Nations Unies A/CN.4/L.946/Add.1

Assemblée générale

Distr. limitée
5 juillet 2021
Français
Original : espagnol

Commission du droit international
Soixante-douzième session
Genève, 26 avril-4 juin et
5 juillet-6 août 2021

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-douzième session

Rapporteur : M. Juan José **Ruda Santolaria**

Chapitre VI

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Additif

[...]

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

[...]

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

Projet d'article 8 *ante*
Application de la quatrième partie

Les dispositions et garanties procédurales de la présente partie s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 *ante* est le premier des articles de la quatrième partie du projet d'articles, intitulée « Dispositions et garanties procédurales ». Il vise à définir le champ d'application de la quatrième partie par rapport aux deuxième et troisième parties, qui traitent respectivement de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*.

2) La quatrième partie fait partie intégrante du projet d'articles et les dispositions qui y figurent sont donc appelées à s'appliquer de manière générale au reste du projet d'articles. Toutefois, son champ d'application a fait l'objet de différentes interprétations de la part des

Merci de recycler

membres de la Commission, notamment en ce qui concerne sa relation avec le projet d'article 7 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-neuvième session (2017).

3) De l'avis de certains membres de la Commission, le titre du projet d'article 7 (« Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas ») et la phrase introductive du paragraphe 1 de cette disposition, qui reprend l'idée exprimée dans le titre[1], excluent du champ d'application du projet d'articles toute situation d'exception à l'immunité. Aucune des dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie ne trouverait donc à s'appliquer à l'égard du projet d'article 7, ce qui viendrait rompre l'équilibre qui doit exister entre les dispositions de ce projet d'article et les garanties procédurales à accorder à l'État du représentant. Dans ses travaux, la Commission a tenu compte de la nécessité de respecter cet équilibre en assortissant les titres des deuxième et troisième parties d'une note de bas de page dans laquelle il est dit que « [l]a Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session[2] ».

4) D'autres membres de la Commission ont fait observer, au contraire, qu'il n'y avait aucune raison de conclure que la quatrième partie du projet d'articles ne s'appliquait pas à l'égard du projet d'article 7. Selon eux, ce projet d'article, qui fait partie de la troisième partie du texte, est soumis aux mêmes règles que les autres projets d'article, et notamment aux dispositions et garanties procédurales définies dans la quatrième partie. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que, ainsi qu'il est dit dans le commentaire du projet d'article 7, « [l'] appel de note [susmentionné] a été inséré après le titre de la deuxième partie (Immunité *ratione personae*) et de nouveau après celui de la troisième partie (Immunité *ratione materiae*) du projet d'articles, les dispositions et garanties de procédure pouvant concerner les deux types d'immunité et devant en outre être envisagées dans le contexte du projet d'articles dans son ensemble[3] ». De l'avis des membres en question, le projet d'article 7 définit des situations dans lesquelles il doit être fait exception à l'applicabilité des règles générales relatives à l'immunité *ratione materiae* ; or, pour déterminer si telle ou telle situation justifie une exception, il faut tenir compte de toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans le projet d'articles.

5) Compte tenu de cette divergence de vues, à titre de compromis, la Commission a approuvé le projet d'article 8 *ante*, prévoit expressément que toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles « s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonctions, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles ».

6) En insérant le membre de phrase « y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles », la Commission confirme que la quatrième partie s'applique également, dans son intégralité, au projet d'article 7. C'est ce qui ressort, en particulier, de la référence à la détermination de l'immunité, qui s'entend comme le processus visant à décider si celle-ci s'applique ou non et qui fait l'objet du projet d'article 13, en attente d'examen par le Comité de rédaction. Pour déterminer l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae*, il faut tenir compte à la fois des éléments normatifs définis dans les projets d'articles 4, 5 et 6, provisoirement adoptés par la Commission, et des exceptions énoncées dans le projet d'article 7. En outre, le projet d'article 8 *ante* veut que

[1] La phrase introductive est ainsi libellée : « L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants ».

[2] Cette note a été insérée à la soixante-neuvième session de la Commission, à l'occasion de l'adoption provisoire du projet d'article 7. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10* (A/72/10), par. 140 et 141. Voir, en particulier, le paragraphe 9 du commentaire du projet d'article 7, dans lequel on peut lire que « pour montrer l'importance que la Commission accorde aux questions de procédure dans le contexte du sujet à l'examen, il a été décidé d'insérer dans le texte actuel du projet d'articles une note de bas de page rédigée dans les termes ci-après : "La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session" ».

[3] Ibid., par. 9 du commentaire du projet d'article 7.

toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie soient respectées lorsqu'il s'agit de déterminer si telle ou telle situation relève d'une exception.

7) La Commission a examiné la proposition tendant à ce que le projet d'article 8 *ante* fasse expressément référence au projet d'article 7 et vienne ainsi confirmer que celui-ci est soumis aux dispositions et garanties énoncées dans la quatrième partie, mais ne l'a pas retenue, préférant s'exprimer de manière plus générale et plus neutre en employant la formule « la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles ».

8) La quatrième partie s'applique « à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger ». L'expression « procédure pénale » est utilisée dans le projet d'article 8 *ante* pour désigner, au sens large, les différents types d'actes pouvant être accomplis pour déterminer la responsabilité pénale d'un représentant de l'État, y compris en dehors d'un procès. Compte tenu des différences pratiques qui existent entre les systèmes et traditions juridiques des États, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser la nature des actes en question, qui peuvent être tant des actes du pouvoir exécutif que des actes accomplis par les juges et les procureurs. En tout état de cause, il conviendra de se pencher sur l'emploi de l'expression « procédure pénale » lors du dernier examen du projet d'articles avant son adoption en première lecture, notamment pour garantir l'interprétation et l'utilisation cohérentes et systématiques, dans l'ensemble du projet d'articles, de cette expression et des termes « exercice de la juridiction pénale ». Cet examen devra être effectué une fois que la Commission se sera prononcée sur la définition de la notion de « juridiction pénale », qui n'a pas encore été examinée par le Comité de rédaction.

9) L'expression « contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction » employée dans le projet d'article 8 *ante* est destinée à indiquer qu'il doit exister un lien entre le représentant de l'État étranger et la procédure pénale susceptible d'être engagée dans l'État du for dans le contexte de laquelle l'immunité pourrait s'appliquer. Le fait qu'il est précisé que le représentant peut être « ancien » ou « en fonction » ne vise pas à modifier la portée temporelle de l'immunité de juridiction pénale, car, comme la Commission l'a souligné dans le commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2, cet élément ne change rien à la définition du terme « représentant » et « [l]a portée temporelle de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* est traitée dans d'autres projets d'article[4] ». L'expression « ancien ou en fonction » doit donc être comprise à la lumière des dispositions des paragraphes 1 et 3 du projet d'article 4, en ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, et des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 6, en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*. Par ailleurs, il conviendra de se pencher sur la formule « représentant d'un État étranger » avant l'adoption du projet d'articles en première lecture afin de décider s'il convient d'utiliser systématiquement cette expression ou plutôt l'expression « représentant d'un autre État », employée dans d'autres projets d'article.

10) Enfin, il faut souligner que la Commission estime que l'adoption du projet d'article 8 *ante* est sans préjudice de l'adoption d'éventuelles garanties procédurales et de l'application ou non de garanties particulières à l'égard du projet d'article 7.

Projet d'article 8
Examen de la question de l'immunité par l'État du for

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale, elles examinent sans délai la question de l'immunité.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, les autorités compétentes de l'État du for examinent toujours la question de l'immunité :

a) avant d'engager des poursuites pénales ;

[4] *Annuaire … 2014*, vol. II (2e partie), p. 157, par. 12 du commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2.

b) avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, y compris celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 porte sur l'obligation faite aux autorités de l'État du d'examiner la question de l'immunité de juridiction pénale lorsqu'elles entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur un représentant d'un autre État. Par « [e]xamen de la question de l'immunité », on entend les mesures nécessaires pour déterminer si un acte accompli par les autorités de l'État du for et relevant de l'exercice de la juridiction pénale de celui-ci peut ou non avoir une influence sur l'immunité de juridiction pénale des représentants d'un autre État. L'« examen » de la question de l'immunité est donc un acte préparatoire marquant le début d'un processus qui prend fin avec la détermination de l'application ou non de l'immunité. Néanmoins, quoi qu'étroitement liées, l'« examen » et la « détermination » de l'immunité sont deux notions distinctes. La « détermination de l'immunité » fait l'objet d'un projet d'article à part qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction.

2) Le projet d'article 8 comporte deux paragraphes, qui définissent une règle générale (par. 1) et une règle particulière (par. 2). L'une et l'autre règle posent que l'obligation d'examiner la question de l'immunité incombe aux « autorités compétentes » de l'État du for. La Commission a décidé de ne pas préciser quels organes de l'État entrent dans cette catégorie, car cela dépend du moment où la question de l'immunité se pose ainsi que de l'ordonnancement juridique de l'État du for. Les organes compétents pouvant différer d'un ordonnancement juridique à un autre, il a été jugé préférable d'employer une terminologie recouvrant différents types d'organes, y compris les organes exécutifs, la police, le ministère public et les tribunaux. La question de la détermination des organes de l'État qui entrent dans la catégorie des « autorités compétentes » aux fins du projet d'article doit être examinée au cas par cas.

3) La règle générale énoncée au paragraphe 1 veut que les autorités compétentes de l'État du for « examinent sans délai la question de l'immunité » lorsqu'elles « ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale ».

