



# Assemblée générale

Distr. générale  
31 mai 2012  
Français  
Original : anglais/espagnol

## Commission du droit international

### Soixante-quatrième session

Genève, 7 mai-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-3 août 2012

## Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère

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

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction .....	2
II. Étude du sujet pendant le quinquennat 2007-2011 .....	3
A. Vue d'ensemble des travaux de l'ancien Rapporteur spécial. ....	4
B. Le débat à la Commission du droit international .....	7
C. Le débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale .....	10
III. Le sujet « L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère » dans le cadre du quinquennat en cours : questions à examiner .....	12
A. Immunité <i>ratione materiae</i> et immunité <i>ratione personae</i> .....	13
B. Responsabilité internationale de l'État et responsabilité internationale individuelle : incidences sur l'immunité .....	14
C. Immunité <i>ratione personae</i> .....	15
D. Immunité <i>ratione materiae</i> .....	16
E. Aspects procéduraux de l'immunité .....	17
IV. Plan de travail .....	17



## I. Introduction

1. C'est à sa cinquante-huitième session (2006) que la Commission du droit international a inscrit le sujet intitulé « Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère » à son programme de travail à long terme, sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A de son rapport (voir A/61/10, par. 257 et annexe A). À sa cinquante-neuvième session (2007), elle a décidé de l'inscrire à son programme de travail en cours et de nommer Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet (A/62/10, par. 376). À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet<sup>1</sup>.

2. L'ancien Rapporteur spécial a présenté trois rapports, dont la Commission a été saisie à ses soixantième (2008) (A/CN.4/601) et soixante-troisième (2011) sessions (A/CN.4/631 et A/CN.4/646). Dans le rapport préliminaire (A/CN.4/601), le Rapporteur spécial a fait l'historique des travaux de la Commission et d'autres institutions compétentes (par. 6 à 26) sur le sujet; présenté la série des questions à examiner dans la phase préliminaire (par. 27 à 101); et énuméré les questions qui, à son avis, méritaient d'être examinées pour déterminer le champ d'application du sujet (par. 102 à 129). Dans le deuxième rapport (A/CN.4/631), tenant compte de l'évolution de la question depuis la publication du rapport préliminaire (par. 6 à 16), le Rapporteur spécial a effectué une étude et une analyse approfondies des questions se rapportant à la portée de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (par. 17 à 89). Dans son troisième rapport (A/CN.4/646), le Rapporteur spécial s'est intéressé aux aspects procéduraux du sujet (par. 11 à 57), contrairement à ses deux rapports précédents qui s'attachaient à des questions de fond, et a traité de l'articulation entre le recours, par tel État, au principe d'immunité de son représentant et la responsabilité de cet État pour l'acte illicite commis par son représentant au sujet duquel la question de l'immunité est soulevée (par. 58 à 60). Dans chacun des trois rapports, le Rapporteur spécial a présenté un résumé à la suite d'une analyse approfondie des questions soulevées par l'examen de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine, permettant ainsi d'avoir un tableau d'ensemble des questions traitées (A/CN.4/601, par. 102 et 130; A/CN.4/631, par. 90 et 91; A/CN.4/646, par. 61).

3. La Commission du droit international a été saisie des rapports du Rapporteur spécial à ses soixantième et soixante-troisième sessions, qui se sont tenues en 2008 et en 2011. De même, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a été saisie du sujet à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission du droit international, notamment en 2008 et en 2011.

4. À sa 3132<sup>e</sup> séance, le 22 mai 2012, la Commission a nommé Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de Roman A. Kolodkin. La Rapporteuse spéciale tient à exprimer sa gratitude à M. Kolodkin pour le sérieux qu'il a consacré à l'étude du sujet. Il ne fait aucun doute que sa contribution documentée et remarquable aidera la Commission dans ses travaux.

5. Le présent rapport est un rapport de « transition », d'ordre préliminaire, qui doit s'inspirer des rapports précédents de l'ancien Rapporteur spécial ainsi que de l'évolution des débats au sein des organes compétents de l'ONU (Commission de droit international et Sixième Commission de l'Assemblée générale) afin de

---

<sup>1</sup> A/62/10, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr. 1.

poursuivre les travaux déjà entrepris. Il a, par conséquent, pour principal objet de contribuer à clarifier les termes du débat qui s'est tenu jusqu'à présent et de recenser les principaux points de controverse qui subsistent et dont l'examen pourrait être poursuivi si la Commission le jugeait utile. Dans le même temps, le rapport préliminaire est un moyen pour la Rapporteuse spéciale de lancer un débat structuré qui réponde, dans un délai raisonnable, aux attentes que le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère a suscitées au sein de la communauté internationale, depuis son inscription au programme de travail de la Commission, en 2007. Dans cette perspective, le présent rapport préliminaire a pour objet de présenter les éléments de base du programme de travail que la Rapporteuse spéciale juge bon de suivre pour conclure les travaux sur la question pendant le présent quinquennat, de façon à donner suite à la demande faite par l'Assemblée générale à la Commission du droit international d'accorder la priorité à cette question dans son programme de travail<sup>2</sup>.

6. À cet effet, le rapport préliminaire est divisé en quatre parties distinctes. Les deux premières proposent une vision d'ensemble des activités en cours de la Commission du droit international (sect. I), avant de faire le point sur le débat actuel dans les organes compétents de l'ONU (sect. II). Dans la troisième partie, la Rapporteuse spéciale analyse les grandes lignes de la question qui, à son avis, méritent une attention particulière de la Commission du droit international (sect. III). Enfin, la Rapporteuse spéciale a présenté le programme de travail indicatif qu'elle se propose de suivre pendant le quinquennat en cours (sect. IV).

## II. Étude du sujet pendant le quinquennat 2007-2011

7. Comme il a déjà été indiqué plus haut, à la suite de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission du droit international et de la nomination du Rapporteur spécial en 2007, M. Kolodkin a soumis à l'examen de la Commission trois rapports présentant une analyse approfondie et documentée de la problématique de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère ainsi que sa position sur les principales questions qui ont été soulevées dans ce contexte. Les membres de la Commission ont exprimé leur opinion sur les différentes questions figurant dans les rapports du Rapporteur spécial et formulé également des observations à caractère général. De même, dans le cadre de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs États ont également donné leur avis sur les rapports de l'ancien Rapporteur spécial et sur le sujet en général.

8. Au cours de ces trois examens, des travaux importants ont été menés sur la question et, de l'avis de la Rapporteuse spéciale, ils doivent être pris en compte dans le présent rapport préliminaire pour pouvoir établir avec précision l'état d'avancement des travaux et du débat sur le sujet. Par conséquent, il est prévu trois chapitres consacrés l'un aux rapports du Rapporteur spécial Kolodkin, l'autre à l'examen de la Commission du droit international et le troisième à l'examen de la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

---

<sup>2</sup> Résolution 66/98 du 9 décembre 2011, par. 8.

