



# Assemblée générale

Distr. générale  
29 mai 2015  
Français  
Original : espagnol

## Commission du droit international

### Soixante-septième session

Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2015

## Quatrième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

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

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction .....	2
II. Immunité <i>ratione materiae</i> : critères normatifs ( <i>suite</i> ) .....	5
A. Généralités .....	5
B. Notion d'« acte accompli à titre officiel » .....	7
C. Portée temporelle .....	55
D. Portée de l'immunité <i>ratione materiae</i> .....	56
III. Futur programme de travail .....	56
Annexe	
Projets d'articles proposés .....	59

\* Nous tenons à remercier les membres de l'équipe du projet de recherche « La protection des valeurs de la communauté internationale : immunité, justice et impunité en droit international » (DER2013-45790-P), les professeurs Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá, Claribel de Castro Sánchez, Fernando Val Garijo, Teresa Marcos Martín et Nuria Pastor Palomar (Université nationale d'enseignement à distance), ainsi que Rosario Ojinaga Ruiz, Yael Cacho Sanchez et José Antonio Valles Cavia (Université de Cantabrie). Nous souhaitons également remercier de sa collaboration Marko Sjekavica, étudiant de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève.



## I. Introduction

1. Après l'avoir 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 rapport<sup>1</sup>, 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 Anatolyevich Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet<sup>2</sup>. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet<sup>3</sup>.

2. Le 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'immunité<sup>4</sup>. 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<sup>e</sup> séance, le 22 mai 2012, la CDI nous a nommée au poste de Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Kolodkin, membre sortant de la Commission<sup>5</sup>.

4. À la même session, nous avons saisi la CDI d'un rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (A/CN.4/654). Ce rapport se voulait un « rapport de transition », par lequel nous entendions contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et à recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont l'examen pouvait être poursuivi si la Commission le jugeait utile. Il précisait les questions devant être examinées par la CDI, posait les fondements méthodologiques de l'étude et proposait un plan de travail indicatif pour le traitement du sujet.

5. Ayant examiné le rapport préliminaire à sa soixante-quatrième session en 2012, la CDI a souscrit dans l'ensemble à la méthodologie et au plan de travail que nous avions proposés<sup>6</sup>. À la soixante-septième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné à son tour le rapport préliminaire à l'occasion de l'examen du rapport de la CDI et accueilli favorablement les propositions qui y figuraient<sup>7</sup>.

6. À la soixante-cinquième session de la CDI, nous avons présenté un deuxième rapport sur le sujet (A/CN.4/661), dans lequel nous traitons de la portée du sujet et

<sup>1</sup> Voir A/61/10, par. 257 et annexe A.

<sup>2</sup> Voir A/62/10, par. 376.

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

<sup>4</sup> Les rapports de l'ancien Rapporteur spécial ont été publiés sous les cotes A/CN.4/601, A/CN.4/631 et A/CN.4/646.

<sup>5</sup> Voir A/67/10, par. 84.

<sup>6</sup> Sur le déroulement de ce débat, voir A/67/10, par. 86 à 189. Voir également les comptes rendus analytiques provisoires de la Commission (A/CN.4/SR.3143 à 3147) sur le site Web de la CDI.

<sup>7</sup> La Sixième Commission a examiné le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État de sa 20<sup>e</sup> séance à sa 23<sup>e</sup> séance lors de ladite session. En outre, deux États ont évoqué ce sujet à la 19<sup>e</sup> séance. Les interventions des États à ces séances sont consignées dans les comptes rendus analytiques correspondants (A/C.6/67/SR.19 à 23). Voir également A/CN.4/657, section C, par. 26 à 38.

du champ d'application du projet d'articles, des notions d'immunité et de juridiction, de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, ainsi que des critères normatifs de l'immunité *ratione personae*. Nous y proposons six projets d'article consacrés au champ d'application du projet d'articles (projets d'article 1 et 2), aux définitions (projet d'article 3) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'article 4, 5 et 6).

7. Ayant examiné notre deuxième rapport de sa 3164<sup>e</sup> séance à sa 3168<sup>e</sup> séance ainsi qu'à sa 3170<sup>e</sup> séance<sup>8</sup>, la CDI a décidé de renvoyer les six projets d'article au Comité de rédaction. Au vu du rapport de ce dernier<sup>9</sup>, elle a provisoirement approuvé trois projets d'article consacrés au champ d'application du projet d'articles (projet d'article 1) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'article 3 et 4). Ces projets d'article reprennent, en les réorganisant, les principaux éléments de cinq des projets que nous avons proposés. La CDI a également souscrit aux commentaires relatifs aux trois projets d'article qu'elle avait approuvés à titre provisoire. En ce qui concerne le projet d'article consacré aux définitions, le Comité de rédaction a décidé d'en poursuivre l'examen et de surseoir à se prononcer à son sujet<sup>10</sup>.

8. À la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné notre deuxième rapport sur le sujet à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la CDI. Les États ont dans l'ensemble accueilli favorablement le texte et l'état d'avancement des travaux de la CDI, et se sont félicités de la présentation de trois projets d'article à l'Assemblée générale<sup>11</sup>.

9. Dans son rapport annuel, la CDI a demandé aux États de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, et notamment sur la jurisprudence de leurs tribunaux, en ce qui concerne la signification donnée aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État<sup>12</sup>. Les 10 États suivants ont répondu par écrit à cette demande : Allemagne, Belgique, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Mexique, Norvège, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse.

10. À la soixante-sixième session de la CDI, nous avons présenté un troisième rapport sur le sujet (A/CN.4/673), dans lequel nous avons entamé l'analyse des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, en nous concentrant sur les aspects liés à l'élément subjectif. Nous avons examiné en profondeur la notion générale de « représentant de l'État » et précisé les critères à prendre en compte pour identifier les personnes susceptibles de rentrer dans cette catégorie.

<sup>8</sup> Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir A/CN.4/SR.3164 à 3168 et 3170 sur le site Web de la CDI.

<sup>9</sup> Voir A/CN.4/SR.3174.

<sup>10</sup> Pour en savoir plus sur le traitement du sujet par la CDI à sa soixante-cinquième session, voir A/68/10, par. 40 à 49. Voir en particulier les projets d'article et les commentaires correspondants au paragraphe 49 du rapport. Pour les débats de la Commission sur lesdits commentaires, voir A/CN.4/SR.3193 à 3196.

<sup>11</sup> Voir A/C.6/68/SR.17 à 19. On trouvera le texte intégral des interventions des représentants ayant pris part au débat à l'adresse suivante : <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/68th-session/agenda>. Voir également le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, établi par le Secrétariat (A/CN.4/666, sect. B).

<sup>12</sup> A/68/10, par. 25.

Nous avons également analysé la portée subjective de l'immunité *ratione materiae* en définissant les personnes susceptibles d'en bénéficier. Enfin, nous avons abordé la question du meilleur terme à employer pour désigner les personnes bénéficiant de l'immunité au regard des problèmes terminologiques posés par l'utilisation de l'expression « représentant de l'État » et ses équivalents dans les autres versions linguistiques, et nous avons proposé d'employer le terme plus général d'« organe de l'État ». Après avoir analysé la jurisprudence (nationale et internationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la CDI intéressant le sujet, nous avons formulé deux projets d'article consacrés, l'un, à la définition de la notion générale de « représentant de l'État » aux fins du projet d'articles, l'autre, à la portée subjective de l'immunité *ratione materiae*.

11. Ayant examiné notre troisième rapport de sa 3217<sup>e</sup> séance à sa 3222<sup>e</sup> séance<sup>13</sup>, la CDI a décidé de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction. Au vu du rapport de ce dernier<sup>14</sup>, elle a approuvé à titre provisoire les projets d'article consacrés à la notion générale de « représentant de l'État » [projet d'article 2, al. e)] et aux « bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* » (projet d'article 5). Elle a également souscrit aux commentaires relatifs à ces deux projets d'article<sup>15</sup>.

12. À la soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné notre troisième rapport sur le sujet à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la CDI. Les États ont accueilli favorablement le texte ainsi que les deux nouveaux projets d'article approuvés provisoirement par la CDI. La majorité des délégations se sont déclarées favorables à l'insertion d'une définition générale de « représentant de l'État » dans le projet d'articles et ont adhéré à la définition proposée par la CDI en insistant sur la nécessité d'établir l'existence d'un lien de rattachement entre l'État et son représentant. Certains États ont demandé à la Commission de préciser la portée de l'expression « qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques » figurant dans la définition. De même, la majorité des États se sont prononcés en faveur de la prise en considération de la notion de « représentant de l'État » dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*, l'immunité de juridiction pénale étrangère s'appliquant à un individu (le « représentant de l'État »), et ont également souligné l'importance du lien entre l'État et le représentant. En outre, les États se sont félicités de la manière dont la CDI avait abordé le sujet ainsi que de la rédaction du projet d'article 5. Si quelques États ont souligné qu'il serait utile de préciser l'expression « agissant à ce titre », la majorité l'a accueillie favorablement, y voyant un renforcement du caractère fonctionnel de l'immunité. Toutefois, un petit nombre d'États ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de prendre en considération le représentant de l'État dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*, estimant que, pour cette catégorie d'immunité, c'était la nature de l'acte accompli et non son auteur qui importait. D'une manière générale, les États ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner dans les prochains rapports la notion d'« acte accompli à titre officiel » ainsi que l'élément temporel de

<sup>13</sup> Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir [A/CN.4/SR.3217](#) à 3222 sur le site Web de la CDI.

<sup>14</sup> Voir [A/CN.4/L.850](#) et [A/CN.4/SR.3231](#). La déclaration du Président du Comité de rédaction est consultable sur le site Web de la CDI.

<sup>15</sup> Pour en savoir plus sur le traitement du sujet par la CDI à sa soixante-sixième session, voir [A/69/10](#), par. 123 à 132. Voir en particulier les projets d'article et les commentaires correspondants au paragraphe 132 du rapport de la CDI. Pour les débats de la Commission sur lesdits commentaires, voir [A/CN.4/SR.3240](#) à 3242.

l'immunité. Les États se sont félicités des progrès notables réalisés dans l'examen du sujet<sup>16</sup>.

13. Dans son rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session, la CDI a prié les États de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, relativement aux questions suivantes : a) le sens donné aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État; b) les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État<sup>17</sup>. Au moment de l'achèvement du présent rapport, les États suivants avaient fait parvenir une réponse écrite : Allemagne, Autriche, Cuba, Espagne, Finlande, France, Pérou, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse. Par ailleurs, dans leurs déclarations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs délégations ont évoqué les points soulevés dans la question de la CDI. Nous souhaitons remercier tout particulièrement les États qui nous ont transmis leurs observations, lesquelles sont d'une grande utilité pour les travaux de la CDI. Toutes les autres observations que les États pourraient souhaiter transmettre ultérieurement seront également bienvenues. Tout comme celles que les États ont communiquées en 2014<sup>18</sup> et celles qui ressortent des interventions orales faites par les délégués à la Sixième Commission, ces observations ont été dûment prises en compte dans l'établissement du présent rapport.

14. Conformément au plan de travail annoncé à la session antérieure, nous poursuivons dans le présent rapport l'analyse des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, à savoir les éléments matériel et temporel. Au terme de cette analyse, nous proposons deux projets d'article dans la partie correspondante du présent rapport. En outre, dans le souci de faciliter les travaux de la CDI, nous avons joint au rapport une annexe où sont reproduits les projets d'article proposés. Pour finir, nous tenons à préciser que le présent rapport doit être lu en conjonction avec les rapports précédents, avec lesquels il constitue un tout, ainsi qu'avec les projets d'article provisoirement approuvés par la CDI jusqu'à ce jour et les commentaires correspondants.

## II. Immunité *ratione materiae* : critères normatifs (suite)

### A. Généralités

15. Comme nous l'avons déjà souligné dans nos rapports antérieurs, « 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 CDI<sup>19</sup> ». Par ailleurs, la distinction entre ces deux catégories d'immunité de

<sup>16</sup> Voir [A/C.6/69/SR.21](#) à 26. On trouvera le texte intégral des interventions des représentants ayant pris part au débat à l'adresse suivante : <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/69th-session/agenda>. Voir également le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission à la soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, établi par le Secrétariat ([A/CN.4/678](#), sect. D, par. 37 à 51).

<sup>17</sup> [A/69/10](#), par. 28.

<sup>18</sup> Voir *supra*, par. 9.

<sup>19</sup> Voir, [A/CN.4/661](#), par. 47, *in fine*, et [A/CN.4/673](#), par. 10.

juridiction pénale étrangère du représentant de l'État a été prise en compte dans les travaux antérieurs de la CDI, notamment dans le mémorandum du Secrétariat<sup>20</sup> et dans le rapport préliminaire établi par le Rapporteur spécial Kolodkin<sup>21</sup>, encore que sous un angle essentiellement descriptif et conceptuel dans l'un et l'autre cas.

16. S'agissant des travaux menés par la CDI au cours du présent quinquennat, il suffit de rappeler que la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* est envisagée depuis 2013 sous un angle normatif, le but étant d'instaurer un régime juridique différencié pour chacune d'elles, sans toutefois méconnaître le fait que les deux catégories d'immunité présentent des traits communs, notamment en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de l'immunité au sens large<sup>22</sup>. Cette démarche normative se manifeste dans les projets d'article approuvés à titre provisoire par la CDI et dans les commentaires correspondants, ainsi que dans l'économie même du projet d'articles qui a été approuvée provisoirement jusqu'à ce jour<sup>23</sup>.

17. Comme nous l'avons indiqué dans les rapports antérieurs, les éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae* peuvent se définir comme suit :

- a) Elle est reconnue d'une manière générale aux représentants de l'État;
- b) Elle ne s'applique qu'aux actes qualifiables d'« actes accomplis à titre officiel »;
- 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 de l'État<sup>24</sup>.

18. À partir de ces trois caractéristiques, on peut déduire les critères normatifs permettant de définir cette catégorie d'immunité, à savoir :

- a) Portée subjective de l'immunité *ratione materiae* : Quelles sont les personnes qui bénéficient de l'immunité?
- b) Portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* : Quels sont les actes de ces personnes couverts par l'immunité?
- c) Portée temporelle de l'immunité *ratione materiae* : Durant combien de temps l'immunité peut-elle être invoquée et appliquée<sup>25</sup>?

<sup>20</sup> Voir A/CN.4/596, par. 88 et suivants.

<sup>21</sup> Voir A/CN.4/601, par. 78 à 83.

<sup>22</sup> Voir A/CN.4/661, par. 53 et 48, et A/CN.4/673, par. 10, *in fine*.

<sup>23</sup> En ce sens, il convient de noter que, dans l'économie du projet d'articles, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* font l'objet de deux parties distinctes (respectivement la deuxième et la troisième) (voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session*, A/69/10, par. 131). Par ailleurs, le projet d'article 4, paragraphe 3, approuvé provisoirement par la CDI en 2013, aux termes duquel « [l']extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae* », est construit sur ladite distinction (voir commentaire du projet d'article 4, en particulier le paragraphe 7), *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session*, A/68/10, par. 49). Sur cette question, voir notre troisième rapport, A/CN.4/673, par. 11.

<sup>24</sup> Voir A/CN.4/661, par. 50, et A/CN.4/673, par. 12 et 13. Ces trois éléments correspondent aux différentes définitions de l'immunité *ratione materiae* dégagées par la doctrine et la jurisprudence ainsi qu'à celle retenue dans les travaux antérieurs de la CDI. Voir A/CN.4/673, en particulier les notes de bas de page 21 et 22 du paragraphe 13.

19. Si les trois critères normatifs susmentionnés doivent être analysés de manière conjointe et intégrée, leur diversité et leur complexité nous commandent de les envisager séparément. Après avoir examiné le premier de ces critères (l'élément subjectif) dans notre troisième rapport<sup>26</sup>, nous analyserons successivement dans le présent rapport l'élément matériel (la notion d'« acte accompli à titre officiel ») et l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae*.

20. Enfin, rappelons, comme nous l'avons déjà indiqué dans nos rapports antérieurs<sup>27</sup>, qu'il ne résulte pas de ce que ces trois éléments sont qualifiés de critères normatifs de l'immunité *ratione materiae* qu'ils soient les seuls à devoir être pris en compte pour définir le régime juridique applicable à cette catégorie d'immunité. Précisons en particulier qu'il ne s'agit là ni d'une prise de position concernant les exceptions à l'immunité ni d'une reconnaissance du caractère absolu ou limité de cette immunité.

## B. Notion d'« acte accompli à titre officiel »

### 1. Généralités

21. Comme nous l'avons indiqué dans notre troisième rapport, peut bénéficier de l'immunité de juridiction *ratione materiae* l'individu qui, dans un cas concret, réunit les trois conditions suivantes : a) être considéré comme un représentant de l'État; b) avoir accompli un acte officiel en cette qualité; c) avoir accompli cet acte pendant ses fonctions. *A contrario*, il peut arriver qu'un individu considéré comme un représentant de l'État au sens du présent projet d'articles accomplisse un acte dans l'exercice de ses fonctions sans que ledit acte puisse pour autant être qualifié d'« acte accompli à titre officiel », auquel cas la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère ne se pose pas.

22. Au vu de ce qui précède, on comprendra aisément l'importance qu'il faut attacher à la notion d'« acte accompli à titre officiel » dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*. Cette importance, qui a été soulignée par tous les membres de la CDI et par les États, s'est vu conférer un caractère exclusif par certains membres de la CDI et par quelques États, qui considèrent que seul l'« acte accompli à titre officiel » importe pour déterminer l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae*, l'auteur de l'acte étant indifférent. S'il est vrai que la CDI n'a pas retenu cette dernière conception<sup>28</sup>, il ne faut pas pour autant minimiser le rôle important que joue le comportement du représentant (l'« acte accompli à titre officiel ») dans l'économie générale de l'immunité *ratione materiae*. Ce rôle tient au caractère éminemment fonctionnel de cette catégorie d'immunité, dans laquelle la présence de l'État se manifeste à travers deux liens distincts mais complémentaires, à savoir : d'une part, celui qui unit le représentant à l'État; d'autre part, celui qui unit l'État à certains actes qui sont l'expression de la souveraineté et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

<sup>25</sup> La méthodologie employée est la même pour l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, dans la mesure où les trois critères qualifiés de normatifs se retrouvent dans les deux catégories. Voir A/CN.4/661, par. 55, et A/CN.4/673, par. 13.

<sup>26</sup> Voir A/CN.4/673, en particulier par. 28 à 11 et 145 à 151.

<sup>27</sup> Voir A/CN.4/661, par. 55 et 73; A/CN.4/673, par. 15.

<sup>28</sup> Voir par. 3 du commentaire relatif au projet d'article 5, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session*, A/69/10, par. 132.

23. Il suit de là que les deux éléments (subjectif et matériel) sont indissociablement liés mais constituent des catégories conceptuellement distinctes qui doivent être traitées et analysées de façon indépendante. L'autonomie de ces deux éléments, qui a fait l'objet de débats durant la dernière session de la CDI et a également suscité des discussions au sein de la Sixième Commission, avait déjà été soulignée dans notre troisième rapport, où il était expressément énoncé ce qui suit :

« 145.[...] la détermination des personnes auxquelles s'applique l'immunité *ratione materiae* constitue l'un des critères normatifs de ce type d'immunité de juridiction pénale. Le premier critère d'identification de ces personnes est celui du lien avec l'État qui justifie de leur accorder une immunité de juridiction pénale dans l'intérêt de l'État, le but étant d'en protéger les prérogatives souveraines. Ce lien avec l'État est par conséquent un élément central de la définition de la notion de représentant.

146. Ce lien a un rapport avec la notion d'« acte accompli à titre officiel », qui constitue le second élément normatif de l'immunité *ratione materiae*, mais ne peut s'y réduire ou se confondre avec elle. Par contre, pour définir la portée subjective de ce type d'immunité, la mention du lien avec l'État doit se limiter au constat que l'intéressé peut agir au nom et pour le compte de l'État et remplir des fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, pour définir la notion de représentant aux fins de l'immunité *ratione materiae*, nous avons fait abstraction du contenu concret de l'acte accompli par la personne. Nous nous intéresserons ainsi à ce contenu qui est lié à la notion et aux limites de l'« acte accompli à titre officiel » dans notre prochain rapport. Bref, l'existence d'un lien entre le bénéficiaire de l'immunité *ratione materiae* et l'État doit s'entendre de ceci que l'intéressé a qualité pour accomplir des actes supposant l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Que l'acte concret réalisé par le représentant bénéficie ou non de ladite immunité dépendra de la [question de] savoir [si] l'acte en question peut être qualifié d'« acte accompli à titre officiel » et [si] son auteur l'a accompli alors qu'il était représentant de l'État. »<sup>29</sup>

24. Le lien entre la notion de « représentant de l'État » et celle d'« acte accompli à titre officiel » a suscité un débat intéressant au sein de la CDI lors de sa soixante-sixième session. À cette occasion, quelques membres de la Commission ont fait valoir que la définition de « représentant » proposée à l'alinéa e) du projet d'article 2, en particulier au sous-alinéa ii), contenait en elle-même tant l'élément subjectif que l'élément matériel de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*. Si cette critique nous semblait pouvoir être écartée par les explications énoncées dans les paragraphes du troisième rapport reproduits ci-dessus, la Commission a néanmoins préféré éviter tout risque de confusion entre les notions de « représentant » et d'« acte » en retenant une nouvelle formulation de l'alinéa e) du projet d'article 2 qui supprime toute référence aux « actes » et la remplace par les mentions de « représentation de l'État » et d'« exercice de fonctions étatiques », expressions neutres qui définissent le lien entre l'État et le représentant sans toutefois préjuger de la nature des actes susceptibles d'être

<sup>29</sup> Voir A/CN.4/673. Les notes de bas de page ne sont pas reproduites. Voir également par. 12 et 13.

couverts par l'immunité<sup>30</sup>. En tout état de cause, comme nous l'avions expressément indiqué dans notre troisième rapport, la délimitation desdits actes avait été réservée à une étude ultérieure<sup>31</sup>. C'est à cette analyse que nous procédons dans le présent rapport.

25. Définir la notion et les caractéristiques de l'« acte accompli à titre officiel » revêt une importance notable pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État pris au sens large. Toutefois, ce travail de définition n'a réellement d'incidence que pour l'immunité *ratione materiae*. En effet, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, les actes accomplis par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont tous couverts par l'immunité, qu'ils soient accomplis à titre privé ou à titre officiel. Par conséquent, la notion d'« acte accompli à titre officiel » se transforme en un élément caractéristique et indispensable de l'immunité *ratione materiae*. C'est la raison pour laquelle son analyse revêt une importance déterminante pour le sujet.

