



Assemblée générale

Distr. générale
29 mai 2008
Français
Original : anglais/français/russe

Commission du droit international

Soixantième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008

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

Par Roman Kolodkin, Représentant spécial

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Première partie		
I. Introduction	1–2	3
II. Objet du présent rapport préliminaire	3–5	3
III. Histoire de l'examen de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction étrangère.	6–26	4
A. Travaux de la Commission	6–24	4
B. Travaux de l'Institut de droit international	25–26	12
IV. Questions préliminaires	27–102	13
A. Sources.	27–42	13
1. Traités internationaux.	27–29	13
2. Droit international coutumier	30–34	15
3. Courtoisie internationale	35–36	17
4. Rôle du droit international et du droit interne	37–41	19
5. Sources d'information	42	21
B. Immunité et juridiction.	43–101	22
1. Juridiction	43–47	22
2. Juridiction pénale	48–50	24



3.	Juridiction pénale et juridiction civile.	51–55	25
4.	Immunité.	56–63	27
5.	Le caractère procédural de l'immunité de la juridiction pénale	64–70	30
6.	Immunité, principe de « non-justiciabilité » et théorie de l'« acte de gouvernement »	71–77	34
7.	Immunité <i>ratione personae</i> et immunité <i>ratione materiae</i> des représentants de l'État	78–83	37
8.	But de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	84–97	39
9.	Immunité des représentants de l'État, immunités diplomatiques et immunités consulaires	98–101	50
C.	Résumé.	102	52
Deuxième partie			
V.	Questions à examiner aux fins de déterminer le champ d'application du sujet . . .	103–130	54
A.	Définition du sujet	103–105	54
B.	Application aux différentes catégories de personnes	106–129	55
1.	Les représentants de l'État – définition de la notion de « représentant de l'État »	106–108	55
2.	Représentants de l'État jouissant de l'immunité <i>ratione personae</i>	109–121	58
3.	La question de la reconnaissance dans le contexte du sujet à l'étude. . .	122–124	65
4.	Membres de la famille	125–129	66
C.	Résumé.	130	69

Première partie

I. Introduction

1. À sa cinquante-huitième session, la Commission du droit international (ci-après « la Commission ») a, sur la recommandation du Groupe de planification durant le présent quinquennat¹, approuvé l'inscription à son programme de travail à long terme du sujet intitulé « L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère »². Un bref aperçu du sujet, comprenant une courte bibliographie, était annexé au rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session³.

2. Durant le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les nouveaux sujets inscrits au programme de travail à long terme de la Commission, le sujet a suscité une approbation générale⁴. À cet égard, « [o]n a dit que le moment était venu de faire le point de la pratique actuelle et de tenter de dégager des règles générales sur la question. On a aussi fait observer que, dans l'intérêt de la stabilité des relations entre États, il fallait dûment tenir compte de l'importance d'une telle immunité pour les représentants de l'État »⁵. À sa session suivante, le 20 juillet 2007, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail⁶. L'Assemblée générale a pris note de cette décision dans sa résolution 62/66 du 8 décembre 2007 sur le rapport de la Commission⁷.

II. Objet du présent rapport préliminaire

3. Le présent rapport préliminaire décrit brièvement l'histoire de l'examen par la Commission et l'Institut de droit international (ci après « l'Institut ») de la question de l'immunité de juridiction des représentants de l'État et expose les questions que la Commission se propose d'examiner durant la phase préliminaire de ses travaux sur le sujet. Ces questions, sur lesquelles les vues de la Commission seront importantes pour la poursuite de l'étude du sujet, comprennent :

- Les sources de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère;

¹ Le Groupe de planification a quant à lui appuyé ses recommandations sur le rapport présenté par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, dans lequel six nouveaux sujets, dont celui faisant l'objet du présent rapport, étaient proposés pour inscription au programme de travail à long terme de la Commission. Voir document A/CN.4/L.704 du 2 août 2006, par. 4.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (2006)*, par. 257.

³ *Ibid.*, annexe A, p. 436 à 454.

⁴ Résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale durant sa soixante et unième session, A/CN.4/577 du 19 janvier 2007, par. 126.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10), Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-neuvième session (2007)*, par. 376.

⁷ A/RES/62/66 du 8 janvier 2008, par. 7.

- Les notions d'« immunité », de « juridiction », de « juridiction pénale » et d'« immunité de la juridiction pénale » et la relation entre l'immunité et la juridiction;
 - La typologie de l'immunité des représentants de l'État (*immunité ratione personae* et *ratione materiae*);
 - La raison d'être de l'immunité des représentants de l'État et la relation entre l'immunité de ces représentants et l'immunité des États, l'immunité diplomatique et consulaire et l'immunité des membres des missions spéciales;
 - Les questions qui doivent être examinées pour déterminer la portée du sujet.
4. Ces dernières comprennent :
- La question de savoir si tous les représentants de l'État ou seulement certains d'entre eux (par exemple les seuls chefs d'État ou de gouvernement et ministres des affaires étrangères) doivent être concernés par les futurs projets de principes directeurs ou d'articles que pourra élaborer la Commission à l'issue de l'examen du sujet;
 - La question de l'étendue de l'immunité dont jouissent les représentants et anciens représentants de l'État relevant du sujet à l'examen;
 - La question de la levée de l'immunité des représentants de l'État (et, le cas échéant, d'autres aspects procéduraux de l'immunité).

5. Ainsi, l'objet du présent rapport est de donner un aperçu général de deux types de questions : premièrement, celles qui devraient en principe être analysées par la Commission dans le cadre de l'examen du sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère; deuxièmement, celles qui devront probablement être envisagées par la Commission si elle élabore un instrument à l'issue de l'examen du sujet – projets de principes directeurs ou d'articles, par exemple.

III. Histoire de l'examen de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction étrangère

A. Travaux de la Commission

6. L'examen d'ensemble du droit international effectué par le Secrétariat pour la Commission avant la première session de celle-ci en 1948 contient une section intitulée « Juridiction à l'égard des États étrangers », censée couvrir « l'ensemble du domaine des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de leurs navires, de leurs souverains et de leurs forces armées »⁸ (les italiques sont de moi – R. K.).

7. La Commission a abordé la question en 1949, dans le cadre de l'élaboration du projet de déclaration sur les droits et les devoirs des États. L'article 2 de ce projet dispose : « Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes et choses qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international »⁹. Le commentaire de ce projet d'articles

⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.VI (1), par. 50.