## A. Vue d'ensemble des travaux de l'ancien Rapporteur spécial

9. D'après l'ancien Rapporteur spécial, l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère est fondée en droit international, en particulier en droit international coutumier. Elle se justifie souvent par la théorie fonctionnelle et la théorie représentative, ainsi que par les principes de droit international concernant l'égalité souveraine des États et la non-ingérence dans leurs affaires intérieures, et la nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance par les États de leurs fonctions.

10. Immunité et juridiction sont deux notions voisines mais différentes, comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt. La compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. Les immunités demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base des conventions internationales<sup>3</sup>. De l'avis du Rapporteur spécial Kolodkin, seule la question de l'immunité, à l'exclusion de celle de la juridiction en tant que telle, devrait être examinée. Il est à noter toutefois que la juridiction pénale de l'État, comme sa juridiction générale, prend plusieurs formes : législative, exécutive ou judiciaire, bien que du point de vue de la doctrine, les aspects exécutifs et judiciaires puissent être englobés sous la notion de juridiction exécutive. La juridiction pénale exécutive (ou exécutive et judiciaire) partage certaines caractéristiques de la juridiction civile, mais elle en diffère par le fait que de nombreux actes de procédure pénale sont accomplis au stade précontentieux du procès juridique. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État se pose donc déjà à la phase précontentieuse.

11. L'immunité des représentants de l'État de la juridiction étrangère est une règle de droit international et correspond au rapport juridique selon lequel le droit de la personne jouissant de l'immunité de ne pas être soumise à la juridiction étrangère fait pendant à l'obligation souscrite par l'État étranger de ne pas exercer sa juridiction sur cette personne. Deux conclusions ont été tirées à cet égard. Premièrement, l'immunité de juridiction pénale désigne exclusivement l'immunité de juridiction exécutive (ou exécutive et judiciaire). Deuxièmement, l'immunité des mesures de procédure pénale ou du procès pénal n'équivaut pas à une immunité du droit substantiel de l'État étranger. Autrement dit, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est d'ordre procédural et non substantiel. Elle fait obstacle à la responsabilité pénale, sans toutefois l'exclure en principe. La personne concernée peut faire l'objet de poursuites d'ordre substantiel par une autre instance compétente.

12. Dans les propositions qu'il a formulées aux fins de déterminer le champ d'application du sujet, le Rapporteur spécial a noté qu'il n'était question que de l'immunité des représentants d'un État de la juridiction pénale d'un autre État. Le sujet ne portait pas sur l'immunité de la juridiction civile ou pénale internationale d'un autre État ni de la juridiction nationale. Par ailleurs, le Rapporteur spécial ne semblait guère juger utile d'examiner plus à fond, dans le cadre du présent sujet, la question de la reconnaissance et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de haut rang.

---

<sup>3</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt C.I.J. Recueil, 2002, p. 3, par. 59.*

13. Il serait bon que le sujet couvre tous les représentants de l'État et, à cet égard, on pourrait essayer de définir la notion de « représentant de l'État » aux fins du sujet ou de préciser quels sont les représentants inclus dans cette notion aux fins du sujet.

14. L'étendue de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère dépend du grade du poste occupé. Tous les représentants de l'État bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel. Seuls certains hauts représentants de l'État jouissent en outre de l'immunité pour les actes accomplis à titre personnel. L'étendue de l'immunité des anciens représentants de l'État est la même quel que soit le grade du poste qu'ils occupaient lorsqu'ils étaient en fonctions. Ils bénéficient de l'immunité pour les actes qu'ils effectuent à titre personnel pendant la durée de leur mandat. Il a été suggéré que la distinction établie par la doctrine entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* était et restait commode à des fins d'analyse.

15. L'immunité *ratione personae* est de nature temporaire et prend fin lorsque cette fonction n'est plus exercée. Elle s'applique à un cercle étroit de hauts représentants de l'État et s'étend aux actes illicites accomplis par un représentant tant à titre officiel qu'à titre privé, y compris avant son entrée en fonctions. Ni le fait que le représentant ait accompli les actes à propos desquels la compétence est exercée en dehors de l'exercice de ses fonctions ni la nature de son séjour à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'ont d'incidence sur son immunité *ratione personae*. Notant que les représentants de haut rang qui bénéficient de l'immunité personnelle au titre de leurs fonctions sont essentiellement les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, le Rapporteur spécial a proposé de préciser quels autres représentants de haut rang, outre la « troïka » susmentionnée, bénéficient de l'immunité *ratione personae* ou de définir des critères permettant de les identifier.

16. L'immunité *ratione materiae* couvre les actes accomplis dans un autre État par un représentant de l'État à titre officiel. Elle ne s'étend pas aux actes accomplis avant que ce représentant ne prenne ses fonctions. Toutefois, elle protège les anciens représentants de l'État pour les actes qu'ils ont accomplis en qualité d'agent de l'État lorsqu'ils étaient en fonctions. On ne considère pas qu'un représentant de l'État agit à titre officiel en fonction de ses motifs ou du caractère de sa conduite. L'immunité *ratione materiae* s'étend aux excès de pouvoir des représentants de l'État et à leurs actes illicites. Le facteur déterminant semble être de savoir si ce représentant agit en qualité d'agent de l'État. Le Rapporteur spécial a estimé que la notion d'« acte officiel » était plus large et englobait la notion d'« acte relevant de fonctions officielles ». La nature de la présence du représentant ou de l'ancien représentant de l'État à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'a guère d'incidence sur son immunité *ratione materiae*. Il semble qu'un représentant de l'État jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes qu'il a accomplis en qualité d'agent de l'État indépendamment du fait qu'il se trouve à l'étranger en visite officielle ou à titre personnel.

17. Ces actes étaient assimilés à des actes de l'État au service duquel les représentants de l'État se trouvent. De l'avis du Rapporteur spécial, cela n'excluait pas que ces actes soient également imputés au représentant qui les avait accomplis. Il a fait valoir qu'il n'y avait guère de raison d'affirmer qu'un même acte commis par un représentant soit attribué à l'État et considéré comme étant l'acte de celui-ci aux fins de l'établissement de la responsabilité de l'État et qu'il ne soit pas attribué

à l'État et soit considéré comme étant le seul acte du fonctionnaire aux fins de l'immunité de juridiction. Cela dit, l'étendue de l'immunité de l'État et celle de l'immunité de ses représentants ne sont pas identiques, même s'il s'agit en fait d'une seule et même immunité.

18. Il convient logiquement de déterminer d'abord la nature – officielle ou personnelle – de la conduite d'un représentant de l'État et, en conséquence, d'attribuer ou non cette conduite à l'État avant de se pencher sur la question de l'immunité du représentant en ce qui concerne cette conduite.