26. À partir de ces prémisses, nous analyserons dans les lignes qui suivent les questions suivantes : l'opposition entre les expressions « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé »; les critères d'identification de l'« acte accompli à titre officiel »; la relation entre l'« acte accompli à titre officiel », la responsabilité et l'immunité. Cette analyse a pour objet de dégager les caractéristiques de l'« acte accompli à titre officiel » devant servir de base à la proposition d'une définition.

## 2. Opposition entre « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé »

27. Lors de sa soixante-cinquième session, à l'occasion de l'approbation provisoire de l'alinéa 2 du projet d'article 4, la CDI a décidé d'employer l'expression « acte accompli à titre officiel » par opposition à « acte accompli à titre privé » par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, suivant en cela l'usage adopté par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>32</sup>. Par la suite, la CDI a continué d'utiliser l'expression « acte accompli à titre officiel » pour désigner les actes couverts en principe par l'immunité *ratione materiae*. C'est également la terminologie que nous retiendrons dans le présent rapport.

28. L'analyse de la pratique et de la doctrine fait toutefois ressortir la diversité des termes employés pour désigner les actes accomplis par un représentant et auxquels peut s'attacher l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, par exemple, on peut citer les expressions suivantes : « acte officiel », « acte accompli en qualité de représentant de l'État », « acte accompli au nom de l'État », « acte de fonction », « acte de gouvernement » et même « acte d'État ». Ces expressions sont souvent utilisées de façon interchangeable et pourraient donc être considérées comme synonymes, même s'il faut préciser que toutes ne s'emploient pas toujours dans le même sens.

<sup>30</sup> Voir les paragraphes 9), 10) et 11) du commentaire relatif au projet d'article 2, alinéa e), *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session*, A/69/10, par. 132.

<sup>31</sup> A/CN.4/673, par. 152.

<sup>32</sup> Voir le commentaire relatif au projet d'article 4, en particulier les paragraphes 3) et 4), *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session*, A/68/10, par. 49.

Néanmoins, il n'y a pas lieu ici d'analyser en profondeur les expressions susmentionnées dans la mesure où une telle analyse ne présenterait qu'un intérêt très limité pour le sujet qui nous occupe. Au surplus, l'expression « acte accompli à titre officiel » semble être la plus répandue, en particulier dans la doctrine.

29. Cela étant, il importe de préciser que, dans certains contextes, l'emploi de l'un des termes susmentionnés doit être apprécié avec le plus grand soin dans la mesure où ceux-ci peuvent renvoyer à un phénomène distinct de celui qui nous intéresse ici. C'est notamment le cas de l'expression « acte de gouvernement » qui est utilisée dans certains pays de *common law*, en particulier aux États-Unis et au Royaume-Uni, dans le contexte de la théorie dite de l'« acte de gouvernement » (*act-of-state doctrine*). Comme il est souvent indiqué dans la doctrine, cette institution procédurale, qui n'est pas reconnue par les autres traditions juridiques, ne coïncide pas pleinement avec l'institution de l'immunité de juridiction et ne trouve pas son fondement dans le droit international coutumier. Néanmoins, elle produit parfois un effet pratique semblable à celui de l'immunité de juridiction, ce qui explique qu'elle ait donné lieu à une certaine confusion entre les deux institutions<sup>33</sup>.

30. Il convient ensuite de noter que la distinction entre « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé » ne coïncide ni ne se confond avec la distinction entre acte *jure imperii* et acte *jure gestionis*, caractéristique de l'immunité de l'État. Au contraire, l'« acte accompli à titre officiel » peut déborder les limites de l'acte *jure imperii*, cette expression pouvant être utilisée pour désigner certains actes *jure gestionis* accomplis par un représentant de l'État dans l'accomplissement de son mandat et dans l'exercice de fonctions étatiques.

31. Il faut souligner enfin que la distinction entre « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé » est également sans rapport avec la distinction entre acte licite et acte illicite. Au contraire, quand nous parlons des deux grandes catégories d'acte dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, les deux sont présumés – par définition – pénalement illicites, faute de quoi ils ne donneraient pas lieu à l'exercice de la juridiction pénale de l'État auquel l'immunité est opposée.

32. En tout état de cause, il convient d'attirer l'attention sur le fait que l'emploi de l'expression « acte accompli à titre officiel » prend son sens par opposition à l'expression « acte accompli à titre privé ». Au-delà de cette définition négative ou exclusive, l'expression « acte accompli à titre officiel » présente toutefois des contours très flous. Le droit international contemporain n'offre aucune définition desdits actes et les droits nationaux sont sans pertinence aux fins du présent sujet dans la mesure où la notion en question peut varier sensiblement des uns aux autres. Par ailleurs, dans un projet d'articles dont l'objet est de définir le régime juridique international applicable à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la législation nationale ne peut être retenue comme critère déterminant pour définir la portée et la signification de l'expression « acte accompli à titre officiel », celle-ci devant rester un simple instrument interprétatif de nature complémentaire.

<sup>33</sup> H. Fox et Ph. Webb, *The Law of State Immunity*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2013, p. 53 à 72; R. Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Justel, 2007, p. 36 à 44.

33. En résumé, bien que l'opposition entre « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé » soit très utile pour savoir, en termes abstraits, quand tel ou tel acte est couvert ou non par l'immunité *ratione materiae*, l'usage alternatif des deux termes ne permet pas de déterminer la portée et le contenu de l'élément matériel de cette catégorie d'immunité. Pour ce faire, il est nécessaire par conséquent d'aborder la question des critères d'identification de cette catégorie d'actes.

### 3. Critères d'identification de l'« acte accompli à titre officiel »

34. Des considérations qui précèdent, la nécessité de définir les critères d'identification de l'« acte accompli à titre officiel » ressort avec évidence. Pour y parvenir, il importe de procéder à une analyse de la pratique, comme il a été fait dans le troisième rapport pour la notion de « représentant de l'État »<sup>34</sup>, suivant la même structure que celle adoptée à cette occasion. Ainsi, nous analyserons successivement la jurisprudence (internationale et nationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la CDI intéressant le sujet.

#### i) Jurisprudence internationale

35. La Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont été appelés dans leurs décisions à faire référence, sous une dénomination ou une autre, aux « actes accomplis à titre officiel » dans le cadre de l'institution de l'immunité.

36. S'agissant tout d'abord de la Cour internationale de Justice, il convient de rappeler que la question de l'immunité des représentants de l'État a été évoquée dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt* et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, qui mettent en cause divers actes accomplis par des hauts responsables de l'État sur la nature desquels la Cour s'est prononcée. On doit également citer l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* qui, même si elle touche exclusivement à l'immunité de l'État, prend également en considération la notion d'acte accompli à titre officiel. Enfin, les faits à l'origine de l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* renvoyaient également à des actes présumés accomplis à titre officiel, même s'il est vrai que la Cour n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

37. La première affaire a pour origine la commission par le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, d'une série d'actes constitutifs, d'une part, d'infractions graves aux Conventions de Genève et aux Protocoles additionnels s'y rapportant et, d'autre part, de crimes contre l'humanité. Dans l'arrêt rendu en cette affaire, la Cour a admis l'immunité de juridiction pénale du Ministre des affaires étrangères aux motifs que :

« les immunités reconnues [...] ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente »<sup>35</sup>.

Ces fonctions sont analysées en détail par la Cour et énumérées en ces termes :

<sup>34</sup> Voir A/CN.4/673, par. 29 à 110.

<sup>35</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, par. 51 et 53.

« [...] assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Ses actes sont susceptibles de lier l'État qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'État [voir par exemple l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités]. [...] c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Enfin, c'est auprès du ministère des affaires étrangères que les chargés d'affaires sont accrédités »<sup>36</sup>.

38. Comme on peut le constater, il s'agit d'activités qui correspondent à la catégorie de l'exercice de prérogatives propres à la puissance publique au plus haut niveau et qui, dès lors, constituent des exemples à prendre en compte pour définir les critères d'identification de l'acte accompli à titre officiel. Cependant, il convient de rappeler que les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans leur opinion individuelle commune, ont mis en doute que

« les crimes internationaux graves [puissent] être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) peut exercer ».

Avant d'ajouter qu'il existe une

« prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État »<sup>37</sup>.

39. La deuxième affaire portée devant la Cour internationale de Justice a son origine dans plusieurs procédures pénales engagées en France à la suite de la mort dans des circonstances troubles de Bernard Borrel, juge de nationalité française détaché auprès du Ministre djiboutien de la justice. Dans le cadre desdites procédures ont été ouvertes plusieurs enquêtes qui, selon le témoignage de deux fonctionnaires de Djibouti, ont révélé des indices de la participation d'Ismaël Omar Guelleh, qui était Président de la République de Djibouti à l'époque et qui a été appelé en cette qualité à témoigner dans l'affaire. Deux autres hauts fonctionnaires de Djibouti, Djama Souleiman Ali (Procureur de la République) et Hassan Said Khaireh (Chef de la sécurité nationale) ont été entendus en qualité de témoins assistés et les tribunaux français ont décerné des mandats d'arrêt européens à l'encontre des deux hommes qui ont finalement été poursuivis et condamnés pour délit de subornation de témoins. Ce sont ces deux dernières affaires qui revêtent un grand intérêt pour le présent rapport. Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur la question de savoir si les deux hauts fonctionnaires bénéficiaient de l'immunité *ratione materiae*, elle a, en examinant cette possibilité, formulé plusieurs énonciations utiles pour circonscrire la notion d'« acte accompli à titre officiel ». Elle a notamment mentionné expressément la condition selon laquelle, pour répondre à cette définition, les actes imputés devaient

<sup>36</sup> Ibid., par. 53.

<sup>37</sup> Ibid., *Opinion individuelle commune de M<sup>me</sup> Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, juges*, par. 85.

« [être] effectivement des actes accomplis dans le cadre [des] fonctions [desdits fonctionnaires] en tant qu'organes de l'État »<sup>38</sup>.

Par ailleurs, la Cour s'est référée implicitement à l'attribution de l'acte à l'État comme condition pour définir cette éventuelle immunité, en affirmant que Djibouti n'avait jamais déclaré à la France que

« les actes dénoncés [...] étaient des actes de l'État djiboutien, et [...] le Procureur de la République et le Chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution »<sup>39</sup>.

40. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, les faits de la cause étaient constitutifs d'assassinats, de privation de liberté et de privation du statut de prisonnier de guerre commis par les forces armées et autres organes du Reich allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, en Italie et en Grèce, sur des ressortissants de ces deux pays. Appelée à se prononcer non sur l'immunité des fonctionnaires allemands mais sur celle de l'État allemand, la Cour se réfère néanmoins dans son arrêt auxdits faits pour conclure que ceux-ci doivent être considérés nécessairement comme des actes *jure imperii*, qui supposent l'exercice de la souveraineté et, partant, doivent être couverts par l'immunité de juridiction de l'État<sup>40</sup>. Ce faisant, elle se livre à une analyse de la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* qui, sans être pertinente pour le sujet qui nous occupe, contient néanmoins des arguments qui permettent de dégager des éléments caractéristiques des actes accomplis à titre officiel. Ainsi :

« La Cour considère que les expressions *jure imperii* et *jure gestionis* n'impliquent en rien que les actes visés soient licites, mais indiquent seulement s'ils doivent être appréciés au regard du droit régissant l'exercice du pouvoir souverain (*jus imperii*) ou du droit régissant les activités non souveraines de l'État, en particulier celles d'ordre privé et commercial (*jus gestionis*). »<sup>41</sup>

41. La qualification des actes susmentionnés comme « actes souverains » a également été maintenue par le juge Koroma<sup>42</sup> et par le juge *ad hoc* Gaja<sup>43</sup>. À l'inverse, le juge Cançado Trindade a estimé dans son opinion dissidente que la souveraineté ne pouvait être invoquée à l'égard de comportements constitutifs de

<sup>38</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, par. 191.

<sup>39</sup> Ibid., par. 196.

<sup>40</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce [intervenant])*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, par. 60 et 61.

<sup>41</sup> Ibid., par. 60.

<sup>42</sup> Ibid., *Opinion individuelle de M. le juge Koroma*, par. 4 : « [L]e déploiement des forces armées d'une nation aux fins de la conduite d'un conflit armé [est] par essence un acte souverain. »

<sup>43</sup> Ibid., *Opinion dissidente de M. le juge ad hoc Gaja*, p. 313. Le juge Gaja considère que, pour pouvoir être considérée comme acte *jure imperii*, l'activité doit « releve[r] de l'exercice, par cet État, d'un pouvoir souverain ». Il convient de noter également que le juge *ad hoc* Gaja introduit une nuance intéressante en affirmant que, lorsqu'il s'agit de dommages corporels ou assimilés causés intentionnellement, la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* perd toute pertinence (p. 313), avant de conclure que, « quand bien même l'immunité s'appliquerait en règle générale aux réclamations portant sur des dommages causés par des activités militaires menées sur le territoire de l'État du for, elle ne s'étendrait pas à celles qui ont trait à des massacres de civils ou à des actes de torture commis sur ce même territoire » (p. 319).

crimes internationaux et affirmé que « les crimes internationaux ne sont pas des actes d'État, pas plus qu'ils ne sont des "actes privés"; un crime est un crime, quel que soit son auteur »<sup>44</sup>.

42. Enfin, l'affaire *Belgique c. Sénégal* a pour origine des actes d'extermination, de torture, de persécution et de disparition forcée qui auraient été commis par Hissène Habré durant son mandat de Président du Tchad. Cependant, la Cour s'est bornée à retenir les moyens soulevés par les parties au cours des procédures internes instruites en Belgique et au Sénégal sans se prononcer sur la nature de ces actes ni sur la possibilité qu'ils soient couverts par l'immunité<sup>45</sup>.

43. S'agissant de la contribution de la Cour européenne des droits de l'homme au thème qui nous occupe ici, il convient de relever tout d'abord que, dans ses arrêts, la Cour ne renvoie généralement pas à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État mais à l'immunité de juridiction civile de l'État<sup>46</sup>, et se prononce dans toutes les affaires sur la compatibilité de cette dernière immunité avec le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Néanmoins, la Cour ayant été appelée à s'intéresser à des actes accomplis par des représentants de l'État, ses arrêts peuvent être utiles pour dégager les critères caractéristiques des « actes accomplis à titre officiel ».

44. L'affaire *McElhinney c. Irlande* a son origine dans un incident au cours duquel un ressortissant irlandais, après avoir franchi un point de contrôle à la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, a été poursuivi en territoire irlandais par un soldat britannique qui lui aurait infligé des voies de fait, aurait porté atteinte à son intégrité physique et aurait manqué à ses devoirs de soldat britannique. En marge des autres arguments intéressants soulevés dans ledit arrêt sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère, il convient de souligner à ce stade que, selon la Cour, « les actes d'un soldat sur le territoire d'un État étranger » ont une relation étroite avec « la sphère centrale de souveraineté des États » et « peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre États et à la sécurité nationale ». En conséquence, la Cour a qualifié les actes litigieux d'actes *jure imperii*, qui sont des actes de l'État et bénéficient de l'immunité<sup>47</sup>.

45. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, le requérant se plaignait d'avoir été torturé et retenu par le cheik Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah et deux autres

<sup>44</sup> Ibid., *Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade*, par. 181. Voir, en général, par. 178 et suivants.

<sup>45</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, par. 20 et 22.

<sup>46</sup> La Cour européenne des droits de l'homme s'est référée explicitement à la distinction entre procédures civiles et pénales dans l'arrêt rendu en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (requête n° 35763/97) du 21 novembre 2001, par. 34, 61 et 66. Toutefois, cette distinction a été rejetée par les juges qui n'ont pas souscrit à la majorité de la Cour (voir l'opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflish, à laquelle les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić ont déclaré se rallier). Cette distinction a de nouveau été évoquée par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* (requêtes n°s 3456/06 et 40528/06) du 14 janvier 2014, par. 207. Cette distinction a également été critiquée par la juge Kalaydjieva dans son opinion dissidente. Cependant, le Gouvernement du Royaume-Uni a accepté cette distinction (voir par. 179 de l'arrêt).

<sup>47</sup> Voir affaire *McElhinney c. Irlande* (requête n° 31253/96), arrêt de la Grande Chambre du 21 novembre 2001, en particulier par. 38.

personnes dans un centre de détention de la sécurité koweïtienne et dans le palais du frère de l'Émir du Koweït, des véhicules officiels ayant été utilisés lors des déplacements. Si elle ne s'est pas prononcée sur l'éventuelle immunité des auteurs des tortures dans la mesure où les tribunaux britanniques ont poursuivi les trois personnes en question, rendant un jugement par défaut contre le cheik et autorisant le plaignant à agir contre les deux autres individus<sup>48</sup>, la Cour a été néanmoins amenée à apprécier implicitement la nature des actes en question. Elle a ainsi conclu que les faits étaient constitutifs d'actes de torture interdits par une norme de *jus cogens*<sup>49</sup>, tout en affirmant cependant qu'il n'était pas possible de trouver dans le droit international alors applicable une exception qui prive l'État du bénéfice de l'immunité de juridiction civile à l'égard desdits actes<sup>50</sup>. S'il est vrai que la Cour ne qualifie pas expressément les actes de torture comme des actes de l'État ou comme des actes accomplis à titre officiel, il reste que l'argumentation citée équivaut à reconnaître la torture comme un acte imputable à l'État pouvant par conséquent être considéré à première vue comme un acte accompli à titre officiel par ses auteurs.

46. Dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, la Cour avait à se prononcer sur une question d'immunité en lien avec des actes de torture commis par des représentants de l'Arabie saoudite contre les requérants pendant leur détention dans ce pays. Comme nous l'avons indiqué dans notre troisième rapport, l'arrêt rendu dans cette affaire s'avère très intéressant à plusieurs points de vue et devra faire l'objet d'une analyse continue au cours de nos travaux<sup>51</sup>. S'agissant de la notion d'« acte accompli à titre officiel », il convient de relever les énonciations suivantes de la Cour :

« [l]immunité de l'État offre en principe une protection aux agents ou aux représentants de l'État à raison des actes accomplis pour le compte de ce dernier. <sup>52</sup> »

Et plus loin :

« [l]es individus ne jouissent de l'immunité de l'État *ratione materiae* que lorsque les actes attaqués ont été accomplis dans l'exercice de leurs fonctions officielles. <sup>53</sup> »

Par ailleurs, la Cour invoque la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour affirmer que :

« [l]a Convention contre la torture définit la torture comme un acte commis par "un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel". Cette définition semble accréditer la thèse selon laquelle les actes de

<sup>48</sup> Voir par. 14 et 15 de l'arrêt *Al-Adsani*.

<sup>49</sup> Ibid., par. 58 et 61.

<sup>50</sup> Ibid., par. 66.

<sup>51</sup> Il convient de préciser que cette affaire a pour particularité que les faits de la cause ne renvoient pas à l'origine à l'immunité de l'État mais à l'immunité de juridiction des représentants de l'Arabie saoudite individuellement poursuivis. Il faut ajouter que les tribunaux britanniques ont été le théâtre d'un long processus au cours duquel les positions sur la question de l'immunité de juridiction civile des agents mis en cause pour avoir commis des actes de torture ont fait l'objet de recours et de revirements successifs sur le fond.

<sup>52</sup> Ibid., par. 204.

<sup>53</sup> Ibid., par. 205.

torture peuvent être commis “à titre officiel” aux fins de l’immunité de l’État.  
<sup>54</sup> »

En conséquence, nous nous trouverions face à des actes qui, du moins à première vue, peuvent être qualifiés d’actes accomplis à titre officiel.

47. Dans l’analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, il est utile pour finir de mentionner un récent arrêt qui, même s’il se situe sur le plan des immunités régies par le droit interne, contient des éléments pouvant présenter un intérêt pour définir les éléments caractéristiques de l’acte accompli à titre officiel. Il s’agit de l’arrêt rendu dans l’affaire *Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova*<sup>55</sup>, qui porte sur des déclarations publiques faites en 2004 et 2007 dans lesquelles le Président moldove accusait les requérants respectivement d’avoir mis en place un réseau de corruption de type mafieux et d’avoir appartenu au Comité pour la sécurité de l’État (KGB). Après avoir engagé une action en diffamation à son encontre, les requérants ont été déboutés par les tribunaux moldoves au motif que les déclarations en cause avaient été faites par le Président dans l’exercice de ses fonctions officielles et étaient par conséquent couvertes par l’immunité. Les requérants avaient fait valoir que les déclarations diffamatoires du Président n’avaient pas été faites dans l’exercice de ses fonctions mais en marge de ces dernières en sa qualité de chef politique. Si la Cour a estimé que les déclarations d’un chef d’État pouvaient dans l’abstrait être couvertes par l’immunité et n’a pas précisé si les déclarations en question constituaient des actes officiels ou des actes privés en l’espèce, elle a néanmoins attiré l’attention sur la nécessité pour les tribunaux nationaux d’apprécier si les déclarations appartiennent à l’une ou l’autre catégorie, compte tenu en particulier du fait que l’immunité conférée au Président de la République de Moldova à raison des actes accomplis dans l’exercice de ses fonctions officielles est perpétuelle et survit à la cessation de ces dernières. De ce point de vue, la Cour ouvre un important débat sur la nécessité de déterminer si tel ou tel acte est officiel ou privé, y compris lorsque l’acte semble *ab initio* présenter clairement un caractère officiel. Un tel débat doit également avoir lieu dans le contexte du présent rapport.

48. En conclusion de cette partie, il convient de mentionner l’arrêt rendu le 29 octobre 1997 par la Chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie dans l’affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, lequel est souvent cité dans le cadre de l’immunité *ratione materiae*<sup>56</sup>. Cet arrêt a pour origine un appel dirigé par la Croatie contre la décision du 18 juillet 1997 par laquelle la Chambre de première instance II a ordonné à un fonctionnaire croate de comparaître devant le Tribunal et d’y produire des documents officiels. La Chambre d’appel a conclu que le fonctionnaire cité à comparaître avait agi dans l’exercice de fonctions officielles de l’État, que ses actes étaient directement imputables non pas à sa personne mais à l’État (actes accomplis à titre officiel)<sup>57</sup> et qu’ils ne relevaient dès lors pas de la

<sup>54</sup> Ibid., par. 206.

<sup>55</sup> Voir affaire *Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova* (requêtes n<sup>os</sup> 27756/05 et 41219/07), arrêt du 2 décembre 2014.

<sup>56</sup> Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie, Chambre d’appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n<sup>o</sup> IT-95-14-AR 108, 29 octobre 1997.

<sup>57</sup> Ibid., par. 38.

catégorie des actes accomplis par des « personnes agissant à titre privé » (actes accomplis à titre privé)<sup>58</sup>.

