d'ordinaire pas les immunités comportant un élément d'extranéité se bornant à consacrer généralement l'applicabilité du droit international.

52. Malgré tout, il est utile et nécessaire, aux fins du présent sujet et du projet d'articles qui pourrait en résulter, de bien distinguer entre immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* et immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, et ce, non pas tant pour des raisons d'analyse ou de description, que parce que déterminer la nature des règles qui gouvernent ces deux types

³² La Cour internationale de Justice a expressément évoqué la distinction entre immunité de l'État et immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans l'affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (*Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*), arrêt du 3 février 2012, par. 87). On peut en trouver une référence implicite au paragraphe 91 du même arrêt.

³³ Concernant ces caractéristiques, voir la section VI du présent rapport.

d'immunité présente un intérêt s'agissant de définir le régime juridique applicable à chacune d'elle, y compris du point de vue du régime procédural à mettre en place pour donner effet à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Au demeurant, cette distinction n'est pas non plus étrangère à la problématique générale des exceptions dont est susceptible l'immunité de juridiction pénale étrangère, une des questions qui suscitent sans doute plus d'incertitude et de désaccord.

53. Compte tenu de ce qui précède, nous croyons nécessaire de proposer une définition générale des deux types d'immunité pour camper le cadre des développements qui leur seront consacrés. Cette définition, qui doit trouver place dans le projet d'article 3 consacré aux définitions, serait la rédaction suivante :

Projet d'article 3

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

c) On entend par « immunité *ratione personae* » l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à tout représentant de l'État en vertu de la qualité qu'il détient dans l'État dont il a la nationalité et qui lui confère directement et *ipso facto* une fonction de représentation de l'État dans les relations internationales;

d) On entend par « immunité *ratione materiae* » l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à tout fonctionnaire de l'État pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être qualifiés « actes officiels ».

VI. Éléments normatifs de l'immunité *ratione personae*

54. Dans le présent rapport, l'expression « éléments normatifs » s'entend des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione personae* utiles pour définir le régime juridique applicable à ce type d'immunité de la juridiction pénale étrangère. Sur la base de la définition de l'immunité *ratione personae* donnée plus haut dans la section V, et qui figure au paragraphe c) du projet d'article 3, les éléments normatifs peuvent se présenter comme suit :

a) Portée subjective de l'immunité *ratione personae* : Quelles sont les personnes qui bénéficient de l'immunité?

b) Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae* : Quels sont les actes de ces personnes couverts par l'immunité?

c) Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* : Durant combien de temps l'immunité peut-elle être invoquée et appliquée?

On envisagera tour à tour ces éléments ci-après.

55. Les éventuelles exceptions à l'immunité *ratione personae* et les aspects procéduraux de celle-ci seront examinés plus tard.

A. Portée subjective de l'immunité *ratione personae*

56. La détermination des personnes auxquelles s'applique l'immunité est incontestablement indispensable à l'exercice de celle-ci, et ce, s'agissant spécialement de l'immunité de la juridiction pénale qui est le lieu d'apprécier l'opportunité d'exercer la compétence de l'État pour retenir la responsabilité pénale individuelle et non la responsabilité de l'État. En l'occurrence, la détermination de ces personnes présente un deuxième intérêt, la Commission ayant choisi de parler en termes généraux de « représentants de l'État » (« *funcionarios* » en espagnol et « *officials* » en anglais). La définition de la notion de « représentant de l'État » a suscité quelque préoccupation.

57. Cette préoccupation a ceci de singulier qu'il est question ici de l'immunité *ratione personae*, laquelle, comme on l'a dit, couvre nécessairement un nombre limité de personnes qui, de par les hautes fonctions qu'elles exercent ou le poste de haut niveau qu'elles occupent, représentent l'État dans les relations internationales³⁴. Par conséquent, définir l'expression « représentant de l'État » n'aurait guère d'intérêt pour ce type d'immunité si l'on s'en tient à une approche stricte qui réserverait l'immunité *ratione personae* au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères. Par contre, l'entreprise aurait davantage de sens si l'on retenait une approche plus générale qui engloberait, parmi les bénéficiaires de l'immunité, d'autres représentants de l'État, dont (comme on l'a répété) d'autres membres du gouvernement, tels que le ministre de la défense ou le ministre du commerce, ou encore des ministres qui, de par leurs fonctions, doivent participer d'une manière ou d'une autre aux relations internationales en général ou à des rencontres internationales consacrées à telle ou telle question, à l'occasion desquelles ils sont appelés à quitter le territoire national. Dans ce second cas de figure, il faudra définir clairement la notion de « représentant de l'État » aux fins de l'immunité *ratione personae* en opérant une distinction nette avec la définition générale utilisée dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*, le régime juridique applicable n'étant pas le même.