19. Lorsque des accusations sont portées contre un représentant étranger (auteur présumé d'une infraction, suspect, etc.), seules ne peuvent être prises à son encontre les mesures de procédure pénale restrictives qui l'empêchent de s'acquitter de ses fonctions en lui imposant une obligation juridique s'il jouit a) d'une immunité *ratione personae* ou b) d'une immunité *ratione materiae* si ces mesures concernent une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de fonctions officielles. De telles mesures ne peuvent être prises à l'encontre d'un représentant étranger cité comme témoin dans une procédure pénale si celui-ci jouit a) d'une immunité *ratione personae* ou b) d'une immunité *ratione materiae*, s'il est cité à comparaître en qualité de témoin à propos d'actions officielles qu'il aurait exécutées lui-même, ou d'actes dont il aurait eu connaissance du fait de l'exercice de ses fonctions officielles.

20. Les mesures de procédure pénale qui imposent une obligation à un représentant étranger enfreignent l'immunité dont il bénéficie, que celui-ci se trouve à l'étranger ou sur le territoire de son propre État. Il y a manquement à l'obligation de ne pas prendre ces mesures à l'encontre d'un représentant étranger dès lors qu'une telle mesure est prise et non pas uniquement si le représentant à l'encontre duquel elle a été prise se trouve à l'étranger.

21. Le Rapporteur spécial a également examiné les divers arguments, étroitement liés, qui sont avancés pour justifier les exceptions à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, essentiellement à l'égard de l'immunité *ratione materiae*, à savoir : a) les actes criminels les plus graves au regard du droit international qui ont été commis par des représentants de l'État ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel; b) étant donné qu'un crime international commis à titre officiel par un représentant de l'État est imputable non seulement à l'État concerné mais également au représentant lui-même, ce dernier n'est pas couvert par l'immunité *ratione materiae* dans une procédure pénale; c) les normes impératives du droit international, qui interdisent et criminalisent certains actes, priment la norme relative à l'immunité et l'annulent en cas de crimes de ce type; d) il existe un lien entre l'exercice de la compétence universelle pour les crimes les plus graves et l'inapplicabilité de l'immunité en cas de crimes de ce type; e) il existe un lien analogue entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et l'inapplicabilité de l'immunité pour les infractions soumises à cette obligation; f) une norme de droit coutumier s'est formée au plan international, selon laquelle l'immunité *ratione materiae* cesse de s'appliquer aux représentants de l'État lorsqu'ils ont commis un crime grave au regard du droit international. Le Rapporteur spécial n'a pas trouvé ces arguments suffisamment convaincants. Tout en indiquant que la levée ou l'exclusion de l'immunité pouvaient être obtenues par la conclusion d'un accord international, il a estimé qu'on ne pouvait guère parler d'exceptions à l'immunité en tant que norme du droit coutumier de même qu'on ne pouvait pas formellement affirmer l'existence d'une tendance à l'émergence d'une telle norme.

22. Le seul cas où l'on pourrait parler d'absence d'immunité est lorsque la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel l'infraction présumée a été commise et où cet État n'a consenti ni à l'accomplissement sur son territoire des actions à l'origine de l'infraction ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée.

23. Le Rapporteur spécial a également traité des aspects procéduraux de l'invocation de l'immunité. Étant donné que l'examen de la Commission n'a porté que sur les questions de fond, pour l'heure, il convient seulement de noter que la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État devait en principe être examinée soit au début de l'instance soit encore plus tôt, au stade précontentieux, au moment où l'État du for envisageait de prendre à l'encontre du représentant de l'État des mesures auxquelles l'immunité faisait obstacle. Le fait de ne pas examiner la question de l'immunité *in limine litis* pouvait être considéré comme une infraction aux obligations que les règles de l'immunité imposaient à l'État du for.

## B. Le débat à la Commission du droit international

24. La Commission du droit international a examiné quant au fond, en 2008 (soixantième session)<sup>4</sup> et en 2011 (soixante-troisième session), le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère<sup>5</sup>. Comme l'ancien Rapporteur spécial n'avait pas intégré de projet d'articles dans ses rapports, les travaux des membres de la Commission se sont toujours déroulés en séance plénière, dans le cadre d'un débat général et ouvert à tous. Cette façon de travailler n'a toutefois pas empêché les membres de la Commission de se prononcer sur diverses questions spécifiques qui avaient été soulevées par le Rapporteur spécial dans ses rapports, notamment certaines opinions importantes concernant des aspects méthodologiques et conceptuels, ou des avis relatifs à l'intégration de la notion d'immunité dans le système juridique international *lato sensu* et à ses liens avec d'autres institutions, principes et valeurs du système.

25. Les membres de la Commission ont généralement appuyé le champ d'application de l'immunité proposé dans le rapport du Rapporteur spécial, qui exclut l'immunité de la juridiction de l'État de nationalité du fonctionnaire, l'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux et l'immunité des représentants et agents de l'État, lesquels, à l'instar des agents diplomatiques et consulaires, des agents en mission spéciale ou d'autres agents, sont régis par des règles conventionnelles ad hoc. De même, les membres se sont entendus pour limiter la portée de la notion à celle d'immunité de juridiction pénale, excluant donc la notion d'immunité de juridiction civile des représentants de l'État.

26. Les membres de la Commission ont généralement appuyé la conception de l'immunité comme une institution fondée sur le droit international coutumier, comme l'avait proposé le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire.

---

<sup>4</sup> A/63/10, par. 278 à 299. La Commission a examiné le sujet de sa 2982<sup>e</sup> à sa 2987<sup>e</sup> séance. Voir A/CN.4/SR.2982 à SR.2987.

<sup>5</sup> A/66/10, par. 116 à 140 et 159 à 185. La Commission a examiné la question de sa 3086<sup>e</sup> à sa 3088<sup>e</sup> séance, à sa 3111<sup>e</sup> séance et de sa 3113<sup>e</sup> à sa 3115<sup>e</sup> séance. Voir A/CN.4/SR.3086 à SR.3088, SR.3111 et SR.3113 à SR.3115.

27. La question du fondement de l'immunité a donné lieu à un débat intéressant, au cours duquel des membres de la Commission ont souligné que l'immunité se justifiait par la fonction exercée, tandis que d'autres ont tout particulièrement insisté sur le caractère de représentant des agents de l'État et, en dernière analyse, sur le fait que l'État s'« incarnait » en la personne de ces agents pour justifier une telle immunité. Certains membres de la Commission qui défendaient la nature essentiellement fonctionnelle de l'immunité ont souligné la nécessité qui en découlait de procéder à une interprétation *stricto sensu* et restrictive de l'immunité. Il convient de relever que les membres de la Commission qui se sont exprimés sur le sujet n'ont pas établi une distinction suffisante entre l'application des deux concepts – fonctionnel et représentatif – à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*.