## ii) Jurisprudence interne

49. La jurisprudence interne revêt une importance particulière pour ce qui est de définir la notion d'« acte accompli à titre officiel » car ce sont les juridictions internes qui sont amenées à se prononcer sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et donc à décider quels actes peuvent bénéficier de l'immunité *ratione materiae*. Dans les pages qui suivent, nous analysons donc cette jurisprudence suivant la même méthode que celle utilisée dans le troisième rapport, en examinant les décisions rendues aussi bien dans des procédures pénales que dans des procédures civiles et contenant des éléments pertinents pour déterminer les caractéristiques de l'« acte accompli à titre officiel ». Cette analyse vise, d'une part, à déterminer quels comportements ont, dans la pratique, fait l'objet de demandes d'immunité et peuvent donc être considérés *prima facie* comme « actes accomplis à titre officiel » et, d'autre part, à relever dans ces comportements les éléments communs pouvant être considérés comme des critères définissant cette catégorie d'actes.

50. En ce qui concerne les procédures pénales, on signalera d'abord le peu d'infractions à propos desquelles l'immunité a été invoquée. Ces infractions consistent dans bien des cas en des crimes de droit international tels que torture, massacres, génocide, exécutions extrajudiciaires, disparitions forcées, grossesse forcée, déportation, privation du statut de prisonnier de guerre, esclavage et travaux forcés, ainsi qu'actes de terrorisme<sup>59</sup>. Elles sont parfois mentionnées *eo nomine* ou,

<sup>58</sup> Ibid., par. 49.

<sup>59</sup> *In re Rauter*, Cour de cassation spéciale des Pays-Bas, arrêt du 12 janvier 1949; *ILR*, vol. 16, p. 553 (crimes commis par les forces d'occupation allemandes au Danemark). *État d'Israël c. Adolf Eichmann*, tribunal de district de Jérusalem (affaire 40/61), jugement du 11 décembre 1961, et Cour suprême, arrêt du 29 mai 1962, *ILR*, vol. 36, p. 18 et 277 (crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, notamment crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide). *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Italie, Cour de cassation, arrêt du 28 juin 1981; *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69 (1986) (vente d'armes et collaboration avec les Brigades rouges en relation avec des actes de terrorisme). *Mafart et Prieur/Rainbow Warrior*, Nouvelle-Zélande, Haute Cour d'Auckland, novembre 1985 (attentat à l'explosif commis par des membres des forces armées et des services de sécurité français contre le *Rainbow Warrior*, ayant causé la perte du navire et la mort de plusieurs personnes, et qualifié d'acte terroriste). *Ancien Ambassadeur de Syrie en République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne, Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne, arrêt du 10 juin 1997 (poursuites contre un ancien ambassadeur présumé avoir stocké dans les locaux diplomatiques des armes utilisées ultérieurement pour commettre des actes terroristes). *Bouterse*, R 97/163/12 S v et R/97/176/12, cour d'appel d'Amsterdam, 20 novembre 2000 (torture, crimes contre l'humanité). *Khadafi*, cour d'appel de Paris (chambre d'accusation) arrêt du 20 octobre 2000, *Revue générale de droit international public*, vol. 105, 2001, p. 475, et Cour de cassation, arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, *ibid.*, p. 474 (ordre de faire exploser un avion, ayant causé la mort de 170 personnes, considéré comme un acte de terrorisme). *Ministère public c. Hissène Habré*, cour d'appel de Dakar (Sénégal), chambre d'accusation, arrêt n° 135 du 4 juillet 2000, et *Souleymane Guengueng et al. c. Hissène Habré*, Cour de cassation, première chambre statuant en matière pénale, arrêt n° 14 du 20 mars 2001 (*ILR*, vol. 125, p. 571 et 577) (actes de torture et crimes contre l'humanité). *Sharon et Yaron*, cour d'appel de Bruxelles, chambre des mises en accusation, arrêt du 26 juin 2002; *ILR*, vol. 127, p. 110 (crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide). *A. c. Ministère public de la confédération* (affaire *Nezzar*), Tribunal

dans d'autres affaires, regroupées sous les appellations génériques de crimes contre l'humanité, crimes de guerre et violations graves et systématiques des droits de l'homme<sup>60</sup>. Les juridictions ont également été saisies d'autres actes commis par des membres de forces armées ou de services de sécurité mais que l'on ne saurait classer dans la catégorie susmentionnée, tels que mauvais traitements, sévices, détention illicite, enlèvement, entrave à l'administration de la justice et autres actes liés au maintien de l'ordre public et à l'application de la loi<sup>61</sup>. Enfin, l'immunité a également été invoquée en relation avec le détournement de fonds publics, le blanchiment d'argent et d'autres actes liés à la corruption et au trafic de stupéfiants<sup>62</sup>. Pour ce qui est de la jurisprudence civile, il convient de noter que, dans la plupart des cas, l'immunité est invoquée à propos d'une demande d'indemnisation découlant de l'une des infractions susmentionnées<sup>63</sup>, même si dans

---

pénal fédéral (Suisse), arrêt du 25 juillet 2012 (BB.2011.140) (torture et autres crimes contre l'humanité).

<sup>60</sup> *In re Doe*, États-Unis d'Amérique, 860 F. 2d 40 (deuxième circuit, 1988) (violation des droits de l'homme de membres de Falun Gong).

<sup>61</sup> *Affaire du procès des gardes-frontières*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 3 novembre 1992 (5 STR 370/92), *ILR*, vol. 100, p. 364 (décès d'un jeune allemand touché par les tirs des gardes-frontières de la République démocratique allemande en tentant de traverser le « mur de Berlin »). *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Cour suprême (Irlande), arrêt du 24 avril 1997 (irrégularité dans la détention du requérant par des fonctionnaires de l'État). *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Haute Cour de justice, arrêt du 29 juillet 2011, *Queen's Bench Division* (chambre administrative) (Royaume-Uni) (enlèvement et détention illicite).

<sup>62</sup> *United States of America v. Noriega*, cour d'appel, onzième circuit (États-Unis d'Amérique), arrêt du 7 juillet 1997 (trafic international de drogues vers les États-Unis alors que Noriega était commandant des forces armées du Panama). cour d'appel de Paris, arrêts des 13 juin 2013 et 16 avril 2015.

<sup>63</sup> *Republic of Philippines v. Marcos*, cour d'appel des États-Unis, deuxième circuit, arrêt du 26 novembre 1986 (abus de pouvoir avec détournement d'importantes sommes appartenant à l'État et au peuple philippins). *Saltany and others v. Reagan and others*, tribunal du district de Columbia (États-Unis), jugement du 23 décembre 1988 (bombardement d'objectifs en Libye par la force aérienne des États-Unis, ayant causé des morts, dommages personnels et dommages aux biens; les autorités britanniques avaient autorisé l'utilisation de bases se trouvant sur leur territoire aux fins de ce bombardement, ce qui a également donné lieu à des procédures). *Herbage v. Meese*, États-Unis, 747 F. Supp. 60 (DDD 1990); *ILR*, vol. 98, p. 101 (extradition aux États-Unis d'un citoyen britannique, au cours de laquelle, selon le requérant, des actes illicites ont été commis par les agents de l'État). *Hilao and Others v. Estate of Marcos*, cour d'appel fédérale, neuvième circuit, arrêt du 16 juin 1994 (torture, exécutions sommaires et disparitions aux mains d'agents du renseignement en application de la loi martiale décrétée en 1971 par le Président Marcos). *Lafontant v. Aristide*, tribunal de district des États-Unis, district est de New York, arrêt du 27 janvier 1995 (accusation d'exécution extrajudiciaire d'un national haïtien par des agents de sécurité agissant sous les ordres du Président Aristide). *Mc Elhinney v. Williams* (Irlande), 1995, *ILR*, vol. 104, p. 691 (persécution, détention et maltraitance, par un soldat britannique, d'un citoyen irlandais passant la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande). *Kadic v. Karadnic*, cour d'appel des États-Unis, deuxième circuit, arrêt du 13 octobre 1995 (enlèvement, prostitution forcée, grossesses forcées, tortures et exécutions sommaires durant la guerre civile en Bosnie, dans le cadre d'une campagne de génocide et de violations systématiques des droits de l'homme). *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, Tribunal de première instance de Leivadia (Grèce), décision du 30 octobre 1997 (crimes commis par les forces d'occupation allemandes contre des civils et leurs biens dans le village de Distomo, à Voiotia, durant la Seconde Guerre mondiale). *Jaffe c. Miller et al.*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 17 juin 1998 (enlèvement au Canada et transfèrement en Floride par des fonctionnaires de cet État, la demande d'extradition ayant échoué). *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, États-Unis, 2002 (torture, génocide et atteintes au droit à la vie, à la liberté, à la sécurité des personnes et à la liberté d'opinion, de conscience et de

certains cas la demande d'immunité devant la juridiction civile s'étend également à d'autres faits sans caractère pénal, tels que le non-paiement de dettes, le non-respect d'obligations personnelles ou des blessures résultant d'accidents<sup>64</sup>. Dans tous les cas, la question de l'immunité est liée à la qualité – réelle ou prétendue – de représentant de l'État de la personne poursuivie ou du défendeur<sup>65</sup>.

51. La réponse des juridictions internes à la question de l'immunité varie et les décisions judiciaires examinées ne permettent pas de dégager une constante. Au contraire, elles se fondent sur des techniques juridiques et des raisonnements distincts, les juridictions tenant compte du statut de représentant de l'État, de la nature des actes à propos desquels l'immunité est demandée et, dans certains cas, de la position des instances gouvernantes de l'État du for ou de l'État de l'intéressé.

52. Dans la majorité des cas où les juridictions internes ont conclu à l'immunité *ratione materiae*, la décision se fondait sur la qualité du représentant et sur l'attribution de son acte à l'État. À cet égard, nous jugeons utile de reproduire ici ce que nous avons dit dans notre troisième rapport<sup>66</sup>:

« 34. [...] dans les cas où ils ont conclu à l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* de représentants étrangers, les tribunaux internes ont fondé cette immunité sur leur qualité d'agents agissant pour le compte de l'État. Ainsi, la Chambre des lords, à l'occasion d'un procès engagé contre divers responsables saoudiens, a conclu que "tous les individus accusés agissaient ou prétendaient agir, à l'époque des faits, en qualité de fonctionnaires ou d'agents" et que "leurs actes étaient par conséquent attribuables au Royaume"<sup>67</sup>. Dans une autre affaire tranchée par la Cour suprême fédérale

---

religion, contre des adeptes de Falun Gong. Les juridictions américaines ne se sont pas prononcées : elles ont accepté l'immunité suggérée par le Département d'État). *Ferrini c. Alemanian*, Italie, Cour de cassation, arrêt du 11 mars 2004 (déportation en Allemagne d'un citoyen italien contraint aux travaux forcés et à qui a été refusé le statut de prisonnier de guerre). *Bouzari et al. c. République islamique d'Iran; Procureur général du Canada et al., intervenants*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 30 juin 2004 (enlèvement, détention illicite, tortures et menace de mort). *Ali Saadallah Belhas et al v. Moshe Ya'alon*, cour d'appel des États-Unis, circuit du district de Columbia, arrêt du 15 février 2008 (décès et blessures de personnes qui se trouvaient dans les locaux de l'ONU lors du bombardement de Cana, en 1996).

<sup>64</sup> *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, cour d'appel de Paris, arrêt du 3 juin 1872 (non-paiement de bijoux acquis par la défenderesse). *Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal civil de la Seine, décision du 25 juillet 1916 (non-paiement de dettes envers un masseur). *Ex-Roi d'Égypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, cour d'appel de Paris, arrêt du 11 avril 1957 (non-paiement de costumes achetés par le roi Farouk). *Ali Ali Reza v. Grimpel*, cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961 (location d'un logement à titre personnel). *Chiudian c. Philippines National Bank*, cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990; (non-paiement d'une dette envers le requérant, dû à l'ordre donné par la Commission de la bonne gouvernance créée par le Gouvernement philippin à la fin du mandat du Président Marcos). *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, Tribunal du district de Columbia, décision du 20 septembre 1996 (lésions cérébrales permanentes subies par la fille des requérants lors d'une excursion privée où elle avait été invitée par le défendeur; non-paiement par celui-ci des frais médicaux qu'il s'était engagé à payer).

<sup>65</sup> Nous avons examiné dans notre troisième rapport les diverses catégories de représentants de l'État attaqués devant des tribunaux étrangers au civil ou au pénal. Voir [A/CN.4/673](#), par. 31 à 33.

<sup>66</sup> Voir [A/CN.4/673](#), par. 34 et 35. Nous conservons dans le présent rapport les notes du texte cité, renumérotées et simplifiées.

<sup>67</sup> *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Chambre des lords (Royaume-Uni), arrêt du 14 juin 2006 (Lord Bingham of Cornhill, par. 11 et 13).

allemande, mettant en cause le comportement de la police britannique, la Cour a déclaré que “Scotland Yard – et par conséquent son chef – agissait en tant qu’agent expressément nommé par l’État britannique dans le cadre de l’application du traité en question [...] Les actes de ces agents relèvent du comportement direct de l’État et ne peuvent être qualifiés d’actes privés”<sup>68</sup>. La Cour suprême irlandaise retiendra la même solution en déclarant qu’un agent de la police “prétendait et entendait s’acquitter des devoirs et fonctions de sa charge et qu’il s’en acquittait effectivement”<sup>69</sup>. Les tribunaux français ont évoqué la relation entre le représentant en cause et l’État, observant en ce qui concerne le directeur exécutif d’une autorité maritime “qu’il lui est fait grief d’actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l’État de Malte”<sup>70</sup>. S’agissant de l’immunité de juridiction pénale d’un ancien ministre de la défense du Sénégal, les tribunaux français ont conclu que “[ce ministre,] de par la spécificité de ses fonctions et de son action prioritairement dirigée vers l’international, doit pouvoir s’en acquitter librement pour le compte de l’État qu’il représente”<sup>71</sup>.

35. Les tribunaux internes saisis au civil contre des représentants de l’État ont intégralement évoqué la relation entre le représentant de l’État et l’État. On peut ainsi citer plusieurs précédents des États-Unis consacrant l’immunité de juridiction du représentant qui agit au nom de l’État, c’est-à-dire “en sa qualité officielle”<sup>72</sup> et “en tant qu’agent ou instrument de l’État”<sup>73</sup>. Dans le même ordre d’idées, *a contrario*, ces mêmes tribunaux ont estimé que “l’action intentée contre un représentant de l’État étranger agissant en dehors du champ de ses attributions ne suscite aucun des problèmes de politique étrangère inhérents à l’exercice de poursuites contre un autre gouvernement devant les tribunaux américains”<sup>74</sup>. »

53. Dans certains cas, les juridictions internes ont fondé leur décision sur le fait que l’intéressé avait agi pour le compte de l’État mais y ont également adjoint une opinion sur la nature de l’acte, soulignant qu’il s’agissait d’un acte relevant de l’exercice de la puissance publique ou d’un acte souverain accompli dans l’exercice

<sup>68</sup> *Affaire de l’Église de scientologie*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 16 septembre 1978, *ILR*, vol. 65, p. 198.

<sup>69</sup> *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Cour suprême (Irlande), arrêt du 24 avril 1997.

<sup>70</sup> *Autorité maritime de Malte et Carmel X*, Cour de cassation, chambre criminelle (France), arrêt du 23 novembre 2004.

<sup>71</sup> *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, chambre criminelle (France), arrêt du 19 janvier 2010.

<sup>72</sup> *Ra’Ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, Tribunal fédéral de district, district sud de New York, arrêt du 2 mai 2007.

<sup>73</sup> *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya’alon*, cour d’appel des États-Unis, circuit du district de Columbia, arrêt du 15 février 2008.

<sup>74</sup> *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Cour suprême du comté de New York (États-Unis d’Amérique), arrêt du 31 octobre 1988; *Chiudian v. Philippines National Bank*, cour d’appel du neuvième circuit des États-Unis, arrêt du 29 août 1990; *Maximo Hilao et al., Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Succession of Ferdinand Marcos*, cour d’appel du neuvième circuit (États-Unis), arrêt du 16 juin 1994; *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas c. Héctor Gramajo et Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, cour de district du Massachusetts (États-Unis), arrêt du 12 avril 1995; et *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, Cour du district sud de New York (États-Unis), arrêt du 18 avril 1996.

de fonctions publiques<sup>75</sup>. Dans une procédure menée aux États-Unis, le tribunal a conclu que les fonctionnaires civils et militaires qui avaient planifié ou exécuté un bombardement en Libye avaient agi dans l'exercice de leurs fonctions officielles et sous les ordres de leur commandant en chef (le Président Reagan) et jouissaient donc de l'immunité<sup>76</sup>. Dans une autre affaire jugée en Suisse, le tribunal a conclu que l'immunité *ratione materiae* n'était reconnue que pour les « actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles »<sup>77</sup>.

54. Dans un petit nombre de cas, les juridictions internes se sont prononcées sur le sens de l'expression « acte souverain de l'État », établissant même un lien avec la notion d'*acta iure imperii*. Ainsi, en Allemagne, la Cour suprême fédérale a conclu que « [c]onformément au droit public allemand, l'exercice du pouvoir de police, qui relève sans conteste de l'activité souveraine de l'État et intrinsèquement de l'autorité de celui-ci, doit être considéré comme un *acta iure imperii* et ne peut donc être exclu de l'immunité »<sup>78</sup>. En Allemagne également, la Cour constitutionnelle a considéré comme actes relevant de la « sphère de l'autorité de l'État » les transactions relatives aux relations extérieures et à l'autorité militaire, les actes du pouvoir législatif, l'exercice de la force publique et l'administration de la justice<sup>79</sup>. De même, un tribunal des États-Unis a considéré comme « actes strictement politiques ou publics » les actes administratifs internes tels que l'expulsion d'étrangers, les actes législatifs tels que les nationalisations, les actes liés aux forces armées, les actes liés à l'activité diplomatique et les prêts publics<sup>80</sup>. Pour leur part, les juridictions françaises ont considéré comme actes de souveraineté sans équivoque les actes liés à l'administration de la justice<sup>81</sup> et certains actes

<sup>75</sup> Dans son arrêt du 20 octobre 2000 en l'affaire *Kadhafi*, la cour d'appel de Paris, renvoyant aux « actes de la puissance publique ou de l'administration publique », a considéré que les faits en cause étaient des crimes internationaux et ne relevaient donc pas de la catégorie des « fonctions d'un chef d'État ». Elle a donc conclu que ces actes donnaient lieu à une exception à l'immunité. Ultérieurement, la Cour de cassation a, dans son arrêt du 13 mars 2001, accordé l'immunité, considérant que l'exception en question n'existait pas. Elle ne s'est cependant pas prononcée sur la qualification des actes réalisée préalablement par la cour d'appel. Les expressions « acte de la puissance publique » et « actes relevant de la souveraineté de l'État » sont également utilisées dans l'affaire *Erika/Autorité maritime de Malte* (sont donnés en exemple de l'exercice de la fonction publique l'attribution d'un pavillon à un navire, la délivrance et le maintien du permis de navigation – actes administratifs propres à la puissance publique – ainsi que l'obligation de superviser les navires battant pavillon national).

<sup>76</sup> *Saltany et al. v. Reagan et al.*, tribunal du district de Columbia (États-Unis), jugement du 23 décembre 1988.

<sup>77</sup> Le Tribunal pénal fédéral suisse a utilisé l'expression « actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles » dans l'affaire *A. c. Ministère public de la confédération* (affaire *Nezzar*), Tribunal pénal fédéral (Suisse) (BB.2011.140), arrêt du 25 juillet 2012.

<sup>78</sup> *Affaire de l'Église de scientologie*, Cour suprême fédérale d'Allemagne, arrêt du 26 septembre 1978, *ILR*, vol. 65, p. 193. En l'affaire *Propend Finance Ltd. v. Sing* (1997), *ILR*, vol. 111, p. 611, la cour d'appel du Royaume-Uni s'est prononcée de manière analogue, jugeant que l'exercice de la force publique était essentiellement une forme d'activité gouvernementale. Une juridiction américaine a également estimé que les actes de la police, même monstrueux, étaient des actes officiels : *Saudi Arabia v. Nelson*, Cour suprême des États-Unis, *ILR*, vol. 100, p. 544.

<sup>79</sup> *Empire of Iran*, Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (1963), *ILR*, vol. 45, p. 57. Les actes d'un membre des forces armées ont également été qualifiés d'acte officiel dans l'affaire *Lozano c. Italia* (31171/2008, ILDC 1085), arrêt du 24 juin 2008.

<sup>80</sup> *Victory c. Comisaría*, US 336 F 2d 354 (2<sup>e</sup> circuit, 1964), *ILR* vol. 35, p. 110.

<sup>81</sup> Affaire n° 12-81.676, Cour de cassation, chambre pénale, arrêt du 19 mars 2013, et affaire n° 13.80.158, Cour de cassation, chambre pénale, arrêt du 23 novembre 2014. Les tribunaux

administratifs liés au pavillon d'un navire<sup>82</sup>. D'autres juridictions ont considéré comme relevant de l'exercice de la souveraineté les actes liés aux politiques de colonisation israéliennes dans les territoires occupés<sup>83</sup>, l'expulsion d'étrangers<sup>84</sup>, la confiscation de biens par les forces de police<sup>85</sup>, l'établissement de rapports sur l'activité du personnel en service dans une base militaire à l'étranger<sup>86</sup> et même le recrutement de volontaires pour effrayer les membres d'un groupe religieux<sup>87</sup>.

55. *A contrario*, dans plusieurs affaires, les juridictions internes ont conclu que l'acte en question sortait du cadre des fonctions officielles ou des fonctions de l'État et ne pouvait donc bénéficier de l'immunité. Ils ont notamment conclu que l'assassinat d'un opposant politique ne constituait pas un acte officiel<sup>88</sup>, pas plus que les actes liés au trafic de stupéfiants<sup>89</sup>. De manière plus générale, un tribunal des États-Unis d'Amérique a estimé que « quand les pouvoirs des fonctionnaires sont limités par la loi, les actes qu'ils accomplissent en dehors de ces limites doivent être considérés comme des actes personnels et non des actes souverains. Le fonctionnaire ne s'acquiesce pas de tâches pour lesquelles il a été habilité par le souverain ». Selon ce tribunal, « la loi sur l'immunité souveraine étrangère (*Foreign Sovereign Immunity Act*) n'"immunise" pas le comportement illicite des "fonctionnaires du gouvernement" et, par conséquent, "un fonctionnaire agissant sous l'apparence de l'autorité (under color of authority) mais non en vertu d'un mandat officiel peut enfreindre le droit international et ne pas avoir droit à l'immunité en vertu de cette loi"<sup>90</sup>. Un tribunal des États-Unis a été encore plus catégorique en jugeant que les actes *ultra vires* ne pouvaient bénéficier de l'immunité souveraine parce que leurs auteurs avaient outrepassé leurs pouvoirs en portant atteinte aux droits de l'homme des requérants : si les fonctionnaires accomplissent des actes non couverts officiellement par l'État, c'est-à-dire s'il ne s'agit pas de « fonctionnaires agissant à titre officiel dans les limites de leurs pouvoirs », ils ne peuvent bénéficier de l'immunité<sup>91</sup>. Dans tous les cas, il convient d'établir une distinction entre ces actes *ultra vires* et les actes illicites, concernant

---

suisse ont conclu de même dans l'affaire ATF 130 III 136, portant sur un mandat d'arrêt international délivré par un juge espagnol.