⁹ *La Commission du droit international et son œuvre*, 6^e éd., vol. I, p. 262.

indique que « la dernière phrase de ce paragraphe est une garantie visant à protéger les immunités comme celles des agents diplomatiques ou des fonctionnaires des organisations internationales »¹⁰. Les représentants de l'État ne sont donc pas directement mentionnés en tant que tels.

8. La question a été examinée durant l'élaboration du projet de principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal militaire international et dans le jugement de ce tribunal, adopté par la Commission en 1950. Aux termes du principe III, « [I]e fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international »¹¹. Comme l'indique la Commission dans son commentaire, ce principe est fondé sur l'article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg¹². Selon la Commission, la même idée était exprimée dans le passage suivant du jugement du Tribunal : « Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État, du moment que l'État, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international »¹³.

9. La Commission a aussi envisagé ce sujet lors de ses travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954. Selon le projet d'article 3, qui est comparable au principe III des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal militaire international et dans le jugement de ce tribunal, « Le fait que l'auteur a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne l'exonère pas de la responsabilité encourue pour avoir commis l'un des crimes définis dans le présent code »¹⁴.

10. La même idée est exprimée sous une forme quelque peu différente dans le projet d'article 7 du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 : « La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »¹⁵. Dans le projet d'article 11, proposé en 1988, qui allait devenir l'article 7 dans la version finale du projet de code, les mots « et en particulier le fait qu'il agit en tant que chef d'État ou de gouvernement » étaient utilisés au lieu de « même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement »¹⁶. Il est notamment indiqué dans le commentaire de cet article que le texte contient des éléments de la disposition correspondante du Statut des

¹⁰ *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale*, annexe de la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 1949, p. 287.

¹¹ *Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II, p. 375.

¹² « La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine ». Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 288.

¹³ *Ibid.*, comme l'a noté O. Triffterer, le libellé des principes adoptés par la Commission est légèrement différent des dispositions figurant dans les documents du Tribunal de Nuremberg « dans sa lettre mais non en substance si ce n'est que les mots "ni comme un motif de diminution de la peine" ont été omis ». O. Triffterer (dir. publ.), *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Notes d'un observateur, article par article* (Baden-Baden : Nomos, 1999), p. 503.

¹⁴ *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 152.

¹⁵ *Annuaire ... 1996*, vol. II, p. 26.

¹⁶ *Annuaire ... 1988*, vol. II (deuxième partie), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Rapport de la Commission du droit international*, p. 71.

tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, des Principes de Nuremberg adoptés par la Commission en 1950 et du projet de code adopté par la Commission en 1954¹⁷.

11. On notera qu'aussi bien les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal et dans le jugement de ce tribunal que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité étaient conceptuellement liés à l'idée de juridiction pénale internationale (même si à l'origine le projet de code devait être appliqué par les tribunaux internes et internationaux). Les commentaires des Principes de Nuremberg adoptés par la Commission étaient principalement fondés sur les conclusions du Tribunal de Nuremberg¹⁸. En ce qui concerne le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a fait observer : « S'agissant de la mise en œuvre du Code – certains estimant qu'un code [...] sans une juridiction pénale compétente serait inopérant –, la Commission a demandé à l'Assemblée générale de préciser si son mandat consistait aussi à élaborer le statut d'une juridiction pénale internationale compétente pour les individus »¹⁹. Lorsque le projet de statut d'une cour pénale internationale élaboré par la Commission à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies dans le cadre de l'élaboration du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité²⁰ est devenu un document distinct, des regrets ont été exprimés à la

¹⁷ Ibid. De plus, la Commission faisait observer : « Bien qu'ils visent de façon expresse les chefs d'État ou de gouvernement, parce que ce sont eux qui ont le plus grand pouvoir de décision, les mots "la qualité officielle de l'auteur [...]" et notamment font ressortir que l'article vise aussi d'autres agents de l'État. La véritable portée du principe est que la qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité ne peut jamais être invoquée comme une circonstance le déchargeant de sa responsabilité ou lui conférant une quelconque immunité, même lorsque l'intéressé prétendrait que les faits constitutifs du crime représentaient un cas d'exercice de ses fonctions ». Dans le commentaire du projet final d'article 7, la Commission notait : « Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le Code puissent invoquer la souveraineté de l'État et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions... ». *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 27. Toutefois, J. Verhoeven déclare, au sujet de cette disposition du projet de code de 1996, « ... une telle disposition n'implique ni que l'immunité doive être maintenue ni qu'elle doive être supprimée : elle lui est simplement étrangère ». Verhoeven, J., *Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international* dans Joe Verhoeven (dir. publ.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Larcier, 2004, p. 92.

¹⁸ *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 191, par. 42.

¹⁹ *Annuaire ... 1988*, vol. II (deuxième partie), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Rapport de la Commission du droit international (A/43/10)*, par. 198. À cet égard, une observation caractéristique a été faite, par exemple, par M. McCaffrey, membre de la Commission, lors de l'examen du projet d'article sur l'obligation de punir ou de poursuivre. Il a notamment déclaré que « la compétence universelle serait plus acceptable pour les États qu'une cour pénale internationale – en fait, peut-être le sera-t-elle moins. Il n'est donc pas sûr que la Commission serait bien avisée de poursuivre l'élaboration de l'article sur la compétence universelle avant d'avoir au moins essayé de rédiger le statut d'une cour pénale internationale [...] », *Annuaire ... 1988*, vol. I, p. 273. Voir aussi *Annuaire ... 1989*, vol. II (deuxième partie), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Rapport de la Commission du droit international (A/44/10)*, par. 211 à 216.

²⁰ Par sa résolution 44/39 du 4 décembre 1989, l'Assemblée générale a demandé à la Commission, lorsqu'elle examinerait, à sa quarante-deuxième session, la question intitulée « *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* », d'étudier la question de la création d'une juridiction pénale internationale ou d'un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international qui aurait compétence à l'égard des personnes présumées avoir commis des infractions éventuellement réprimées dans un tel code (les italiques sont de moi – R. K.) (disponible à l'adresse http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_4.htm). Par sa résolution 46/54 du

Sixième Commission « étant donné que la Cour avait initialement été conçue comme un organe juridictionnel qui aurait à appliquer le Code »²¹. À cet égard, la note de bas de page qui accompagne le commentaire du projet d'article 7 du Code de 1996 est significative. Notant que « [l']absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif », la Commission a jugé bon d'ajouter dans une note de base de page : « Les poursuites engagées devant une cour criminelle internationale seraient l'exemple de la procédure judiciaire appropriée où l'individu ne pourrait invoquer aucune immunité substantielle ou de procédure en arguant de sa qualité officielle pour se soustraire aux poursuites et au châtement »²².