58. Si l'on considère tout d'abord l'approche restrictive, on constate, de façon générale, que la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères est consacrée dans la pratique. Il est vrai que l'immunité a d'abord été reconnue au chef de l'État avant d'être étendue au chef du gouvernement³⁵ par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt, mais il ne fait aucun doute qu'elle s'applique

³⁴ Voir A/CN.4/601, par. 109 à 121 et A/CN.4/596, par. 96 à 136.

³⁵ On notera en ce sens l'origine de ce type d'immunité, liée à la personne du souverain. Si on dépasse cette première approche, il n'en reste pas moins que différents instruments internationaux, jusqu'à il y a peu, renvoyaient uniquement au chef de l'État pour définir une règle spéciale d'immunité personnelle. Voir à ce sujet le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. De son côté, la Convention sur les missions spéciales mentionne de façon séparée l'immunité du chef de l'État (par. 1 de l'article 21) et celles du chef du gouvernement, du ministre des affaires étrangères et des autres personnalités de rang élevé (par. 2 de l'article 21) quand ils prennent part à une mission spéciale. Dans le cadre de la codification du droit, il faut souligner que l'Institut de droit international, dans sa résolution de Vancouver de 2001, s'est arrêté en premier lieu sur la personne du chef de l'État, pour étendre ensuite le régime de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité au chef du gouvernement, sans toutefois mettre sur le même plan le ministre des affaires étrangères.

aussi au ministre des affaires étrangères : « [I] 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 pénales³⁶ ». Certes, l'application de l'immunité au ministre des affaires étrangères a suscité des contestations au sein de la Commission de la Sixième Commission de l'Assemblée générale³⁷, mais qui sont restées l'exception. En outre, elles vont à l'encontre de l'arrêt susmentionné de la Cour internationale de Justice, au vu duquel il convient de conclure que s'applique le droit coutumier en vigueur au moment de trancher.

59. L'immunité *ratione personae* reconnue au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères repose sur la fonction de représentation de l'État que ceux-ci exercent dans les relations internationales. Cette fonction, rappelons-le, trouve son fondement dans le droit international lui-même, et ils l'exercent automatiquement, sans qu'il soit besoin de lettre de créance de la part de l'État qu'ils représentent³⁸. En définitive, ils exercent une fonction de représentation de l'État en marge du modèle politique et administratif de l'État qu'ils incarnent et en marge du droit interne qui, dans leurs États respectifs, régit l'accès aux fonctions de chef de l'État, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères. Il s'agit là en réalité d'une fonction de représentation que le droit international attache à ces charges, indépendamment du droit interne, et qui vise uniquement à établir un modèle organique de représentation de l'État homogène dans l'ensemble de la communauté internationale favorisant et facilitant le maintien de relations internationales³⁹. C'est précisément ce caractère de représentativité automatique fondée sur le droit international qui explique la place reconnue à ces trois organes de l'État par le droit international en général (voir, par exemple, le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale) et qui explique également qu'on leur reconnaisse l'immunité de la juridiction pénale étrangère et qu'ils bénéficient d'un régime (l'immunité *ratione personae*) différent de celui applicable à d'autres représentants de l'État.

³⁶ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 51.

³⁷ L'Afrique du Sud s'est opposée à plusieurs reprises à ce que l'immunité *ratione personae* soit reconnue au ministre des affaires étrangères.

³⁸ Bien qu'elles concernent le ministre des affaires étrangères, les conclusions tirées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt sont parfaitement transposables sur le fond au chef de l'État et au chef du gouvernement et apportent des éclaircissements particulièrement utiles sur la question : « Celui-ci assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. [...] Ses actes sont susceptibles de lier l'État qu'il représente [...]. La Cour fait en outre observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'État et du chef du gouvernement, il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance : tout au contraire, c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance ». Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 53.

³⁹ Le régime des relations diplomatiques et consulaires, y compris le régime applicable aux missions spéciales, a un fondement similaire. On y trouve des règles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère qui correspondent à la catégorie de l'immunité *ratione personae*.