28. Certains membres de la Commission ont souscrit à l'avis du Rapporteur spécial lorsqu'il considérait que l'immunité est fondée sur l'égalité souveraine de l'État et sur la stabilité des relations internationales. D'autres ont quant à eux appelé l'attention sur le fait que l'immunité représente également une limitation de la souveraineté de l'État du for, dans la mesure où elle empêche celui-ci d'exercer sa compétence.

29. Enfin, certains membres de la Commission se sont inquiétés de ce que, lorsqu'il a défini le fondement et la nature de l'immunité, le Rapporteur spécial n'ait pas dûment pris en compte des aspects nouveaux du droit international contemporain relatifs à la lutte contre l'impunité, qui tendent vers une limitation des immunités et de leur portée.

30. Beaucoup ont souhaité que la notion d'immunité soit appréhendée comme un concept de type procédural et non quant au fond, comme l'avait soutenu le Rapporteur spécial dans ses rapports. Toutefois, certains membres de la Commission ont estimé qu'il fallait aussi appréhender la notion d'immunité comme une question de fond.

31. D'une manière générale, les membres de la Commission du droit international ont souhaité qu'une distinction soit établie entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, même si aucun ne s'est expressément exprimé sur les conséquences qu'une telle distinction devrait entraîner.

32. S'agissant des personnes auxquelles s'appliquerait l'immunité, l'emploi des termes « fonctionnaire », « agent » et « représentant » a donné lieu à un bref débat, qui n'a toutefois pas permis de déterminer lequel de ces termes il convenait d'employer. Quoi qu'il en soit, certains membres de la Commission ont estimé, comme le Rapporteur spécial, que tous les représentants de l'État jouissent, de par leur statut, de l'immunité. D'autres membres de la Commission ont en revanche appelé l'attention sur la nécessité de définir le terme de fonctionnaire et de l'appliquer uniquement aux personnes qui participent de l'exercice de l'autorité ou de la fonction publiques.

33. En ce qui concerne les personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, de nombreux membres de la Commission ont estimé qu'il fallait faire relever de cette catégorie les personnes faisant partie de la « troïka », à savoir, le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Certains membres de la Commission se sont toutefois demandés s'il était judicieux d'appliquer ce type d'immunité au ministre des affaires étrangères. D'autres

membres de la Commission ont quant à eux souhaité que d'autres hauts fonctionnaires de l'État (ministre de la défense, ministre du commerce, etc.), dont le travail a relativement souvent trait aux relations internationales, bénéficient eux aussi de ce type d'immunité. Certains ont ainsi proposé d'établir des critères pour déterminer quels hauts fonctionnaires de l'État autres que ceux faisant partie de la « troïka » pouvaient être concernés par ce type d'immunité. D'autres ont au contraire souhaité que l'immunité ne s'applique qu'à la « troïka ».

34. En ce qui concerne la portée de l'immunité et la possibilité de déterminer des exceptions à son application, certains membres de la Commission se sont dits favorables à une immunité de type absolu, partageant en cela l'avis du Rapporteur spécial selon lequel aucune des raisons généralement invoquées pour justifier une quelconque exception à l'immunité n'était pertinente. D'autres membres de la Commission ont toutefois estimé nécessaire de tenir compte de certaines circonstances où l'immunité ne serait pas applicable, telles que la responsabilité résultant d'actes non officiels, l'existence de règles de *jus cogens* applicables aux crimes internationaux et la commission de crimes internationaux condamnés par la communauté internationale dans son ensemble. D'autres membres de la Commission ont quant à eux déclaré que l'existence de normes de *jus cogens* ou la commission de crimes internationaux n'étaient pas pertinentes aux fins de l'immunité. Dans ce contexte, certains membres de la Commission ont rappelé la nécessité de prendre en compte la notion de crimes internationaux à l'heure de définir la portée de l'immunité, et ce, en raison, d'une part, des travaux précédents de la Commission en ce qui concerne le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et, d'autre part, de l'exclusion de l'immunité dans le cadre des juridictions pénales internationales.

35. Les membres de la Commission se sont également prononcés sur la notion d'« acte officiel », tant du point de vue de sa portée que pour ce qui est de son rapport à la notion de responsabilité internationale de l'État. Pour certains membres de la Commission, tout acte accompli par une personne agissant en sa qualité de fonctionnaire ou apparaissant comme tel est réputé officiel et bénéficie de ce fait de l'immunité. D'autres membres de la Commission ont au contraire souhaité une définition plus restrictive de la notion d'acte officiel, qui exclut les comportements pouvant, par exemple, constituer des crimes internationaux. D'autres encore se sont prononcés en faveur d'un traitement différencié de la notion d'« acte officiel », selon que l'acte est le fait de l'État – entraînant une notion de responsabilité – ou qu'il est le fait de l'individu – entraînant une notion de responsabilité pénale ou d'immunité.

36. Les questions de procédure soulevées dans le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/646) ont donné lieu à un débat plus restreint. La plupart des membres de la Commission se sont dits favorables à l'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial en la matière en ce qui concerne, notamment, le point d'invoquer l'immunité, la question de savoir quand et comment elle devait intervenir, ou la levée de l'immunité, même si certains ont émis des réserves, estimant qu'il fallait d'abord parvenir à un accord sur les questions de fond soulevées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial avant d'aborder l'aspect de l'immunité lié à la procédure.

37. Enfin, s'agissant de savoir quelle approche devait adopter la Commission pour traiter le sujet, les membres ont exprimé dans les débats des opinions diverses quant à l'opportunité ou non d'aborder le sujet uniquement sous l'angle de *lege lata* ou d'y intégrer également une analyse de *lege ferenda*. Il y a également eu des opinions divergentes quant à savoir s'il fallait appréhender le sujet comme une matière à codifier ou comme une question relevant de la notion de « développement progressif ». Certains membres de la Commission ont jugé opportun, vu le caractère extrêmement sensible du sujet, de commencer par en faire une analyse de *lege lata*, préférant opter pour une approche conservatoire. D'autres ont insisté sur la nécessité pour la Commission, en tout état de cause, d'aborder le sujet d'une manière raisonnable, qui préserve l'équilibre nécessaire entre le principe de l'immunité et la lutte contre l'impunité.

### C. Le débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale

38. La Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné quant au fond, à ses soixante-troisième (2008)<sup>6</sup> et soixante-sixième (2011)<sup>7</sup> sessions, le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Les interventions des délégations offrent, les unes comme les autres, des éléments intéressants qui nous permettent de prendre connaissance des opinions des États au sujet des rapports de l'ancien Rapporteur spécial et de l'immunité dans son ensemble.