12. Il convient de garder d'autre part à l'esprit que lorsqu'elle examinait cette disposition du projet de code, la Commission a pris en considération le fait que plusieurs États avaient soulevé la question connexe de l'immunité éventuelle des représentants de l'État, y compris les chefs d'État et de gouvernement. À ce propos, présentant en plénière le projet de code adopté en deuxième lecture, le Président du Comité de rédaction a fait observer que la question de l'immunité était une question de mise en œuvre qui n'avait pas sa place dans la partie du code consacrée aux principes généraux²³.

13. La Commission a examiné la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère lorsqu'elle élaborait son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Selon le paragraphe 1 b) v) du projet d'article 2, « Le terme "État" désigne les représentants de l'État agissant en cette qualité »²⁴. Ces représentants comprennent les chefs d'État ou de gouvernement, les directeurs des départements ministériels, les ambassadeurs, les chefs de mission, les agents diplomatiques et les officiers consulaires²⁵. La mention « en cette qualité » qui figure à la fin de l'alinéa visait à préciser que l'immunité ne leur est accordée qu'en tant que représentants *ratione materiae*²⁶. Le projet

9 décembre 1991, l'Assemblée générale a invité la Commission « [...] lorsqu'elle poursuivra ses travaux sur l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer une cour pénale internationale ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international [...] » (les italiques sont de moi – R. K.).

²¹ Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquantième session, établi par le Secrétariat (A/CN.4/472, 16 février 1996), par. 42. On a également dit que « la mise en œuvre du Code serait mieux assurée par une cour criminelle internationale que par les tribunaux nationaux ». Ibid., par. 43. Selon une autre opinion, « le Code et la future cour avaient pour objectif commun de permettre aux tribunaux nationaux ou à un organe international de sanctionner les crimes particulièrement odieux commis par des États ou des individus [...] » (les italiques sont de moi – R. K.), ibid., par. 45.

²² *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 27.

²³ *Annuaire ... 1995*, vol. I, par. 36.

²⁴ *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), par. 14 [sic].

²⁵ Ibid., par. 17 [sic]. Le commentaire dont est assorti le projet d'article 2 montre bien que cette liste n'est pas exhaustive. De l'avis de la Commission, toute personne physique habilitée à représenter l'État jouit de l'immunité de l'État.

²⁶ Ibid.

d'articles ne couvre pas les immunités *ratione personae* dont les chefs d'État et les ambassadeurs peuvent se prévaloir, comme l'a fait remarquer la Commission²⁷.

14. Au départ, il avait été proposé que la Commission considère, aux fins de la rédaction d'un texte sur la question, les immunités sous leurs diverses formes et manifestations; par exemple, les immunités de juridiction civile, de juridiction administrative et de juridiction pénale. Cette proposition figurait dans un rapport du groupe de travail créé par la Commission pour réfléchir à la suite des travaux à consacrer à la question²⁸. Les septième et huitième rapports de M. Sucharitkul, Rapporteur spécial, contenaient également un projet d'article 25 sur les immunités *ratione personae* des « souverains et autres chefs d'État », y compris les immunités de la juridiction pénale d'un autre État²⁹. Ce texte a été critiqué à la trente et unième session de la Commission et ne figurait pas dans le projet présenté à l'Assemblée générale³⁰. Le projet n'a plus mentionné l'immunité de juridiction pénale des chefs d'État (ou des autres représentants de l'État).

15. La Commission s'en est tenue à la formule « sans préjudice » dans le projet. Selon le paragraphe 2 du projet d'article 3, les dispositions « n'affecte[nt] pas non plus les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État ». Comme le dit le commentaire associé à ce paragraphe, les articles

« s'entendent sans préjudice de la portée des immunités que les États accordent aux souverains étrangers ou autres chefs d'État, à leur famille ou à leur suite, et qui, en pratique, peuvent aussi s'étendre à d'autres membres de leur entourage. De même, les présents articles s'entendent sans préjudice de l'étendue des immunités accordées par les États aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Ces personnes ne sont toutefois pas expressément visées au paragraphe 2, car il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive, et leur énumération soulèverait en outre la question de la base et de l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont jouissent les intéressés. Une proposition tendant à ajouter les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères aux chefs d'État, au paragraphe 2, n'a pas été acceptée par la Commission »³¹.

Il y a dans ce commentaire un autre passage intéressant :

« La réserve énoncée au paragraphe 2 de l'article 3 porte donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé, ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel [...] accordés dans la pratique et dont le statut n'est en rien affecté par les présents articles. Les dispositions du droit coutumier en vigueur sont ainsi préservées. »³²

²⁷ Ibid., par. 19 [sic].

²⁸ *Annuaire... 1978*, vol. II (deuxième partie), *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session*, par. 22.

²⁹ *Annuaire... 1985*, vol. II (première partie), p. 45; *Annuaire... 1986*, vol. II (première partie), p. 11.

³⁰ Pour les débats que la Commission a consacrés au projet d'article 25 présenté dans le huitième rapport du Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 1986*, vol. I, p. 9 à 28.

³¹ *Annuaire... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 22, par. 7.

³² Ibid., par. 6.

16. L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale d'un autre État et le statut de ces représentants ont été examinés aussi par la Commission lorsqu'elle préparait ses divers projets d'articles sur les relations diplomatiques et consulaires, les missions spéciales, la prévention et la répression des infractions contre les agents diplomatiques et autres personnes qui jouissent d'une protection internationale, et les représentants des États dans leurs relations avec les organisations internationales.

17. Les projets d'articles sur les relations diplomatiques et consulaires, les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales mentionnent certaines catégories de représentants de l'État – dont les « agents diplomatiques », les « officiers consulaires », les « représentants de l'État d'envoi » et les « délégués » – auxquels un État confie le soin d'accomplir en son nom certaines fonctions dans ses relations avec un autre État ou une organisation internationale. Ces projets prévoyaient que ces catégories bénéficiaient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État d'accueil³³.