4) La présence d'un représentant étranger est le préalable au déclenchement de l'obligation d'examiner la question de l'immunité. La Commission a estimé plus opportun d'employer l'expression « représentant d'un autre État » que l'expression « représentant étranger ». La formule est utilisée comme équivalent de « représentant d'un État étranger », que l'on retrouve dans le projet d'article 8 *ante*, et de « représentant de l'État », expression utilisée (au pluriel) dans l'intitulé du sujet et dont la définition figure à l'alinéa e) du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission. Elle désigne donc tout représentant de l'État, quel que soit son rang, qu'il soit couvert par l'immunité *ratione personae* ou par l'immunité *ratione materiae* et qu'il soit en fonction ou ait cessé de l'être au moment où la question de l'immunité doit être examinée. Il s'ensuit qu'elle doit s'entendre comme désignant tout représentant pouvant bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère selon les dispositions des deuxième et troisième parties du projet d'articles.

5) L'obligation d'examiner la question de l'immunité ne naît que lorsqu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de la juridiction pénale de l'État du for. Dans le texte de la règle générale, la Commission a employé l'expression « exercice de [la] juridiction pénale », qu'elle a préférée à « poursuites pénales », formule proposée par la Rapporteuse spéciale et jugée trop restrictive. L'expression « exercice de la juridiction pénale » a également été employée dans les projets d'articles 3, 5 et 7, sans toutefois que sa portée soit définie dans les commentaires y relatifs. Il convient de préciser que la notion de « juridiction pénale », envisagée pour la première fois dans le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale[5], n'a pas encore été examinée par le Comité de rédaction. En tout état de cause, et sous réserve de la définition des termes « juridiction pénale » qui sera adoptée en temps voulu par la Commission, aux fins du projet d'article 8, on entendra par « exercice de la juridiction pénale » les actes pouvant être accomplis par les autorités compétentes de l'État du for et

[5] *Annuaire … 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661, p. 46 et 47, par. 36 à 42.

susceptibles d'être nécessaires pour conclure, le cas échéant, à la responsabilité pénale d'un individu ou d'un groupe d'individus. Ces actes peuvent être de différentes natures et ne sont pas l'apanage des autorités judiciaires. Au contraire, l'expression « exercice de la juridiction pénale » peut faire référence à des mesures prises par le gouvernement ou par les services de police, à des mesures d'enquête ou d'instruction, ou à des poursuites.

6) Toutefois, les actes qui peuvent participer de l'« exercice de la juridiction pénale » au sens strict ne déclenchent pas tous l'obligation d'examiner la question de l'immunité. Cette obligation ne naît que lorsque le représentant d'un autre État peut « être visé » par un acte de ce type, c'est-à-dire lorsque l'acte qui peut être accompli par les autorités compétentes de l'État du for a une incidence directe sur le représentant d'un autre État.

7) La règle générale énoncée au paragraphe 1 met l'accent sur le moment auquel les autorités compétentes de l'État du for doivent se pencher sur la question de l'immunité, qui doit être examinée rapidement faute de quoi l'efficacité du mécanisme même de l'immunité pourrait être compromise. Si les traités qui régissent les différentes formes d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne prévoient pas de règles particulières en la matière, la Cour internationale de Justice a expressément rappelé que la question de l'immunité devait être tranchée dans les plus brefs délais *in limine litis*[6]. Dans ce contexte, la Commission a jugé nécessaire d'indiquer expressément quand l'examen de la question de l'immunité devait être entrepris, à savoir « [l]orsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale ». L'emploi de la formule « [l]orsque […] ont connaissance », qui s'apparente à celle utilisée par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international[7], vise à souligner que la question de l'immunité doit être examinée immédiatement et qu'il n'est pas nécessaire d'attendre qu'une procédure judiciaire ait été engagée. Cet impératif d'immédiateté est confirmé par l'emploi de l'expression « sans délai », variante de celle retenue − quoi que dans un contexte différent − dans les articles 36 et 37 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

8) Le paragraphe 2 du projet d'article 8 énonce une règle particulière qui s'applique dans deux cas précis dans lesquels les autorités compétentes de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité. Cette règle est énoncée sous la forme d'une clause « sans préjudice », l'objectif étant de préserver l'applicabilité de la règle générale exposée au paragraphe 1. L'expression « sans préjudice » vient souligner que cette règle générale s'applique en toutes circonstances et ne peut être entravée ou compromise par la règle particulière énoncée au paragraphe 2, destinée à appeler l'attention des autorités compétentes de l'État du for sur le fait que, si elles ne l'ont pas déjà fait en application de la règle générale, elles sont tenues

[6] La Cour internationale de Justice s'est penchée sur cette question dans l'affaire concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, dans laquelle elle était amenée à se prononcer sur l'applicabilité des privilèges et immunités contenus dans la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, nº 4, p. 15, et vol. 90, p. 327) dans le cadre des poursuites engagées en Malaisie contre le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats à la suite de propos qu'il avait tenus lors d'une interview. Dans ce contexte, à la demande du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a rendu un avis consultatif dans lequel elle a dit que « les questions d'immunité [étaient] des questions préliminaires qui [devaient] être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis* » et que « [c'était] là un principe de droit procédural généralement reconnu », qui avait pour finalité qu'on ne devait pas « priv[er] de sa raison d'être la règle relative à l'immunité ». En conséquence, elle a conclu par quatorze voix contre une « [q]ue les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis* » (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 62 et suiv., en particulier p. 88, par. 63, et p. 90, par. 67 2) b).

[7] L'article 6 de la résolution de l'Institut de droit international dispose que « [l]es autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité leur est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 746, disponible sur le site de l'Institut, à l'adresse suivante : www.idi-iil.org, sous la rubrique « Résolutions »).

d'examiner la question de l'immunité avant de prendre l'une ou l'autre des mesures énoncées dans ce paragraphe. L'emploi de l'adverbe « toujours » vient renforcer ce point.

9) En application de la règle particulière énoncée au paragraphe 2, la question de l'immunité doit toujours être examinée « avant d'engager des poursuites pénales » (al. a)) et « avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » (al. b)). La Commission a choisi ces deux cas de figure parce qu'elle estime qu'ils concernent tous deux des actes qui visent directement le représentant d'un autre État et qui, s'ils se produisaient, pourraient avoir des répercussions négatives sur l'immunité de juridiction pénale étrangère dont l'intéressé peut bénéficier. L'utilisation de l'adverbe « avant » vise à renforcer le principe selon lequel l'immunité doit toujours être examinée à titre préliminaire, *in limine litis*.

10) L'expression « poursuites pénales » désigne le stade initial de la procédure judiciaire visant à déterminer la responsabilité pénale d'un individu, en l'occurrence un représentant d'un autre État. Elle doit être distinguée de l'expression « exercice de la juridiction pénale » qui, comme on l'a vu plus haut, est d'acception plus large. La Commission a préféré utiliser l'expression « engager des poursuites pénales » plutôt que les termes « mettre en accusation », « mettre en examen » ou « inculper » ou les expressions « ouverture du procès » ou « début de la procédure », dont elle considère qu'ils peuvent avoir des significations distinctes d'un ordre juridique à un autre. Elle a décidé d'employer une terminologie générale pouvant couvrir n'importe lequel des actes qui, dans le droit interne de l'État du for, déclenchent l'ouverture d'une procédure pénale. Le fait que la question de l'immunité doive toujours être examinée au moment de l'« engagement de poursuites pénales » est conforme à la pratique et à la jurisprudence internationales. Toutefois, cela n'empêche pas qu'elle soit aussi examinée ultérieurement, y compris en appel, si besoin est.

11) L'expression « mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » désigne les actes des autorités compétentes de l'État du for qui visent le représentant et peuvent être accomplis à tout moment dans le contexte de l'exercice de la juridiction pénale, que des poursuites pénales aient ou non été engagées. Il s'agit essentiellement de mesures individuelles pouvant concerner, notamment, la liberté de circulation du représentant, sa comparution en justice en tant que témoin ou son extradition vers un État tiers. Ces mesures ne supposent pas nécessairement que des « poursuites pénales contre le représentant » aient été engagées, mais peuvent participer de l'« exercice de la juridiction pénale ». Étant donné qu'elles peuvent différer d'un ordre juridique interne à un autre, il a été jugé préférable d'utiliser la formule générale « mesures coercitives » plutôt que d'énumérer des actes précis. La Commission a retenu l'expression « mesures coercitives » pour s'aligner sur la terminologie utilisée par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[8].

12) Dans la pratique, une des mesures coercitives les plus fréquentes est le placement en détention du représentant. La nécessité d'examiner la question de l'immunité avant d'ordonner un placement en détention a été rappelée dans l'affaire *Charles Taylor* par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dont la Chambre d'appel a déclaré ce qui suit dans sa décision du 31 mai 2004 : « Exiger d'un chef d'État en exercice qu'il se soumette à une incarcération avant de pouvoir invoquer son immunité va totalement à l'encontre de l'objectif même du principe de l'immunité souveraine et suppose en outre que, indépendamment des questions de fond, ce principe souffre des exceptions devant être déterminées après que la demande d'immunité a été examinée au fond[9]. » [traduction non officielle]. La Commission a donc jugé nécessaire de se pencher sur cette question dans le contexte de l'examen de l'immunité.

[8] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3 et suiv. en particulier p. 22, par. 54.

[9] *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, affaire SCSL-2003-01-I, décision relative à l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, par. 30. Le texte de la décision est disponible sur le site du Tribunal, à l'adresse suivante : www.scsldocs.org, sous la rubrique « Documents », « *Charles Taylor* ».

13) À cet égard, il convient de préciser que la portée du projet d'articles est limitée à l'immunité de juridiction pénale étrangère et ne couvre donc pas la question de l'inviolabilité. Cependant, si l'immunité de juridiction et l'inviolabilité sont deux notions distinctes qui ne sont pas interchangeables, force est de constater que toutes deux sont envisagées en même temps dans divers traités internationaux, comme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[10], qui dispose que « [l]a personne de l'agent diplomatique est inviolable [et i]l ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention » (art. 29)[11] et qu'« [a]ucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique » (art. 31, par. 3)[12]. De même, on peut citer la résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international (art. 1 et 4)[13].