60. Dès lors, une fois admis que ce régime spécial repose précisément sur la nature représentative très particulière du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères, expressément reconnue et consacrée par le droit international, il est clair que l'on se trouve dans une situation exceptionnelle difficilement transposable à d'autres personnes, qu'elles exercent ou non des fonctions de haut niveau dans l'État dont elles ont la nationalité, et même si elles font partie du gouvernement de cet État⁴⁰ sauf, bien entendu, s'il existe des normes de droit international semblables à celles applicables aux membres de la troïka qui leur confèrent un rôle de représentation comparable à celui reconnu à ces derniers. En l'absence de telles normes, on ne pourra pas appliquer l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État que ceux qui composent la troïka, qu'ils participent ou non de la même façon aux relations internationales⁴¹.

61. Si l'on considère maintenant l'approche extensive de l'immunité *ratione personae*, on constate qu'elle permet d'englober dans son champ d'application certains représentants de l'État distincts de ceux composant la troïka lorsque, du fait des fonctions qu'ils exercent en vertu du droit interne, ils sont appelés à participer à des échanges internationaux et à se rendre souvent à l'étranger, y compris pour représenter l'État, même si c'est uniquement dans un domaine bien précis. Retenir cette approche permettrait de renforcer le caractère sûr et durable des relations internationales, ainsi que l'égalité souveraine de l'État à la lumière des nouveaux modèles de diplomatie et de relations internationales, en octroyant à ces personnes l'immunité *ratione personae* déjà reconnue au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères et en les dotant de fonctions comparables⁴². Les défenseurs de cette approche élargie se fondent sur le libellé de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt mentionnée plus haut, et plus précisément sur l'emploi de l'expression « telles que », qui sert à présenter une énumération non limitative. Ajoutons à cela certains éléments de la pratique judiciaire des États, en vertu de laquelle certains

⁴⁰ À ce sujet, il y a lieu de rappeler que plusieurs instruments et textes internationaux opèrent une distinction entre, d'une part, le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères et, d'autre part, les autres personnalités de rang élevé, y compris les autres ministres. Voir en particulier l'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, déjà cité. De son côté, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, a une perspective différente mais définit l'expression « personne jouissant d'une protection internationale » en opérant une distinction nette entre, d'un côté, le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères (par. 1 a) de l'article premier) et, de l'autre, « tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État » (par. 1 b) de l'article premier). L'Institut de droit international quant à lui, dans sa résolution de 2001, opère une distinction nette entre les immunités du chef de l'État et du chef du gouvernement et les « immunités qui peuvent être reconnues aux autres membres du gouvernement en raison de leurs fonctions officielles » (par. 2 de l'article 15).

⁴¹ À la dernière session de la Sixième Commission, plusieurs États se sont déclarés favorables à l'idée de limiter l'immunité *ratione personae* aux membres de la troïka, à savoir : Autriche, Belgique, Congo, Espagne, États-Unis d'Amérique, Grèce, Irlande, Jamaïque, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal et Slovénie.

⁴² À ce sujet, les États suivants se sont dits prêts à envisager, avec prudence, une application plus large de l'immunité : Algérie, Bélarus, Chili, Chine, Fédération de Russie, France, Israël, Norvège, Pérou, Portugal, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse et Viet Nam.

tribunaux internes auraient reconnu une immunité *ratione personae* à des représentants de l'État autres que ceux composant la troïka. Cela mérite réflexion.

62. Pour ce qui est de « l'approche élargie », il faut tout d'abord interpréter comme il convient l'expression employée par la Cour : malgré le sens littéral de cette expression, on peut difficilement conclure que la Cour ait eu l'intention de reconnaître l'immunité *ratione personae* à une liste non limitative de personnes. En effet, quand elle a eu l'occasion d'allonger la liste des personnes protégées par ce type d'immunités, dans l'affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, elle ne l'a pas fait, limitant l'application de l'immunité au chef de l'État. En ce qui concerne le procureur général de la république et le chef de la sécurité nationale, elle n'a pas dit expressément s'ils seraient admis à bénéficier d'une immunité *ratione personae* de portée générale, mais a conclu qu'ils ne bénéficieraient pas d'immunités personnelles étant donné qu'ils n'étaient pas des diplomates et que la Convention sur les missions spéciales n'était pas applicable en l'espèce⁴³.