39. La portée du sujet proposé par le Rapporteur spécial n'a pas suscité d'observations particulières de la part des États, bien que certaines délégations aient jugé utile de prendre en compte certains aspects concernant le principe de la compétence universelle ou la création de tribunaux internationaux. D'autres ont suggéré la nécessité de prendre également en compte la question de l'inviolabilité des agents de l'État, qui est étroitement liée à celle de l'immunité.

40. Une délégation a expressément déclaré que l'immunité trouve son fondement juridique dans le droit international coutumier.

41. S'agissant du fondement de l'immunité, plusieurs délégations se sont prononcées en faveur du volet fonctionnel de la notion, tandis que d'autres ont estimé que celle-ci comportait autant un volet fonctionnel qu'un volet représentatif. Certaines délégations ont estimé que l'immunité reposait sur la souveraineté, une délégation affirmant que le fondement ultime de l'immunité était de protéger la dignité de l'État. Certaines délégations ont également évoqué la nécessité de préserver la stabilité des relations entre les États et la capacité de l'État de s'acquitter de ses fonctions, notant qu'il fallait parvenir à un délicat équilibre entre ces intérêts et la lutte contre l'impunité.

42. Certains ont estimé que l'immunité était d'ordre essentiellement procédural. Pour certaines délégations, l'immunité n'exempte pas le fonctionnaire de l'obligation générale qui lui incombe de respecter le droit de l'État étranger ni le libère de la responsabilité de ses actes devant d'autres juridictions.

---

<sup>6</sup> Voir A/CN.4/606, par. 89 à 110. Voir également les comptes rendus analytiques A/C.6/63/SR.22 à SR. 25 de la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

<sup>7</sup> Voir A/CN.4/650, par. 4 à 13. Voir également les comptes rendus analytiques A/C.6/66/SR.18 à SR.20, SR.24 et SR.26 à SR.28 de la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

43. Certains se sont également dits favorables à une distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* à l'effet de déterminer la portée de l'immunité des représentants de l'État. D'une manière générale, personne ne s'est opposé au maintien de cette distinction.

44. S'agissant des personnes bénéficiant de l'immunité, la Sixième Commission n'est pas non plus parvenue à un consensus. Si l'immunité *ratione personae* de la « troïka » a été généralement acceptée, certaines délégations ont également demandé à la Commission d'examiner la possibilité d'appliquer ce type d'immunité à d'autres personnes à raison du poste de haut niveau qu'elles occupent. À cet égard, une délégation a déclaré que l'immunité *ratione personae* ne devrait s'appliquer qu'aux personnes occupant des postes de représentation. En ce qui concerne l'applicabilité générale de l'immunité à l'ensemble des agents de l'État, les avis exprimés ont été très différents, certains ayant demandé à la Commission de définir la notion de fonctionnaire.

45. S'agissant de la portée de l'immunité, des avis divergents se sont faits entendre. Ainsi, alors que certains ont préconisé, dans tous les cas, le caractère absolu de l'immunité et l'impossibilité d'y déterminer des exceptions en droit coutumier, d'autres ont estimé que l'immunité relevait d'une règle générale admettant des exceptions. À cet égard, certains ont jugé que les graves crimes internationaux pouvaient servir de critère pour déterminer des exceptions à l'immunité, y compris l'immunité *ratione personae*, et ont demandé à la Commission de faire sur cette question un examen *de lege ferenda*. En outre, l'on a invoqué, comme critères pour déterminer d'éventuelles exceptions, les règles de *jus cogens* ainsi que les crimes relevant de la compétence des tribunaux internationaux et les crimes sanctionnés en droit interne en application du Statut de Rome. Une délégation a en revanche signalé que l'application d'exceptions à l'immunité risquait de saper les fondements des relations internationales et d'encourager les fausses accusations motivées par des raisons politiques, voire de susciter des doutes sur le respect des garanties d'une procédure régulière. Des délégations ont souligné la nécessité, en tout état de cause, de faire preuve de prudence en ce qui concerne la question des exceptions à l'immunité.

46. Certaines délégations ont également souligné la nécessité pour la Commission de définir en termes clairs le terme d'« acte officiel », en établissant une distinction nette entre la notion d'« acte accompli par un fonctionnaire » et celle d'« acte entrant dans le cadre des fonctions officielles ».

47. L'on a également soulevé la question du lien entre immunité et responsabilité de l'État, certaines délégations soulignant que, pour aborder correctement la question, il fallait définir la notion de « contrôle » dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*.

48. Enfin, en ce qui concerne l'approche que devrait adopter la Commission du droit international pour aborder le sujet, les interventions à la Sixième Commission ont fait apparaître d'importantes disparités quant à la place à accorder à l'analyse de *lege lata* et à l'analyse de *lege ferenda*. Certaines délégations ont proposé que la Commission commence par s'intéresser au droit positif avant de proposer des règles de *lege ferenda*. D'autres ont estimé que la Commission devrait accomplir son travail en tenant compte de l'évolution du droit international et des nouvelles tendances auxquelles elle donnait lieu, en particulier au chapitre des crimes internationaux. À cet égard, on a considéré que la Commission du droit international

devrait chercher à promouvoir la cohérence du droit international et à concilier la stabilité des relations internationales et la nécessité de lutter contre l'impunité des infractions les plus graves du droit international.

### III. Le sujet « L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère » dans le cadre du quinquennat en cours : questions à examiner

49. Le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère continue de revêtir un grand intérêt pour les États et la communauté internationale dans son ensemble. Elle désigne une pratique constante mais qui laisse planer des doutes. Le débat relatif à ce type d'immunité se poursuit depuis plusieurs décennies dans les États, tant aux niveaux politique que juridique. Des établissements d'enseignement et des institutions scientifiques continuent de participer activement au débat, de même que des centres de réflexion dans le monde entier, comme par exemple l'Institut de droit international<sup>8</sup>. Certains éléments incontournables du droit international contemporain sont venus s'ajouter au débat, notamment la définition de la responsabilité pénale internationale des personnes, la création de tribunaux pénaux internationaux et, de manière générale, la mise en place de mécanismes appropriés de lutte contre l'impunité concernant les crimes internationaux les plus graves. Enfin, il ne faut pas oublier que la Cour internationale de Justice a apporté d'importants éléments au débat dans le cadre de plusieurs affaires déjà analysées par l'ancien Rapporteur spécial, auxquelles s'est ajouté récemment l'arrêt du 3 février 2012 dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*<sup>9</sup>. Cet arrêt mérite une attention particulière dans la mesure où il contient des éléments méthodologiques intéressants pour l'examen de l'immunité des États, dont l'éventuelle incidence sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère devra être analysée par la Commission.

50. Par ailleurs, et ainsi qu'il ressort de la vision d'ensemble exposée dans la deuxième partie du présent rapport préliminaire, le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère est loin de faire l'unanimité. Au contraire, les différents éléments fournis par le Représentant spécial Kolodkin dans ses trois rapports ont donné lieu à un vaste et intéressant débat mettant en présence des avis divergents, et même souvent opposés, concernant certaines notions et catégories générales proposées dans les rapports cités.