18. La Commission a examiné un point particulièrement intéressant, celui du statut de chef d'État et des autres personnalités de rang élevé, lorsqu'elle élaborait son projet d'articles sur les missions spéciales. Au départ, elle envisageait d'y inclure des dispositions sur les « missions spéciales dites à un niveau élevé », c'est-à-dire les missions menées par le chef de l'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou un autre ministre³⁴. Le Rapporteur spécial a présenté des projets d'articles sur ces missions particulières à la dix-septième session de la Commission³⁵. Ils prévoyaient pour les chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères et autres ministres conduisant une mission spéciale l'inviolabilité absolue et l'immunité totale de la juridiction de l'État d'accueil³⁶. La Commission n'a pas examiné les articles eux-mêmes mais s'est demandé s'il fallait fixer des règles spéciales pour les missions de haut niveau³⁷. Ayant pris l'avis des États, elle a recommandé à son Rapporteur spécial de ne pas rédiger de dispositions sur les « missions spéciales dites à un niveau élevé » mais de prévoir un article sur

³³ Voir en particulier les projets d'articles 27, 29, 30, 37, 38, 39 et 40 sur les relations diplomatiques et les commentaires correspondants (*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 95 et suiv.); les projets d'articles 41, 43, 45, 53, 54 et 55 sur les relations consulaires et les commentaires correspondants (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 115 et suiv.); les projets d'articles 29, 31, 41, 43 et 44 sur les missions spéciales et les commentaires correspondants (*Annuaire... 1967*, vol. II, p. 361 et suiv.); et les projets d'articles 28, 30, 31, 37, 38, 59, 61, 62, 68 et 69 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et les commentaires correspondants (*Annuaire... 1971*, vol. II (première partie), p. 302 et suiv.).

³⁴ « Au cours de sa seizième session, la Commission [...] a décidé d'inviter son Rapporteur spécial à soumettre à la session suivante des articles relatifs à la condition juridique des missions spéciales dites à un niveau élevé, y compris, en particulier, les missions spéciales à la tête desquelles se trouvent des chefs d'État, des chefs de gouvernement, des ministres des affaires étrangères et des ministres membres du Cabinet » (*Annuaire... 1967*, vol. II, p. 152).

³⁵ *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 142 et suiv. Le Rapporteur spécial, M. Bartoš, avait observé que « Malgré tout ses efforts en vue d'établir quelles sont les règles spécialement applicables aux missions [dites à un niveau élevé], le Rapporteur spécial n'a réussi à les découvrir ni dans la pratique ni dans la doctrine ». Ibid., p. 152.

³⁶ Al. i) et j) de l'article 2; e) et g) de l'article 3; f) et h) de l'article 4 et d) et f) de l'article 5. Ibid.

³⁷ *Annuaire... 1966*, vol. I (deuxième partie), p. 286. Résumant le débat, le Rapporteur spécial a fait notamment observer : « Pour une mission conduite par un chef d'État, il est certain qu'il existe déjà des règles de droit international général et que, par conséquent, il n'est pas besoin d'énoncer de règles spéciales ». Ibid., p. 289.

le statut du chef d'État qui conduit une mission spéciale et de déterminer s'il était souhaitable de mentionner ce cas particulier dans les dispositions traitant de certaines immunités³⁸. Le texte présenté par la Commission à l'Assemblée générale en 1967 comprenait un certain projet d'article 21 sur le statut du chef d'État et des personnalités dites de rang élevé qui se lisait comme suit :

« 1. Le chef de l'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'État de réception ou dans un État tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international au chef d'État en visite officielle;

2. Le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent, dans l'État de réception ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international. »³⁹

19. Il est dit dans le commentaire de cet article que : « en droit international [...], le rang peut conférer à celui qui en est le titulaire des facilités, privilèges et immunités exceptionnels qu'il garde lorsqu'il devient membre d'une mission spéciale », et que

« La Commission n'a pas dressé la liste des titres et qualités que doivent avoir ces autres personnalités pour bénéficier de facilités, privilèges et immunités additionnels. Une telle liste, en effet, varierait d'État à État en fonction du droit constitutionnel et du Protocole de chaque État. »⁴⁰

La Commission a donc laissé dans le vague la définition de la « personnalité de rang élevé » en donnant au paragraphe 2 de l'article 21 seulement deux exemples, généralement acceptés : celui du chef du gouvernement et celui du ministre des affaires étrangères. Reste également dans le flou au-delà des projets d'articles la portée des immunités dont bénéficient en droit international les chefs d'État, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé.

20. Un projet d'article analogue figurait dans le projet relatif à la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, que la Commission a présenté à l'Assemblée générale en 1971⁴¹. La Commission avait noté dans le commentaire correspondant que plusieurs États avaient indiqué que l'article 50 était à leur avis inutile, étant donné que les intéressés « jouiraient des

³⁸ Ibid., vol. II, p. 302.

³⁹ *Annuaire... 1967*, vol. II, et résolution 2530 (XXIV) de l'Assemblée générale.

⁴⁰ Ibid., p. 396, par. 1 et 2.

⁴¹ « Article 50. Statut du chef de l'État et des personnes de rang élevé

1. Le chef de l'État ou tout membre d'un organe collectif exerçant les fonctions de chef de l'État conformément à la Constitution de l'État en cause, quand il se trouve à la tête de la délégation, jouissent dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État.

2. Le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou toute autre personne de rang élevé, quand ils se trouvent à la tête ou sont membres de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international à ces personnes. »
Annuaire... 1971, vol. II (première partie), p. 333.

facilités, privilèges et immunités qui leur sont reconnus par le droit international, que cet article soit inclus ou non dans le projet »⁴². La Commission n'en a pas moins décidé de conserver cette disposition, en faisant observer dans le commentaire qu'elle « se fonde sur une pratique bien établie »⁴³.