14) Par ailleurs, la Commission a tenu compte du fait que le placement en détention d'un représentant d'un autre État pouvait, dans certaines circonstances, avoir des conséquences sur l'immunité de juridiction. C'est pourquoi la dernière phrase de l'alinéa b) du paragraphe 2 du projet d'article mentionne, parmi les mesures coercitives, « celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international ». Le membre de phrase « dont le représentant peut jouir conformément au droit international » vise à appeler l'attention sur le fait que les représentants d'un autre État ne jouissent pas tous de l'inviolabilité du seul fait de leur fonction, les traités internationaux susmentionnés ne reconnaissant l'inviolabilité qu'aux agents diplomatiques et aux autres représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione personae*.

Projet d'article 9
Notification à l'État du représentant

1. Avant que les autorités compétentes de l'État du for n'engagent des poursuites pénales ou ne prennent des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, l'État du for notifie cette circonstance à l'État du représentant. Les États envisagent de prévoir les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

2. La notification comprend, *inter alia*, l'identité du représentant, les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer la juridiction.

3. La notification est faite par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 porte sur la notification que l'État du for doit adresser à un autre État pour l'informer de son intention d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants.

---

[10] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, nº 7310, p. 95.

[11] Dans le même ordre d'idées, voir la Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969), ibid., vol. 1400, nº 23431, p. 231, art. 29 ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975), Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 91, ou *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975*, vol. II, *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 205, document A/CONF.67/16, art. 28 et 58. Pour des termes plus nuancés, voir la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, nº 8638, p. 261, art. 41, par. 1 et 2.

[12] Dans le même ordre d'idées, voir la Convention sur les missions spéciales, art. 31 ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 30 et art. 60, par. 2.

[13] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra*, la note 7), p. 744 et 746.

2) Étant donné qu'il est généralement admis que l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État dans l'intérêt de ce dernier, c'est à l'État, et non au représentant, qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer, et aussi de prendre toute décision sur la forme et les moyens à employer pour revendiquer l'immunité de son représentant. Néanmoins, pour pouvoir exercer ces prérogatives, l'État doit avoir connaissance du fait que les autorités d'un État tiers entendent exercer leur juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants.

3) La Commission a constaté que les instruments conventionnels qui prévoient une forme d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne contiennent aucune règle imposant à l'État du for l'obligation de notifier à l'État du représentant qu'il entend exercer sa juridiction pénale à l'égard de celui-ci, à la seule exception de l'article 42 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires[14]. Cela peut s'expliquer par le fait que la Convention est le seul traité de ce type qui envisage l'immunité de juridiction sous l'angle simplement de l'immunité *ratione materiae* et que, compte tenu de la possibilité pour un État d'exercer sa juridiction pénale dans certaines circonstances, elle fait de l'obligation de notification une garantie de l'immunité. En outre, la Commission a tenu compte du fait que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[15] part du principe que l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence à l'égard d'un autre État doit nécessairement être notifiée et, à cette fin, régit dans son article 22 les moyens par lesquels « la signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée ». Si cette disposition s'inscrit dans un contexte différent de celles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère, il n'en demeure pas moins que la signification ou la notification de la demande est le préalable à l'invocation de l'immunité, raison pour laquelle l'article susmentionné peut être pris en compte *mutatis mutandis* aux fins du projet d'article. Forte de ces considérations, la Commission a décidé d'inscrire la notification parmi les garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles.

4) La notification est indispensable si on veut que l'État du représentant soit dûment informé de l'intention de l'État du for d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants et, par conséquent, puisse décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. En outre, la notification facilite l'ouverture d'un dialogue entre l'État du for et l'État du représentant et, à ce titre, devient une condition fondamentale pour garantir la bonne détermination et la bonne application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. La Commission considère donc la notification comme la première des garanties procédurales définies dans la quatrième partie du projet d'articles. S'il se peut que la notification soit étroitement liée aux consultations entre l'État du for et l'État du représentant, les notions de « notification » et de « consultations » ne peuvent être confondues, car les consultations ont lieu à un stade ultérieur et font l'objet du projet d'article 15, qui devra être examiné par le Comité de rédaction.

5) Le projet d'article 9 comporte trois paragraphes qui traitent, respectivement, du moment auquel la notification doit avoir lieu, du contenu de la notification et des moyens par lesquels elle peut être exprimée.

6) Le paragraphe 1 porte sur le moment auquel la notification doit avoir lieu. Compte tenu de l'objectif qu'elle poursuit, la notification doit être rapide, car ce n'est qu'ainsi qu'elle déploie tous ses effets. Cependant, force est de constater qu'elle peut avoir des effets indésirables sur l'exercice par l'État du for de sa juridiction pénale, en particulier sur les actes qui interviennent au début d'une procédure. Il a donc été jugé nécessaire de trouver un

[14] L'article 42 de la Convention est rédigé dans les termes suivants : « En cas d'arrestation, de détention préventive d'un membre du personnel consulaire ou de poursuite pénale engagée contre lui, l'État de résidence est tenu d'en prévenir au plus tôt le chef de poste consulaire. Si ce dernier est lui-même visé par l'une de ces mesures, l'État de résidence doit en informer l'État d'envoi par la voie diplomatique. ». La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention sur les missions spéciales ne contiennent aucune disposition similaire.

[15] Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49* (A/59/49), vol. I, résolution 59/38, annexe.

équilibre entre, d'une part, l'obligation de notifier l'État du représentant et, d'autre part, le droit de l'État du for de mener des activités qui relèvent de l'exercice de sa juridiction pénale, qui peuvent concerner plusieurs sujets et plusieurs faits et dont l'exécution n'a pas nécessairement d'incidence sur le représentant d'un autre État. Dans ce souci, deux échéances primordiales ont été fixées : a) l'engagement de poursuites pénales ; b) la prise de mesures coercitives visant un représentant d'un autre État. La notification doit avoir lieu avant que l'une quelconque de ces deux circonstances ne se réalise. Le paragraphe 1 du projet d'article a donc été harmonisé avec les alinéas a) et b) du paragraphe 2 du projet d'article 8, de sorte que l'État du représentant doive être notifié en même temps que les autorités compétentes de l'État du for sont amenées à examiner la question de l'immunité, si elles ne l'ont pas fait auparavant. Les expressions « poursuites pénales » et « mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » doivent donc être comprises dans le sens où elles sont entendues dans le commentaire du projet d'article 8.

7) L'expression « représentant d'un autre État » est employée dans le projet d'article comme synonyme de « représentant de l'État » et doit donc être entendue au sens de l'alinéa e) du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission. Comme il est dit dans le commentaire de ce projet d'article, l'emploi de l'expression « représentant de l'État » n'a pas d'incidence sur la portée temporelle de l'immunité[16], qui est soumise aux règles particulières applicables à l'immunité *rationae personae* et à l'immunité *ratione materiae*[17]. Le commentaire du projet d'article 2 est pertinent aussi aux fins du projet d'article 9, et on considérera donc comme « représentant d'un autre État » tout représentant d'un autre État qui peut jouir de l'immunité prévue par les deuxième et troisième parties du projet d'articles. Ainsi, l'expression « représentant d'un autre État » peut désigner aussi bien un représentant en fonctions au moment où l'État du for entend exercer sa juridiction pénale qu'un ancien représentant, dès lors que l'intéressé peut bénéficier d'une forme d'immunité.

8) La deuxième phrase du paragraphe 1 exprime une recommandation adressée aux États et qui part du constat qu'il peut arriver que l'ordonnancement juridique d'un État ne prévoit aucune procédure permettant l'échange d'informations entre le pouvoir exécutif, les juges et le parquet[18]. Dans ce cas, le respect de l'obligation de notifier à l'État du représentant que des poursuites pénales ont été engagées ou que des mesures coercitives ont été prises contre l'un de ses représentants peut se trouver considérablement entravé, surtout si l'on tient compte du fait que, en pratique, les communications relatives à la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant d'un autre État ont souvent lieu par la voie diplomatique. La Commission a donc jugé nécessaire d'appeler l'attention des États sur ce problème en insérant la dernière phrase du paragraphe 1. Toutefois, étant donné la diversité des ordres et des pratiques juridiques internes, il a été décidé d'utiliser une formulation non prescriptive permettant aux États de déterminer s'il existe ou non dans leur ordre juridique une procédure d'échange d'informations et, le cas échéant, de décider s'il y a lieu d'adopter pareille procédure. Le verbe « envisagent » est employé à cette fin.

9) Le paragraphe 2 porte sur le contenu de la notification. Étant donné l'objectif de la notification, ce contenu peut varier selon les cas, mais il doit néanmoins comporter des informations suffisantes pour permettre à l'État du représentant de se faire une opinion sur l'opportunité d'invoquer l'immunité de son représentant ou, au contraire, d'y renoncer. Après avoir débattu de la question de savoir si ce paragraphe devait ou non être inclus dans le projet d'article, la Commission a finalement choisi de le conserver, car il permet de s'assurer que l'État du for fournira à l'État du représentant un minimum d'informations utiles. Néanmoins, elle a souhaité laisser une marge d'appréciation à l'État du for, eu égard au fait que les ordres et pratiques juridiques internes peuvent régir différemment la communication de certains éléments d'information et qu'il se peut que tel ou tel renseignement soit à la disposition du procureur ou des juges uniquement. Elle entend ainsi mettre en balance, dans le paragraphe 2, la reconnaissance à l'État du for d'une marge d'appréciation suffisante dans l'exercice de sa

[16] Voir *Annuaire … 2014*, vol. II (2e partie), p. 157, par. 12 du commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2.