51. Dans ces conditions, la Commission du droit international doit poursuivre ses travaux sur ce sujet de manière systématique et structurée en vue de parvenir à régler efficacement et effectivement la question. Un effort supplémentaire de clarification méthodologique doit donc être fait, ainsi qu'un effort de clarification conceptuelle. L'objectif est double : réduire le plus possible les « zones floues » qui

<sup>8</sup> Voir l'analyse intéressante des travaux de l'Institut de droit international réalisée par le Représentant spécial Kolodkin dans son rapport préliminaire (A/CN.4/601, sect. III. B) ainsi que les résolutions les plus récentes de l'Institut auxquelles il renvoie dans ses rapports.

<sup>9</sup> Il faut également appeler l'attention sur les opinions individuelles des juges Koroma, Keith et Bennouna, ainsi que sur les opinions dissidentes des juges Cançado Trindade, Yusuf et Gaja, alors juge ad hoc.

favorisent les confusions sur un sujet ayant besoin d'être rapidement et suffisamment éclairci; et définir une feuille de route qui permette de répondre le plus fidèlement possible à la demande de l'Assemblée générale visant à ce que la Commission du droit international traite le sujet en priorité.

52. En l'état actuel des travaux, cet effort de clarification conceptuelle et méthodologique doit consister à recenser les principaux points de désaccord qui subsistent et sur lesquels la Rapporteuse spéciale et la Commission devront axer leurs futurs travaux.

53. Compte tenu de ce qui précède, on examinera dans les pages suivantes : la distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, les liens qui existent entre les deux, ainsi que les fondements de chacune afin de déterminer si elles doivent faire l'objet d'un régime juridique distinct A); la distinction entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale individuelle, la relation entre les deux et les conséquences pour l'immunité B); l'immunité *ratione personae* C); l'immunité *ratione materiae* D); et enfin, les aspects procéduraux relatifs à l'immunité E).

#### A. Immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*

54. Le Représentant spécial Kolodkin est revenu dans son rapport préliminaire sur la distinction opérée entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Il a ainsi rappelé la distinction traditionnelle que l'on retrouve dans la pratique et dans la doctrine, et qui a également été faite lors des débats de la Commission du droit international et de ceux de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il ne fait aucun doute que cette distinction est opérée en pratique et son maintien constitue semble-t-il l'un des rares points faisant l'objet d'un consensus à ce jour.

55. Cela étant, il semble que le consensus se limite à la distinction elle-même, mais que l'on ne parvienne pas à se mettre d'accord, de près ou de loin, sur deux questions qui sont essentielles pour définir les futurs travaux de la Commission dans ce domaine : a) celle de savoir si la distinction conceptuelle opérée entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* se traduit ou doit se traduire par l'établissement de deux régimes juridiques distincts; et b) celle de savoir si malgré cette distinction conceptuelle, il existe des éléments généraux permettant de prôner une certaine unité concernant l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère.

56. En ce qui concerne la première question, on peut considérer que la distinction opérée entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* est la plus appropriée pour le sujet qui nous intéresse, car elle permet de prendre en considération séparément les circonstances propres à chacune. Ensuite, elle contribue à éviter des confusions et des situations floues, qui surviennent toutefois plus souvent qu'on ne le souhaiterait en pratique, notamment dans la jurisprudence et la doctrine. Enfin, elle permet d'établir un régime distinct de ceux applicables dans l'un ou l'autre cas. La Commission peut juger intéressant de suivre cette méthode et d'opérer une distinction nette entre les deux catégories d'immunité et, en parallèle, définir deux régimes juridiques distincts. Cette approche doit être retenue, d'autant plus que les travaux précédents ne permettent pas d'opérer clairement cette distinction.

57. Concernant la deuxième question, il faut signaler que la distinction entre les deux catégories d'immunité (*ratione personae* et *ratione materiae*) des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère doit se faire sans préjudice de l'existence d'un élément qui n'est pas controversé, à savoir que les deux catégories d'immunité ont un seul et unique objectif, celui de préserver les principes, valeurs et intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, qu'elles ne sont pas octroyées au bénéficiaire de façon abstraite en marge de la relation qu'il entretient avec l'État et des fonctions de représentation ou autres qu'il exerce et qu'elles visent à préserver l'exercice de ces fonctions et la stabilité des relations internationales. Par conséquent, en marge d'autres éléments fondamentaux propres à chacune de ces catégories d'immunité, l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, considérée globalement, a un caractère fonctionnel évident, lié à la préservation des principes et des valeurs de la communauté internationale, et de portée générale, qui ne peut se limiter exclusivement à l'immunité de juridiction *ratione materiae*, bien que l'usage réserve de plus en plus le terme d'immunité fonctionnelle à ce type d'immunité.

58. Le caractère fonctionnel de l'immunité au sens large constitue sa clef de voûte et, pourtant, de l'avis de la Rapporteuse spéciale, il doit être au cœur des travaux de la Commission sur ce sujet. Compte tenu seulement de cet élément, on peut concevoir et établir un système qui s'insère simplement dans le droit international contemporain et garantit que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère ne contreviendra pas inutilement à d'autres principes et valeurs de la communauté internationale faisant également partie du droit international contemporain. Cela permettra de garantir un certain équilibre, en définissant un ou plusieurs régimes juridiques qui établissent plus solidement la pratique et les relations internationales.

## **B. Responsabilité internationale de l'État et responsabilité internationale individuelle : incidences sur l'immunité**

59. Un deuxième point qui fait l'objet de débat lors de travaux précédents concerne la relation entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale individuelle, et son éventuelle incidence sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Le débat est né essentiellement dans le cadre de la définition du concept d'« acte officiel » et de l'imputation de celui-ci à l'État. Par conséquent, c'est un débat qui s'est développé en particulier dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*, mais il concerne aussi l'immunité *ratione personae* dans la mesure où celle-ci englobe également l'immunité par rapport aux actes officiels.

60. La clarification de cette relation est essentielle pour définir la méthode d'approche de l'immunité et elle est en outre appelée à avoir des conséquences importantes sur le plan du ou des régimes juridiques applicables aux deux catégories d'immunité. Par conséquent, la Commission peut avoir intérêt à examiner cette question dès le début du présent quinquennat. Pour ce faire, il faudra prendre en considération les normes et les principes de droit international applicables à l'immunité et à la responsabilité de l'État, ainsi que les normes et les principes du droit international contemporain applicables à la responsabilité pénale internationale de l'individu qui constituent un ensemble de normes, principes et valeurs de la communauté internationale visant à lutter contre l'impunité.