21. Il est également intéressant de se référer au travail de la Commission sur la définition de la « personne jouissant d'une protection internationale » aux fins du « projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes commis contre les agents diplomatiques et les autres personnes jouissant d'une protection internationale ». Elle a ce faisant également fixé *ratione personae* le champ d'application de son projet. Selon le paragraphe 1 de l'article 1 présenté à l'Assemblée générale en 1972, aux fins des articles qui suivent l'expression « personne jouissant d'une protection internationale » s'entend de :

« a) Tout chef d'État ou tout chef de gouvernement se trouvant dans un pays étranger, ainsi que des membres de sa famille qui l'accompagnent;

b) Toute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État ou d'une organisation internationale qui, conformément au droit international général ou à un accord international, a droit à une protection spéciale aux fins ou en raison de l'accomplissement de fonctions au nom de cet État ou de cette organisation internationale, ainsi que des membres de sa famille qui ont également droit à une protection spéciale. »⁴⁴

22. Comme l'indique le commentaire correspondant, l'alinéa a) mentionne expressément le chef de l'État et le chef de gouvernement à cause de la protection exceptionnelle qui s'attache à leur statut en droit international⁴⁵. La Commission a souligné que le chef d'État ou le chef de gouvernement « a droit à une protection spéciale lorsqu'il se trouve dans un État étranger et quelle que soit la nature de sa visite – officielle, non officielle ou privée »⁴⁶.

23. Il a été proposé d'indiquer dans le projet d'articles que la protection internationale devait s'étendre aussi aux ministres membres du cabinet ou d'un rang équivalent, en tout temps et en toutes circonstances lorsqu'ils se trouvent à l'étranger, ce qui a été rejeté. D'abord, la Commission a estimé que s'il y avait quelques raisons d'étendre le principe aux personnes ayant rang de ministre membre du cabinet, « on pouvait, pour ce faire, se fonder sur une règle généralement acceptée du droit international et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu de faire de proposition à ce sujet »⁴⁷. Ensuite, on a fait observer que la Commission avait déjà envisagé d'utiliser une terminologie analogue (« autres personnalités de rang élevé ») dans ses travaux sur les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, mais qu'elle y avait renoncé parce que sa signification n'était pas assez précise⁴⁸.

⁴² Ibid., p. 334, par. 4 [sic].

⁴³ Ibid.

⁴⁴ *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 340.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., p. 340.

⁴⁸ *Annuaire... 1972*, vol. I. Ce dernier argument ne semble pas compatible avec le résultat final des travaux de la Commission sur les deux sujets mentionnés : le projet d'articles sur les missions spéciales et le projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les

24. Au contraire des chefs d'État et de gouvernement, les fonctionnaires visés à l'alinéa b) du projet d'article 1 n'ont droit à une protection spéciale, de l'avis de la Commission, que lorsqu'ils accomplissent des actes officiels⁴⁹.

B. Travaux de l'Institut de droit international

25. La première fois que l'Institut de droit international s'est penché sur la question de l'immunité des chefs d'État de la juridiction étrangère, c'était au XIX^e siècle : un projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains ou chefs d'État étrangers a été adopté en 1891⁵⁰. L'immunité du chef d'État était envisagée dans le contexte de l'immunité de l'État. Les articles ne prévoyaient rien quant à l'immunité de la juridiction pénale étrangère et ne parlaient d'immunité qu'en termes généraux. Selon les projets d'article 4 à 6, les tribunaux nationaux ne pouvaient entreprendre qu'un nombre très limité d'actions civiles contre les chefs d'État étrangers⁵¹.

26. La deuxième fois que l'Institut s'est interrogé sur l'immunité des chefs d'État, c'était déjà la fin du XX^e siècle, et le sujet avait commencé à susciter un vif intérêt

organisations internationales mentionnent les « autres personnalités de rang élevé », en association avec les chefs d'État et les ministres des affaires étrangères.

⁴⁹ *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 341, par. 6. Ainsi, un agent diplomatique en vacances dans un État autre que l'État accréditaire ou l'État hôte n'aura pas normalement droit à une protection spéciale.

⁵⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1889-1892, vol. XI, p. 426 à 438. Le texte peut également être consulté sur le site Web de l'Institut à l'adresse <http://www.idi-iiil.org>. Pour les travaux que l'Institut a consacrés au sujet, voir également J. Verhoeven, « Les immunités de juridiction et d'exécution. Rapport provisoire » (décembre 2000), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 487.

⁵¹ « Article 4

Les seules actions recevables contre un État étranger sont :

1. Les actions réelles, y compris les actions possessoires se rapportant à une chose, immeuble ou meuble, mais qui se trouve sur le territoire;
2. Les actions fondées sur la qualité de l'État étranger comme héritier ou légataire d'un ressortissant du territoire, ou comme ayant droit à une succession ouverte sur le territoire;
3. Les actions qui se rapportent à un établissement commercial ou industriel ou à un chemin de fer, exploités par l'État étranger sur le territoire;
4. Les actions pour lesquelles l'État étranger a expressément reconnu la compétence du Tribunal [...];
5. Les actions découlant de contrats conclus par l'État étranger sur le territoire, si l'exécution complète sur ce même territoire ne peut être demandée d'après une clause expresse ou d'après la nature même de l'action;
6. Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit commis sur le territoire.

Article 5

Ne sont pas recevables les actions intentées pour des actes de souveraineté ou découlant d'un contrat du demandeur comme fonctionnaire de l'État, ni les actions concernant les dettes de l'État étranger contractées par souscription publique.

Article 6

Les actions intentées contre des souverains ou chefs d'État étrangers sont soumises aux règles posées aux articles 4 et 5. »

Institut de droit international, *Tableau général des résolutions* (1873-1956), Bâle, 1957, p. 15 et 16.

social, politique et professionnel⁵². Ces travaux ont abouti à l'adoption en 2001 de la résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international (ci-après « la résolution de l'Institut »)⁵³. Cette résolution prévoit l'immunité des chefs d'État ou de gouvernement en exercice de la juridiction pénale des tribunaux étrangers, quelle que soit la gravité de l'infraction qu'ils pourraient commettre⁵⁴. Selon cette même résolution, les anciens chefs d'État et de gouvernement jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère uniquement en ce qui concerne les actes accomplis pendant leurs fonctions officielles. Cette immunité est cependant limitée : un chef d'État peut être poursuivi si les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État⁵⁵.

IV. Questions préliminaires

A. Sources

1. Traités internationaux

27. Des traités internationaux ont été adoptés sur la base du projet d'articles élaboré par la Commission : la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961⁵⁶; la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963⁵⁷; la Convention sur les missions spéciales de 1969⁵⁸; la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁵⁹; la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les

⁵² À l'époque l'affaire *Pinochet*, très suivie, était notamment jugée en Grande-Bretagne.

⁵³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 680 à 692. Rapport de M. J. Verhoeven.