63. Par ailleurs, la pratique des États en la matière n'est guère répandue et n'est ni constante ni uniforme, tant pour ce qui est des solutions données dans tel ou tel cas qu'en ce qui concerne les arguments employés par les juridictions nationales. Ainsi, les juridictions sont favorables à une application élargie de l'immunité *ratione personae* dans certains cas, mais pas dans d'autres⁴⁴ où, sans se prononcer sur le type d'immunité allégué ou appliqué, elles ne traitent clairement pas de la même manière les membres de la troïka et les autres représentants de l'État. Par conséquent, la pratique des États n'étant pas homogène, il est impossible de trouver des arguments en faveur d'une application élargie de l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État que ceux composant la troïka, car cela reviendrait à leur attribuer une fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales sur la base d'une norme de droit international dont on ne peut établir l'existence⁴⁵.

64. Enfin, on ne saurait trop insister sur le fait que même les partisans de l'application de l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État que les membres de la troïka s'accordent à dire qu'il est impossible d'établir une liste exhaustive des personnes concernées, les opinions étant très variées quant au type de représentants de l'État qui devraient en bénéficier⁴⁶. On constate au contraire que les partisans d'une application élargie de l'immunité semblent considérer que la

⁴³ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 177, par. 194. Cependant, dans cet arrêt, la Cour internationale de Justice semble rapprocher, bien qu'en partie seulement, l'immunité reconnue à ces deux représentants de l'État de celle reconnue à l'État (voir par. 187, 188 et 196).

⁴⁴ À ce sujet, il convient de mentionner la décision rendue par le Tribunal pénal fédéral suisse le 25 juillet 2012, citée plus haut.

⁴⁵ Plusieurs États (la Slovaquie, la Norvège et la Malaisie) ont appelé à la prudence concernant toute approche élargie, étant donné que les niveaux de représentation attribués à telle ou telle catégorie de représentants de l'État sont sensiblement différents.

⁴⁶ Pour certains États, l'immunité *ratione personae* devrait être reconnue aux ministres de la défense et du commerce (Suisse, Norvège), au ministre des finances, compte tenu de la situation mondiale du moment (Norvège), au vice-premier ministre, aux ministres en général et au président du parlement (Chine, Royaume-Uni, Irlande).

solution serait de déterminer les critères qui justifieraient d'accorder l'immunité *ratione personae* à ces « autres représentants de l'État »⁴⁷.

65. Cependant, il n'est pas rare dans la pratique de rencontrer des exemples dans lesquels le droit international reconnaît une immunité *ratione personae* générale à des représentants de l'État autres que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. L'exemple le plus significatif est sans aucun doute celui de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux agents diplomatiques. On peut mentionner également l'immunité *ratione personae* reconnue en vertu des dispositions applicables aux missions spéciales, ainsi que plusieurs cas dans lesquels la même protection a été accordée unilatéralement à certains représentants de l'État en voyage officiel dans un pays donné. Il s'agit cependant de régimes spéciaux qui sont hors sujet et ne devraient donc pas entrer dans le champ d'application du projet d'articles approuvé par la Commission le moment venu. C'est précisément dans le cadre de ces régimes spéciaux, en particulier de celui appliqué aux missions spéciales au sens large, qu'il faut chercher une réponse plus appropriée à la question de savoir si les représentants de l'État appelés à quitter le territoire national plus ou moins souvent pourraient être soumis à la juridiction pénale étrangère, ce qui nuirait clairement à l'exercice de leurs fonctions et au principe d'égalité souveraine de l'État au nom duquel ils exercent ces fonctions.

66. Enfin, on ne saurait trop insister sur le fait que reconnaître une immunité *ratione personae* semblable à celle reconnue aux membres composant la troïka à d'autres représentants de l'État, y compris à d'autres ministres, aurait pour conséquence d'empêcher les tribunaux compétents d'un État tiers d'exercer leur compétence et les priverait d'un pouvoir souverain. Cela ne pourrait se produire qu'en application d'une règle de droit international coutumier. Cette règle est établie pour les membres de la troïka, mais il ne semble pas qu'on puisse en démontrer l'existence pour d'autres représentants de l'État en l'état actuel du droit international.

67. Compte tenu de ce qui précède, la Rapporteuse spéciale considère que la portée subjective de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* doit s'appliquer uniquement au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères. Elle propose donc le projet d'article suivant :

Projet d'article 4

Portée subjective de l'immunité *ratione personae*

Le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État dont ils ne sont pas ressortissants.