### C. Immunité *ratione personae*

61. Comme il est indiqué plus haut, le concept d'immunité *ratione personae* n'est pas un point de controverse. Il est communément admis qu'il s'agit de l'immunité dont jouissent certaines personnes en raison des fonctions qu'elles exercent pour le compte de l'État, et qui s'applique aux actes accomplis tant à titre privé que dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Le poste occupé par ces personnes ainsi que les fonctions inhérentes à celui-ci expliqueraient qu'on leur reconnaisse une immunité face aux juridictions pénales de l'État étranger. Cependant, si en soi le concept d'immunité *ratione personae* n'est pas controversé, la définition de ses caractéristiques fait l'objet de débats et aucune position commune n'a encore pu être dégagée, ainsi qu'il ressort des rapports du précédent Rapporteur spécial et en particulier des débats de la Commission du droit international et de l'Assemblée générale.

62. On peut donc seulement conclure à l'existence d'une position commune concernant trois grands aspects : l'immunité *ratione personae* est liée à l'exercice de fonctions officielles particulièrement élevées (mais la question de savoir quelles sont ces fonctions ne fait pas l'objet d'un consensus suffisant); elle s'applique pour tous les actes accomplis par son bénéficiaire (à titre privé et officiel); et elle est temporaire et prend fin au moment même où le responsable cesse d'exercer les fonctions en question. Les avis sont néanmoins partagés en particulier sur deux points essentiels : les personnes qui pourraient bénéficier de l'immunité *ratione personae*; et le caractère absolu ou limité de l'immunité. Ces deux éléments devront par conséquent être au cœur des travaux que réalisera à l'avenir la Commission du droit international sur ce sujet.

63. Concernant le premier point, un consensus semble émerger de la pratique des États, de la doctrine et de la jurisprudence concernant la « troïka » (chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères) qui bénéficierait toujours de l'immunité. À plusieurs reprises cependant, certains se sont dits favorables à ce que l'immunité s'applique aussi à d'autres personnes et/ou fonctions, mais ils n'ont pu se mettre d'accord sur les personnes et les fonctions en question. Par conséquent, la Commission pourrait juger utile de se livrer à une analyse de la pratique ainsi que des principes de droit international applicables afin de répondre à trois questions distinctes mais complémentaires : L'immunité de la juridiction pénale étrangère peut-elle s'appliquer à d'autres personnes que celles composant la troïka? Dans l'affirmative, quelles sont les autres personnes et fonctions qui bénéficieraient de l'immunité ou, à tout le moins, quels critères pourraient être appliqués pour les déterminer? Enfin, la liste des bénéficiaires de l'immunité est-elle ou doit-elle être limitative?

64. S'agissant de savoir si l'immunité *ratione personae* a un caractère absolu ou limité, deux positions opposées se sont exprimées jusqu'à présent. Certains sont d'avis que ce type d'immunité n'admet aucune exception et qu'il est donc opposable à tout acte accompli par leur bénéficiaire. Pour d'autres au contraire, certains actes accomplis par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, ou toute autre personne bénéficiant éventuellement de l'immunité, ne seraient pas couverts s'ils sont contraires au *jus cogens* ou s'ils peuvent être qualifiés de crime international. La Commission pourrait juger utile d'examiner cette question en tenant compte notamment des éléments suivants : la position tout à fait unique des bénéficiaires de l'immunité dans le système étatique et dans les

relations internationales; les intérêts, valeurs et principes du droit international considéré; le caractère fonctionnel de toute immunité et sa configuration particulière pour cette catégorie; et, enfin, l'applicabilité ou non d'un éventuel principe d'interprétation restrictive concernant l'immunité.

#### **D. Immunité *ratione materiae***

65. La notion d'immunité *ratione materiae* en tant que telle n'est pas non plus un point de controverse. Elle désigne, dans les travaux antérieurs de la Commission du droit international, dans la pratique, la jurisprudence et la doctrine l'immunité dont bénéficieraient certaines personnes agissant en qualité de représentants ou d'agents de l'État concernant les actes officiels accomplis en cette qualité ou à ce titre. Cependant, certains éléments de cette notion ont fait l'objet d'interprétations distinctes et contraires qui font obstacle à tout consensus à propos de sa définition même. Parallèlement, d'autres points de désaccord ont surgi durant les débats tenus au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, qui doivent être examinés en vue de définir un éventuel régime juridique applicable à cette catégorie d'immunité. Il s'agit pour l'essentiel des points suivants : a) la définition de la portée subjective de l'immunité *ratione personae*, que le Représentant spécial Kolodkin a liée à la notion générique de représentant de l'État; b) la définition de l'« acte officiel » et son rapport avec la responsabilité de l'État; et c) le caractère absolu ou limité de l'immunité.

66. Premièrement, on ne peut manquer de souligner que la terminologie employée par le Rapporteur spécial Kolodkin pour désigner les bénéficiaires de l'immunité introduit un certain flou qui mérite d'être éclairci, d'autant que le terme « représentant de l'État » (« official » en anglais, « funcionario » en espagnol) ne désigne pas forcément une seule catégorie générale de personnes au service de l'État, étant donné qu'il existe toute une série de situations en fonction des régimes juridiques nationaux. Par conséquent, la Commission pourrait s'interroger de nouveau sur l'opportunité d'employer un terme qui soit mieux adapté à la réalité subjective qui fonde l'immunité *ratione materiae*.

67. Deuxièmement, la notion d'acte officiel a elle aussi été largement débattue, tant en elle-même que pour ce qui est des conséquences qui en découlent pour l'immunité. La Commission pourra juger utile d'opérer plusieurs distinctions : une première entre acte officiel et acte illégal; une deuxième entre acte officiel et acte attribué à l'État; et une troisième entre responsabilité de l'État et responsabilité pénale de l'individu découlant d'un même acte officiel. L'acte officiel devra être défini compte tenu de la pratique, des principes de droit international applicables, ainsi que des valeurs de la communauté internationale. Ensuite, il faudra aussi se demander si des critères d'interprétation restrictive s'appliquent ou non à ce type d'immunité.

68. Enfin, il n'y a pas non plus de consensus suffisant concernant la possibilité ou non d'introduire des exceptions à cette catégorie d'immunité, en particulier liées à la violation de normes de *jus cogens* ou à la commission de crimes internationaux. Le débat se pose dans les mêmes termes que pour l'immunité *ratione personae*, même s'il faut signaler que la possibilité d'introduire une exception à l'immunité *ratione materiae* semble avoir suscité un plus large appui que dans le cas de l'immunité *ratione personae*. En tout état de causes, la Commission devra examiner

cette question sur la base des mêmes paramètres que ceux qui ont été mentionnés pour l'immunité *ratione personae*, et se demander également si les différences entre les deux catégories d'immunité doivent ou non jouer un rôle.