⁵⁴ « Article 2

En matière pénale, le chef d'État bénéficie de l'immunité de juridiction devant le tribunal d'un État étranger pour toute infraction qu'il aurait pu commettre, quelle qu'en soit la gravité.

[...]

Article 15

Le chef de gouvernement de l'État étranger bénéficie [...] de l'immunité de juridiction [...] reconnu[e] dans la présente résolution aux chefs d'État », *ibid.*, p. 687 et 691. »

⁵⁵ « Article 13

[...]

Il n'y bénéficie d'aucune immunité de juridiction [...] en matière pénale [...], sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice. Il peut toutefois y être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État. »

⁵⁶ Organisation des Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

⁵⁷ *Ibid.*, vol. 596, p. 261.

⁵⁸ *Ibid.*, vol. 1400, p. 231.

⁵⁹ Annexe de la résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1973. Entrée en vigueur le 20 février 1977. *Ibid.*, vol. 1035, p. 167.

organisations internationales de caractère universel⁶⁰; et la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁶¹. Ces traités contiennent des dispositions concernant le statut des représentants des États et/ou leur immunité de juridiction qui reproduisent parfois exactement les dispositions du projet d'articles élaboré par la Commission⁶².

28. La question de l'immunité des représentants des États est également abordée dans d'autres traités internationaux. Ainsi, il existe des articles à ce sujet dans les traités régissant les privilèges et immunités des organisations internationales dans les territoires des États Membres ou dans l'État hôte. Ainsi, l'immunité des représentants des États, y compris en ce qui concerne les poursuites pénales, est proclamée à l'article IV de la Convention de 1946 sur les privilèges et les immunités des Nations Unies⁶³; à l'article V de la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées⁶⁴; à la partie IV de l'Accord général de 1949 sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe⁶⁵, et dans d'autres instruments. Les immunités des agents consulaires, y compris en ce qui concerne la juridiction pénale, sont régies par les dispositions des conventions consulaires bilatérales⁶⁶.

29. Selon une opinion, la question de l'immunité des représentants des États est également abordée dans certains traités internationaux qui ne traitent pas spécifiquement de l'immunité. Ainsi, A. Borghi note que « plusieurs conventions concernant la répression de crimes internationaux contiennent des dispositions excluant l'immunité de chefs d'État »⁶⁷. Il s'agit là des traités qui visent à lutter contre les crimes internationaux, en particulier la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il existe toutefois un autre point de vue. Ainsi, J. Verhoeven considère « qu'il n'existe [...] aucun traité qui écarte à ce jour l'immunité normalement applicable devant un tribunal national en cas de crime de droit international, que ses bénéficiaires soient l'État [...] ou leurs différents organes »⁶⁸. Il note plus loin « il existe, certes, des

⁶⁰ Faite à Vienne le 14 mars 1975. Pas encore en vigueur. Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12).

⁶¹ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004. Pas encore en vigueur. Voir résolution 59/38 de l'Assemblée générale, annexe. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*.

⁶² Lors de la conclusion des travaux relatifs au projet de convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, il a été parvenu à une conclusion générale, à savoir que les immunités juridictionnelles ne couvraient pas les poursuites au pénal. Cette conclusion a été ultérieurement énoncée au paragraphe 2 de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, de 2004, aux termes de laquelle l'Assemblée a adopté ladite Convention.

⁶³ Organisation des Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 20.

⁶⁴ *Ibid.*, vol. 33, p. 270.

⁶⁵ CETS, n° 002; disponible sur <http://www.conventions.coe.int>.

⁶⁶ Voir, par exemple, la section III (« Privilèges et immunités ») de la Convention consulaire entre la Fédération de Russie et la République de Moldova, du 14 juin 1994. Texte disponible sur http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_45519.html.

⁶⁷ Borghi, A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbling & Lichtenhahn, 2003, p. 66.

⁶⁸ Verhoeven, J., *op. cit.*, p. 123. Il déclare : « Force est [...] de constater, on l'a dit, que ces conventions (génocide, torture, etc.) ne contiennent aucune disposition écartant spécifiquement celle-ci [immunité] et que rien ne laisse croire, ni dans leurs travaux préparatoires, ni ailleurs,

conventions qui s'efforcent d'organiser une répression effective de ces crimes. Nul ne paraît toutefois y découvrir une volonté – implicite, mais certaine – de leurs signataires de déroger à l'immunité »⁶⁹.

2. Droit international coutumier

30. Les traités internationaux existants règlent des aspects importants mais distincts de la question de l'immunité de juridiction pénale de certaines catégories de représentants de l'État : immunité de juridiction pénale de l'État d'accueil, et dans certains cas, de l'État de transit, de représentants de l'État remplissant des fonctions diplomatiques et consulaires (agents diplomatiques et consulaires); immunité de juridiction pénale de l'État d'accueil de représentants d'États auprès d'organisations internationales; immunité de juridiction spéciale de membres de missions spéciales. Ceci montre que le groupe des personnes qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale de la part d'un État étranger ne se compose uniquement que de chefs d'État. Toutefois, ces traités ne règlent pas la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État en général, ni de nombreuses situations spécifiques et n'énoncent pas non plus de définition précise du groupe des représentants qui bénéficient de l'immunité, etc. Il n'existe pas de traité international universel qui règle entièrement toutes ces questions et les questions connexes concernant l'immunité de juridiction pénale des représentants des États, actuellement en exercice ou qui ont cessé leurs fonctions. En outre, les traités internationaux réglant cette question ne sont pas tous entrés en vigueur⁷⁰, et ceux qui sont entrés en vigueur ne sont pas caractérisés par le nombre élevé des États parties⁷¹. Il convient de noter que certaines dispositions de ces traités stipulent que les règles qui y sont énoncées ne font que compléter le droit international existant dans ce domaine⁷². Elles confirment donc l'existence d'un droit international coutumier. En outre, même en codifiant certains aspects du droit international coutumier s'agissant de l'immunité de juridiction pénale des représentants des États, les traités internationaux ci-dessus n'écartent pas l'existence des normes pertinentes du droit international coutumier, qui continuent à régir la question à l'examen.

31. La coutume internationale est la source fondamentale du droit international dans ce domaine. Comme l'a noté H. Fox : « en l'absence d'une convention générale sur le statut et les immunités d'un chef d'État, les règles sont fournies par le droit international coutumier »⁷³. Telle est la situation en ce qui concerne

que telle ait été la volonté implicite des États qui les ont négociées ou qui y sont devenus parties ». Ibid., p. 125.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Par exemple, la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne sont pas entrées en vigueur.