<sup>82</sup> *Autorité maritime de Malte*, n° 04-84.265, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 23 novembre 2004.

<sup>83</sup> *Doe I v. Israel*, tribunal de district des États-Unis, district de Columbia, 2005 (400 F.Supp.2d 86).

<sup>84</sup> *Kline v. Kaneko*, tribunal de district des États-Unis, district sud de New York, décision du 3 mai 1988 (685 F Supp 386), *ILR*, vol. 101, p. 497.

<sup>85</sup> *First v. Argentina*, tribunal de district des États-Unis, district sud de Floride, décision du 31 janvier 2002 (190 F.Supp. 2d 1336).

<sup>86</sup> *Holland v. Lampen-Wolf* (Royaume-Uni), [2000] 1 WLR 1573.

<sup>87</sup> *Younging Jin v. Ministry of State Security*, tribunal de district des États-Unis, district de Columbia, décision du 3 juin 2008 (557 F. Supp. 2d 131).

<sup>88</sup> *Letelier v. Chile*, cour d'appel des États-Unis, deuxième circuit, arrêt du 20 novembre 1984 (748 F.2d 790); *ILR*, vol. 79, p. 561.

<sup>89</sup> *Jiménez v. Aristeguieta*, cour d'appel des États-Unis, cinquième circuit, arrêt du 12 décembre 1962 (311 F2d 547); *United States of America v. Noriega*.

<sup>90</sup> *Hilao et al. v. Estate of Marcos*, cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, arrêt du 16 juin 1994. Le tribunal a estimé que les actes de torture, exécutions et disparitions étaient des actes commis par Marcos ne relevant d'aucun mandat officiel et ne pouvaient non plus être attribués à une agence ou un organe d'un État étranger.

<sup>91</sup> *In Re Doe I et al. v. Liu et al., Xia Deren et al.*, tribunal de district des États-Unis, district nord de Californie (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW).

lesquels plusieurs tribunaux ont jugé que l'illicéité n'annulait pas le bénéfice de l'immunité<sup>92</sup>, même s'ils étaient contraires au droit international<sup>93</sup>.

56. Cependant, il convient de souligner que les arguments mentionnés ci-dessus n'ont pas toujours été appliqués de manière uniforme pour la même catégorie d'infractions pénales. Au contraire, une même infraction a parfois donné lieu à une reconnaissance de l'immunité *ratione materiae* alors que, dans d'autres cas, les juges ont conclu qu'elle ne présentait pas les conditions nécessaires. Cette contradiction a même été constatée entre des décisions de juridictions d'un même État. Un exemple frappant de cette divergence dans la jurisprudence est la position des juridictions britanniques face à la torture. Ainsi, en l'affaire *Pinochet 3*, la Chambre des lords a considéré que l'ex-Président du Chili ne pouvait bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, estimant que la Convention contre la torture imposait aux États parties l'obligation de poursuivre les auteurs d'actes de torture et que ceux-ci ne pouvaient donc bénéficier d'aucune forme d'immunité<sup>94</sup>. On ne saurait dire, toutefois, que la Cour s'est prononcée définitivement sur le caractère de la torture comme « acte accompli à titre officiel » puisque, des sept Lords chargés de cette affaire, seuls deux ont conclu qu'il ne s'agissait pas d'un acte officiel, les autres jugeant que les actes attribués au général Pinochet revêtaient un certain caractère officiel, quatre d'entre eux concluant cependant qu'ils constituaient des actes criminels<sup>95</sup>. En revanche, en l'affaire *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, cette même Chambre des lords a reconnu l'immunité *ratione materiae* de plusieurs citoyens saoudiens, considérant que tous avaient agi ou dit agir en tant qu'employés ou agents de l'Arabie saoudite et qu'en conséquence, tous leurs actes – y compris les actes de torture – pouvaient être attribués à cet État et bénéficiaient de l'immunité<sup>96</sup>. Enfin, récemment, en l'affaire *FF v. Director of Public Prosecution* (dite du *Prince Nasser*), une cour britannique, se fondant sur les mêmes principes que les juges en l'affaire *Pinochet 3*, a conclu que le Prince Nasser bin Hamad Al Khalifa, fils du Roi du Bahreïn et commandant de la Garde royale, ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne le crime de torture<sup>97</sup>. Les juridictions britanniques semblent avoir résolu

<sup>92</sup> *Jaffe v. Miller et al.*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 17 juin 1998. *Argentine Republic v. Amerada Hess*, États-Unis, Cour suprême, 23 janvier 1989, *ILR*, vol. 81 (1990), p. 658; *McElhinney v. Williams* (Irlande), 1995, *ILR* vol. 104 p. 691.

<sup>93</sup> *1<sup>o</sup> Congreso del Partido*, Chambre des lords du Royaume-Uni, 16 juillet 1981, [1983] 1 AC 244; *ILR*, vol. 64, p. 307. En l'affaire *Jones v. Saudi Arabia*, Lord Hoffman a rejeté l'argument selon lequel un acte contraire au *ius cogens* ne pouvait être un acte officiel.

<sup>94</sup> *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (n<sup>o</sup> 3)*, Chambre des lords du Royaume-Uni, 24 mars 1999. La décision a été adoptée par six voix contre une; seul Lord Goff a estimé qu'il s'agissait d'actes officiels tombant sous le coup de l'immunité.

<sup>95</sup> Seuls Lord Brown-Wilkinson et Lord Hutton ont estimé que la torture ne pouvait être « une fonction publique » ou « une fonction gouvernementale ». En revanche, Lord Goff, qui a voté contre l'arrêt, a conclu qu'il s'agissait d'une « fonction gouvernementale ». Ont également exprimé une position semblable Lord Hope (« acte criminel mais gouvernemental »), Lord Saville (qui a parlé de « torture officielle »), Lord Millet (« actes publics et officiels ») et Lord Phillips (« acte criminel et officiel »).

<sup>96</sup> *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Chambre des lords du Royaume-Uni, arrêt du 14 juin 2006.

<sup>97</sup> *FF v. Director of Public Prosecution* (affaire *Prince Nasser*), Haute Cour de justice (division du banc de la Reine), arrêt du 7 octobre 2014. L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il a été rendu en tant que « order consented », c'est-à-dire sur la base d'un accord entre les requérants et

ces affaires de manières différentes, se concentrant sur l'aspect pénal de la procédure dans les affaires *Pinochet* et *Prince Nasser* et sur l'aspect civil dans l'affaire *Jones*.

57. Il ressort de ces affaires que la torture soulève des problèmes particuliers, qui se sont posés également à d'autres juridictions. Ainsi, la justice belge a considéré que la torture ne pouvait être considérée comme relevant de l'exercice normal des fonctions d'un chef d'État, à qui il incombe notamment d'assurer la protection des citoyens de son pays<sup>98</sup>. Une juridiction néerlandaise s'est prononcée de manière analogue<sup>99</sup>. On constate une divergence générale dans la qualification de certains comportements comme actes accomplis à titre officiel en ce qui concerne les crimes de droit international. Dans plusieurs cas, les juridictions ont considéré que les crimes de droit international ne relevaient pas des fonctions de l'État et n'ont donc pas reconnu l'immunité. Dans d'autres cas, en revanche, ils ont estimé qu'il s'agissait sans conteste d'actes à caractère officiel, bien qu'illicites et abusifs, et ont accordé l'immunité. Ainsi, un tribunal grec a estimé que les crimes commis par les forces armées étaient attribuables à l'État aux fins de sa responsabilité internationale mais ne pouvaient être considérés comme actes souverains aux fins de l'immunité de l'État<sup>100</sup>. Enfin, il convient de signaler que, dans certains cas, le juge a considéré les crimes de droit international comme exceptions à l'immunité, utilisant à cet effet divers arguments<sup>101</sup>.

58. En revanche, on soulignera qu'en général, les juridictions internes ont refusé l'immunité dans les affaires liées à la corruption, qu'il s'agisse de détournement de fonds publics, de blanchiment de capitaux ou d'une autre forme de corruption. Il convient de mentionner à cet égard l'affaire *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, dans laquelle les juridictions françaises ont eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur l'immunité, affirmant que les actes de détournement de fonds publics et de blanchiment de capitaux s'éloignent de l'exercice des fonctions de l'État protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique<sup>102</sup> et que les actes attribués à [M. Nguema Obiang Mangue], par leur nature, ne participent pas de l'exercice de la souveraineté ni des pouvoirs publics, pas plus qu'ils ne relèvent de l'intérêt général<sup>103</sup>. Suivant la même logique, les

---

le ministère public (Director of Public Prosecution), dans lequel ce dernier admet que les actes de torture attribués au Prince Nasser ne bénéficient pas de l'immunité *ratione materiae*.

<sup>98</sup> Ordonnance du juge d'instruction du tribunal de première instance de Bruxelles en l'affaire *Pinochet*, 6 novembre 1998.

<sup>99</sup> Affaire *Bouterse*, R 97/163/12 Sv et R/97/176/12 Sv, cour d'appel d'Amsterdam, 20 novembre 2000.

<sup>100</sup> *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, tribunal de première instance de Leivadia (Grèce), décision du 30 octobre 1997.

<sup>101</sup> En l'affaire *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran*, dans l'arrêt du 30 juin 2004, la cour d'appel de l'Ontario a analysé la torture de la perspective d'une exception à l'immunité, concluant cependant qu'il n'était pas possible d'identifier cette exception. En l'affaire *Ferrini*, la cour d'appel de Florence a estimé que l'« immunité fonctionnelle » ne pouvait être invoquée en ce qui concerne les actes constitutifs de crimes de droit international. En Suisse, en l'affaire *Nezzar*, le Tribunal pénal fédéral a souligné qu'on saurait difficilement concevoir qu'une conduite portant atteinte aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des normes de ce même ordre juridique.

<sup>102</sup> Cour d'appel de Paris, *Pôle 7*, deuxième chambre d'instruction, arrêt du 13 juin 2013.

<sup>103</sup> Cour d'appel de Paris, *Pôle 7*, deuxième chambre d'instruction, demande d'annulation, arrêt du 16 avril 2015. La déclaration citée est une répétition des arguments et déclarations de l'arrêt du 13 juin 2013.

tribunaux n'ont pas admis que des actes accomplis par des représentants de l'État puissent bénéficier de l'immunité s'ils conservaient un lien étroit avec une activité privée et visaient l'enrichissement personnel de l'intéressé et non le bénéfice du souverain<sup>104</sup>.

59. Dans certains cas, le sujet a été présenté devant les juridictions internes sous le couvert de la « doctrine du fait de l'État » qui, comme nous l'avons dit précédemment, se confond parfois dans la pratique avec l'immunité au sens strict. Dans une affaire jugée par la Cour suprême fédérale allemande, les accusés ont invoqué la « doctrine du fait de l'État », soutenant qu'ils ne pouvaient être poursuivis, dans la mesure où ils avaient agi sur les ordres d'un État étranger et pour défendre les intérêts de celui-ci<sup>105</sup>. Une juridiction d'un autre pays a considéré qu'en vertu de la doctrine du fait de l'État, les « tribunaux s'abstenaient généralement de juger les actes d'un État étranger commis sur leur propre territoire », concluant cependant qu'on ne pouvait en aucun cas déduire de cette doctrine que même les actes d'un représentant de l'État portant atteinte aux règles fondamentales du pays et fermement rejetés par ses autorités pouvaient être considérés à juste titre comme un fait de l'État<sup>106</sup>. Dans d'autres cas, le tribunal a considéré que la doctrine du « fait de l'État » en tant que moyen d'exonérer la responsabilité du fonctionnaire ne pouvait en aucun cas s'appliquer aux crimes de droit international<sup>107</sup>.

60. Enfin, il convient de souligner que, dans plusieurs cas, les juridictions des États-Unis d'Amérique ont accordé ou refusé l'immunité sans examiner les actes commis par le représentant de l'État, sur la seule base d'une « proposition » d'immunité faite par les autorités américaines en application de règles de *common*

<sup>104</sup> *United States of America v. Noriega*, cour d'appel des États-Unis, onzième circuit, arrêt du 7 juillet 1997. *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, tribunal de district du district de Columbia, décision du 20 septembre 1996. *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne. Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal civil de la Seine, décision du 25 juillet 1916. *Ex-Roi d'Égypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, cour d'appel de Paris, arrêt du 11 avril 1957. *Ali Ali Reza c. Grimpel*, cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961. *Trajano c. Marcos*, cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, 1992; *ILR*, vol. 103, p. 521. *Doe v. Zedillo Ponce de León. Jimenez v. Aristeguieta* (1962), *ILR*, vol. 32, p. 353. *Jean-Juste c. Duvalier* (1988), n° 86-0459 Civ, tribunal de district des États-Unis, district sud de Floride. *Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal fédéral, arrêt du 22 décembre 2005. *Republic of Philippines v. Marcos*, cour d'appel des États-Unis, deuxième circuit, arrêt du 26 novembre 1986, *ILR*, vol. 81, p. 581. *Republic of Philippines v. Marcos et al. (n° 2)*, (1987, 1988), *ILR*, vol. 81, p. 609. *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 QB 2002 (Royaume-Uni). *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi* (1984), *ILR* vol. 81, p. 557 (États-Unis) : en l'espèce, c'est le Gouvernement des États-Unis qui a indiqué au tribunal que la plainte n'était susceptible d'être bloquée ni par l'application du principe de l'immunité souveraine ni par celui du fait de l'État.

<sup>105</sup> *Affaire du procès des gardes-frontières*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 3 novembre 1992 (5 STR 370/92). L'État étranger auquel se référaient les accusés était la République démocratique allemande (RDA), qui avait disparu au moment où a commencé la procédure pénale. Pour sa part, la Cour suprême a estimé que ladite doctrine ne s'appliquait pas en l'espèce et la demande n'a pas été examinée au simple motif que la RDA n'existait plus (p. 272 et 273).

<sup>106</sup> *Kadic v. Karadnic*, cour d'appel des États-Unis, deuxième circuit, arrêt du 13 octobre 1995. Le défendeur avait invoqué la « doctrine du fait de l'État » et la « question politique » afin d'obtenir le non-lieu.

<sup>107</sup> *Affaire Eichmann*. Cette affirmation est en outre étroitement liée au procès de Nuremberg, aux arrêts rendus par le tribunal en question et aux Principes de Nuremberg approuvés par l'Assemblée générale.

*law*<sup>108</sup>. Dans d'autres cas, les tribunaux se sont prononcés sur l'immunité pour des raisons distinctes, telles que la disparition de l'État que servaient les fonctionnaires ou le refus de considérer le pays en question comme un État<sup>109</sup>. Ces affaires ne sont donc pas pertinentes aux fins de définir les critères définissant un « acte accompli à titre officiel ».

### iii) La pratique conventionnelle

61. Divers traités multilatéraux font référence, avec des libellés distincts et selon des points de vue distincts, aux « actes accomplis à titre officiel ». Un premier groupe d'instruments comprend diverses conventions établies sous les auspices des Nations Unies et se rapportant directement ou indirectement aux immunités. Un deuxième groupe englobe des traités à caractère universel ou régional énonçant des règles de droit pénal international, qui décrivent des comportements interdits par le droit international et, dans certains cas, introduisent dans la définition même de l'acte un élément relatif à son caractère officiel.

62. Dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, qui fait partie du premier groupe, l'immunité de juridiction des agents diplomatiques est considérée comme une immunité *ratione personae* s'appliquant pendant toute la durée de leur mandat aux actes qu'ils accomplissent tant à titre officiel qu'à titre privé, qui n'appelle donc pas de définition de l'acte accompli à titre officiel<sup>110</sup>. En revanche, on y trouve des règles sur les immunités du personnel administratif et technique et des agents de service des missions diplomatiques combinant les éléments caractéristiques de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*<sup>111</sup>. Enfin, elle contient certaines dispositions sur l'immunité *ratione materiae* au sens strict. Compte tenu de ce qui précède, il convient d'appeler l'attention sur diverses dispositions de la Convention qui aideront à cerner la notion d'« acte accompli à titre officiel » aux fins du présent rapport :

- i) Bien que l'immunité de juridiction des agents diplomatiques y soit entendue comme une immunité *ratione personae* et donc comme une immunité pleine, la Convention prévoit certaines exceptions à l'immunité de juridiction civile et administrative, qui ne s'applique pas lorsqu'il s'agit : « a) d'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'État accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de

<sup>108</sup> *Lafontant v. Aristide*, tribunal de district des États-Unis, district est de New York, jugement du 27 janvier 1995. *A, B, C, D, E, F c. Jiang Zemin*, octobre 2002 : l'intérêt de cette affaire est qu'à la fin du mandat de Jian Zemin en tant que Président en 2003, un groupe de sénateurs du Parti démocrate ont tenté de faire réexaminer l'affaire sans succès, le Département d'État maintenant sa proposition concernant l'immunité. De même, en l'affaire *Republic of the Philippines v. Marcos et al.*, le tribunal ne s'est pas prononcé sur les faits, se bornant à affirmer que l'immunité tombait lorsque le défendeur n'était plus chef d'État et que c'était le Gouvernement même de cet État qui le demandait. En l'affaire *Ya'alon*, le tribunal a tenu compte d'une lettre que lui avait adressée l'Ambassadeur d'Israël à Washington, dans laquelle il confirmait que les actes accomplis par le fonctionnaire l'avaient été dans l'exercice de ses fonctions.

<sup>109</sup> La disparition de l'État a été prise en compte dans l'*Affaire du procès des gardes-frontières*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 3 novembre 1992 (5 STR 370/92). Par ailleurs, l'argument selon lequel l'OLP ne pouvait être considérée comme un État a amené la Cour de cassation italienne à ne pas se prononcer sur l'immunité en l'affaire *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente) – Imp. Arafat e Salah*, arrêt du 28 juin 1981.

<sup>110</sup> Voir art. 31.

<sup>111</sup> Voir en général l'article 37.

l'État accréditant aux fins de la mission; b) d'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'État accréditant; c) d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'État accréditaire en dehors de ses fonctions officielles<sup>112</sup> ». Ces actes constituent donc des exceptions à l'immunité *ratione personae*, justifiées par le fait que l'agent diplomatique les accomplit à titre privé et pour son propre bénéfice. Selon la même logique, ces actes ne sauraient être considérés comme « actes accomplis à titre officiel » aux fins de l'immunité *ratione materiae* des agents diplomatiques, également prévue par la Convention. De plus, cette disposition doit être lue de pair avec l'interdiction énoncée à l'article 42, selon lequel les agents diplomatiques ne peuvent exercer « dans l'État accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel ».

ii) Les membres du personnel administratif et technique de la mission bénéficient d'une immunité limitée car l'immunité de juridiction civile et administrative « ne s'applique pas aux actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions<sup>113</sup> ».

iii) Les membres du personnel de service ne « bénéficie[nt] de l'immunité [que] pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions<sup>114</sup> ».

iv) Un agent diplomatique qui a la nationalité de l'État accréditaire ou y a sa résidence permanente ne bénéficie de l'immunité « que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions<sup>115</sup> », l'objectif étant, comme l'a alors indiqué la Commission du droit international, qu'il « bénéficie d'un minimum d'immunité pour pouvoir utilement remplir ses fonctions<sup>116</sup> ». Il est évident qu'il s'agit ici d'une immunité *ratione materiae* et que les actes visés sont « accomplis à titre officiel ».

v) L'immunité prend fin avec le mandat de l'agent diplomatique, des membres du personnel administratif et technique et des agents de service, la Convention disposant toutefois qu'elle « subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par ce[s] personne[s] dans l'exercice de [leurs] fonctions comme membre[s] de la mission<sup>117</sup> ». Il s'agit ici d'une immunité *ratione materiae* s'appliquant uniquement aux actes relevant de l'exercice des fonctions du personnel de la mission, que nous considérerons donc comme des « actes accomplis à titre officiel » aux fins du présent rapport.

63. Nous concluons donc que, conformément à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, un « acte accompli à titre officiel » s'entend d'un acte accompli dans « l'exercice des fonctions » des membres de la mission. Cependant,

<sup>112</sup> Voir art. 31, par. 1.

<sup>113</sup> Voir art. 37, par. 2. On notera que l'immunité s'applique uniquement au personnel administratif et technique qui n'a pas la nationalité de l'État accréditaire ou n'y a pas sa résidence permanente.

<sup>114</sup> Voir art. 37, par. 3. On notera que l'immunité s'applique uniquement au personnel administratif et technique qui n'a pas la nationalité de l'État accréditaire ou n'y a pas sa résidence permanente.

<sup>115</sup> Voir art. 38, par. 1.

<sup>116</sup> Voir le paragraphe 3 du commentaire de l'article 37. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, p. 110.

<sup>117</sup> Voir art. 39, par. 2.

la Convention ne détermine pas quels actes concrets doivent être considérés comme « accomplis à titre officiel » si ce n'est *a contrario*, en définissant dans ses articles 31, paragraphe 1, et 42, les actes considérés comme privés. Dans tous les autres cas, « l'acte accompli à titre officiel » se définit par un renvoi aux fonctions de la mission et de ses fonctionnaires, de sorte que la catégorie dont relève tel ou tel acte doit être déterminée au cas par cas. La Convention n'établit pas de règles précises à cette fin, sauf au paragraphe 1 de son article 3, où il est fait référence aux fonctions de la mission diplomatique et aux activités de ses membres. On notera que la Convention demeure obscure en ce qui concerne les fonctions spécifiques des membres de la mission et ne propose pas d'éléments permettant de les déterminer de manière générale, se limitant à de vagues mentions telles que le « service administratif et technique de la mission » et « le service domestique de la mission »<sup>118</sup>. En revanche, elle définit de manière plus précise les fonctions de la mission diplomatique, qu'elle énumère comme suit : « a) [r]eprésenter l'État accréditant auprès de l'État accréditaire; b) [p]rotéger dans l'État accréditaire les intérêts de l'État accréditant et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international; c) [n]égocier avec le gouvernement de l'État accréditaire; d) [s]'informer par tous les moyens licites des conditions et de l'évolution des événements dans l'État accréditaire et faire rapport à ce sujet au gouvernement de l'État accréditant; e) [p]romouvoir des relations amicales et développer les relations économiques, culturelles et scientifiques entre l'État accréditant et l'État accréditaire ». S'y ajoute la possibilité d'exercer des fonctions consulaires<sup>119</sup>. Cette énumération ménage la possibilité d'inclure dans la catégorie des « actes accomplis à titre officiel » des actes à caractère très divers mais il ne fait aucun doute que ces actes doivent être nécessaires à l'exercice des fonctions susmentionnées, dont le caractère public et officiel est sans équivoque, et que s'ils sont accomplis par des agents diplomatiques, ils sont étroitement liés à la notion de souveraineté et à l'exercice des prérogatives de la puissance publique.