[17] Voir le projet d'article 4, par. 1 et 3 (immunité *ratione personae*), et le projet d'article 6, par. 2 et 3 (immunité *ratione materiae*).

[18] Voir l'analyse qui est faite de ce problème dans le septième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/729), par. 121 à 126.

juridiction pénale et la nécessité de fournir à l'État du représentant des informations suffisantes. C'est pourquoi elle a fait précéder de l'adverbe latin « *inter alia* » la liste des éléments d'information qui doivent en tout état de cause figurer dans la notification visée dans le projet d'article 9.

10) Trois types d' informations doivent nécessairement figurer dans la notification , à savoir : a) l'identité du représentant, b) les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et c) l'autorité compétente pour exercer la juridiction. L'identité du représentant doit indispensablement être communiquée si on veut que l'État du représentant puisse déterminer si l'intéressé est effectivement un de ses représentants et décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. En ce qui concerne les informations de fond à notifier à l'État du représentant, la Commission a estimé qu'il ne suffisait pas de les limiter aux « actes commis par [le représentant] sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale », comme la Rapporteuse spéciale l'avait initialement proposé. Elle a donc retenu l'expression « motifs de l'exercice de la juridiction pénale » qui, en raison de sa formulation plus générale, permet d'inclure dans la notification non seulement des éléments factuels relatifs au comportement du représentant, mais aussi des informations sur la législation de l'État du for sur laquelle l'exercice de la juridiction est fondé. Enfin, la Commission a jugé opportun d'inclure dans la liste des informations de base des indications sur l'autorité compétente pour exercer la juridiction dans le cas particulier visé par la notification. Ce choix se justifie par l'intérêt que l'État du représentant peut avoir à savoir quels organes sont chargés de décider s'il y a lieu d'engager des poursuites pénales ou de prendre des mesures conservatoires afin de communiquer avec eux et de faire valoir tel ou tel argument, selon qu'il convient. Compte tenu du fait que, d'un ordonnancement juridique à l'autre, les organes compétents pour exercer la juridiction pénale et examiner la question de l'immunité peuvent être différents, le terme générique « autorité compétente » a été retenu, qui peut désigner aussi bien les juges, les procureurs et les policiers que d'autres autorités de l'État du for. L'emploi de ce terme au singulier s'explique par le fait que l'autorité en question aura déjà été identifiée en ce qui concerne le cas visé par la notification, même s'il n'est pas exclu que la compétence puisse relever de plusieurs autorités.

11) Le paragraphe 3 traite des moyens de communication que l'État du for peut utiliser pour adresser la notification à l'État du représentant. Cette question n'a été abordée dans aucun des traités internationaux qui régissent une forme d'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Cela étant, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens définit les moyens par lesquels la signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée, disposant au paragraphe 1 de son article 22 que la signification ou notification « est effectuée : a) [c]onformément à toute convention internationale applicable liant l'État du for et l'État concerné ; b) [c]onformément à tout arrangement particulier en matière de signification ou de notification intervenu entre le demandeur et l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas ; ou c) [e]n l'absence d'une telle convention ou d'un tel arrangement particulier : i) [p]ar communication adressée par les voies diplomatiques au Ministère des affaires étrangères de l'État concerné ; ou ii) [p]ar tout autre moyen accepté par l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas ».

12) La Commission ayant jugé utile d'indiquer dans le projet d'article les moyens de communication que l'État du for peut utiliser pour adresser la notification, elle explique au paragraphe 3 que l'État peut employer « la voie diplomatique » ou « l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États ».

13) La communication par la voie diplomatique est la plus souvent utilisée lorsque la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État se pose. Cela s'explique dans une large mesure par le fait que la question − sensible − de l'application de l' immunité à tel ou tel représentant d'un autre État est une « affaire officielle » et, par conséquent, entraîne l'application du paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[19]. Si la « voie diplomatique » est mentionnée en premier, c'est

[19] Ledit article dispose que « [t]outes les affaires officielles traitées avec l'État accréditaire, confiées à la mission par l'État accréditant, doivent être traitées avec le ministère des Affaires étrangères de l'État accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu ».

donc pour souligner que ce moyen de notification est le plus courant dans la pratique. L'expression « par la voie diplomatique » reprend la formulation figurant à l'alinéa c) i) du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui a déjà été employée par la Commission dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité[20]. Sachant que les versions officielles de la Convention ne contiennent pas toutes la même expression, il a été décidé que, dans chaque langue, le projet d'article 9 reproduirait les termes initialement employés dans la Convention.

14) Il a été tenu compte du fait que, outre la « voie diplomatique », les États peuvent utiliser divers moyens de communication aux fins de la notification, dont certains sont mentionnés à l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. C'est pourquoi le membre de phrase « l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin » a été ajouté au paragraphe 3. Les États ont donc deux options parmi lesquelles il leur appartient de choisir dans chaque cas, cette alternative pouvant être reflétée tant dans les traités internationaux de portée générale que dans d'autres accords conclus par les États concernés. Le mode de communication entre les États pouvant être régi par des instruments traitant de questions très diverses, l'expression « à cette fin » a été insérée pour souligner que, en tout état de cause, seuls les accords pertinents pouvant trouver à s'appliquer aux questions de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État sont visés. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que les accords en question doivent expressément porter sur l'immunité ou régir la question de la notification de l'immunité. Enfin, on retiendra que le membre de phrase « acceptés [...] par les deux États » renvoie à l'obligation selon laquelle tant l'État du for que l'État du représentant doivent avoir accepté les autres moyens de communication.

15) Aux termes de la dernière phrase du paragraphe 3, les autres moyens de communication acceptés « à cette fin » par les deux États « peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables ». L'utilisation de ce moyen de communication, qui avait été suggéré par la Rapporteuse spéciale dans sa proposition initiale, a suscité de vifs débats au cours desquels ont été soulevées des questions liées à la notion même de « traité de coopération et d'entraide judiciaire internationale » et au fait que les traités de ce type ne sont pas destinés à régir la question de l'immunité et que, compte tenu du type d'autorités de l'État susceptibles d'émettre et de recevoir des notifications en vertu de ces traités, les ministères des affaires étrangères et d'autres organes chargés des relations internationales pourraient être exclus de la procédure de notification visée au projet d'article 9. Toutefois, la Commission a décidé de continuer de faire référence à ce moyen de communication entre les États, sachant qu'il a parfois été utilisé par les États et qu'il peut faciliter la notification.

16) Aux fins du projet d'article, l'expression « traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales » s'entend des instruments conclus dans le but de faciliter la coopération et l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États, instruments qui peuvent être de nature multilatérale ou bilatérale. Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera, parmi les instruments multilatéraux, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale[21] et les deux protocoles additionnels y relatifs[22], la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives[23], la Convention européenne d'extradition[24] et les

[20] Le texte du projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs figurent dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément nº 10* (A/74/10), par. 44 et 45.

[21] Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 472, nº 6841, p. 185.

[22] Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 17 mars 1978), ibid., vol. 1496, nº 6841, p. 350 ; Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 8 novembre 2001), ibid., vol. 2297, nº 6841, p. 22.

[23] Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (Strasbourg, 15 mai 1972), ibid., vol. 1137, nº 17825, p. 29.

[24] Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957), ibid., vol. 359, nº 5146, p. 273.

quatre protocoles additionnels y relatifs[25], la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale[26], la Convention interaméricaine sur l'extradition[27], la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne[28], la Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales[29], la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise[30] et la Convention d'extradition entre les pays membres de la Communauté des pays de langue portugaise[31]. En ce qui concerne les traités bilatéraux, ils sont trop nombreux pour qu'on puisse en dresser la liste dans le présent commentaire, néanmoins, on citera quelques traités types qui ont été élaborés dans le cadre de diverses organisations internationales et qui constituent le fondement de nombreux autres accords bilatéraux, notamment le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale[32], le Traité type sur le transfert des poursuites pénales[33] et le Traité type d'extradition[34]. Tous contiennent des dispositions relatives aux moyens de communication entre États susceptibles d'être utilisés aux fins de la notification visée au projet d'article 9.

17) Les moyens de communication prévus dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire internationales sont définis, dans le projet d'article 9, comme une sous-catégorie des « autres moyens de communication », et leur utilisation est subordonnée à la condition qu'ils soient prévus dans les accords« applicables », c'est-à-dire les accords auxquels l'État du for et l'État du représentant sont tous deux parties et qui établissent un mécanisme susceptible d'être efficaces dans les situations dans lesquelles se posent des questions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'État.

18) En tout état de cause, on retiendra que le paragraphe 3 du projet d'article 9 n'impose pas aux États d'autres exigences concernant les moyens de communication que celles déjà établies dans les traités applicables.

19) Enfin, pour ce qui est de la forme de la notification, les membres de la Commission ont exprimé des divergences de vues sur la question de savoir si la notification devait être adressée par écrit, soulignant qu'il fallait tant éviter les abus de la procédure de notification que tenir compte de la souplesse qu'exige parfois l'acte de notification lui-même. En définitive, il n'a pas été jugé nécessaire de prévoir expressément que la notification prenne une forme écrite. Si cette forme est certes jugée préférable, la Commission n'a pas souhaité

---

[25] Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 15 octobre 1975), ibid., vol. 1161, nº 5146, p. 450 ; Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 17 mars 1978), ibid., vol. 1496, nº 5146, p. 328 ; Troisième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 10 novembre 2010), ibid., vol. 2838, nº 5146, p. 181 ; Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Vienne, 20 septembre 2012), Conseil de l'Europe, *Série des traités du Conseil de l'Europe*, nº 212.