⁷¹ Ainsi, 38 États sont parties à la Convention de 1969 sur les missions diplomatiques.

⁷² Voir par exemple l'article 21 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales et l'article 50 de la Convention de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

⁷³ Fox, H., *The law of State Immunity*, NY Oxford University Press, 2002, p. 426. Voir aussi Watts, A., « The legal position in international law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers », *RdC*, vol. 247 (1994-III), p. 36; Borghi, A., *op. cit.*, p. 71 et 72; Simbeye, Y., *Immunity and international criminal law*, Aldershot, Royaume-Uni, Burlington

l'immunité de juridiction pénale non seulement pour les chefs d'État mais aussi pour les autres représentants de l'État.

32. La Cour internationale de Justice, lorsqu'elle a déterminé la source du droit applicable dans la question de l'immunité de juridiction pénale dont jouit en Belgique le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo, a noté dans son arrêt de 2002 concernant l'affaire relative au Mandat d'arrêt, à propos des conventions sur les relations diplomatiques, les relations consulaires et les missions spéciales, qui étaient au nombre des instruments cités par les parties : « Des enseignements utiles peuvent être tirés de ces conventions sur tel ou tel aspect de la question des immunités. Elles ne contiennent toutefois aucune disposition fixant de manière précise les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères. C'est par conséquent sur la base du droit international coutumier que la Cour devra trancher les questions relatives aux immunités de ces ministres soulevées en l'espèce »⁷⁴.

33. Le fait que l'immunité de juridiction trouve sa source dans le droit international coutumier est noté dans les décisions de tribunaux nationaux⁷⁵. Ainsi, la Cour de cassation française a déclaré dans la décision qu'elle a prise en 2001 au sujet de « l'affaire *Kadhafi* » : « La coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger »⁷⁶.

34. Les États, représentés par leur exécutif, se réfèrent également à la coutume en tant que source du droit international dans ce domaine. Ainsi, les parties à l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*) ont fondé dans une large mesure leur position sur la question de savoir si le Ministre congolais jouissait de l'immunité de juridiction pénale de la Belgique en se référant au droit international coutumier⁷⁷. Dans ses « suggestions relatives à

(Vermont); Ashgate, 2004, p. 94; Summers, M. A., « Diplomatic Immunity Ratione Personae. Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*? », *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16 (2007), p. 466; Altman, H., « The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon », p. 4 (disponible sur <http://www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf>).

⁷⁴ Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, *Recueil des arrêts de la C.I.J.* 2002, p. 22, par. 52.

⁷⁵ Comme l'a noté A. Borghi : « [...] le droit coutumier est également consacré comme source de l'immunité dans de nombreuses décisions judiciaires, notamment en Suisse, en France, aux États-Unis et en Allemagne ». A. Borghi, op. cit., p. 71. Voir également *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (ultérieurement – *Pinochet n° 1*), Chambre des Lords, 25 novembre 1998, reproduit dans *I.L.R.*, vol. 37, p. 1309 à 1311; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (ultérieurement – *Pinochet n° 3*), Chambre des Lords, 24 mars 1999, reproduit dans *I.L.R.*, vol. 38, p. 621 et 622; 641, 644; *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, US District Court, Northern District of Illinois (2003), p. 5; *Bouzari v. Iran*, 2004, CanLII 871 (on c.a.), par. 40, 85 (disponible sur <http://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html>).

⁷⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 mars 2001, 00-87.215, publiée au *Bulletin criminel*, 2001, n° 64, p. 218 (disponible sur www.legifrance.gouv.fr); reproduite sous la forme *Gaddafi*, France, Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2001, *I.L.R.*, vol. 125, p. 509.

⁷⁷ Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), requête introductive d'instance, 17 octobre 2000, p. 13, partie IV B) (italique dans l'original) : « l'exclusion [...] de l'immunité du Ministre des affaires étrangères en exercice est

l'immunité » qui doivent être présentées aux tribunaux saisis d'affaires concernant l'immunité de représentants d'États étrangers, le Gouvernement des États-Unis se réfère au droit international coutumier en tant que source du droit relatif à l'immunité⁷⁸. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Kadhafi*, l'Avocat général français a déclaré que le principe de l'immunité de juridiction de chefs d'État en exercice reste considéré en droit international positif comme *général*, dans la mesure où il couvre tous les crimes qu'un chef d'État pourrait commettre et *absolu* dans la mesure où il touche tous les types d'actes qu'il pourrait commettre [...] »⁷⁹.

3. Courtoisie internationale

35. Une vue a été exprimée selon laquelle l'immunité de juridiction n'est pas accordée parce qu'elle est un droit, mais à titre de courtoisie internationale⁸⁰.

contraire à la jurisprudence internationale [...] le droit coutumier et la courtoisie internationale conférant au Ministre des affaires étrangères [...] les privilèges et immunités diplomatiques »; voir également le mémoire présenté par le Gouvernement de la République démocratique du Congo, par. 6, 55 et 97 1); ainsi que le contre-mémoire présenté par la Belgique, par. 3.4.6, 3.5.144, etc. (disponible sur www.icj-cij.org).

⁷⁸ Ainsi, en 2001, dans ses « suggestions relatives à l'immunité » dans l'affaire *Tachiona c. Mugabe*, le Département d'État a déclaré : « Aux termes des règles coutumières du droit international reconnues et appliquées aux États-Unis, [...], le Président Mugabe, en tant que chef d'État étranger, jouit de l'immunité de juridiction en l'espèce ». *A.J.I.L.*, vol. 95 (octobre 2001), p. 874. En 2005, à propos de l'immunité du pape Benoît XVI, le Département d'État a noté : « La doctrine relative à l'immunité du chef d'État est appliquée aux États-Unis en tant que question relevant du droit international coutumier [...] », Crook, R., « Contemporary practice of the United States relating to international law: State jurisdiction and immunities: US Brief suggests Pope's immunity as a head of State », *A.J.I.L.*, vol. 100, janvier 2006, voir également le paragraphe 3 des suggestions relatives à l'immunité figurant sur le site Web du Département d'État des États-Unis (www.state.gov) dans les affaires *Li Weixum c. Bo Xilai* (...); *Hartmann c. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayahan*; *Gladys M. Lafontant c. Jean-Bertrand Aristide*; *First American Corporation v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayahan*; *Josephine Alicog and Spiyani Marian Fernando c. Kingdom of Saudi Arabia, His Royal Highness King Fahd Bin Abdulaziz Al-Saud*, *Majid Afifi, Salim Afifi*; *Guardian F. c. Archdiocese of San Antonio*.