64. La Convention sur les missions spéciales, du 8 décembre 1969<sup>120</sup>, et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les

<sup>118</sup> Voir art. 1, al. f) et g).

<sup>119</sup> Voir art. 3, par. 1 et 2.

<sup>120</sup> Dans la Convention de 1969, le « caractère officiel de l'acte » suppose qu'il soit accompli dans l'exercice des fonctions de la mission et de ses membres et est sujet aux restrictions susmentionnées, interdisant notamment aux représentants de l'État et aux membres du personnel diplomatique d'exercer « dans l'État de réception une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel » (art. 48). De même, elle n'accorde l'immunité aux représentants de l'État d'envoi et aux membres du personnel diplomatique de la mission ressortissants de l'État de réception ou y ayant leur résidence permanente que pour les « actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions » (art. 40). Toutefois, comme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention sur les missions spéciales ne comporte pas non plus de liste d'« actes officiels », et les fonctions des missions spéciales y sont définies de manière plus générale et moins précise que celles des missions diplomatiques, puisqu'on y indique simplement que la mission spéciale a « un caractère représentatif de l'État, [étant] envoyée par un État auprès d'un autre État avec le consentement de ce dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée » [art. 1, al. a)]. Il faut donc également conclure de cette convention que les « actes accomplis à titre officiel » doivent être déterminés au cas par cas selon leur caractère officiel et fonctionnel qui, de par la nature même des missions spéciales, sera défini de manière moins précise, même s'il subsiste un lien entre ces actes et l'exercice de fonctions publiques et la souveraineté de l'État.

organisations internationales de caractère universel, du 14 mars 1975<sup>121</sup>, suivent un modèle similaire à celui examiné plus haut. Quant à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963, elle insiste plus encore sur le lien entre l'immunité et l'exercice de fonctions spécifiques pour le compte de l'État, puisqu'elle ne prévoit l'immunité que pour « les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires<sup>122</sup> ». De plus, l'immunité de juridiction est exclue en cas de poursuites « résultant de la conclusion d'un contrat passé par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire qu'il n'a pas conclu expressément ou implicitement en tant que mandataire de l'État d'envoi<sup>123</sup> ». Même si on ne trouve pas non plus dans cette Convention une liste des actes considérés comme « accomplis à titre officiel » et que ceux-ci doivent donc à nouveau être déterminés au cas par cas à l'aide de la liste des fonctions consulaires figurant à l'article 5<sup>124</sup>, il

<sup>121</sup> La Convention de 1975 reposant sur les mêmes éléments que ceux mentionnés plus haut, on peut en conclure que l'immunité *ratione materiae* n'est accordée que si les actes officiels visés sont accomplis dans le cadre de l'exercice des fonctions de la mission ou délégation concernée (art. 30, art. 36, par. 2 et 3, art. 60 et art. 66, par. 2 et 3). Le caractère officiel et fonctionnel des actes susceptibles d'être couverts par ladite immunité est également renforcé dans cette convention par le fait qu'elle interdit au chef de mission et aux autres membres du personnel diplomatique d'exercer « dans l'État hôte une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel » (art. 39). Dans le même temps, elle dispose que les ressortissants de l'État hôte ou les personnes qui y ont leur résidence permanente ne bénéficient de l'immunité que « pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions » (art. 36 et 37). Toutefois, la Convention de 1975 ne contient pas non plus de liste d'« actes accomplis à titre officiel », qu'il faut donc déterminer au cas par cas selon leur caractère officiel et fonctionnel.

<sup>122</sup> Voir art. 43, par. 1.

<sup>123</sup> Voir art. 43, par. 2.

<sup>124</sup> Aux termes de l'article 5 de la Convention de 1963, les fonctions consulaires sont les suivantes : « a) protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international; b) favoriser le développement de relations commerciales, économiques, culturelles et scientifiques entre l'État d'envoi et l'État de résidence et promouvoir de toute autre manière des relations amicales entre eux dans le cadre des dispositions de la présente Convention; c) s'informer, par tous les moyens licites, des conditions et de l'évolution de la vie commerciale, économique, culturelle et scientifique de l'État de résidence, faire rapport à ce sujet au gouvernement de l'État d'envoi et donner des renseignements aux personnes intéressées; d) délivrer des passeports et des documents de voyage aux ressortissants de l'État d'envoi, ainsi que des visas et documents appropriés aux personnes qui désirent se rendre dans l'État d'envoi; e) prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l'État d'envoi; f) agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'État de résidence ne s'y opposent pas; g) sauvegarder les intérêts des ressortissants, personnes physiques et morales, de l'État d'envoi, dans les successions sur le territoire de l'État de résidence conformément aux lois et règlements de l'État de résidence; h) sauvegarder, dans les limites fixées par les lois et règlements de l'État de résidence, les intérêts des mineurs et des incapables, ressortissants de l'État d'envoi, particulièrement lorsque l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle à leur égard est requise; i) sous réserve des pratiques et procédures en vigueur dans l'État de résidence, représenter les ressortissants de l'État d'envoi ou prendre des dispositions afin d'assurer leur représentation appropriée devant les tribunaux ou les autres autorités de l'État de résidence pour demander, conformément aux lois et règlements de l'État de résidence, l'adoption de mesures provisoires en vue de la sauvegarde des droits et intérêts de ces ressortissants lorsque, en raison de leur absence ou pour toute autre cause, ils ne peuvent défendre en temps utile leurs droits et intérêts; j) transmettre des actes judiciaires et extrajudiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'État de résidence; k) exercer les droits de contrôle et d'inspection prévus par les lois et règlements de l'État d'envoi sur les navires de mer

n'en reste pas moins que cette énumération plus précise des fonctions consulaires permet de qualifier avec plus de certitude certains actes d'« actes accomplis à titre officiel ». En tout cas, il ne fait aucun doute que ces fonctions constituent une manifestation de la puissance publique et sont liées à la souveraineté de l'État. Enfin, il faut souligner que la Convention ne reconnaît pas l'immunité de juridiction pénale des fonctionnaires consulaires<sup>125</sup>, ce qui n'empêche pas d'utiliser les éléments susmentionnés comme critères indicatifs pour définir la notion d'« acte accompli à titre officiel ».

65. Pour conclure l'examen de ce premier groupe de conventions multilatérales, on notera que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, du 2 décembre 2004, peut également contribuer à définir la notion d'« acte accompli à titre officiel », d'autant que, comme la Commission du droit international l'avait fait observer à l'époque, la mention de « l'État et ses divers organes de gouvernement » [art. 2, par. 1, al. i)] et des « représentants de l'État agissant à ce titre » [al. iv)], doit s'entendre dans la perspective de l'immunité *ratione materiae*<sup>126</sup>. Cependant, aux fins du présent rapport, les dispositions de la Convention de 2004 doivent être analysées de manière nuancée et il convient de noter en particulier : i) que cette Convention ne s'applique pas à la juridiction pénale<sup>127</sup>; et ii) que la distinction entre actes *iure imperii* et actes *iure gestionis*, qui la sous-tendent, n'équivaut pas à la distinction entre « acte accompli à titre officiel » et « acte accompli à titre privé » examinée dans le présent rapport. En tout état de cause, la Convention de 2004 comporte un élément intéressant notre étude dans la mesure où, aux fins de conclure à l'immunité de l'État, elle insiste sur l'attribution des actes des fonctionnaires à l'État dont ils relèvent et introduit la nécessité d'établir le lien entre l'acte visé et l'exercice de la souveraineté de l'État pour conclure qu'il bénéficie de l'immunité.

---

et sur les bateaux fluviaux ayant la nationalité de l'État d'envoi et sur les avions immatriculés dans cet État, ainsi que sur leurs équipages; l) prêter assistance aux navires, bateaux et avions mentionnés à l'alinéa k du présent article, ainsi qu'à leurs équipages, recevoir les déclarations sur le voyage de ces navires et bateaux, examiner et viser les papiers de bord et, sans préjudice des pouvoirs des autorités de l'État de résidence, faire des enquêtes concernant les incidents survenus au cours de la traversée et régler, pour autant que les lois et règlements de l'État d'envoi l'autorisent, les contestations de toute nature entre le capitaine, les officiers et les marins; m) exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'État d'envoi que n'interdisent pas les lois et règlements de l'État de résidence ou auxquelles l'État de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'État d'envoi et l'État de résidence ».

<sup>125</sup> La Convention dispose cependant que toute procédure pénale doit être conduite « avec les égards qui sont dus au fonctionnaire consulaire en raison de sa position officielle et [...] de manière à gêner le moins possible l'exercice des fonctions consulaires » (art. 41, par. 3). Cette mention figure également dans la Convention pour ce qui est de soumettre à la juridiction pénale les « fonctionnaires consulaires honoraires » (voir art. 63).

<sup>126</sup> On notera à cet égard les commentaires de la Commission sur les articles 2 (par. 6, 8 et 17) et 3 (par. 1) du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté en deuxième lecture en 1991, revêtent un intérêt à cet égard. Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie).

<sup>127</sup> À cet égard, voir le commentaire de la Commission du droit international sur le projet d'article 3 provisoirement adopté en 2013, en particulier le paragraphe 4 et la note 274 (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session*, A/68/10, par. 49).

66. Du point de vue du droit international pénal, il convient de mentionner en premier lieu la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, qui inclut le caractère officiel de l'acte à la définition même de la torture, disposant que la « douleur ou les souffrances » endurées par la victime doivent être « infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite » (art. 1, par. 1, *in fine*). Au paragraphe 3 de l'article 2, il est précisé que l'ordre d'un supérieur s'entend de tout ordre émanant d'un « supérieur ou d'une autorité publique ». Enfin, à propos de l'obligation pour l'État de pénaliser le crime de torture dans son droit interne, il est à nouveau fait mention expresse de « tout agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » parmi les éléments constitutifs de la torture (art. 16, par. 1)<sup>128</sup>. Interprétant ces dispositions, le Comité contre la torture a indiqué dans ses Observations générales<sup>129</sup> que l'interdiction visait les actes accomplis par « quiconque ag[is]sait, de droit ou de fait, au nom de l'État »<sup>130</sup>, par « ses fonctionnaires [...] ainsi que toute personne agissant à titre officiel, au nom de l'État »<sup>131</sup> et par « les autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel »<sup>132</sup>, affirmant que ces agents « agiss[ai]ent à titre officiel en ce sens qu'ils se substitu[ai]ent à l'État en s'acquittant des obligations qui lui incomb[ai]ent »<sup>133</sup>. On ajoutera qu'en se référant dans son Observation générale n° 3 à l'immunité de certaines personnes, pour souligner son incompatibilité avec la Convention, le Comité emploie le mot « agents » de l'État<sup>134</sup>. La torture comporte donc de prime abord un élément de caractère officiel indéniable.

67. La Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, du 9 décembre 1985, établit également le caractère officiel des actes visés et le lien avec l'État, bien qu'elle ne mentionne pas la participation du fonctionnaire comme élément de l'infraction<sup>135</sup>. La participation du fonctionnaire figure toutefois dans la liste des personnes pouvant être coupables du crime de torture :

<sup>128</sup> Outre ces mentions expresses des fonctionnaires et des autorités publiques, il est fait mention, au paragraphe 1 de l'article 10, à propos des mesures de formation visant à prévenir la torture, des catégories de personnes suivantes : « [le] personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, [le] personnel médical, [l]es agents de la fonction publique et [l]es autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou emprisonné de quelque façon que ce soit ».

<sup>129</sup> Dans l'Observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture, du 21 novembre 1997, le Comité contre la torture parle d'« agent de la fonction publique ou [de] toute autre personne agissant à titre officiel » [par. 3 et 8, al. b)]. (Voir le Rapport du Comité contre la torture, Assemblée générale, *Documents officiels, Cinquante-troisième session, Supplément n° 44, A/53/44*, annexe IX). Dans l'observation générale n° 2 (Application de l'article 2 par les États parties, du 24 janvier 2008), il est fait mention des « fonctionnaires [...] ainsi que toute personne agissant à titre officiel » (par. 15) et des « agents publics » (par. 18) (Voir CAT/C/GC/2). Dans l'observation générale n° 3 (Application de l'article 14 par les États parties, du 13 décembre 2012), il est fait mention des « autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel » (par. 7) et des « agents de l'État » (par.18) (Voir CAT/C/GC/3).

<sup>130</sup> Voir *Observation générale n° 2*, par. 7.

<sup>131</sup> Voir *Observation générale n° 2*, par. 15 et 19.

<sup>132</sup> Voir *Observation générale n° 2*, par. 18 et *Observation générale n° 3*, par. 7.

<sup>133</sup> Voir *Observation générale n° 2*, par. 17.

<sup>134</sup> Voir *Observation générale n° 3*, par. 42.

<sup>135</sup> Voir art. 2.

- a. Les employés ou fonctionnaires publics qui, agissant en cette qualité, ordonnent, prônent, encouragent l'emploi de la torture ou l'utilisent directement, ou n'ont pas empêché son emploi quand ils pouvaient le faire;
- b. Les personnes qui, à l'instigation des fonctionnaires ou employés publics visés à l'alinéa a) ci-dessus ordonnent, prônent, encouragent l'emploi de la torture, s'en font les complices ou y ont recours elles-mêmes directement<sup>136</sup>.

68. La condition de ce lien entre torture et fonctionnaire de l'État semble absente du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la torture y étant considérée comme un crime contre l'humanité<sup>137</sup> et un crime de guerre<sup>138</sup> sans aucune indication quant aux personnes susceptibles de le commettre. On pourrait en déduire que le lien avec l'État et le caractère officiel de l'acte a disparu<sup>139</sup>. Il convient cependant de nuancer cette conclusion. On rappellera que la torture en tant que crime contre l'humanité doit « [faire] partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile<sup>140</sup> » et, en tant que crime de guerre, s'inscrire « dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou [faire] partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle<sup>141</sup> ». Nous analysons ci-après l'incidence de ces deux dispositions<sup>142</sup>.

69. Il convient également de mentionner la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, où les disparitions forcées, selon le modèle précédent, sont définies comme suit :

« [...] l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi<sup>143</sup> ».

70. Le « caractère officiel » du comportement criminel apparaît également dans la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, dans laquelle ce crime est défini comme :

« la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce

<sup>136</sup> Voir art. 3.

<sup>137</sup> Voir art. 7, par. 1, al. f).

<sup>138</sup> Voir art. 8, par. 2, al. a) ii).1 et art. 8, par. 2, al. c) i) 4.

<sup>139</sup> De même, les *Éléments des crimes* relatifs à ces crimes de torture ne contiennent aucune référence au caractère officiel de ses auteurs.

<sup>140</sup> Voir le chapeau (par. 1) de l'article 7 et son alinéa f), ainsi que le paragraphe 3 de l'introduction de l'article 7 dans les *Éléments des crimes*.

<sup>141</sup> Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8, par. 1.

<sup>142</sup> Voir par. 72.

<sup>143</sup> Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 2.

qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière<sup>144</sup> ».

71. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 ne fait pas du caractère officiel de l'auteur un des éléments du crime de génocide. Néanmoins, son article 4 porte expressément que le génocide peut être commis par « des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». On peut en conclure que, dans certaines circonstances, ce crime peut être considéré comme un « acte accompli à titre officiel ». On retiendra cependant que, ainsi qu'il ressort des travaux de la Commission, le génocide suppose l'accomplissement d'une série d'actes qui peuvent difficilement se produire sans la participation, l'appui ou le consentement de l'État<sup>145</sup>.

72. Pour ce qui est de savoir si telle ou telle infraction peut être considérée comme un « acte accompli à titre officiel », il est également utile de se reporter à l'analyse du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les auteurs du Statut ont décidé que, pour qu'un crime soit qualifié de crime contre l'humanité, il devait avoir été commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre [une] population civile ». Ce type d'attaque est défini comme « le comportement qui consiste en la commission multiple [de crimes contre l'humanité] à l'encontre d'une population civile [...], en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »<sup>146</sup>; pour qu'il y ait « politique ayant pour but une telle attaque », il faut que l'État ou l'organisation « favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile »<sup>147</sup>. Partant, n'importe lequel des crimes mentionnés à l'article 7 1) du Statut du Rome peut être considéré comme un « acte accompli à titre officiel » au sens du présent rapport.

73. C'est cependant le crime d'agression tel qu'il est défini à l'article 8 *bis* du Statut de Rome qui revêt le plus manifestement un caractère officiel. Au sens de cet article en effet, le crime d'agression peut uniquement être le fait d'un dirigeant, en ce qu'il ne peut être commis que par une personne « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État » et suppose de la part de l'auteur une série d'actes considérés comme des « acte[s] d'agression »<sup>148</sup>, cette expression s'entendant de « l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies »<sup>149</sup>. Force est donc de conclure que le crime d'agression tel qu'il est défini dans le Statut de Rome doit être considéré comme un « acte accompli à titre officiel ».

74. Il convient enfin de se référer aux différentes conventions internationales et régionales contre la corruption, à commencer par la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, qui définit les divers actes de corruption pouvant être commis par des agents publics. Si ces actes sont tous directement liés

<sup>144</sup> Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, du 9 juin 1994, art. II.

<sup>145</sup> Voir *infra*, par. 91 et 93.

<sup>146</sup> Voir l'introduction de l'article 7.1 et l'article 7.2.a).

<sup>147</sup> Voir le paragraphe 3 de l'introduction de l'article 7 des *Éléments des crimes*.

<sup>148</sup> Voir art. 8 *bis* 1. Voir aussi le paragraphe 2 des *Éléments des crimes*, concernant le crime d'agression.

<sup>149</sup> Voir art. 8 *bis*.2. Cette définition est reprise dans les *Éléments des crimes*, où il est prévu que « l'acte d'agression » doit avoir été commis (voir par. 3).

aux fonctions officielles exercées par leur auteur, ils sont néanmoins commis au fait d'obtenir « un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité »<sup>150</sup>. On retiendra que la Convention aborde également la question de l'immunité de l'agent public (quoique du point de vue du droit interne), imposant à l'État partie l'obligation de :

« prend[re] les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la [...] Convention »<sup>151</sup>.

75. La Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996 traite également des actes de corruption commis « par un fonctionnaire ou par toute personne exerçant une fonction publique » en relation avec les fonctions qui lui ont été confiées par l'État. Ici encore, il est prévu que l'auteur de l'acte doit agir dans un but précis, à savoir se procurer « tout objet d'une valeur pécuniaire quelconque ou tout autre bénéfice tels que dons, faveurs, promesses ou avantages pour soi-même, ou pour toute personne » ou, simplement, « obtenir des bénéfices de façon illicite pour lui-même ou pour un tiers »<sup>152</sup>. On retiendra par ailleurs qu'aux termes exprès de la Convention, le fait que les biens obtenus ou découlant d'un acte de corruption aient été destinés à des fins politiques ou qu'un acte de corruption ait été commis pour des motifs ou à des fins politiques ne suffit pas en soi à faire de cet acte « une infraction politique ou une infraction de droit commun connexe à une infraction politique »<sup>153</sup>.

76. La Convention pénale sur la corruption adoptée par le Conseil de l'Europe le 27 janvier 1999 définit également une série de comportements qui constituent des actes de corruption, doivent être érigés en infractions pénales par les États et sont commis par des « agents publics » nationaux ou étrangers, des membres d'assemblées nationales, étrangères ou internationales ou des juges ou des fonctionnaires de tribunaux internationaux. Comme les deux conventions susmentionnées, elle prévoit que l'auteur d'un acte de corruption doit avoir usé de sa qualité officielle à des fins précises, à savoir pour obtenir « tout avantage indu pour lui-même ou quelqu'un d'autre »<sup>154</sup>. Elle aborde également la question de l'immunité, quoique dans la perspective du droit international, portant que « [s]es dispositions [...] ne portent pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que de leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de

<sup>150</sup> Les actes de corruption définis par la Convention sont : i) la corruption d'agents publics nationaux (art. 15); ii) la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (art. 16); iii) la soustraction, le détournement ou tout autre usage illicite de biens par un agent public (art. 17); iv) le trafic d'influence (art. 18); v) l'abus de fonctions (art. 19); vi) l'enrichissement illicite (art. 20); vii) la corruption dans le secteur privé (art. 21).

<sup>151</sup> Voir art. 30.2.

<sup>152</sup> Voir l'article VI, où sont définis les actes de corruption. Ces mêmes fins sont mentionnées à l'article XI (Développement progressif), où sont définis les comportements revêtant le caractère d'infractions. Voir aussi les articles VIII (Corruption transnationale) et IX (Enrichissement illicite).

<sup>153</sup> Voir art. XVII.

<sup>154</sup> Voir art. 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10 et 11.

l'immunité »<sup>155</sup>. Ce principe obscur a été interprété par le Conseil de l'Europe comme une reconnaissance de l'obligation faite aux États parties de respecter les règles de droit (conventionnelles ou coutumières) relatives aux privilèges et immunités dans l'exercice de leur compétence à l'égard des infractions visées par la Convention, en particulier en ce qui concerne « le personnel des organisations publiques internationales et supranationales [...], les membres d'assemblées parlementaires internationales [...] ainsi que les juges et agents de cours internationales »<sup>156</sup>.

77. Enfin, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2013 envisage également que l'agent public puisse se rendre coupable d'actes de corruption liés à l'exercice de ses fonctions en vue d'obtenir « un profit pour lui-même ou pour toute autre personne »<sup>157</sup>.

#### iv) **Autres travaux menés par la Commission du droit international**

78. Ainsi que nous l'avons mentionné dans notre troisième rapport, la Commission s'est déjà penchée sur des questions liées à l'immunité dans certains de ses travaux, lesquels peuvent donc être utiles aux fins de la définition de la notion d'« acte accompli à titre officiel ». On citera, avant tout, l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ainsi que les travaux qui ont abouti à l'adoption des principes de Nuremberg, des projets de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et 1966 et du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales.

79. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>158</sup> est sans aucun doute particulièrement pertinent aux fins du présent rapport. De fait, si nous partons du principe que, pour être considéré comme tel, un « acte accompli à titre officiel » doit présenter un lien avec l'exercice de fonctions ou d'activités de l'État, il convient de tenir dûment compte des dispositions des articles 4 à 11 dudit projet, relatifs à l'attribution d'un acte à l'État, qui concernent tant la notion d'agent de l'État que celle d'« acte accompli à titre officiel ». La définition d'« agent de l'État » ayant déjà fait l'objet d'un examen dans notre troisième rapport<sup>159</sup>, nous nous concentrerons ici sur les critères permettant de déterminer ce qui constitue un « acte accompli à titre officiel », à savoir le fait que l'acte a été exécuté au nom de l'État et dans l'exercice de « prérogatives de puissance publique »<sup>160</sup> ou de « fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres »<sup>161</sup>.

80. Les commentaires du projet d'articles sont également utiles pour ce qui est de savoir comment déterminer qu'un acte est attribuable à l'État et qu'une personne a agi pour le compte de l'État. De fait, le commentaire introductif pose la règle générale applicable en matière d'attribution de la responsabilité, à savoir que « le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses organes

<sup>155</sup> Voir art. 16.

<sup>156</sup> Voir *Rapport explicatif*, par. 77. Le texte du rapport peut être consulté à l'adresse [conventions.coe.int](http://conventions.coe.int).

<sup>157</sup> Voir art. 4.

<sup>158</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (A/56/10)*, p. 10 et suivantes du texte espagnol.

<sup>159</sup> Voir *A/CN.4/673*, par. 106 à 110.

<sup>160</sup> Voir art. 5.

<sup>161</sup> Voir art. 4.1.

de gouvernement ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État »<sup>162</sup>. De surcroît, ce qui compte n'est pas la fonction qu'exerce l'agent au sein de l'appareil d'État, mais le fait que celui-ci assume « des fonctions publiques » et exerce « des prérogatives de puissance publique »<sup>163</sup>. Comme la Commission l'a indiqué dans son commentaire de l'article 7, la question essentielle qui se pose est celle de savoir « si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle »<sup>164</sup>. D'après la Commission, il suffit que la personne concernée ait « agi [...] à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence »<sup>165</sup> pour que ses actes soient attribuables à l'État.

81. On retiendra que la Commission a estimé que pour que le comportement soit attribué à l'État, il fallait nécessairement que le représentant de l'État ait agi en qualité d'organe de l'État, quelles qu'aient pu être ses motivations propres. En outre, aux termes de l'article 7, « [l]e comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions ». On ne saurait donc considérer que l'acte accompli par une personne ou un organe habilité à exercer des prérogatives de puissance publique ne relève pas de la responsabilité de l'État au seul motif qu'il est *ultra vires*. Toutefois, comme la Commission l'a fait observer, « [i]l faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État »<sup>166</sup>.

82. Il convient par ailleurs de souligner que le projet d'articles porte également sur une série de comportements qui sont le fait de personnes n'étant ni des organes, ni des agents de l'État et dont on peut donc a priori difficilement estimer qu'elles ont agi dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il s'agit notamment : i) du comportement sous la direction et le contrôle de l'État (art. 8); ii) du comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (art. 9); iii) du comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien (art. 11). À ces trois catégories viennent s'ajouter les actes accomplis par un mouvement insurrectionnel, qui, dans certaines circonstances, sont attribuables à l'État à titre rétroactif. En fin de compte, le projet d'articles vise à définir le plus largement possible les actes qui, directement ou indirectement, peuvent relever de la responsabilité de l'État, l'objectif étant d'éviter que l'État ne recoure à des moyens frauduleux pour se soustraire à la responsabilité d'actes qui ont sans aucun doute été accomplis à son bénéfice, voire sous son contrôle ou avec son consentement implicite.

83. Cela étant, si la Commission a souligné que du point de vue du droit international, il importait principalement que l'acte accompli soit considéré comme

<sup>162</sup> Ibid., p. 64, par. 2 du texte espagnol.

<sup>163</sup> Ibid., p. 66, par. 5 du texte espagnol.

<sup>164</sup> Ibid., p. 90, par. 7 du texte espagnol.

<sup>165</sup> A/56/10, p. 77 du texte espagnol.

<sup>166</sup> Ibid., p. 90. Comme la Commission l'a fait observer, pour reprendre les termes employés par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, la question est de savoir si le comportement a été « mené par des personnes bénéficiant de prérogatives publiques ».

un acte officiel de « puissance publique », elle n'a pas défini cette dernière notion. Au contraire, considérant le champ de l'exercice de la puissance publique, elle a fait observer dans son commentaire de l'article 5 que le terme « publique » était nécessairement imprécis. Néanmoins, dans les commentaires des articles, elle a donné quelques exemples isolés de ce que l'on pouvait entendre par puissance publique, à savoir les fonctions de police<sup>167</sup>, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire<sup>168</sup> ou des pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine<sup>169</sup>. L'absence de définition des « prérogatives de puissance publique » peut s'expliquer par le fait que les cas se présentant dans la pratique sont très divers et appellent donc une analyse individuelle. À cet égard, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées [...], les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle [le titulaire des prérogatives] doit rendre compte de leur exercice à l'État »<sup>170</sup>. Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que la notion de « prérogatives de puissance publique » doit s'entendre au sens large comme englobant l'exercice de prérogatives législatives, judiciaires et exécutives.

84. Il convient à cet égard de rappeler que d'après la Commission, peu importe, aux fins de l'attribution de la conduite à l'État, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de « commercial » ou de *acta jure gestionis*. En effet, si « la non-exécution d'un contrat par un État ne constitue pas en soi une violation du droit international », « [l]a conclusion ou la non-exécution d'un contrat par un organe de l'État n'en demeure pas moins un fait de cet État aux fins de l'article 4, et peut dans certaines circonstances constituer un fait internationalement illicite »<sup>171</sup>.

85. Pour conclure notre analyse du projet d'articles, on retiendra qu'aux termes de l'article 58, « [l]es [...] articles [sur la responsabilité de l'État] sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État ». Ainsi la Commission reconnaît-elle que deux formes distinctes de responsabilité peuvent découler d'un même acte, à savoir la responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle. Ce point sera examiné plus avant dans le présent rapport<sup>172</sup>.

86. Bien que le projet d'articles relatifs à la responsabilité internationale des organisations internationales ne traite pas expressément des « actes accomplis à titre officiel » par « un agent de l'État », son élaboration a néanmoins donné lieu à l'examen de certaines notions présentant un intérêt aux fins du présent rapport, notamment celles de « contrôle effectif », d'« acte accompli en service » et d'« acte accompli dans l'exercice de fonctions officielles ». La notion de « contrôle effectif » a surtout été examinée dans le contexte des opérations de maintien de la paix, la Commission ayant à cet égard conclu ce qui suit :

<sup>167</sup> Voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (A/56/10)*, p. 66, par. 6, p. 80, par. 5 et p. 100, par. 6 du texte espagnol.

<sup>168</sup> Ibid., p. 78, par. 2 du texte espagnol.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid., p. 80, par. 6 du texte espagnol. La Commission a estimé que « ce qui [était] considéré comme "public" rel[evait] de chaque société, de son histoire et de ses traditions ».

<sup>171</sup> Ibid., p. 72 du texte espagnol.

<sup>172</sup> Voir *infra*, par. 98 à 101.

« L'attribution du comportement à l'État fournisseur de contingents est manifestement liée au fait que cet État conserve certains pouvoirs sur son contingent national et donc au contrôle que ledit État possède sur les questions correspondantes. [Lorsqu'un organe ou un agent est mis à la disposition d'une organisation internationale, il apparaît que la question décisive en ce qui concerne l'attribution d'un comportement déterminé est de savoir qui exerce effectivement un contrôle sur le comportement en question. »<sup>173</sup>

87. La Commission a estimé qu'« agent de l'État » s'entendait d'un organe ou d'une personne agissant dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées, la notion d'« exercice de prérogatives de puissance publique » n'étant pas applicable dans ce contexte. Dans le commentaire de l'article 8, qui concerne l'attribution d'un acte *ultra vires* à l'organisation, elle parle donc de comportement « lié aux fonctions officielles » et de comportement « en service » :

« La pratique des organisations internationales confirme que le comportement *ultra vires* d'un organe ou d'un agent est attribuable à l'organisation lorsqu'il est lié aux fonctions officielles de l'organe ou agent en question. [...] Alors que le comportement "hors service" d'un membre d'un contingent national ne serait pas attribuable à l'organisation, un comportement "en service" peut lui être attribué. »<sup>174</sup>

88. Enfin, on retiendra que l'article 66 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales dispose que les articles en question sont « sans préjudice » de toute question relative à la responsabilité individuelle; partant, il est clairement possible qu'un même acte engage deux formes distinctes de responsabilité<sup>175</sup>.

89. Dans les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce Tribunal<sup>176</sup>, la Commission ne s'est penchée ni sur le caractère officiel des infractions visées par lesdits principes, ni sur leur attribution à l'État, s'attachant principalement à définir les crimes de droit international et à poser le principe de la responsabilité internationale des auteurs. Cela ne signifie pas toutefois qu'elle n'a pas tenu compte du lien entre l'État et les crimes visés. Au contraire, il ressort de l'analyse de ses travaux que les Principes de Nuremberg doivent être interprétés à la lumière des faits auxquels ils s'appliquent, et en particulier eu égard au Statut de Londres, portant création du Tribunal de Nuremberg, et aux jugements prononcés par ce dernier. À cet égard, on retiendra ce qui suit :

<sup>173</sup> Voir le commentaire de l'article 7, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (A/66/10)*, par. 88.

<sup>174</sup> Ibid. Voir le commentaire de l'article 8, en particulier les par. 4 et 8 à 10.

<sup>175</sup> L'article 66 est libellé dans les mêmes termes que l'article 58 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, à la seule différence qu'il concerne la responsabilité « d'une organisation internationale ».

<sup>176</sup> Résolution 488 (V) de l'Assemblée générale, du 12 décembre 1950 (Formulation des principes de Nuremberg).

i) Les crimes énumérés au principe VI (crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité) sont définis de telle manière que leurs éléments constitutifs sont clairement liés aux actions de l'État<sup>177</sup>.

ii) Peut être considéré comme responsable d'un crime la personne ayant agi « en qualité de chef d'État ou de gouvernant », c'est-à-dire en qualité d'agent de l'État au sens du présent rapport<sup>178</sup>.

iii) La Commission envisage aussi que l'auteur « a[it] agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique », auquel cas, conformément aux règles d'attribution établies dans le projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État, la responsabilité de l'État est également engagée<sup>179</sup>.

En conséquence, il paraît possible de conclure qu'à certaines exceptions près, les crimes visés par les Principes de Nuremberg peuvent être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel », même si lesdits principes consacrent la responsabilité individuelle de l'auteur<sup>180</sup>.

90. Pour conclure notre analyse des travaux de la Commission, il convient d'examiner la manière dont celle-ci a abordé la notion d'« acte accompli à titre officiel » dans les projets de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'elle a adoptés en 1954 et en 1996. Comme elle l'avait fait lors de la formulation des Principes de Nuremberg, la Commission s'est abstenue de préciser si tel ou tel crime devait être considéré comme un « acte accompli à titre officiel ».

<sup>177</sup> Le principe VI est libellé comme suit : « Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international :

a) Crimes contre la paix :

i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux;

ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i).

b) Crimes de guerre :

Les violations des lois et coutumes de la guerre, qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

c) Crimes contre l'humanité :

L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes. »

<sup>178</sup> Voir principe III. Il convient de rappeler que, dans le commentaire relatif à ce principe, la Commission a souligné qu'elle se référerait à une personne agissant au titre d'une qualité officielle, sur la base des références faites par le Tribunal de Nuremberg aux « représentants de l'État » et aux personnes « allégu[ant] [un] mandat [...] reçu de l'État ». Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II et *Rapport de la Commission du droit international*, en particulier les par. 103 et 104.

<sup>179</sup> Voir Principe IV.

<sup>180</sup> On retiendra que le Tribunal de Nuremberg avait rejeté l'argument formulé par la défense, qui avait avancé que les actes jugés étaient uniquement des « actes de l'État » et ne pouvaient donc engager la responsabilité individuelle de leurs auteurs.

Les commentaires qu'elle a formulés au sujet de certains articles et le projet de code lui-même permettent néanmoins de tirer sur ce point des conclusions fort utiles.

91. L'article 2 du projet de code adopté en 1954 répertorie les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité<sup>181</sup>. Les paragraphes 1 à 9 portent exclusivement sur des comportements étant le fait des « autorités d'un État », tandis que les paragraphes 10 et 11 concernent des actes pouvant avoir été commis « par les autorités d'un État ou par des particuliers ». Toutefois, comme l'affirmera plus tard le Rapporteur spécial au sujet de cette dernière catégorie de crimes,

« la participation de particuliers [aux crimes prévus aux paragraphes 10 et 11], théoriquement inimaginable, paraît impossible en fait. Le génocide procède d'une entreprise systématique et, à une grande échelle, de destruction d'une ethnie, d'un groupe national ou religieux. Dans le monde contemporain, des particuliers pourraient difficilement réaliser seuls une telle entreprise. Cela est vrai du reste de l'ensemble des crimes contre l'humanité, qui exigent une mobilisation des moyens de destruction que seul l'exercice du pouvoir peut procurer à leurs auteurs. Certains de ces crimes – l'apartheid par exemple – ne peuvent être que le fait d'un État. Bref, il paraît contestable que des particuliers puissent être les auteurs principaux de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. »<sup>182</sup>

92. Le projet de code de 1996 pose le principe de la responsabilité individuelle des auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, notamment le crime d'agression (art. 16), le crime de génocide (art. 17), les crimes contre l'humanité (art. 18), les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé (art. 19) et les crimes de guerre (art. 20). Si le fait d'avoir agi à titre officiel n'entre pas dans la définition desdits crimes, le projet contient néanmoins plusieurs dispositions utiles aux fins du présent rapport :

i) Premièrement, les articles 5, 6 et 7 tiennent compte du caractère officiel de l'acte en ce qu'ils mentionnent, respectivement, les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, la responsabilité du supérieur hiérarchique et le fait que la qualité officielle de l'auteur du crime ne l'exonère pas de sa responsabilité.

ii) Deuxièmement, il ressort de l'article 2.2, lu à la lumière de l'article 16, que l'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'État et se servent de leur pouvoir de commandement et des moyens qu'il procure pour commettre ce crime<sup>183</sup>. Ce n'est pas le cas des autres crimes, qui peuvent, en principe, être commis tant par des personnes privées que par des agents de l'État au sens large du terme;

iii) Troisièmement, les crimes contre l'humanité sont définis comme des crimes commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle et « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe ».

<sup>181</sup> Le texte intégral du projet de code adopté par la Commission à sa soixantième session (1954) est reproduit dans le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-septième session (1985)*, vol. II, deuxième partie, p. 8 et 9 du texte espagnol.

<sup>182</sup> Voir A/CN.4/387, par. 12.

<sup>183</sup> Commentaire de l'article 2, par. 5. Voir aussi le commentaire de l'article 16.

93. On retiendra de surcroît que le Rapporteur spécial et la Commission ont appelé l'attention sur le fait que si, en théorie, ces crimes pouvaient être commis par des particuliers, en pratique, ils requéraient la participation de personnes investies de fonctions officielles. Ainsi la Commission a-t-elle souligné, dans son commentaire de l'article 5, que « [de p]ar leur nature même, les crimes de droit international requ[é]raient souvent la participation directe ou indirecte de plusieurs individus dont certains au moins occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire »<sup>184</sup>. Pour sa part, dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial Doudou Thiam a fait observer ce qui suit : « les crimes mettant en cause l'indépendance, la sauvegarde ou l'intégrité territoriale d'un État [...] impliquent [...] des moyens d'une ampleur telle que seules des entités étatiques pourraient les mettre en œuvre. Par ailleurs, on ne voit pas comment l'agression, l'annexion d'un territoire, la domination coloniale pourraient être le fait de particuliers. Les auteurs de ces crimes ne peuvent être que des individus investis d'un pouvoir de *commandement*. Il s'agit des *autorités* d'un État, de personnes qui, incluses à un niveau élevé dans une hiérarchie politique, administrative ou militaire, donnent ou reçoivent des ordres, font exécuter ou exécutent eux-mêmes des décisions gouvernementales. Il s'agit d'*individus-organes*, et les infractions qu'ils commettent s'analysent souvent en abus de souveraineté ou en détournement de pouvoirs. Des particuliers ne peuvent donc être les auteurs de ces crimes ».<sup>185</sup>

94. Enfin, on retiendra les dispositions de l'article 4 (Responsabilité des États), aux termes duquel « [l]e fait que le [c]ode prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international ». Cet article pose de nouveau le principe, évoqué plus haut dans le présent rapport, selon lequel deux formes de responsabilité peuvent découler d'un même acte. De fait, dans son commentaire de l'article, la Commission a souligné qu'« un individu p[ouvai]t fort bien – et c'est même l'hypothèse la plus probable – commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en tant qu'“agent de l'État”, “pour le compte de l'État”, “au nom de l'État” ou même sur la base d'un rapport de fait avec l'État, sans être légalement investi d'aucun pouvoir<sup>186</sup> ». Ce commentaire doit être lu à la lumière de celui de l'article 2, où, tout en reconnaissant que le champ d'application du code *ratione personae* est limité aux personnes physiques, la Commission souligne néanmoins qu'« [i]l est vrai que le fait dont un individu est responsable pourrait aussi être attribuable à un État si l'individu l'avait commis “en qualité d'agent de l'État”, “pour le compte de l'État”, “au nom de l'État”, ou en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal »<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> Ibid., p. 33 du texte espagnol.

<sup>185</sup> Voir A/CN.4/387, par. 12.

<sup>186</sup> A/51/10, p. 33 du texte espagnol.

<sup>187</sup> Ibid., p. 22. Le lien entre la responsabilité individuelle de l'auteur direct de l'acte et la responsabilité éventuelle de l'État avait déjà été établi plusieurs années auparavant. Le Document analytique élaboré conformément à la demande figurant au paragraphe 256 du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/CN.4/365) (voir en particulier les p. 36 à 39) présente l'opinion de représentants de plusieurs États, qui, s'ils ont reconnu le principe de la responsabilité individuelle, ont néanmoins estimé qu'il ne fallait pas négliger la question de la responsabilité de l'État. Certains ont même proposé que le futur code prévoit expressément que la reconnaissance de la responsabilité individuelle n'exonérait pas l'État de sa responsabilité en droit international.

#### 4) Les caractéristiques de l'« acte accompli à titre officiel »

95. On peut déduire de l'analyse présentée dans les pages précédentes que l'« acte accompli à titre officiel » possède les caractéristiques suivantes :

- i) C'est un acte de nature pénale;
- ii) C'est un acte accompli pour le compte de l'État;
- iii) C'est un acte qui suppose l'exercice de la souveraineté et de prérogatives de puissance publique.

Dans les pages suivantes, nous examinerons en détail chacune de ces caractéristiques.

##### i) La nature pénale de l'acte

96. En définissant le champ d'application du présent sujet, la Commission du droit international a précisé que celui-ci portait sur l'immunité de juridiction pénale. Par ailleurs, les projets d'articles 3 et 5, qu'elle a approuvés à titre provisoire, prévoient expressément que les représentants de l'État « bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ». En d'autres termes, les actes accomplis à titre officiel envisagés dans le présent rapport doivent revêtir un caractère pénal. Il découle de là certaines caractéristiques qui doivent être analysées afin de déterminer si elles ont une quelconque influence sur la question qui nous occupe dans le présent rapport.

97. Une infraction se définit principalement par son caractère personnel et par l'existence d'un lien direct entre l'acte et son auteur. La responsabilité qui en découle est donc, par définition, individuelle et imputable à l'auteur de l'acte, sans qu'il soit possible de l'étendre à des tiers qui pourraient l'assumer en lieu et place de l'auteur, et ce, indépendamment du fait que ce même acte puisse également faire naître à la charge d'un tiers une obligation juridique distincte, à titre autonome ou subsidiaire. Une telle obligation résulterait de la responsabilité pénale principale mais ne pourrait en aucun cas se confondre avec elle. Par conséquent, l'attribution à l'État d'un acte à caractère pénal accompli par ses représentants connaît des limites notables et ne peut se comprendre que comme une construction juridique fondée sur les règles classiques d'attribution de la responsabilité pour fait internationalement illicite à l'État. Cependant, l'infraction susceptible d'être couverte par l'immunité *ratione materiae* n'est pas à strictement parler commise par l'État mais par son représentant.

98. La première conséquence du caractère pénal de l'acte est donc qu'un seul acte peut donner lieu à deux responsabilités distinctes : la première, de nature pénale, s'appliquera à l'auteur de l'acte, tandis que la seconde, de nature civile, peut s'appliquer tant à l'auteur de l'acte qu'à un tiers. Autrement dit, dans le cadre de notre étude, un même acte accompli par un représentant de l'État est de nature à faire naître une responsabilité pénale qui sera attribuable à titre personnel au représentant et une responsabilité civile dérivée qui pourra être attribuée tant au représentant qu'à l'État<sup>188</sup>. Ce type de relation entre l'acte et la responsabilité qui en

<sup>188</sup> En ce sens, voir J. Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 150 et 151; R. Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*,

découle a fait son apparition en droit international à une époque relativement récente. Il s'est affirmé à partir de la définition du principe de la responsabilité pénale individuelle né après la Seconde Guerre mondiale et surtout à partir de l'institutionnalisation du droit pénal international intervenue au cours de la dernière décennie du siècle dernier. Il ne s'agit toutefois pas d'un phénomène inconnu en droit interne. Au contraire, comme le montre la jurisprudence analysée dans le présent rapport, il est arrivé qu'un même acte donne lieu à différentes actions en justice, dirigées tantôt contre l'État tantôt contre l'individu et engagées aussi bien au pénal qu'au civil.

99. La Commission du droit international a expressément admis l'existence de ce modèle, que nous pouvons désigner par l'expression « un acte, deux responsabilités », dans plusieurs de ses travaux, à commencer notamment par l'article 4 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité<sup>189</sup>, l'article 58 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>190</sup> et l'article 66 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales<sup>191</sup>. Elle en a décrit le fonctionnement dans les commentaires reproduits ci-dessous :

i) « La formule “sans préjudice de”, employée à l'article 4 [du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité], indique que le présent code ne préjuge pas la responsabilité de l'État en droit international pour les crimes commis par ses agents. Comme la Commission l'a déjà souligné dans le commentaire de l'article 19 (Crimes et délits internationaux) du projet d'articles sur la responsabilité des États, le châtement personnel d'individus-organes de l'État “n'épuise certes pas la poursuite de la responsabilité internationale incombant à l'État pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas”. La responsabilité de l'État peut donc subsister sans qu'il puisse s'en dégager en invoquant la poursuite ou la punition des individus auteurs du crime. »<sup>192</sup>

ii) « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. Dans certains cas, notamment celui de l'agression, l'État sera par définition impliqué. Mais même dans ces cas, la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États.