[26] Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (Nassau, 23 mai 1992), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, nº 75.

[27] Convention interaméricaine sur l'extradition (Caracas, 25 février 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1752, nº 30597, p. 177.

[28] Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (Bruxelles, 29 mai 2000), *Journal officiel des Communautés européennes*, C 197, 12 juillet 2000, p. 3.

[29] *Journal officiel de l'Union européenne*, L 328, 15 décembre 2009, p. 42.

[30] Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise (Praia, 23 novembre 2005), *Diário da República I*, nº 177, 12 septembre 2008, p. 6635.

[31] Convention d'extradition entre les pays membres de la Communauté des pays de langue portugaise (Praia, 23 novembre 2005), ibid., nº 178, 15 septembre 2008, p. 6664.

[32] Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, résolution 45/117 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 53/112 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1998, annexe I).

[33] Traité type sur le transfert des poursuites pénales, résolution 45/118 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe.

[34] Traité type d'extradition, résolution 45/116 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 52/88 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1997, annexe).

exclure d'autres possibilités, compte tenu notamment du fait que la notification, en particulier lorsqu'elle a lieu par la voie diplomatique, s'effectue souvent d'abord de manière orale avant d'être écrite, quelle qu'en soit la forme (note verbale, lettre ou autre).

Projet d'article 10
Invocation de l'immunité

1. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant lorsque l'État a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant. L'immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais.

2. L'immunité est invoquée par écrit, en indiquant l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.

3. L'immunité peut être invoquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. Les autorités devant lesquelles l'immunité est invoquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de ce fait.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 aborde deux aspects de la question de l'invocation de l'immunité : d'une part, le droit qui est reconnu à l'État du représentant d'invoquer l'immunité ; d'autre part, la procédure applicable en ce qui concerne le moment où l'immunité peut être invoquée, les renseignements à fournir pour l'invoquer et les moyens de communication qui peuvent être utilisés à cette fin. En outre, il précise qu'il faut informer les autorités compétentes de l'État du for que l'immunité a été invoquée. Toutefois, il ne traite pas des effets de l'invocation, qui sont abordés plus loin. C'est pourquoi le texte adopté par la Commission n'inclut ni le paragraphe 6 initialement proposé par la Rapporteuse spéciale concernant l'examen d'office de la question de l'immunité[35] ni la proposition d'un membre du Comité de rédaction concernant l'éventuel effet suspensif de l'invocation de l'immunité.

2) Le paragraphe 1 du projet d'article 10 reprend les paragraphes 1 et 2 du projet d'article initialement proposé par la Rapporteuse spéciale. Son libellé part du constat que l'État du représentant est en droit d'invoquer l'immunité de ses représentants lorsqu'un autre État cherche à exercer sa compétence pénale à leur égard. Bien que les traités qui régissent les différentes formes d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne mentionnent pas expressément l'invocation de l'immunité ni le droit de l'État du représentant à cet égard, l'invocation de l'immunité des représentants de l'État est une pratique courante réputée couverte par le droit international. L'invocation de l'immunité sert une double fonction : d'une part, elle permet à l'État du représentant de demander le respect de l'immunité ; d'autre part, elle permet à l'État qui entend exercer sa compétence d'avoir connaissance de cette circonstance et de tenir compte des informations fournies par l'État du représentant dans le cadre de la détermination de l'immunité.

3) Le droit d'invoquer l'immunité est la prérogative de l'État du représentant. Cela se justifie aisément par le fait que l'immunité a pour but de préserver la souveraineté de l'État du représentant, raison pour laquelle elle est reconnue au bénéfice de l'État et non de la personne intéressée[36]. Il appartient par conséquent à l'État lui-même, et non à ses

[35] Le paragraphe 6 du projet d'article 10 initialement proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport était libellé comme suit : « En tout état de cause, les organes compétents pour apprécier l'immunité se prononcent d'office sur son application à l'égard des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, que l'État du représentant invoque ou non cette immunité » (A/CN.4/729, par. 69).

[36] Cette façon d'envisager la question ne prête pas à controverse et est reflétée dans divers traités, par exemple dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont le quatrième alinéa du préambule dispose que « le but [des] privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus

représentants, d'invoquer l'immunité et de prendre toutes les décisions qui s'imposent à cet égard. En tout état de cause, l'exercice du droit d'invoquer l'immunité a un caractère facultatif, ce qui explique l'emploi de la formulation « [l]'État peut invoquer l'immunité de son représentant ».

4) C'est l'État du représentant qui a le pouvoir d'invoquer l'immunité ; toutefois, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont compétentes pour prendre les décisions relatives à l'invocation ni quelles autorités sont compétentes pour signifier que l'immunité est invoquée. La question n'étant pas abordée dans les traités pertinents, les autorités compétentes sont celles reconnues comme telles par le droit interne, en vertu du principe de l'auto-organisation de l'État. En tout état de cause, figurent indéniablement parmi elles, à tout le moins, les organes de l'État chargés des relations internationales en vertu du droit international, y compris le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les chefs des missions diplomatiques. Toutefois, il n'est pas pour autant exclu que, dans certaines circonstances, l'immunité puisse être invoquée par une personne que l'État a expressément mandatée à cette fin, en particulier dans le cadre d'une procédure pénale au sens strict où l'expression est entendue, c'est-à-dire une procédure engagée devant les tribunaux.

5) L'invocation de l'immunité doit donc être comprise comme un acte officiel par lequel l'État du représentant fait savoir à l'État qui entend exercer sa compétence pénale que la personne visée est son représentant et que, selon lui, il bénéficie de l'immunité, avec les conséquences qui pourraient en découler. Partant, plus l'invocation intervient tôt, plus elle est utile, c'est pourquoi il est précisé que l'État du représentant peut invoquer l'immunité « lorsqu['il] a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant ». Les termes « un autre État » ont été jugés préférables aux termes « l'État du for », car ils ont une portée plus large et plus générale, d'autant que l'immunité peut être invoquée avant qu'une procédure pénale, au sens strict de l'expression, soit engagée. Le membre de phrase « lorsque l'État a connaissance » fait écho au libellé du projet d'article 8. En ce qui concerne comment l'État du représentant peut arriver à avoir connaissance de la situation, la Commission a tenu compte, tout d'abord, de la relation entre la notification et l'invocation. La notification vise entre autres à faire savoir à l'État du représentant que les autorités compétentes de l'État du for ont l'intention d'exercer leur compétence pénale. C'est par conséquent le meilleur moyen pour l'État du représentant d'être informé de la situation. Toutefois, l'intention n'étant pas d'exclure la possibilité que l'État du représentant soit informé autrement, que ce soit par son représentant lui-même ou par une quelconque autre source, il n'est pas précisé que la notification visée au projet d'article 9 est l'acte qui détermine quand l'immunité peut être invoquée.

6) Le paragraphe 1 prévoit la possibilité pour l'État du représentant d'invoquer l'immunité lorsqu'il a connaissance que la compétence pénale d'un autre État « pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant ». L'alternative proposée vise à tenir compte du fait que l'État du représentant peut parfois n'avoir connaissance que tardivement des poursuites engagées contre son représentant et que cela ne doit pas pour autant le priver de

---

mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États ». Des formulations presque identiques figurent dans les préambules de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (cinquième alinéa), de la Convention sur les missions spéciales (septième alinéa) et de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (sixième alinéa). L'Institut de droit international a exprimé une opinion analogue dans le préambule de sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, où il est dit qu'un traitement particulier doit être accordé au chef d'État ou de gouvernement, en tant que représentant de cet État, « non pas dans son intérêt personnel, mais parce qu'il lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et assumer ses responsabilités de manière indépendante et efficace, dans l'intérêt bien compris tant de l'État concerné que de la communauté internationale dans son ensemble » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 7), p. 742, troisième alinéa). C'est également le cas des deux rapporteurs spéciaux qui ont traité ce sujet au sein de la Commission (voir *Annuaire ... 2010*, vol. II, (1re partie), document A/CN.4/631, p. 417 et suiv., en particulier p. 424, par. 19 ; *Annuaire ... 2011*, vol. II, (1re partie), document A/CN.4/646, p. 231 et suiv., en particulier p. 236, par. 15 ; *Annuaire... 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661, p. 39 et suiv., en particulier p. 48, par. 49).

son droit d'invoquer l'immunité, surtout si des actes relevant de l'exercice de la compétence pénale de l'autre État et susceptibles d'avoir une incidence sur le représentant ont déjà été accomplis. À cet égard, il convient de rappeler que la reconnaissance du droit de l'État du représentant d'invoquer l'immunité ne saurait être automatiquement interprétée comme signifiant que l'invocation de l'immunité fait obstacle à la poursuite de la procédure pénale une fois la compétence établie.

7) La dernière phrase du paragraphe 1 dispose que « [l]'immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais ». L'expression « dans les meilleurs délais » reflète le fait que l'État du représentant a divers éléments (juridiques et politiques) à prendre en considération pour décider d'invoquer ou non l'immunité et, le cas échéant, déterminer la portée de l'invocation. Étant donné que, selon le cas, l'État du représentant peut avoir besoin de plus ou moins de temps pour prendre sa décision, cette expression a été préférée aux expressions « dès que possible » ou « dans un délai raisonnable », qui peuvent être ambiguës. En outre, l'expression « dans les meilleurs délais » appelle l'attention sur l'importance d'invoquer l'immunité rapidement.

8) Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler que, si l'invocation de l'immunité est une garantie pour l'État du représentant, qui a donc tout intérêt à entreprendre la démarche « dans les meilleurs délais », rien n'empêche l'État en question d'invoquer l'immunité au moment de son choix. C'est cette souplesse que traduit l'emploi du mot « peut ». Par ailleurs, l'invocation de l'immunité doit être conforme à la loi, indépendamment du fait que ses effets peuvent varier.