68. Toutefois, il est vrai que dans la pratique on peut trouver des exemples de reconnaissance ponctuelle de l'immunité *ratione personae* à des fonctionnaires de haut rang autres que les membres de la troïka. À cela, il faut également ajouter les avis exprimés par certains membres de la Commission et par des États qui sont

⁴⁷ Pour le Japon, le Chili, l'Irlande, la France, la République de Corée, la Chine, le Portugal, l'Inde, la Fédération de Russie et Israël, il fallait définir ces critères. Pour certains États, il fallait retenir comme critères essentiels le rang occupé par la personne en question, sa participation à la coopération et aux relations internationales et la nécessité de voyager (voir, en particulier, l'intervention du Royaume-Uni).

favorables à l'extension de cette immunité aux fonctionnaires de haut rang. À cet égard, si la Commission estime opportun de lancer le débat sur ce processus d'extension de la portée de l'immunité *ratione personae*, la Rapporteuse spéciale se doit de signaler qu'à son avis, il relèverait plutôt du développement progressif du droit international. Dans tous les cas, pour aborder comme il se doit une telle extension, il conviendrait d'envisager ladite immunité de manière indépendante et distincte de celle du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères, notamment afin d'incorporer à ce processus tout élément qui la différencierait de l'immunité *ratione personae* traditionnellement reconnue aux membres de la troïka. Il faudrait dans ce contexte tenir tout particulièrement compte du nouvel élément territorial qui caractériserait ce type particulier d'immunité *ratione personae*, dérivé de l'incorporation du concept de « voyage officiel », qui devrait être au cœur de la réflexion et qui a suscité récemment un intérêt tout particulier de la part d'un État⁴⁸.

B. Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae*

69. Les types d'actes auxquels s'étend ladite immunité constituent le deuxième des éléments normatifs définissant l'immunité *ratione personae*. À ce sujet, il convient de souligner que, contrairement à la portée subjective de l'immunité *ratione personae*, la détermination abstraite de son champ d'application matériel n'a pas soulevé de problème dans la pratique. Ainsi, l'extension de celle-ci à tout acte, privé ou officiel, accompli par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères n'a pas été contestée. Cela s'explique en grande partie par le lien particulier qui existe entre cette catégorie d'immunité de juridiction pénale étrangère et celle visée précédemment.

70. Cette solution est conforme à celle proposée par les divers instruments internationaux qui définissent des régimes particuliers envisageant également une typologie d'immunité de nature *ratione personae*, tels que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention sur les missions spéciales⁴⁹. Étant donné que la protection accordée par les différentes conventions face à l'exercice de la juridiction pénale étrangère répond à la même considération que pour celle octroyée aux chefs d'État, chefs de Gouvernement ou ministres des affaires étrangères, il est logique que la réponse apportée au champ d'application matériel de celle-ci soit identique. Par ailleurs, les diverses tentatives de codification privée qui

⁴⁸ Lors de la précédente session de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la Suisse a affirmé que le fait qu'un fonctionnaire d'un État se trouve en voyage officiel sur le territoire d'un État tiers devait être considéré comme un critère méthodologique pertinent au moment d'aborder l'examen de l'immunité *ratione personae*. L'importance de prendre en considération le voyage officiel a également été mise en avant par la Norvège, s'exprimant au nom des pays nordiques.

⁴⁹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 31 et art. 39.2, *a contrario*. Convention sur les missions spéciales, art. 31 et art. 43.2, *a contrario*. Il convient, dans les deux cas, d'appeler l'attention sur la différence de traitement accordée à l'immunité de juridiction pénale et à l'immunité de juridiction civile et administrative, si l'on admet que ces deux dernières exceptions sont directement liées aux actes accomplis à titre privé. De même, en réglementant la fin de l'immunité, ces conventions établissent une distinction entre les actes officiels et les autres actes, ce qui entraîne la reconnaissance implicite du fait que les actes non officiels (privés) sont protégés par l'immunité *ratione personae* lorsqu'elle s'applique à un agent diplomatique ou aux membres d'une mission spéciale.

ont été menées à bien, notamment par l'Institut du droit international, placent aussi bien les actes privés que les actes officiels sous la protection de l'immunité *ratione materiae*⁵⁰.

71. Par ailleurs, il faut également tenir compte du fait que l'on retrouve cette même position dans la jurisprudence internationale qui fait référence à cette catégorie d'immunité en la qualifiant d'immunité « pleine », « totale », « complète », « entière » ou « absolue » précisément pour déclarer qu'elle s'applique à tout acte accompli par les personnes qui en sont bénéficiaires. En parallèle, la pratique suivie par les organes judiciaires nationaux est traditionnellement alignée sur cette approche⁵¹.