### E. Aspects procéduraux de l'immunité

69. Du fait de sa nature même, l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère s'exerce nécessairement dans le cadre d'une procédure judiciaire. On peut se demander si elle peut s'appliquer avant cette procédure, de façon « préparatoire » en quelque sorte. Par conséquent, on ne peut examiner la question sans examiner également les aspects procéduraux de l'immunité. Le Rapporteur spécial Kolodkin a consacré son troisième rapport (A/CN.4/646) à l'examen de ce point. Bien que ce rapport n'ait pas fait l'objet de débats importants au sein de la Commission, on peut conclure que les questions qui portent notamment sur la manière dont l'immunité est invoquée, le moment où elle l'est ou son éventuelle renonciation ont été jugées moins controversées que les questions essentielles qui ont été traitées plus haut dans le présent rapport.

70. Par conséquent, la Rapporteuse spéciale considère que cet ensemble de questions devrait faire l'objet d'une analyse particulière en vue de déterminer, entre autres, s'il est possible d'établir un régime procédural unique, commun à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*, ou si, au contraire, compte tenu des spécificités de chacune, il faut définir des règles procédurales distinctes. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faut ignorer certains aspects procéduraux au moment d'examiner les questions substantielles mentionnées plus haut, dans la mesure où l'immunité a un caractère essentiellement procédural.

## IV. Plan de travail

71. La Commission du droit international ne peut ni ne doit ignorer ses précédents travaux. Cependant, compte tenu des considérations méthodologiques formulées précédemment, la Rapporteuse spéciale estime qu'il faut définir un nouveau plan de travail pour la durée du prochain quinquennat.

72. Ce plan de travail doit porter essentiellement sur les questions controversées qui ont été mentionnées plus haut, qu'il faudra traiter de manière systématique, ordonnée et structurée. Dans cet objectif, la Rapporteuse spéciale juge utile de regrouper ces questions en quatre grands groupes :

1. Questions générales d'ordre méthodologique et conceptuel
  - 1.1 La distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* et ses conséquences
  - 1.2 L'immunité dans le système de valeurs et les principes du droit international contemporain
  - 1.3 Les relations entre l'immunité, d'une part, et la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle, de l'autre
2. L'immunité *ratione personae*
  - 2.1 Les personnes bénéficiant de l'immunité

- 2.2 Le champ *ratione materiae* de l'immunité : actes privés et actes officiels
- 2.3 Le caractère absolu ou limité de l'immunité, en particulier la place qu'occupent ou que doivent occuper les crimes internationaux
3. L'immunité *ratione materiae*
  - 3.1 Les personnes bénéficiant de l'immunité : la controverse terminologique résiduelle et la notion de représentant de l'État
  - 3.2 La notion d'acte officiel et sa relation avec la responsabilité de l'État
  - 3.3 Le caractère absolu ou limité de l'immunité : exceptions et crimes internationaux
4. Les aspects procéduraux de l'immunité

73. La Rapporteuse spéciale a tenu des consultations officieuses avec les membres de la Commission le 30 mai dernier. La liste des questions qui ont été soumises à l'examen des membres de la Commission à cette occasion figure ci-dessous. Ces questions renvoient à certaines questions posées ci-dessus et doivent donc être examinées de concert avec elles.

*Questions méthodologiques et questions conceptuelles générales*

- Quels sont les fondements juridiques et sociologiques de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère?
- L'immunité peut-elle servir à protéger et garantir certains principes et valeurs de la communauté internationale?
- Ces principes et valeurs devraient-ils être conciliés avec d'autres principes et valeurs de la communauté internationale?
- Quelle place accorder à l'immunité fonctionnelle?
- Est-il souhaitable d'aborder la question sous l'angle de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*?
- Quelles devraient être les conséquences d'une telle approche? Deux régimes juridiques distincts?
- Devrait-on ici établir un lien entre la responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle? Dans l'affirmative, lequel?
- Faut-il opérer une distinction entre la substance et la procédure dans ce contexte?

*Immunité ratione personae*

- Les personnes fondées à bénéficier de l'immunité : une approche large ou restreinte? Une liste limitative ou ouverte?
- Portée de l'immunité : les actes privés et les actes officiels doivent-ils être traités de la même manière?

- Si l'on retient l'immunité *ratione personae*, y a-t-il une place pour les crimes internationaux?

*Immunité ratione materiae*

- Question terminologique : les termes « official », « représentant de l'État » et « funcionario » sont-ils les plus justes pour désigner les personnes pouvant prétendre à l'immunité?
- La notion d'« acte officiel » doit-elle être considérée de façon large ou étroite? Quel lien unit cette notion à la responsabilité de l'État?
- L'immunité *ratione materiae* peut-elle connaître des exceptions? Dans l'affirmative, lesquelles?
- Si l'on retient l'immunité *ratione materiae*, y a-t-il une place pour les crimes internationaux?

74. Pour chacune des questions posées, et pour les autres auxquelles il faudra répondre par voie de conséquence, la Rapporteuse spéciale propose d'établir des projets d'articles qui seront soumis au fur et à mesure à l'examen de la Commission. Concernant la forme que devra prendre le résultat de ce travail, il est trop tôt pour formuler une quelconque proposition, bien qu'on ne puisse ignorer la dimension normative du sujet.

75. S'agissant de la méthode de travail à adopter pour les questions en suspens, la Rapporteuse spéciale attire l'attention de la Commission sur le fait qu'elle considère plus judicieux de traiter séparément, l'un après l'autre, les différents groupes de questions. La Rapporteuse spéciale est convaincue que cette méthode, qui permet d'isoler les sujets à analyser, contribuera à structurer un débat qui, en plus de porter sur un nombre important de questions, touche à des sujets sensibles d'une grande complexité. On pourra ainsi obtenir des résultats concrets plus rapidement.

76. La Rapporteuse spéciale considère également qu'il faudra absolument continuer de suivre la pratique au sens large. Pour ce faire, elle continuera de se référer au mémorandum établi par le Secrétariat en 2009 (A/CN.4/596 et Corr. 1) et tiendra compte de la pratique postérieure qui n'a pas encore été prise en compte par le précédent Rapporteur spécial dans ses trois rapports.

77. Enfin, pour ce qui est du débat sur la question de retenir une approche de *lege lata* ou de *lege ferenda*, la Rapporteuse spéciale tient à signaler qu'à son avis, le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère ne peut être considéré sous un seul de ces angles. Elle pense au contraire qu'à l'avenir, la Commission du droit international devra prendre les deux en considération dans ses travaux, même si elle a pleinement conscience de l'utilité de partir d'abord de considérations de *lege lata* pour incorporer ensuite une analyse de *lege ferenda* si nécessaire. Cette approche permettra de garantir un certain équilibre et est pleinement conforme au mandat de la Commission consistant à s'occuper simultanément de la codification et de l'évolution progressive de cet ordre juridique.