9) Le paragraphe 2 est consacré à la forme sous laquelle l'immunité doit être invoquée et aux renseignements à fournir pour l'invoquer. Compte tenu du fait que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant est appelée à jouer un rôle dans la détermination de l'immunité et peut empêcher l'État du for d'exercer sa compétence, la Commission a estimé que l'invocation devait se faire par écrit, peu importe la forme du document, et qu'il fallait préciser l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.

10) L'expression « le poste qu'il occupe » renvoie au titre fonctionnel, au rang ou à la classe du représentant (par exemple, chef d'État, ministre des affaires étrangères ou conseiller juridique). En tout état de cause, il convient de rappeler que l'indication du poste occupé par le représentant ne saurait en aucun cas être interprétée comme excluant les représentants de rang inférieur du champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère, car, comme l'a indiqué la Commission elle-même, « la notion de "représentant de l'État" est fondée uniquement sur le fait que la personne en question représente l'État ou exerce des fonctions étatiques, [de sorte que] le rang hiérarchique occupé n'est pas pertinent aux seules fins de la définition[37] ».

11) La Commission a estimé qu'il n'était pas opportun de faire obligation à l'État du représentant d'indiquer le type d'immunité invoquée (*ratione personae* ou *ratione materiae*), sauf à lui imposer des conditions excessivement techniques. L'État du for peut s'appuyer sur les informations relatives au poste occupé par le représentant et sur les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée pour déterminer si les règles applicables sont celles énoncées dans la deuxième ou dans la troisième partie du projet d'articles.

12) Le paragraphe 3 énumère les voies par lesquelles l'immunité peut être invoquée. Il est libellé suivant le modèle du paragraphe 3 du projet d'article 9, et on se référera au commentaire de cette disposition pour une explication du sens à lui donner. On retiendra toutefois que la Commission a apporté quelques modifications d'ordre rédactionnel au paragraphe 3 du projet d'article 10 en vue de l'adapter au contexte particulier de l'invocation de l'immunité. En particulier, elle a préféré employer la formulation « [l]'immunité peut être invoquée » plutôt que les termes « est invoquée » afin de souligner qu'il n'est pas exclu que l'immunité de juridiction pénale du représentant soit invoquée par d'autres voies, notamment

[37] *Annuaire … 2014*, vol. II (2e partie), p. 155, par. 14 du commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2.

dans le cadre d'une procédure pénale engagée devant les tribunaux conformément au droit de l'État du for.

13) Le paragraphe 4 vise à garantir que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant est portée à la connaissance des autorités de l'autre État qui sont compétentes pour envisager ou déterminer l'applicabilité de l'immunité. L'objectif est d'éviter que la démarche soit dénuée d'effet simplement parce qu'elle n'a pas été faite devant les autorités chargées d'examiner et de trancher la question de l'immunité. Ce paragraphe s'inscrit dans le même esprit que paragraphe 5 du projet d'article 10 proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport[38], mais est formulé plus simplement et en des termes prescriptifs, disposant que « [l]es autorités devant lesquelles l'immunité est invoquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de ce fait ». Il reflète le principe selon lequel l'obligation d'examiner et de trancher la question de l'immunité incombe à l'État, qui doit prendre les mesures nécessaires pour se conformer à cette obligation, et constitue donc une garantie procédurale tant pour l'État du représentant que pour l'État qui entend exercer sa compétence pénale. Toutefois, compte tenu de la diversité des ordres et des pratiques juridiques internes ainsi que de la nécessité de respecter le principe d'auto-organisation, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont chargées de notifier l'invocation de l'immunité ni quelles autorités doivent être notifiées. En toute logique, il est entendu qu'il s'agit dans les deux cas d'autorités de l'État qui entend exercer ou a exercé sa compétence pénale à l'égard d'un représentant d'un autre État et que l'expression « toute autre autorité concernée » désigne les autorités compétentes pour participer à l'examen ou à la détermination de l'immunité. Dans un cas comme dans l'autre, il peut s'agir du pouvoir exécutif, du pouvoir judiciaire ou du ministère public, ou encore des services de police.

Projet d'article 11
Renonciation à l'immunité

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.

2. La renonciation doit toujours être expresse et par écrit.

3. La renonciation à l'immunité peut être communiquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. Les autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité.

5. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

Commentaire

1) Dans le projet d'article 11, deux aspects de la renonciation à l'immunité sont envisagés : d'une part, le droit qui est reconnu à l'État du représentant de renoncer à l'immunité ; d'autre part, la procédure applicable en ce qui concerne la forme de la renonciation et les moyens à employer pour la communiquer. Il est en outre précisé que la renonciation doit être communiquée aux autorités compétentes de l'État du for. Bien que la structure du projet d'article 11 soit calquée sur celle du projet d'article 10, la teneur de ces deux dispositions n'est pas identique, l'invocation de l'immunité et la renonciation à celle-ci étant des mécanismes distincts qui ne sauraient être confondus.

2) Contrairement à l'invocation, la renonciation à l'immunité de juridiction a été examinée de manière approfondie par la Commission dans plusieurs projets d'article antérieurs[39], et elle est abordée dans les traités internationaux qui, sur la base de ces projets

[38] A/CN.4/729, par. 69.

[39] La Commission a examiné la question de la renonciation à l'immunité de certains représentants de l'État dans le cadre de ses travaux sur les relations diplomatiques, les relations consulaires, les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations

d'article, régissent diverses formes d'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient certains représentants de l'État, en particulier la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 32), la Convention de Vienne sur les relations consulaires (art. 45), la Convention sur les missions spéciales (art. 41) et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 31). La question de la renonciation a également été examinée dans les projets de codification des règles relatives à l'immunité qui ont été menés dans un cadre privé, en particulier dans les résolutions adoptées par l'Institut de droit international en 2001 et 2009[40]. Quant à la renonciation à l'immunité de l'État, elle est abordée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[41] ainsi que dans les lois nationales relatives à l'immunité des États[42].

---

internationales. L'article 30 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques était libellé comme suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents diplomatiques. 2. Au criminel, la renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire… 1958*, vol. II, document A/3859, p. 102). L'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires disposait : « *Renonciation aux immunités*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'égard d'un membre du consulat aux immunités prévues aux articles 41, 43 et 44. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire… 1961*, vol. II, document A/4843, p. 123). L'article 41 du projet d'articles sur les missions spéciales était ainsi libellé : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses représentants dans la mission spéciale, des membres du personnel diplomatique de celle-ci et des autres personnes qui bénéficient de l'immunité conformément aux articles 36 à 40. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire… 1967*, vol. II, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.2, p. 402). Enfin, l'article 31 du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales prévoyait ce qui suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction du chef de mission, des membres du personnel diplomatique de la mission et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 36. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire… 1971*, vol. II (1re partie), document A/8410/Rev.1, p. 322)

40 L'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international est libellé comme suit : « 1. Le chef d'État ne jouit plus de l'inviolabilité, de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son État y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine. Il appartient au droit national de l'État intéressé de déterminer l'organe compétent pour décider de cette renonciation. 2. La renonciation devrait être décidée lorsque le chef d'État est suspecté d'avoir commis des infractions particulièrement graves ou lorsque l'exercice de ses fonctions ne paraît pas compromis par les décisions que les autorités du for seraient appelées à prendre. » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 7), p. 748). Quant à l'article 8 de cette résolution, il dispose : « 1. Les États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes. 2. Si la dérogation n'est pas explicite, il convient de présumer qu'il n'est pas dérogé à l'inviolabilité et aux immunités visées au paragraphe précédent ; l'existence et l'étendue de cette dérogation doivent être établies sans ambiguïté par toutes voies de droit. » (ibid.). Cette approche n'a pas changé comme suite à l'adoption, en 2009, de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, qui introduit malgré tout un élément nouveau puisqu'elle dispose, au paragraphe 3 de son article II, que « [l]es États devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont accusés de crimes internationaux ». Cette recommandation vient compléter les dispositions du paragraphe 2 de l'article II, qui dispose que « [c]onformément au droit international conventionnel et coutumier, les États ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation que les victimes des crimes visés par la présente résolution sont en droit d'obtenir » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I-II (session de Naples, 2009), p. 229 ; à consulter sur le site Web de l'Institut de droit international, à l'adresse suivante : www.idi-iil.org, sous la rubrique « Résolutions »).

41 Il faut cependant tenir compte du fait que, dans la Convention de 2004, la renonciation à l'immunité n'est abordée qu'indirectement, par l'énumération d'une série de cas de figure dans lesquels l'État étranger est automatiquement réputé avoir consenti à l'exercice de la compétence des tribunaux de l'État du for. Voir, à ce propos, les articles 7 et 8 de la Convention.

42 Voir États-Unis d'Amérique, loi de 1976 relative aux immunités souveraines étrangères, art. 1605, al. a) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des

3) La renonciation à l'immunité par l'État du représentant est un acte officiel par lequel l'État concerné renonce à son droit de revendiquer l'immunité et qui lève tout obstacle susceptible d'empêcher les tribunaux de l'État du for d'exercer leur compétence. En cas de renonciation, donc, rien ne sert d'examiner la question de l'application de l'immunité et des limites et exceptions à celle-ci. La Cour internationale de Justice l'a confirmé dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dans lequel elle a clairement dit que les représentants « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si 1'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité[43] ».