72. Par conséquent et suivant l'expression employée par la Cour internationale de Justice, il est possible de conclure que l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* est une immunité pleine. Il n'est pas nécessaire, en ce qui la concerne, de procéder à une étude analytique des types d'actes qui doivent être considérés comme des « actes privés » ou comme des « actes officiels »; il n'est pas non plus utile, en principe, de se pencher sur le moment où ces actes se sont produits ou sur les circonstances qui les entourent, ni sur la question de savoir où se trouvaient les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* lorsqu'ils ont accompli les actes couverts par l'immunité, ni où ils se trouvent au moment où un État étranger entend exercer sa compétence à leur égard⁵². La « plénitude » de l'immunité *ratione personae* se traduit donc par son applicabilité à l'un quelconque des actes accomplis par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, indépendamment de sa nature, du lieu où il a été commis et de la nature éventuelle du voyage (visite officielle ou privée) qu'il effectue lui-même à l'étranger lorsque qu'un État déterminé décide d'exercer sa compétence. Dans tous les cas, de ce point de vue et de l'avis de la Rapporteuse spéciale, l'emploi de l'expression « immunité pleine » est préférable à celui de l'expression « immunité absolue », qui peut prendre d'autres significations si l'on en croit l'évolution récente du concept d'immunité en droit international au cours de ces dernières décennies.

73. Néanmoins, il convient de signaler que la qualification de l'immunité *ratione personae* comme pleine ne veut pas dire qu'elle ne peut pas éventuellement faire l'objet d'exceptions. Ces exceptions, le cas échéant, entraîneraient, de par leur propre nature, l'exclusion de la règle générale, qui est précisément l'immunité « pleine ». Cela étant, les éventuelles exceptions à l'immunité ne sont pas un thème faisant l'objet du présent rapport, et ne doivent par conséquent pas être envisagées dans le projet d'article proposé ci-après. Elles seront examinées par la suite, comme déjà indiqué plus haut à la section II du présent rapport.

⁵⁰ Voir notamment, la résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Vancouver, en 2001. L'article 2 qui doit être lu, pour les questions qui nous concernent, à la lumière des articles 3 et 13.2 mérite une attention particulière.

⁵¹ Voir, à cet égard, l'analyse intéressante reproduite dans le mémorandum du Secrétariat, A/CN.4/596, par. 137 à 140. La récente décision du Tribunal pénal fédéral suisse citée à plusieurs reprises dans le présent rapport, montre que le juge s'est également rallié à la doctrine communément acceptée, à savoir que l'immunité couvre tous les actes accomplis, dans ce cas, par un chef d'État (par. 5.3.1).

⁵² Voir Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*); arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, par. 55.

74. Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant concernant le champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae* :

Projet d'article 5

Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae*

1. L'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères s'étend à tous les actes, privés ou officiels, accomplis par ces personnes avant leur nomination ou au cours de l'exercice de leur mandat.

2. Le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* pour les actes, privés ou officiels, qu'ils pourraient accomplir après la fin de leur mandat. Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre forme d'immunité dont peuvent bénéficier lesdites personnes par rapport aux actes officiels qu'elles sont amenées à accomplir après expiration de leur mandat, en vertu d'une qualité autre.

C. Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae*

75. Comme pour l'aspect matériel de l'immunité *ratione personae*, le champ d'application temporel de cette catégorie d'immunité ne suscite aucune controverse. Au contraire, l'affirmation que l'immunité de juridiction pénale *ratione personae* n'est applicable au chef d'État, au chef de gouvernement ou au ministre des affaires étrangères que pendant la durée de l'exercice de leur mandat rassemble un large consensus. Par conséquent, l'immunité *ratione personae* naît avec la nomination de la personne qui en est bénéficiaire et prend fin au terme de son mandat⁵³. Ou bien, si l'on préfère, l'immunité *ratione personae*, du fait de sa nature même, a un caractère indubitablement temporel lié à la durée de l'exercice de sa fonction par la personne qui en est bénéficiaire⁵⁴.