---

Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 103 et suiv.; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 427

<sup>189</sup> L'article 4 est rédigé en ces termes : « *Responsabilité des États*. Le fait que le présent Code prévoie la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international. »

<sup>190</sup> L'article 58 est ainsi conçu : « *Responsabilité individuelle*. Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État. »

<sup>191</sup> L'article 66 est rédigé en termes identiques à ceux de l'article 58, à l'exception de la mention expresse des organisations internationales : « *Responsabilité individuelle*. Les présents projets d'articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'une organisation internationale ou d'un État. »

<sup>192</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 24, par. 2.

L'État n'est pas exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs. Ces agents ne peuvent pas non plus se retrancher derrière l'État s'agissant de leur propre responsabilité pour leur comportement contraire aux règles de droit international qui leur sont applicables. Le premier principe figure, par exemple, au paragraphe 4 de l'article 25 du Statut de Rome, qui dispose : "Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international". Le second trouve son expression, par exemple, dans le principe bien établi selon lequel le fait pour un individu de jouir d'une qualité officielle ne le dégage pas de sa responsabilité pénale en droit international. »<sup>193</sup>

iii) « Ainsi, l'attribution du comportement d'une personne à une organisation internationale ou un État n'exonère pas cette personne de la responsabilité pénale internationale qu'elle peut encourir pour ce comportement. En revanche, lorsqu'un fait internationalement illicite est commis par une organisation internationale ou un État, la responsabilité internationale d'une personne qui a participé pour leur compte au fait illicite ne peut être tenue pour acquise. Dans certains cas néanmoins, la responsabilité pénale internationale de certaines personnes peut être engagée, par exemple lorsqu'elles ont participé à la violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général dans les conditions envisagées à l'article 41. »<sup>194</sup>

100. La Cour internationale de Justice a également reconnu la double responsabilité qui peut découler d'un acte de génocide dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. Arrivée à la conclusion qu'un même comportement peut donner lieu à deux responsabilités distinctes, chacune d'entre elles découlant de mécanismes juridiques également distincts<sup>195</sup>, elle a exprimé cette dualité des effets en ces termes :

« [P]our que la responsabilité d'un État soit engagée pour violation de l'obligation lui incombant de ne pas commettre de génocide, encore doit-il avoir été démontré qu'un génocide, tel que défini dans la Convention, a été commis. »<sup>196</sup>

Quoi qu'il en soit, il convient d'appeler l'attention sur le fait que la Cour a poussé ce raisonnement jusqu'à ses ultimes conséquences en considérant dans son arrêt que, dans le cas du massacre de Srebrenica, la Serbie-et-Monténégro était responsable non pas d'avoir exécuté ou planifié le génocide en soi mais d'avoir failli à son devoir de prévention et de répression du crime de génocide. De plus,

<sup>193</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (deuxième partie), par. 3 du commentaire de l'article 58, p. 153. Voir également par. 2.

<sup>194</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session*, A/66/10, par. 2 du commentaire de l'article 66, p. 179.

<sup>195</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, par. 180 à 182.

<sup>196</sup> *Ibid.*, par. 180. La Cour a suivi le même raisonnement en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, C.I.J., arrêt du 3 février 2015.

cette reconnaissance de la double responsabilité est liée, dans l'arrêt de la Cour, aux règles d'attribution de l'acte à l'État, point sur lequel nous reviendrons plus loin dans le présent rapport.

101. Les critères précédemment exposés montrent comment la prise en considération de la nature pénale de l'acte empêche d'appliquer systématiquement le principe voulant que l'État soit automatiquement tenu pour seul responsable de tout acte commis par un de ses représentants. Au contraire, l'application du modèle « un acte, deux responsabilités » peut mener à divers scénarios que l'on peut décrire de la manière suivante :

- i) Responsabilité exclusive de l'État, lorsqu'il n'est pas possible d'attribuer l'acte à son auteur;
- ii) Responsabilité de l'État et de l'individu, lorsque l'acte peut être attribué aux deux;
- iii) Responsabilité exclusive de l'individu, lorsque l'acte ne peut être attribué qu'à lui, bien qu'il ait agi pour le compte de l'État.

102. Le caractère pénal de l'acte et la double responsabilité qui peut en découler ont également des conséquences en matière d'immunité, en particulier pour ce qui est de la définition du type de relation existant entre l'immunité *ratione materiae* accordée au représentant de l'État et l'immunité de l'État au sens strict. Sur ce point, il convient de préciser que l'immunité de juridiction des représentants de l'État a traditionnellement été envisagée comme une forme d'immunité de l'État, avec laquelle elle se confondrait. Ainsi, il est relativement fréquent de lire dans la jurisprudence que les représentants de l'État jouissent de la même immunité que l'État<sup>197</sup>. On en a déduit que l'immunité de juridiction des représentants de l'État n'était pas autonome puisqu'elle dépendait de l'immunité de l'État, dont le régime juridique lui était appliqué dans sa totalité. Cette conclusion résulte de divers arguments, parmi lesquels il convient essentiellement de noter : i) l'immunité de juridiction reconnue aux représentants de l'État est une conséquence du principe de l'égalité souveraine des États, exprimée par la maxime « par in parem imperium non habet »; ii) l'immunité a pour but de protéger la souveraineté de l'État et de garantir que les États puissent entretenir des relations pacifiques et durables; iii) l'immunité des représentants de l'État ne protège pas tant les représentants que l'État, comme le montre le fait que celui-ci peut en décider librement, notamment la lever ou y renoncer; iv) poursuivre un représentant de l'État devant une juridiction étrangère revient indirectement à poursuivre l'État lui-même lorsque ce dernier ne peut faire l'objet d'une action devant les tribunaux d'un État tiers. Par conséquent, l'immunité de juridiction accordée au représentant de l'État est un moyen de garantir que l'immunité de l'État ne sera pas indûment remise en cause et, partant, équivaut à l'immunité de l'État<sup>198</sup>.

103. Les arguments susmentionnés présentent à n'en pas douter des éléments d'une valeur indéniabie, en particulier l'idée que l'immunité de juridiction est octroyée au représentant dans l'intérêt de l'État et pour protéger des valeurs et des principes qui

<sup>197</sup> Voir notamment les affaires *Propend Finance Pty Ltd. c. Sing*, Angleterre, cour d'appel (1997), *International Law Reports*, vol. 111, p. 611; *Jones c. Saudi Arabia*, Angleterre (2006), *The Weekly Law Reports*, vol. 2, p. 1424; *Chuidian c. Philippine National Bank*, États-Unis, *Federal Reporter*, 2<sup>nd</sup> Series, vol. 912, p. 1095 (9<sup>e</sup> circuit, 1990), *International Law Reports*, vol. 92, p. 480.

<sup>198</sup> Pour une analyse de ces arguments, voir notamment J. Foakes, op. cit., p. 137 à 139.

se rapportent uniquement et exclusivement à l'État. Cela étant, ils ne tiennent pas compte d'autres éléments pourtant nécessaires pour définir le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État, ou, si l'on préfère, pour répondre à la question posée en termes très imagés par un auteur : « Qui, de l'œuf ou de la poule, est apparu en premier? L'immunité de l'État comme conséquence de l'immunité fonctionnelle plutôt que l'immunité fonctionnelle comme corollaire de l'immunité de l'État. »<sup>199</sup>

104. En fait, pour pouvoir répondre à la problématique que nous venons d'évoquer, il convient de revenir au caractère pénal de l'acte, qui a deux conséquences importantes : i) le destinataire direct des actes de juridiction est l'individu; ii) les conséquences qui découleront, pour lui, du procès pénal seront individuelles et personnelles. Il existe donc un lien direct entre l'individu et l'immunité de juridiction pénale étrangère, que la Commission a pris en compte en décidant d'inclure une définition explicite de la notion de représentant de l'État dans le projet d'articles et d'employer le terme « individu » dans la définition du « représentant de l'État » pour indiquer que l'immunité s'applique à une personne physique<sup>200</sup>. En outre, il convient de noter également que l'État ne pourrait jamais être poursuivi devant les juridictions pénales nationales dans la mesure où son éventuelle responsabilité pour les infractions commises par ses représentants serait toujours de nature civile et devrait être établie par une juridiction civile au moyen d'une action en indemnisation pour les préjudices subis en conséquence de ces actes<sup>201</sup>. Il suit de là une distinction entre l'immunité de juridiction civile et l'immunité de juridiction pénale qui doit être dûment prise en compte.

105. À notre sens, il résulte des deux éléments susmentionnés que l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* des représentants de l'État est autonome et distincte de l'immunité de l'État au sens strict, et ce, même si cette distinction ne se présente pas toujours avec une netteté suffisante dans la jurisprudence et la pratique, principalement en raison du fait que l'État (et ses droits et intérêts) est traditionnellement considéré comme l'objet devant être protégé par l'immunité. Toutefois, si le rôle central de l'État dans ce contexte est indéniable, la protection de ses intérêts et de ses droits n'est pas une raison suffisante pour conclure à l'existence d'une identité absolue entre l'immunité de l'État et l'immunité de ses représentants. En effet, il ne résulte pas, par exemple, de l'identité entre l'objectif de l'immunité des États et celui de l'immunité diplomatique que ces deux catégories d'immunité sont identiques<sup>202</sup>. Au contraire, pour bien comprendre l'institution de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* des représentants de l'État, il importe de faire la distinction entre le bénéficiaire direct de l'immunité (le représentant de l'État) et son bénéficiaire indirect ou ultime (l'État). L'immunité *ratione materiae* est reconnue dans l'intérêt

<sup>199</sup> R. Van Alebeek, op. cit., p. 105.

<sup>200</sup> Voir les paragraphes 1 et 4 du commentaire sur le projet d'article 2 e), *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session*, 2014, A/69/10, p. 240.

<sup>201</sup> En ce sens, voir J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Leiden, Brill Publishers, 1997, p. 29 et 45; J. Foakes, op. cit., p. 140 et 141; H. Fox et Ph. Webb, op. cit., p. 555; R. Van Alebeek, op. cit., p. 103 et suivantes; Xiaodong Yang, op. cit., p. 427.

<sup>202</sup> En ce sens, voir par exemple M. G. Kohen, « La distinction entre l'immunité des États et l'immunité diplomatique », in G. Hafner, M. Kohen et S. Breau (dir.), *La pratique des États concernant les immunités des États*, Conseil de l'Europe, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006, p. 48.

de l'État, qui est titulaire de la souveraineté, mais bénéficie directement à son représentant lorsque ses actes sont l'expression de cette dernière.

106. Par ailleurs, la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants n'est pas qu'une simple construction théorique. Elle a été évoquée dans plusieurs décisions rendues par des juridictions tant nationales qu'internationales. S'agissant des premières, il suffit de rappeler que la Chambre des lords a accordé un traitement différent à l'immunité dans les affaires *Pinochet (n° 3)*, *Prince Nasser* et *Jones*, en raison de la nature distincte (pénale et civile) des procédures dans lesquelles l'immunité a été invoquée et des conséquences qui en résultent sur le terrain de l'immunité. Il convient surtout de mentionner l'affaire *Samantar c. Yousuf*, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a considéré qu'un représentant de l'État ne pouvait pas se considérer visé par la définition de l'État énoncée dans le *Foreign Sovereign Immunities Act* et que, devant les tribunaux américains, les règles régissant l'immunité qui lui était accordée étaient donc différentes de celles s'appliquant à l'immunité de l'État<sup>203</sup>.

107. Les décisions des juridictions internationales dans lesquelles la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité de ses représentants a été reconnue de manière explicite ou implicite revêtent un plus grand intérêt. Ainsi, il faut rappeler que la Cour internationale de Justice, en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État* a repris cette distinction en affirmant dans son arrêt :

« En formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce. »<sup>204</sup>

La Cour a également admis la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité de ses représentants en se référant à sa propre jurisprudence<sup>205</sup>, ainsi qu'au traitement que diverses juridictions, nationales et internationales, ont accordé à la distinction entre juridiction civile et juridiction pénale et à ses conséquences en matière d'immunité<sup>206</sup>.

108. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* revêt un grand intérêt, car, comme l'a noté la Cour, dans cette affaire d'immunité, à la différence de l'affaire *Al-Adsani*, l'action portée devant les tribunaux britanniques était dirigée non contre

<sup>203</sup> Affaire *Samantar c. Yousuf*, États-Unis, *Supreme Court Reporter*, vol. 130, p. 2278 (2010). Cette affaire revêt une importance particulière en ce que les tribunaux nord-américains avaient auparavant affirmé que le *Foreign Sovereign Immunities Act* s'appliquait également aux représentants d'États étrangers, assimilant ainsi les deux catégories d'immunité. Concernant la position adoptée auparavant par ces tribunaux, voir l'affaire *Chuidian c. Philippine National Bank*, États-Unis, *Federal Reporter*, 2<sup>nd</sup> Series, vol. 912, p. 1095 (9<sup>e</sup> circuit 1990), *International Law Reports*, vol. 92, p. 480.

<sup>204</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2012, par. 91. Il faut être conscient que la Cour a fait cette observation après avoir conclu « que, en l'état actuel du droit international coutumier, un État n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés ». Voir également l'opinion individuelle du juge Bennouna (par. 35) et l'opinion dissidente du juge Yusuf (par. 40).

<sup>205</sup> *Ibid.*, par. 100.

<sup>206</sup> *Ibid.*, par. 87 et suiv.

un État étranger mais contre des individus. La Cour a néanmoins appliqué la règle habituelle, selon laquelle l'immunité de l'État protège également les individus<sup>207</sup>. Cette conclusion doit toutefois être nuancée. Il ressort en effet clairement des fondements juridiques de l'arrêt que celle-ci porte exclusivement sur l'immunité du point de vue de la juridiction civile, la Cour faisant remarquer que la conclusion aurait pu être différente si la question de l'immunité s'était posée devant une juridiction pénale<sup>208</sup>.

109. Cette distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État au sens strict est encore renforcée dans le cas de l'immunité *ratione personae*, en vertu de laquelle le représentant de l'État qui en est bénéficiaire (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères) est également couvert pour des actes accomplis à titre privé et qui ne peuvent donc pas être attribués à l'État ni engager sa responsabilité. Dans ce cas, l'immunité de juridiction pénale étrangère accordée à ces trois représentants pour toute infraction commise à titre privé ne trouve aucun équivalent dans l'immunité de l'État. Pourtant, ces actes sont eux aussi protégés par une forme d'immunité de juridiction pénale étrangère octroyée dans l'intérêt de l'État et non de celui du fonctionnaire.

110. Au vu des considérations qui précèdent, nous pouvons formuler les conclusions suivantes :

- i) Si l'acte ne peut être attribué qu'à l'État et que seul l'État peut être responsable, nous nous trouvons face au cas typique de l'immunité de l'État;
- ii) Si l'acte peut être attribué à la fois à l'État et à l'individu et que tous les deux peuvent être responsables, nous avons affaire à deux catégories distinctes d'immunité : celle de l'État et celle du représentant de l'État;
- iii) La distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État prend toute sa valeur dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en raison de la nature distincte de la responsabilité que l'on peut attribuer à l'État (civile) et à son représentant (pénale), et de la nature distincte des juridictions devant lesquelles l'immunité peut être invoquée.

## ii) Attribution de l'acte à l'État

111. L'immunité *ratione materiae* ne se justifie que s'il existe un lien entre l'État et l'acte de son représentant, dès lors considéré comme accompli pour le compte de l'État. Pour conclure à l'existence de ce lien, il faut donc d'abord que l'acte puisse être attribué à l'État. L'attribution devant se faire conformément aux normes du droit international, les règles d'attribution énoncées aux articles 4 à 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, analysées plus haut, acquièrent un sens particulier. On notera cependant que la Commission a défini ces critères d'attribution aux fins de la responsabilité internationale et avec un objectif évident : éviter qu'un État, agissant indirectement en recourant à des personnes autres que ses organes et non expressément habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, puisse se soustraire

<sup>207</sup> Voir l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, par. 200 et 202 à 204.

<sup>208</sup> *Ibid.*, par. 207 et 212 à 214. La Cour avait suivi le même raisonnement dans l'affaire *Al-Adsani* (par. 65). Voir *supra*, note 48.

frauduleusement à la responsabilité internationale découlant d'actes accomplis en son nom, sur ses instructions, sous son contrôle ou sa direction, ou dans des circonstances telles qu'ils doivent être considérés comme accomplis pour son bénéfice ou dans son intérêt<sup>209</sup>. Il faut donc déterminer si tous les critères énoncés au chapitre II du projet d'articles sur la responsabilité de l'État sont pertinents pour conclure qu'un acte attribuable à l'État est « accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.

112. À cette fin, on tiendra compte du caractère pénal des actes auxquels sont appliqués les critères d'attribution, ainsi que de la nature de l'immunité, qui constitue en soi une exception à la règle générale de l'exercice de la compétence de l'État du for. Ces deux éléments nécessitent donc d'interpréter les critères d'attribution de manière à garantir que l'institution de l'immunité ne devienne pas un mécanisme permettant d'échapper à la responsabilité, ce qui porterait atteinte à sa nature même<sup>210</sup>. Compte tenu de ce qui précède, il est peu probable que tous les critères d'attribution figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite soient utiles aux fins de l'immunité. L'inadéquation apparaît en particulier en ce qui concerne les critères des articles 7, 8, 9, 10 et 11, examinés ci-après.

113. Le critère de l'article 7 pose la problématique générale des actes *ultra vires* et des actes accomplis par le fonctionnaire avec un mobile concret, que la Commission du droit international a déclaré non pertinents aux fins de conclure à la responsabilité de l'État. Le mobile du fonctionnaire et le caractère *ultra vires* de ses actes peuvent cependant avoir leur importance aux fins de l'immunité. En effet, il ressort de la pratique judiciaire analysée plus haut que, dans plusieurs affaires, les juridictions internes ont tenu compte du mobile des auteurs pour les qualifier

<sup>209</sup> Voir le commentaire général de la deuxième partie du projet d'articles, en particulier les paragraphes 4 et 9. *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie.

<sup>210</sup> Notons en outre que la Cour internationale de Justice elle-même a toujours appliqué ces critères d'attribution de manière restrictive. Nous noterons en particulier les affaires *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (C.I.J. Recueil 2007) et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (CIJ, arrêt du 3 février 2015), où la responsabilité de l'État est déduite de comportements ayant un caractère criminel manifeste, à savoir le génocide. Dans les deux cas, la Cour a interprété les critères d'attribution de façon stricte et restrictive, établissant une distinction entre les actes attribués à l'État en raison d'un lien formel entre lui et l'auteur, et les actes pouvant lui être attribués en l'absence d'un tel lien. Dans le premier cas, la Cour conclut que l'attribution est automatique et ne nécessite pas de preuve particulière; dans le second, en revanche, elle considère que l'acte ne peut être attribué à l'État que si celui-ci exerce sur les auteurs un « contrôle direct », notion qu'elle interprète également de façon restrictive, disant qu'il s'agit d'une forme d'attribution extraordinaire. Nous soulignerons également la conclusion de la Cour selon laquelle, si les auteurs ont agi à l'instigation de l'État, sur ses ordres ou sur ses instructions, la responsabilité pouvant incomber à l'État à raison de leurs actes ne signifie pas qu'il s'agisse d'actes de l'État au sens strict. Au contraire, la responsabilité de l'État découle dans ce cas de ses propres actes, c'est-à-dire des ordres ou instructions contraires au droit international émanant de ses organes ou de personnes légalement habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique; elle peut également découler de l'absence de mesures préventives ou de sanctions prescrites par la Convention sur le génocide. Enfin, nous soulignerons également que la Cour examine de façon extrêmement rigoureuse et restrictive l'existence d'un lien entre l'État et les individus ou organisations ayant commis des actes de génocide. Voir en particulier *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, par. 385 à 389, 392 à 397, 406, 412, 438 et 449.

d'actes accomplis à titre privé ne donnant pas lieu à l'immunité. De même, dans plusieurs cas, elles ont estimé que le fonctionnaire n'avait pas agi dans le cadre de son mandat ou en avait outrepassé les limites et qu'il ne bénéficiait donc pas de l'immunité. Dans toutes ces situations, il apparaît clairement que le fonctionnaire a agi pour son propre compte et en dehors du mandat que l'État lui avait confié, et que ses actes ne pouvaient donc être attribués à l'État aux fins de l'immunité. Notons toutefois que, si l'intérêt personnel a été considéré dans toutes ces affaires comme une raison de ne pas considérer l'acte du fonctionnaire comme accompli pour le compte de l'État, la jurisprudence est moins constante pour ce qui est des actes *ultra vires*.

114. Les critères d'attribution énoncés aux articles 8 et 9 concernent de façon générale les fonctionnaires *de facto*. Dans le premier cas, la Commission elle-même a considéré que, « la plupart du temps, il s'agissait de situations où les organes de l'État complétaient leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre "d'auxiliaires", ou les incitaient à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'État<sup>211</sup> ». Ce critère peut donc difficilement s'appliquer au processus d'attribution d'un acte à l'État aux fins de l'immunité, puisque, même si l'élément de la fonctionnalité de l'acte est présent, son caractère officiel est plus difficile à établir, surtout si l'on tient compte de la distinction établie par la Cour internationale de Justice entre les individus agissant sous le « contrôle direct » de l'État et ceux agissant à son instigation ou sur ses instructions. Dans l'affaire du génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), la conclusion de la Cour sur la responsabilité<sup>212</sup> semble applicable également à l'immunité, de sorte que seuls les actes accomplis par un individu agissant sous le contrôle direct de l'État peuvent être considérés comme attribuables à celui-ci aux fins de l'immunité. La notion de représentant de l'État ressort ainsi de façon plus précise, excluant les personnes habituellement considérées comme fonctionnaires *de facto*. Seule cette conclusion est compatible avec la nature de l'immunité, puisqu'il ne semble pas raisonnable que l'État puisse demander l'immunité pour des individus auxquels il n'a volontairement pas octroyé le statut d'organe ou de personne ayant qualité pour exercer des prérogatives de la puissance publique ou avec lesquels il n'a pas établi de lien particulier de dépendance ou de contrôle effectif au moment où ils ont commis les actes considérés.

115. Quant au critère visé à l'article 9, l'examen de son applicabilité aux fins de l'immunité appelle certaines nuances. Le projet d'articles envisage ici une situation de fait où les autorités officielles ont disparu ou se rétablissent progressivement. La Commission du droit international parle dans ce cas de « représentation par nécessité<sup>213</sup> ». Les conditions qui, selon elle, doivent être réunies dans ce cas (le comportement doit se rapporter effectivement à l'exercice de prérogatives de puissance publique, il doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carences des autorités officielles et les circonstances doivent avoir été telles qu'elles requéraient l'exercice de ces prérogatives) ressemblent fort à celles de l'exercice de fonctions publiques. Comme elle l'a fait observer, le verbe « requérir » implique une nécessité (les circonstances devaient rendre indispensable l'exercice des fonctions publiques d'une manière ou d'une autre) à laquelle s'ajoute une exigence concernant la forme

<sup>211</sup> Commentaire général de la deuxième partie du projet d'articles, *supra*, note 209, p. 92 du texte espagnol.