4) Le paragraphe 1 du projet d'article 11 affirme le droit de l'État du représentant de renoncer à l'immunité. Il reprend, à quelques nuances près, le libellé du paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, disposant que « [l]'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants ». L'accent est mis sur le titulaire du droit à la renonciation, à savoir l'État du représentant et non le représentant lui-même, conséquence logique du fait que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est destinée à protéger les droits et intérêts de l'État du représentant. Seul l'État du représentant peut donc renoncer à l'immunité et consentir à l'exercice de la juridiction pénale d'un autre État à l'égard de l'un de ses représentants. Le terme « peut » a été employé pour souligner que la renonciation est un droit, et non une obligation. La Commission s'est ainsi conformée à sa pratique antérieure, sachant que, dans les différents projets d'article traitant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, elle avait estimé qu'il n'existait pas d'obligation de renoncer à l'immunité.

5) S'il est établi que le pouvoir de renoncer à l'immunité appartient à l'État du représentant, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont compétentes pour prendre les décisions relatives à la renonciation à l'immunité ni quelles autorités sont compétentes pour communiquer la renonciation. Dans l'ensemble, les conventions et les lois internes précitées ne régissent pas cette question, se bornant à mentionner l'État en des termes abstraits[44]. La Commission elle-même a considéré dans des travaux antérieurs qu'il était préférable de ne pas préciser quels organes de l'État sont habilités à renoncer à l'immunité[45].

États étrangers, art. 3 ; Australie, loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, art. 10, 3 et 6 ; Canada, loi de 1985 sur l'immunité des États, art. 4, par. 2) ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9 et 10 ; Japon, loi de 2009 établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, art. 6 ; Espagne, loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, art. 5, 6 et 8.

[43] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 8), p. 25, par. 61.

[44] Certaines lois nationales font exception et prévoient que la renonciation est communiquée par le chef de la mission. Voir Royaume-Uni, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2.7 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4.7 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4.6 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3.6 ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9, al. c).

[45] Déjà, dans le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, la Commission avait jugé préférable de laisser à l'appréciation des États la question de savoir quels organes seraient compétents pour renoncer à l'immunité des agents diplomatiques. C'est ainsi que, dans le texte de l'article 30 adopté en seconde lecture, elle avait décidé de modifier le libellé du paragraphe 2 en supprimant le membre de phrase « et émaner du gouvernement de l'État accréditant », qui figurait à la fin de ce paragraphe tel qu'il avait été adopté en première lecture. La Commission explique cette décision de la manière suivante : « La Commission a décidé d'éliminer le membre de phrase "et émaner du gouvernement de l'État accréditant". Ces mots ont été supprimés parce qu'ils donnaient lieu à un malentendu car on pouvait comprendre que la communication relative à la renonciation devrait effectivement émaner du gouvernement de l'État accréditant. Or, comme on l'a fait observer, le chef de la mission est le représentant de son gouvernement, et, quand il communique une renonciation à l'immunité, les tribunaux de l'État accréditaire doivent l'accepter comme une déclaration du gouvernement de l'État accréditant. Dans le nouveau texte, la question du pouvoir du chef de la mission de faire la déclaration est laissée de côté. C'est une question interne qui ne concerne que l'État accréditant et le chef de la mission. » (*Annuaire… 1958*, vol. II, document A/3859, p. 102 et 103, paragraphe 2 du commentaire de l'article 30). Dans le même ordre d'idées, la Commission a déclaré ce qui suit au sujet de l'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires : « Le texte de l'article ne répond pas à la question de savoir par quelle voie la

En outre, la pratique des États en la matière est limitée et peu concluante[46]. Les commentaires formulés plus haut concernant le principe de l'auto-organisation de l'État et la compétence du chef de l'État, du chef du gouvernement, du ministre des affaires étrangères et des chefs des missions diplomatiques en matière de communication sont donc pleinement applicables non seulement dans le contexte de l'invocation de l'immunité, mais aussi dans celui de la renonciation à l'immunité, sans préjudice toutefois de la possibilité que la renonciation soit communiquée par une personne mandatée à cette fin par l'État du représentant, surtout lorsqu'elle intervient devant les tribunaux de l'autre État.

6) Contrairement à ce qui a été décidé pour l'invocation, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'introduire un élément temporel dans ce projet d'article, la renonciation pouvant intervenir à tout moment.

7) Le paragraphe 2 traite des modalités de la renonciation, qui « doit toujours être expresse et par écrit ». Il est libellé sur le modèle du paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, aux termes duquel « [l]a renonciation doit toujours être expresse », et du paragraphe 2 de l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui dispose que « [l]a renonciation doit toujours être expresse, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article [demande reconventionnelle], et doit être communiquée par écrit à l'État de résidence ». La règle selon laquelle la renonciation doit être « expresse et par écrit » vient renforcer le principe de la sécurité juridique.

8) La Commission a systématiquement estimé, dans ses travaux antérieurs que la renonciation devait être expresse[47], et les traités internationaux pertinents[48] et les lois internes[49] partent du même principe. On a donc supprimé le paragraphe 4 du projet d'article initialement proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport, qui était formulé ainsi : « Par renonciation expresse, on entend une renonciation pouvant se déduire de manière claire et sans équivoque d'un traité international auquel sont parties l'État du for et l'État du représentant.[50] ». En effet, si les membres de la Commission étaient dans l'ensemble d'avis que la renonciation à l'immunité pouvait être expressément prévue dans un traité[51], certains ont critiqué l'emploi de la formule « pouvant se déduire », estimant qu'elle traduisait la reconnaissance d'une forme de renonciation implicite.

---

renonciation à l'immunité doit se faire. Il est à présumer que, dans le cas où le chef de poste consulaire est visé par cette mesure, la déclaration portant la renonciation à l'immunité doit se faire par la voie diplomatique. Si la renonciation concerne un autre membre du consulat, cette déclaration peut être faite par le chef du poste consulaire dont il s'agit. » (*Annuaire… 1961*, vol. II, document A/4843, p. 123, paragraphe 2 du commentaire de l'article 45).

[46] Ainsi, aux États-Unis, par exemple, la renonciation a été formulée par le Ministre haïtien de la justice en l'affaire *Paul v. Avril* (Tribunal de district du District sud de la Floride, jugement du 14 janvier 1993, 812 F. Supp. 207) et en Belgique par le Ministre tchadien de la justice en l'affaire *Hissène Habré*. En Suisse, dans l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal fédéral, arrêt du 2 novembre 1989, ATF 115 Ib 496), les tribunaux n'ont pas cherché à savoir quels ministères étaient compétents ; ils ont simplement estimé qu'il suffisait qu'il s'agisse d'organes du Gouvernement et ont donc accepté une communication transmise par la Mission diplomatique des Philippines.

[47] Voir *supra* la note 39.

[48] Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 32, par. 2 ; la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 45, par. 2 ; la Convention sur les missions spéciales, art. 41, par. 2 ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 31, par. 2.

[49] Ainsi, la loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne prévoit en son article 27 la renonciation expresse à l'immunité du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères.

[50] A/CN.4/729, par. 103.

[51] L'Institut de droit international s'était exprimé en ce sens dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, dont le paragraphe 1 de l'article 8 dispose que « [l]es États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 7), p. 748).

9) La possibilité que la renonciation à l'immunité puisse découler d'obligations mises à la charge des États par des dispositions conventionnelles a été envisagée, en particulier, dans l'affaire *Pinochet (nº 3)*[52], mais la Chambre des lords n'a pas fondé sa décision sur cette considération. Elle a aussi été envisagée, quoique sous un angle différent, dans le contexte de l'interprétation des articles 27 et 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale[53] et de l'obligation des États parties de coopérer avec la Cour. La Commission a toutefois estimé qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants lui permettant de conclure que l'existence d'obligations conventionnelles pouvait être automatiquement considérée, de façon générale, comme une renonciation à l'immunité des représentants de l'État, d'autant que la Cour internationale de Justice a conclu ce qui suit dans l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* : « C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions.[54] ».

10) En plus d'être expresse, la renonciation à l'immunité doit être formulée par écrit. Cette règle n'a toutefois aucune incidence sur la forme sous laquelle l'acte de renonciation doit être présenté, qui dépend non seulement de la volonté de l'État du représentant, mais aussi du moyen employé pour communiquer la renonciation, voire du cadre dans lequel celle-ci est formulée. Ainsi, rien n'empêche de communiquer la renonciation par note verbale, lettre, ou autre document écrit sans caractère diplomatique adressé aux autorités de l'État du for, au moyen d'un acte ou document de procédure, ou par n'importe quel autre document exprimant de façon expresse, claire et manifeste la volonté de l'État de renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de son représentant.

11) Enfin, il convient de souligner que, contrairement à la démarche qu'elle a suivie aux fins du projet d'article 10 (par. 2), dans le projet d'article 11, la Commission n'a pas jugé nécessaire de faire expressément référence au contenu de l'acte de renonciation. Si les avis des membres étaient partagés à ce sujet, il a finalement été jugé préférable de laisser une certaine latitude à l'État du représentant. Le membre de phrase « elle doit désigner le représentant dont l'immunité est levée et, le cas échéant, les actes visés » qui figurait dans la proposition initiale de la Rapporteuse spéciale a donc été supprimé. En tout état de cause, la Commission tient à souligner que le contenu de l'acte de renonciation doit être suffisamment clair pour que l'État aux autorités duquel il a été soumis puisse en déterminer la portée sans ambiguïté[55]. Il est donc entendu que l'État du représentant doit donner le nom du représentant

---

[52] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (nº 3)*, Royaume-Uni, Chambre des lords, décision du 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 ; voir aussi *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 135.

[53] Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2187, nº 38544, p. 3.

[54] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 8), p. 24 et 25, par. 59.