76. On retrouve cette caractéristique de l'immunité *ratione personae* dans la pratique courante des États, leur jurisprudence ainsi que la jurisprudence internationale. Cependant, il est vrai qu'il existe parfois une certaine ambiguïté et/ou confusion terminologique qui peut avoir des conséquences sur la nature juridique de la catégorie d'immunité visée. Ainsi, il a été dit dans certains cas qu'après l'extinction du mandat des personnes bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*, il subsistait une certaine « immunité résiduelle »⁵⁵ pour ce qui est des

⁵³ Voir A/CN.4/601, par. 79, et A/CN.4/596, par. 90.

⁵⁴ Ainsi en a décidé la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, *Recueil des arrêts de la C.I.J.* 2002, par. 54. Voir également le paragraphe 61 du même arrêt. Le même aspect temporel de l'immunité *ratione personae* a été mis en exergue par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents dans le cas de crimes internationaux : « L'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire (art. III.2).

⁵⁵ Dans sa décision du 25 juillet 2012, le Tribunal pénal fédéral suisse semble avoir suivi cette approche en affirmant qu'une immunité résiduelle subsistait au terme de la fonction, et cela bien qu'il mette expressément en avant le caractère temporel de l'immunité *ratione personae* (par. 5.3.1 et 5.3.2).

actes officiels accomplis par le chef d'État, le chef de Gouvernement ou le ministre des affaires étrangères. Selon un autre point de vue, l'immunité *ratione personae* s'étend parfois au-delà du mandat des bénéficiaires en ce qui concerne les actes officiels accomplis par ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions. Ces affirmations ont un objectif évident : préserver un type d'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes accomplis à titre officiel au-delà de la durée de la fonction des personnes susmentionnées. Néanmoins, il convient de préciser la nature de l'immunité envisagée pour lesdits actes officiels, car elle peut avoir des conséquences, le cas échéant, sur le régime juridique qui lui est applicable.

77. À cet égard, il est nécessaire de rappeler, en premier lieu, que l'immunité *ratione personae* se justifie par la position particulière des personnes qui en bénéficient, à savoir leur qualité de représentants suprêmes de l'État qui, de manière automatique et sans qu'aucun acte exprès ne soit nécessaire, représentent l'État dans les relations internationales, et peuvent engager automatiquement tant la volonté que la responsabilité de celui-ci. C'est précisément pourquoi l'immunité *ratione personae* bénéficie d'un régime juridique particulier lui permettant de s'appliquer à tout acte accompli par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères sans qu'il soit possible ou nécessaire, dans l'abstrait, de chercher à identifier les actes que ceux-ci ont accomplis afin de leur octroyer l'immunité. Si l'on préfère, la nature de l'acte accompli par le bénéficiaire de l'immunité n'est pas pertinente pour justifier l'application de cette institution juridique. De même, cette immunité possède une limite temporelle évidente, déterminée par l'exercice de la fonction, à la fin de laquelle l'acte devient pertinent, c'est-à-dire que, d'un côté les actes, accomplis à titre privé par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères cessent d'être protégés par l'immunité et que, de l'autre, les actes accomplis à titre officiel pourront bénéficier de l'immunité, mais pour cela ils devront être identifiés comme des actes officiels⁵⁶. Il est donc impératif de « qualifier les actes officiels » pour reconnaître l'immunité, élément qui est étranger à la nature même de l'immunité *ratione personae* mais qui, au contraire, est l'un des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae*.

78. Par conséquent, dans le cas d'une éventuelle immunité présumée pour ce qui est d'actes officiels accomplis par un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères, nous nous trouvons face à une hypothèse d'immunité *ratione materiae* caractéristique qui le protège en ce qui concerne les actes accomplis par un fonctionnaire de l'État dans l'exercice de ses fonctions, indépendamment du fait que ledit fonctionnaire, au moment de l'accomplissement de ces actes, ait ou pas qualité de représentant suprême de l'État et du fait qu'il ait cessé d'exercer ses anciennes fonctions au moment où cette immunité doit lui être étendue. Il ne s'agit pas pour autant d'une prolongation de l'immunité *ratione personae*, ni du maintien résiduel de l'un de ses éléments mais de l'application des règles générales mêmes de l'immunité *ratione materiae*. Étant donné que la distinction entre ces deux catégories d'immunité de juridiction pénale étrangère a été acceptée de manière générale et qu'il est aussi accepté qu'elles relèvent toutes deux de régimes juridiques différenciés, il est nécessaire d'établir

⁵⁶ Dans ce sens, l'Institut de droit international a déclaré dans sa résolution de 2001 que le chef d'État qui a cessé d'exercer ses fonctions « n'y bénéficie d'aucune immunité de juridiction [...] en matière pénale [...], sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice (art. 13.2).

clairement dans ce projet d'articles la distinction déjà signalée par rapport aux cas d'immunité dont peuvent bénéficier les anciens chef d'État, chef de Gouvernement ou ministre des affaires étrangères, s'agissant des actes officiels qu'ils auraient pu accomplir au cours de l'exercice de fonctions aussi importantes.

79. Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant qui tient compte des deux aspects auquel il est fait référence plus haut :

Projet d'article 6

Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae*

1. L'immunité *ratione personae* s'applique exclusivement pendant la durée du mandat du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et s'éteint automatiquement dès expiration dudit mandat.

2. L'extinction de l'immunité *ratione personae* s'entend sans préjudice du fait qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères puissent bénéficier, après expiration de leurs mandats respectifs, de l'immunité *ratione materiae* en rapport avec les actes qu'ils auront accomplis à titre officiel pendant l'exercice de ces fonctions.

VII. Plan de travail futur

80. Conformément au plan de travail proposé dans le rapport préliminaire, la Rapporteuse spéciale entend consacrer son troisième rapport à l'examen des éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae*, en s'attachant notamment à deux aspects particulièrement complexes, à savoir le concept de fonctionnaire et le concept d'acte officiel. Dans ce rapport, qui sera présenté à la Commission du droit international à sa soixante-sixième session, figureront également des projets d'articles sur les questions susmentionnées.

81. Par la suite, la Rapporteuse spéciale entamera les premières études concernant la question des exceptions à l'immunité, en vue de soumettre quelques observations préliminaires à la Commission à l'occasion de sa soixante-sixième session.

Annexe

Projets d'articles proposés

Première partie

Introduction

Projet d'article 1

Champ d'application du projet d'articles

Sans préjudice des dispositions du projet d'article 2, le présent projet d'articles renvoie à l'immunité dont jouissent certains représentants de l'État au regard des juridictions pénales d'un autre État.

Projet d'article 2

Immunités exclues du champ d'application du projet d'articles

Sont exclues du champ d'application du présent projet d'articles :

a) Les immunités pénales reconnues dans le cadre des relations diplomatiques, des relations consulaires, ou dans le cadre ou le contexte d'une mission spéciale;

b) Les immunités pénales établies dans le cadre d'accords de siège ou de traités régissant la représentation diplomatique devant les organisations internationales ou définissant les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs représentants ou agents;

c) Les immunités qui peuvent être établies en vertu d'autres traités internationaux ad hoc;

d) Toutes les autres immunités qui peuvent être accordées unilatéralement par un État aux représentants d'un autre État, en particulier quand ces derniers se trouvent sur son territoire.

Projet d'article 3

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

a) On entend par « juridiction pénale » l'ensemble des compétences, processus, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes érigés en crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de « juridiction pénale », le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent;

b) On entend par « immunité de juridiction pénale étrangère » la protection dont jouissent certains fonctionnaires de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers;

c) On entend par « immunité *ratione personae* » l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à certains fonctionnaires de l'État en vertu de la qualité qu'ils détiennent dans l'État dont ils ont la nationalité et qui leur donne une

fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales;

d) On entend par « immunité *ratione materiae* » l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à un fonctionnaire de l'État pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être qualifiés d'« actes officiels ».

Deuxième partie

Immunité *ratione personae*

Projet d'article 4

Portée subjective de l'immunité *ratione personae*

Le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État dont ils ne sont pas ressortissants.

Projet d'article 5

Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae*

1. L'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères s'étend à tous les actes, privés ou officiels, qu'ils ont accomplis avant leur nomination ou au cours de l'exercice de leur mandat.

2. Le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* pour les actes, privés ou officiels, qu'ils pourraient accomplir après la fin de leur mandat. Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre forme d'immunité dont peuvent bénéficier lesdites personnes par rapport aux actes officiels qu'elles sont amenées à accomplir après expiration de leur mandat, en vertu d'une qualité autre.

Projet d'article 6

Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae*

1. L'immunité *ratione personae* s'applique exclusivement pendant la durée du mandat du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et s'éteint automatiquement dès expiration dudit mandat.

2. L'extinction de l'immunité *ratione personae* s'entend sans préjudice du fait qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères puissent bénéficier, après expiration de leurs mandats respectifs, de l'immunité *ratione materiae* en rapport avec les actes qu'ils auront accomplis à titre officiel pendant l'exercice de ces fonctions.