<sup>212</sup> Voir note 210 *supra*.

<sup>213</sup> *Idem*, p. 98 du texte espagnol.

de représentation, qui distingue les situations visées à l'article 9 de celles régies par le principe normal selon lequel le comportement d'entités privées, y compris de forces insurgées, n'est pas attribuable à l'État<sup>214</sup>. On pourrait donc exceptionnellement considérer ce type d'actes comme étant accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité *ratione materiae* étudiée dans le présent rapport. Cependant, les circonstances très spéciales dans lesquelles ces actes sont accomplis font qu'il est très difficile d'invoquer l'immunité à leur propos. De fait, la pratique examinée plus haut ne comporte aucune situation de cet ordre.

116. Troisièmement, dans le cas de l'attribution rétroactive à l'État d'actes de mouvements insurrectionnels parvenant au pouvoir (art. 10), on notera que les auteurs de ces actes n'avaient pas le statut de représentant de l'État au moment des faits. On peut donc difficilement conclure qu'un acte qui ne pouvait à l'origine en aucun cas être considéré comme « acte accompli à titre officiel » puisse le devenir à effet rétroactif, donnant lieu a posteriori à une immunité de juridiction *ratione materiae* qui n'existait pas au moment des faits, surtout si les actes visés sont survenus lors d'affrontements, notamment armés, avec les autorités qui agissaient alors indubitablement pour le compte de l'État. Là encore, on ne trouve pas dans la pratique d'exemple d'invocation de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* à raison de comportements de mouvements insurrectionnels. Nous concluons donc que les actes pouvant être accomplis dans le cadre des activités visées à l'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État ne peuvent pas non plus être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel » dans le cadre de notre sujet.

117. Enfin, l'article 11 prévoit l'attribution d'un acte à l'État si celui-ci le reconnaît librement comme sien, sans qu'il faille le moindre lien préalable entre l'acte et l'État. Ce critère d'attribution se justifie pleinement aux fins de la détermination de la responsabilité de l'État, mais n'est pas compatible avec la nature de l'immunité *ratione materiae* selon laquelle les actes en question doivent avoir été accomplis à titre officiel au moment où ils ont eu lieu. Admettre l'applicabilité de ce critère d'attribution aux fins de l'immunité reviendrait à octroyer à l'État le droit de déclarer unilatéralement et sans restriction que tout acte, quels qu'en soient l'auteur ou le moment, peut donner lieu à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il est évident qu'une telle idée est incompatible avec la nature même de l'immunité, ainsi qu'avec son fondement et sa finalité. Nous concluons donc que ce critère d'attribution n'est pas non plus pertinent aux fins de considérer un acte comme accompli à titre officiel dans le cadre du présent sujet.

### iii) Souveraineté et exercice de prérogatives de puissance publique

118. Comme nous l'avons dit plus haut, l'attribution d'un acte à l'État est la condition nécessaire pour pouvoir considérer celui-ci comme « acte accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*. Toutefois, même si l'attribution se fait selon l'interprétation restrictive exposée plus haut, elle ne suffit pas pour qualifier l'acte d'officiel. Au contraire, un acte attribué à l'État ne peut être considéré comme « accompli à titre officiel » qu'en appliquant un critère supplémentaire de nature téléologique. Puisque l'immunité *ratione materiae* vise à garantir le respect du principe d'égalité souveraine de l'État selon la formule *par in parem non habet imperium*, les actes bénéficiant de l'immunité

<sup>214</sup> Idem, p. 100 du texte espagnol.

doivent présenter également un lien avec la souveraineté que l'on entend finalement sauvegarder. Ce lien, qui ne peut être purement formel, se traduit par l'exigence que l'acte accompli à titre officiel ne soit pas seulement attribuable à l'État et réalisé pour son compte mais puisse aussi être considéré comme une manifestation de la souveraineté et constituer une forme d'exercice des prérogatives de la puissance publique. Cette condition reflète en outre la nature distincte de la responsabilité de l'État et de l'immunité, empêchant que tous les critères et catégories juridiques définis aux fins de la première s'appliquent automatiquement à la seconde<sup>215</sup>.

119. Il est cependant certain que le concept de souveraineté demeure difficile à définir et que décrire ce que l'on entend par « exercice des prérogatives de puissance publique » n'est pas non plus tâche facile, comme le souligne le fait que ni la Commission du droit international, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont proposé de définition de cette expression. Il n'en est pas moins certain que l'on peut tirer de l'analyse de la pratique effectuée plus haut un ensemble d'éléments qui nous permettent de mieux cerner cette notion. Ainsi, en s'appuyant tant sur les travaux de la Commission<sup>216</sup> que sur les décisions judiciaires rendues par plusieurs juridictions nationales<sup>217</sup>, il est possible de conclure que la détermination de l'« exercice des prérogatives de puissance publique » doit reposer sur la conjonction de deux éléments : il faut que les activités i) de par leur nature, puissent être considérées comme manifestations de la souveraineté ou inhérentes à celle-ci (police, administration de la justice, activités des forces armées, affaires étrangères); et ii) découlent de l'application de politiques et décisions de l'État impliquant un exercice de la souveraineté et donc y soient liées d'un point de vue fonctionnel. À ces deux critères positifs s'ajoute un critère négatif tout aussi important : il faut que les tribunaux nationaux aient expressément exclu de l'immunité les actes où les intérêts et motifs privés passent avant ceux de l'État, même si le représentant de l'État leur a conféré une apparence officielle<sup>218</sup>. Il faudra logiquement appliquer ces critères au cas par cas pour pouvoir tenir compte de tous les éléments entourant la survenance d'un acte déterminé et déterminer si, de par sa nature ou sa fonction, il relève de l'exercice des prérogatives de puissance publique et constitue une manifestation de la souveraineté. Cette approche en contexte au cas par cas est également celle qu'ont suivie les juridictions dont les décisions sont examinées dans le présent rapport.

120. Ces critères fondés sur la pratique guident les juridictions appelées à se prononcer sur l'immunité. Il convient de noter également que, dans plusieurs affaires, les juridictions nationales ont appuyé leurs raisonnements sur la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*<sup>219</sup>. À cet égard, nous rappellerons que ces deux catégories ont été définies dans le cadre de l'immunité de l'État aux fins de fournir des éléments d'analyse concernant la théorie restrictive de cette immunité. L'accent mis sur la dimension publique, privée ou commerciale de chacune de ces

<sup>215</sup> Pour une position contre cet argument, voir R. O'Keefe, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015, en particulier le paragraphe 10.60. Nous tenons à remercier l'auteur de nous avoir adressé la version provisoire du chapitre 10 de cet ouvrage, que nous avons utilisée aux fins de l'élaboration du présent rapport. L'auteur poursuit la position exprimée par le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin (voir [A/CN.4/631](#), par. 24).

<sup>216</sup> Voir par. 83 *supra*.

<sup>217</sup> Voir par. 54 *supra*.

<sup>218</sup> Voir par. 58 *supra*.

<sup>219</sup> Voir par. 54 *supra*.

catégories rend donc très difficile d'utiliser automatiquement cette distinction pour déterminer si des actes sont « accomplis à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cependant, la construction juridique issue des caractéristiques de base des actes *jure imperii* présente assurément des éléments utiles au juriste amené à qualifier un acte aux fins du présent rapport.

121. L'application de ces critères soulève une problématique spéciale dans le cas des crimes internationaux. Comme l'a montré l'analyse de la pratique judiciaire, la position des juridictions concernant la détermination d'un « acte accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité n'est pas constante<sup>220</sup>. En effet, dans un certain nombre de décisions, elles ont estimé que les crimes internationaux ne pouvaient en aucun cas être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel » ni bénéficier de l'immunité. Dans d'autres cas, elles ont jugé que les crimes internationaux étaient des actes accomplis à titre officiel et donnaient donc lieu à l'immunité. Dans un groupe intermédiaire, elles ont considéré les crimes internationaux comme des actes accomplis à titre officiel mais qui, de par leur nature, ne pouvaient bénéficier de l'immunité. Enfin, dans certains cas, elles ont déclaré que les crimes internationaux ne pouvaient donner lieu à l'immunité sans déterminer s'ils constituaient ou non des actes accomplis à titre officiel. On retrouve la même diversité d'interprétations dans la doctrine<sup>221</sup>. Lors des travaux de la Commission, il faudra donc traiter de la question du lien entre immunité et crimes internationaux, qui sera alors examiné uniquement du point de vue de la définition des actes accomplis à titre officiel.

122. Selon la première des positions susmentionnées, les crimes internationaux ne sauraient être considérés comme une manifestation de la souveraineté ni comme une forme d'exercice des prérogatives de puissance publique et ne relèvent donc pas de la catégorie des « actes accomplis à titre officiel » aux fins de l'immunité. Les arguments en faveur de cette interprétation, pour variés qu'ils soient, peuvent se résumer à deux notions principales, parfois formulées conjointement : i) la commission de crimes internationaux ne constitue pas une fonction propre à l'État; ii) les crimes internationaux sont des comportements interdits par le droit international, portant atteinte à ses valeurs et principes essentiels. Dans les deux cas, les crimes internationaux sont envisagés du point de vue des limites de l'immunité : il s'agit de comportements ne pouvant être considérés comme accomplis à titre officiel et ne pouvant donc donner lieu à l'immunité parce qu'ils ne présentent pas les caractéristiques définissant l'élément matériel de l'immunité *ratione materiae*. Cette position est souvent assortie d'une réflexion sur la nécessité de renforcer la lutte contre l'impunité, signe distinctif du droit international du début du XXI<sup>e</sup> siècle.

123. Ces arguments sont certes séduisants et ont la *vis attractiva* caractéristique de la défense des valeurs et principes sur lesquels reposent la société et le droit international d'aujourd'hui. Cependant, l'idée de considérer les crimes internationaux comme limite de l'immunité *ratione materiae* se heurte à deux problèmes de taille. Le premier est lié à la notion même d'acte accompli à titre officiel aux fins de l'immunité. Le second, de portée plus vaste, se rapporte aux

<sup>220</sup> Voir par. 56 et 57 *supra*.

<sup>221</sup> Sur les crimes internationaux, voir R. Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill/Nijhoff, 2015.

incidences qu'une telle approche peut avoir sur la responsabilité internationale de l'État pour crimes internationaux.

124. En effet, la conclusion selon laquelle un crime international ne peut constituer un acte accompli à titre officiel suppose que ces crimes ne peuvent être commis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ni constituer l'expression de la souveraineté et des politiques de l'État. Or, face à la réalité des faits, il est impossible d'affirmer que la torture, les disparitions forcées, les exécutions extrajudiciaires, les nettoyages ethniques, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne présentent aucun caractère officiel et ne remplissent aucune fonction étatique. Au contraire, comme il est apparu à maintes reprises, notamment au cours des travaux de la Commission du droit international, ces crimes sont commis par l'appareil de l'État, sous son couvert et à des fins politiques qui, indépendamment de leur moralité, sont propres à l'État. Dans bien des cas, ils sont commis par des représentants de l'État au sens donné à ce terme aux fins du présent sujet. Enfin, on ajoutera que certains des comportements qualifiés en droit international contemporain de crimes internationaux comprennent la participation de représentants de l'État comme élément incontournable de type pénal. De plus, affirmer que le crime international est contraire au droit international ne présente aucun intérêt pour ce qui est de déterminer qu'un acte est accompli à titre officiel car, comme on l'a dit plus haut, le caractère pénal de l'acte et donc son illicéité sont une des caractéristiques de tout acte accompli à titre officiel du point de vue de l'immunité de juridiction pénale étrangère, que cette illicéité soit définie en vertu de normes nationales ou internationales.

125. Le deuxième des arguments susmentionnés est loin d'être dénué d'importance. Pour bien le comprendre, il faut se rappeler qu'aux fins de l'immunité, pour être considéré comme tel, un acte accompli à titre officiel est nécessairement attribuable à l'État. Partant, il serait dangereux de dire qu'un crime international ne peut être considéré comme un acte accompli à titre officiel dans la mesure où on pourrait en déduire que les crimes internationaux sont attribuables à leur auteur uniquement, et non à l'État. Les conséquences qu'aurait pareille conclusion à l'égard de la responsabilité sont évidentes : si l'acte n'est pas attribuable à l'État, ce dernier se voit exonéré de toute responsabilité pour cet acte au regard du droit international et seule la responsabilité pénale individuelle de l'auteur est engagée. Or, cela est incompatible avec le principe même de l'immunité, ainsi qu'avec l'interprétation la plus récente de la responsabilité en droit international, selon laquelle un acte peut engager deux formes de responsabilité (la responsabilité de l'État et la responsabilité de l'auteur)<sup>222</sup>. On ne saurait donc conclure à partir de cet argument que les crimes internationaux ne sont pas des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité.

126. Toutefois, le fait qu'un crime international soit considéré comme un « acte accompli à titre officiel » ne signifie pas nécessairement que l'agent de l'État qui s'en rend coupable bénéficie de l'immunité *ratione materiae*. La nature du crime et la gravité qu'il revêt en droit international contemporain doivent être prises en compte pour définir la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère applicable à l'auteur. Cela étant, il est plus facile d'examiner le lien entre les crimes internationaux et l'immunité du point de vue des exceptions à celle-ci, et c'est donc ce que nous ferons dans notre cinquième rapport.

<sup>222</sup> Voir *supra*, par. 96 à 110.

## 5. Conclusion : définition de la notion d'« acte accompli à titre officiel »

127. Sur la base de l'analyse qui précède, nous proposons d'adopter le projet d'article suivant :

### Projet d'article 2 Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend d'un acte accompli par un agent de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et qui, de par sa nature, constitue un crime au regard duquel l'État compétent peut exercer sa compétence pénale.

## C. Portée temporelle

128. La portée temporelle de l'immunité *ratione materiae* ne suscite aucune controverse, que ce soit dans la pratique ou dans la doctrine. La durée indéfinie de cette immunité fait l'objet d'un consensus général. Par « durée indéfinie », il faut entendre le fait que l'immunité *ratione materiae* s'applique sans limitation de temps à partir du moment où l'acte est commis, peu importe que l'auteur soit toujours en fonctions ou non.

129. Pour bien définir la portée temporelle de l'immunité *ratione materiae*, il faut distinguer deux moments, à savoir celui où se produit l'acte et celui où l'immunité est invoquée. Si l'acte doit nécessairement avoir été commis alors que l'auteur était au service de l'État, l'immunité, invoquée dans le cadre de poursuites pénales, peut s'appliquer pendant le mandat de l'auteur mais aussi après que celui-ci a quitté ses fonctions. Ainsi, dès lors que la première condition est remplie, l'immunité *ratione materiae* s'applique sans limite de temps : elle ne s'éteint jamais. Cela s'explique par la nature même de cette immunité et par le fait qu'un « acte accompli à titre officiel » reste considéré comme tel y compris lorsque l'auteur n'est plus en fonctions.

130. D'un point de vue temporel, l'immunité *ratione materiae* se distingue donc de l'immunité *ratione personae*, dont la portée est limitée dans le temps. Ainsi qu'il ressort du projet d'article 4.1, que la Commission a adopté à titre provisoire, et du commentaire correspondant, l'exercice de fonctions officielles est le préalable à l'immunité *ratione personae* dont bénéficient les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères; cette immunité s'éteint dès lors que le mandat de l'intéressé prend fin et ne peut plus être invoquée par la suite.

131. Cette différence de portée temporelle ne signifie pas toutefois qu'il n'existe pas de corrélation entre les deux types d'immunité. Tout agent de l'État est couvert par l'immunité *ratione materiae*, qui, contrairement à l'immunité *ratione personae*, continue de s'appliquer aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères postérieurement à leur mandat. Ceux-ci sont néanmoins soumis au régime général de l'immunité *ratione materiae*, partant, il leur faut démontrer, pour bénéficier de cette immunité, que l'acte a été accompli à titre officiel et pendant qu'ils exerçaient des fonctions de l'État. En d'autres termes, le fait d'avoir occupé le poste de chef d'État, de chef de gouvernement ou de ministre des affaires étrangères ne change rien aux critères d'application de l'immunité

*ratione materiae*. Cette règle semble établie tant dans la pratique conventionnelle que dans celle des tribunaux, qui ne donne aucun exemple d'ancien chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères ayant bénéficié d'un régime d'immunité *ratione materiae* plus avantageux qu'un autre agent de l'État. Les résolutions de l'Institut de droit international concernant l'immunité, en particulier celles adoptées en 2001 et en 2009, vont dans le même sens.

#### D. Portée de l'immunité *ratione materiae*

132. Les deux éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae* examinés plus haut sont conceptuellement et juridiquement distincts, ce qui explique qu'ils soient traités séparément dans le présent rapport. Néanmoins, ils sont interdépendants et contribuent l'un et l'autre à définir la portée (matérielle et substantive) de ce type d'immunité. Lorsqu'elle a approuvé le projet d'article 4 (Portée de l'immunité *ratione personae*), la Commission a d'ailleurs jugé opportun qu'ils soient tous deux traités dans un même article. En conséquence et sur la base de l'examen des portées matérielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae* contenu dans le présent rapport, nous proposons d'adopter le projet d'article suivant :

##### Projet d'article 6

##### Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les agents de l'État agissant en leur qualité officielle bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pendant qu'ils sont en fonctions et postérieurement.
2. L'immunité *ratione materiae* s'étend uniquement aux actes accomplis à titre officiel par les agents de l'État au cours de l'exercice de leurs fonctions.
3. Les anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae* aux conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 du présent article.

133. Ce projet d'article est libellé sur le modèle de celui consacré à la portée de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 4), que la Commission a adopté en 2014. Il doit être lu à la lumière des autres projets d'articles adoptés à titre provisoire par la Commission, en particulier le projet d'article 5, et des commentaires correspondants. On retiendra qu'il n'a aucune incidence sur les limites et exceptions à l'immunité.

### III. Futur programme de travail

134. Dans notre cinquième rapport, dont la Commission sera saisie en 2016, nous examinerons la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

135. Cette question a été envisagée dans tous les travaux que la Commission a menés sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et a également été examinée dans un mémorandum du Secrétariat<sup>223</sup> et dans le deuxième

<sup>223</sup> Voir A/CN.4/596.

rapport du Rapporteur spécial Roman Anatolevitch Kolodkin<sup>224</sup>. C'est manifestement l'un des thèmes que la Commission doit analyser en priorité et, de tous ceux sur lesquels porte le projet d'articles formulé ici, sans aucun doute le plus sensible sur le plan politique. Il n'est donc pas étonnant qu'il fasse l'objet d'un débat continu au sein de la Commission et que certains des membres de celle-ci considèrent qu'il constitue en réalité le principal, voire l'unique objet des travaux consacrés à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En outre, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, les États ont insisté à plusieurs reprises sur le fait que les dispositions régissant l'immunité ne devaient pas venir affaiblir l'action menée par la communauté internationale pour lutter contre l'impunité. Un autre groupe d'États est néanmoins d'avis que la question doit être abordée avec circonspection.

136. Ainsi que nous l'avons déjà souligné dans notre rapport préliminaire<sup>225</sup>, il convient d'examiner les dimensions normatives de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* avant de se pencher sur les limites et exceptions à ces immunités, et ce, pour une raison évidente, à savoir qu'on ne saurait se prononcer sur la question ô combien complexe de savoir si le régime général de l'immunité de juridiction pénale étrangère peut ou non être assorti de limites et d'exceptions sans en avoir préalablement analysé les éléments fondamentaux. La question doit de surcroît être étudiée de manière globale, c'est-à-dire en examinant les deux catégories d'immunité en parallèle.

137. La question des limites et exceptions à l'immunité a surtout été envisagée du point de vue des actes couverts par l'immunité. L'accent a donc été mis sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et les crimes internationaux, les violations graves et systématiques des droits de l'homme, la lutte contre l'impunité et le *jus cogens*. Ainsi qu'il ressort des nombreux textes qui ont été consacrés ces dernières années à l'immunité de l'État et de ses représentants, ce lien suscite un grand intérêt chez les praticiens. Mais il n'est pas seulement examiné sur les plans théorique et doctrinal. De fait, le débat qu'ont fait naître les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Al-Adsani* et *Jones* montre que la question des limites et exceptions aux immunités souveraines est également primordiale pour les tribunaux. En outre, l'arrêt prononcé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État* a mis en exergue l'étroite corrélation qui existe entre l'immunité et certains des grands thèmes du droit international contemporain. L'arrêt relatif à l'application de cette décision par l'Italie récemment prononcé par la Cour constitutionnelle italienne est venu compliquer encore le débat. Les travaux menés par la Commission au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État seraient donc incomplets s'ils ne comprenaient pas un examen en bonne et due forme de la question des limites et exceptions à cette immunité.

138. Pareil examen ne saurait toutefois se limiter au lien entre les crimes internationaux et l'immunité de juridiction pénale étrangère, même si ce lien est au cœur même de la question. De fait, il conviendrait de se pencher en premier lieu sur la différence entre limite et exception et le rôle que l'une et l'autre de ces notions jouent dans le régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il faudrait procéder de manière systémique, en tenant

<sup>224</sup> Voir A/CN.4/631.

<sup>225</sup> Voir A/CN.4/654.

dûment compte du fait que le droit international est un arsenal juridique complet dont les normes sont connexes et interdépendantes.

139. La Commission pourrait achever l'examen des aspects substantifs du régime juridique de l'immunité au cours de son mandat actuel en examinant notre futur rapport sur les limites et exceptions à l'immunité. Les questions de procédure seraient abordées dans un sixième rapport, dont la Commission serait saisie durant son prochain mandat. La teneur de ce rapport et l'objet des futurs travaux de la Commission dépendront toutefois des décisions prises par la nouvelle commission qui sera constituée par l'Assemblée générale en 2016.

---

## Annexe

### Projets d'articles proposés

#### Projet d'article 2

##### Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend d'un acte accompli par un agent de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et qui, de par sa nature, constitue un crime au regard duquel l'État compétent peut exercer sa compétence pénale.

#### Projet d'article 6

##### Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les agents de l'État agissant en leur qualité officielle bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pendant qu'ils sont en fonctions et postérieurement.

2. L'immunité *ratione materiae* s'étend uniquement aux actes accomplis à titre officiel par les agents de l'État au cours de l'exercice de leurs fonctions.

3. Les anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae* aux conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 du présent article.

---