[55] On trouvera ci-après trois exemples de déclaration claire de renonciation cités dans le mémorandum du Secrétariat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/596 et Corr.1 (à consulter sur le site Web de la Commission, documents de la 60e session), par. 252 et 253). En l'affaire *Paul v. Avril*, le Ministre haïtien de la justice a déclaré : « Prosper Avril, ex-général de corps d'armée haïtien et ancien Président du Gouvernement militaire de la République d'Haïti, ne bénéficie d'absolument aucune forme d'immunité, que ce soit celle d'un souverain, d'un chef d'État, d'un ancien chef d'État, qu'elle soit diplomatique, consulaire ou testimoniale, ou que ce soit toute autre immunité, de juridiction ou de poursuite, d'exécution des décisions de justice et de comparution avant et après jugement. » (*Paul v. Avril* (voir *supra* la note 46), p. 211). En l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos*, la renonciation adressée par les Philippines était libellée comme suit : « […] le gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité (1) d'État, (2) de chef d'État ou (3) diplomatique, dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international […] Cette renonciation s'étend à la poursuite de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'affaire mentionnée ci-dessus (enquête conduite dans le district méridional de l'État de New York),

dont il renonce à l'immunité et, s'il y a lieu, préciser la portée qu'il entend concrètement donner à la renonciation, en particulier lorsqu'il souhaite non pas renoncer entièrement à l'immunité, mais limiter celle-ci à certains actes ou bien en exclure certains actes qu'aurait commis le représentant. Lorsque la renonciation à l'immunité a une portée limitée, l'État du représentant peut invoquer l'immunité à l'égard des actes non visés par la renonciation, c'est-à-dire à l'égard de faits qui sont distincts de ceux qui ont motivé la renonciation ou dont il a eu connaissance après celle-ci et pour lesquels les autorités de l'autre État entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur le représentant.

12) Le paragraphe 3 traite des moyens par lesquels l'État du représentant peut communiquer la renonciation à l'immunité dont bénéficie son représentant. Ce paragraphe, semblable au paragraphe 3 du projet d'article 10, reprend pour l'essentiel la formulation de celui-ci, à ceci près que le verbe « communiquer » y est employé à des fins d'harmonisation avec le texte de l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Compte tenu des similitudes qui existent entre le paragraphe 3 qui fait l'objet du présent commentaire et le paragraphe 3 du projet d'article 10, on se reportera au commentaire de ce dernier pour ce qui est de savoir quelles autorités de l'État du représentant sont compétentes pour décider de la renonciation à l'immunité et pour communiquer celle-ci. En particulier, on retiendra que la forme verbale « peut » s'agissant des moyens de communication a été employée afin de laisser la possibilité de communiquer la renonciation à l'immunité directement aux tribunaux de l'État du for.

13) Le paragraphe 4 dispose que « [l]es autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité ». Ce paragraphe est le pendant du paragraphe 4 du projet d'article 10, auquel on a simplement apporté des modifications rédactionnelles. Étant donné que les deux paragraphes obéissent à la même logique et ont la même finalité, les commentaires du projet d'article 10 ayant trait à cette question s'appliquent également au paragraphe 4 du projet d'article 11.

14) Aux termes du paragraphe 5, « [l]a renonciation à l'immunité est irrévocable ». Cette disposition repose sur le constat que la renonciation produit des effets qui perdurent et que, une fois qu'elle intervient, l'immunité cesse de faire obstacle à l'exercice de la juridiction pénale des autorités de l'État du for. Force est donc de conclure que, compte tenu de ses effets et de sa nature, la renonciation n'est pas révocable, car, dans le cas contraire, elle serait vidée de tout son sens. Cela étant, le paragraphe 5 du présent projet d'article a donné lieu à un débat animé entre les membres de la Commission.

15) Ce débat portait non pas sur les motifs justifiant l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité, mais sur la possibilité de définir des exceptions à l'irrévocabilité. On retiendra en premier lieu que, de manière générale, les membres de la Commission s'accordent à penser que le paragraphe 5, dans sa version actuelle, pose une règle générale qui est une expression du principe de la bonne foi et qui répond à la nécessité de garantir la sécurité juridique. Cela étant, certains sont d'avis que cette règle pourrait faire l'objet de certaines exceptions, notamment lorsque, ultérieurement à la renonciation, surviennent des faits nouveaux dont l'État du représentant n'avait pas connaissance ;lorsqu'il est constaté dans une affaire dans laquelle l'État du for exerce sa juridiction que les règles fondamentales relatives au droit à un procès équitable n'ont été pas respectées ; et lorsqu'un changement de circonstances générales se produit, par exemple un changement de gouvernement ou d'ordonnancement

---

ainsi qu'à tout acte criminel ou à toute autre affaire connexe dans lesquels ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité. » (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (voir *supra* la note 46), p. 501 et 502). En l'affaire *Hissein Habré*, jugée à Bruxelles, le Ministère de la justice du Tchad a renoncé expressément à l'immunité en ces termes : « La Conférence nationale souveraine tenue à N'djaména du 15 janvier au 7 avril 1993 avait officiellement levé toute immunité de juridiction à Monsieur Hissein Habré. Cette position a été confortée par la loi nº 010/PR/95 du 9 juin 1995 accordant l'amnistie aux détenus et exilés politiques et aux personnes en opposition armée, à l'exclusion de "l'ex-Président de la République, Hissein Habré, ses co-auteurs et/ou complices". Dès lors, il est clair que Monsieur Hissein Habré ne peut prétendre à une quelconque immunité de la part des autorités tchadiennes et ce, depuis la fin de la Conférence nationale souveraine. » (Lettre adressée par le Ministre de la justice du Tchad au juge d'instruction de l'arrondissement de Bruxelles, 7 octobre 2002).

juridique, qui est susceptible de conduire à une situation dans laquelle le droit à un procès équitable n'est plus garanti dans l'État entendant exercer sa juridiction pénale.

16) Ces considérations ont donné lieu à un débat sur l'utilité et l'opportunité d'introduire le paragraphe 5 dans le projet d'article 11. Certains membres se sont dits favorables à sa suppression, d'autant que ni les traités pertinents ni le droit interne des États ne faisaient expressément référence à la non-rétroactivité de la renonciation à l'immunité, et que la pratique en la matière était peu abondante[56]. D'autres ont jugé utile de conserver le paragraphe pour des raisons de sécurité juridique et parce que la Commission elle-même, faisant référence à la renonciation à l'immunité dans son projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, avait déclaré ceci : « Il va de soi que le procès, quelle que soit l'instance où il se déroule, est considéré comme un tout et que l'exception d'immunité ne saurait être invoquée en appel s'il y a eu renonciation, expresse ou tacite, en première instance[57] ». D'autres membres encore ont cependant fait observer qu'on ne saurait déduire de cette déclaration que la renonciation à l'immunité était irrévocable.

17) Dans le souci de tenir compte de la question des exceptions à l'irrévocabilité de la renonciation, certains membres de la Commission ont proposé d'introduire dans le paragraphe 5 des expressions de sauvegarde du type « sauf dans des circonstances exceptionnelles » ou « en principe », estimant qu'elles permettaient de reconnaître que la renonciation peut être révoquée dans des circonstances particulières telles celles mentionnées précédemment. D'autres étaient au contraire d'avis que l'introduction de ces formules compliquerait encore l'interprétation du paragraphe 5 et qu'il était donc préférable de ne pas modifier le libellé de ce paragraphe si on décidait finalement de le conserver dans le projet d'article 11. À ce sujet, un membre de la Commission a fait observer que, en fin de compte, la renonciation à l'immunité était un acte unilatéral de l'État dont la portée devrait être définie à la lumière des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés par la Commission en 2006, en particulier le principe 10[58]. Enfin, d'aucuns ont souligné qu'il était difficile de définir les circonstances exceptionnelles pouvant justifier la révocation de la renonciation à l'immunité, quoi qu'il ait été réaffirmé qu'on pouvait citer, parmi celles-ci, le changement de gouvernement ou d'ordonnancement juridique de nature à porter atteinte au respect des droits de l'homme du représentant et de son droit à un procès équitable. Par ailleurs, certains ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de considérer comme des circonstances exceptionnelles la survenance de faits nouveaux qui n'étaient pas connus au moment de la renonciation ou l'exercice de la juridiction de l'État du for à l'égard de faits autres que ceux visés par la renonciation, faisant valoir que ces cas de figure participaient non pas de circonstances exceptionnelles, mais de circonstances à l'égard desquelles l'État du représentant n'a pas formulé de renonciation et qui pourraient donc être couvertes par l'immunité en vertu des règles générales énoncées dans le projet d'articles.

---

[56] Concernant l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité et la possibilité de soumettre celle-ci à des conditions, voir les dispositions de droit interne suivantes : États-Unis, loi de 1976 relative aux immunités souveraines étrangères, art. 1605, al. a) ; Royaume-Uni, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3 ; Australie, loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, art. 10, 3 et 6 ; Canada, loi de 1985 sur l'immunité des États, art. 4, par. 2) ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9 et 10 ; Japon, loi de 2009 établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, art. 6 ; Espagne, loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, art. 5, 6 et 8.

[57] *Annuaire… 1958*, vol. II, document A/3859, p. 103, par. 5 du commentaire de l'article 30.

[58] Le principe 10 est libellé comme suit : « Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération : *a*) Les termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation ; *b*) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations ; *c*) La mesure dans laquelle il y a eu un changement fondamental des circonstances. » (*Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 169, par. 176).

18) Compte tenu du débat résumé dans les paragraphes précédents et de la pratique qu'elle suit généralement lorsque, comme c'est le cas ici, il existe des divergence d'opinions entre ses membres au stade de la première lecture du projet d'articles, la Commission a décidé de conserver le paragraphe 5 du projet d'article 11 afin que les États aient dûment connaissance des échanges qui ont eu lieu et puissent formuler toutes observations jugées pertinentes.