⁷⁹ *Gaddafi*, Submissions of the Advocate General, *I.L.R.*, vol. 125, p. 507.

⁸⁰ Cette théorie est trouvée aussi bien dans des décisions judiciaires que dans la doctrine. Elle est également bien connue dans les procédures judiciaires des États-Unis. Ainsi, en 1812, la Cour suprême des États-Unis a noté dans sa décision en l'affaire *The Schooner Exchange c. McFaddon* : « [...] à titre de courtoisie, les membres de la communauté internationale sont convenus implicitement de renoncer à exercer leur juridiction sur d'autres souverains dans certaines classes d'affaires, par exemple celles qui concernent des ministres étrangers ou la personne du souverain ». *The Schooner Exchange c. McFaddon*, 11 US 116, 137 (1812). Dans sa décision du 11 mars 1998 dans *Flatow c. la République islamique d'Iran*, le tribunal de district de Columbia a noté : « L'immunité souveraine étrangère, aussi bien au titre de la *common law* qu'au titre du *Foreign Sovereign Immunities Act* a de tout temps été une question de courtoisie plutôt qu'une question de droit, en vertu de la pratique des États-Unis ». 999 F.Supp.1, Tribunal d'instance de district de Columbia (disponible sur : <http://www.uniset.ca/islamicland/999FSupp1.html>). Dans *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, et consorts c. Ziang Zemin et Falung Gong Control Office*, le conseil des demandeurs a déclaré que l'immunité est accordée aux chefs d'État à titre de courtoisie en reconnaissance de la nécessité mutuelle de ne pas laisser les tribunaux s'immiscer dans le fonctionnement des gouvernements étrangers, en imposant des obstacles et des sanctions aux chefs d'État en visite » (p. 5). M^{me} van Den Wyngaert, juge ad hoc, dans son opinion dissidente concernant l'arrêt rendu en l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, note également : « Aucun élément n'étaye l'affirmation selon laquelle un État serait tenu, en vertu du droit international coutumier, d'accorder l'immunité pénale à un ministre des affaires étrangères en exercice. En émettant et en

Toutefois, cette théorie est difficile à accepter. L'immunité est avant tout une question de droit, c'est-à-dire la question des droits et obligations juridiques des États. Il est naturel que les différends concernant l'immunité des représentants des États soient considérés par les tribunaux comme des différends concernant la violation des droits et obligations juridiques. Dans l'affaire *Jones c. le Ministère de l'intérieur Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (Royaume d'Arabie saoudite)*, 2006, qui concernait la question de l'immunité de l'État et de ses représentants, Lord Hoffmann a noté « comme Lord Millett l'a déclaré dans *Holland c. Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573, 1588, l'immunité de l'État n'est pas une restriction imposée unilatéralement par un État sur la compétence de ses tribunaux que le Royaume-Uni a choisie d'adopter et qu'il peut, selon son bon vouloir, assouplir ou abandonner. L'immunité des États est imposée par le droit international, sans une quelconque discrimination entre un État et un autre »⁸¹. Dans son arrêt en l'affaire relative au Mandat d'arrêt, la Cour internationale de Justice a dit que l'émission, à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi, du mandat d'arrêt et sa diffusion sur le plan international ont constitué des violations d'une obligation juridique de la Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo, en ce qu'elles ont méconnu l'immunité de juridiction pénale dont le Ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international⁸². Cette affaire concernait une obligation en droit international coutumier. Il est encore plus manifeste que l'immunité de juridiction pénale des représentants d'États étrangers trouve sa source dans le droit international dans le cas des obligations au titre des traités mentionnés ci-dessus.

36. Toutefois, en premier lieu, rien n'empêche un État d'accorder aux fonctionnaires d'autres États, et en particulier aux personnalités, une immunité de juridiction sur la base, non seulement des obligations en droit international, mais aussi de la courtoisie internationale⁸³. En deuxième lieu, un second problème entre

diffusant le mandat d'arrêt, la Belgique a peut-être manqué aux règles de la courtoisie internationale, mais n'a pas pour autant violé une obligation juridique internationale. » *CIJ, Recueil des arrêts*, 2002, p. 139, par. 1; également disponible sur www.icj-cij.org. On se rappellera toutefois qu'une majorité écrasante des juges s'est prononcée en faveur de la vue opposée en l'espèce. Comme indiqué dans *Oppenheim's International Law*, « la base du traitement spécial accordé aux chefs d'État est attribuée, entre autres, aux impératifs de la courtoisie internationale ». Jennings, R. et Watts, A., *Oppenheim's International Law*, neuvième édition, 1992, p. 1034. L. Caplan écrit : « Deux principaux motifs expliquent la source juridique de la doctrine de l'immunité des États étrangers. Dans un cas, on estime que l'immunité des États est un droit fondamental de l'État en vertu du principe de l'égalité souveraine. Dans l'autre, on considère que l'immunité a évolué à partir d'une exception au principe de la compétence des États, c'est-à-dire lorsque l'État du for suspend sa compétence à titre de courtoisie pour faciliter les relations entre États ». Caplan, L. M. « State immunity, human rights, et *ius cogens*: a critique of the normative hierarchy theory », *A.J.I.L.*, vol. 97, n° 4 (octobre 2003), p. 748. Il convient de noter qu'un certain nombre des opinions citées concernant la courtoisie la décrivent non pas comme une source mais comme l'un des motifs de l'immunité.

⁸¹ *Jones c. le Ministère de l'intérieur Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (Royaume d'Arabie saoudite)*, Chambre des Lords, Appellate Committee, 14 juin 2006 (ci-après Jones n° 2), [2006] UKHL 26, par. 101 (disponible sur le site <http://www.parliament.UK/>).

⁸² *C.I.J. Recueil 2002*, p. 34.

⁸³ « Conventionnelle ou coutumière, l'obligation [d'accorder l'immunité] n'exclut pas que des autorités nationales accordent à un chef d'État étranger un traitement plus favorable que celui qui est imposé par le droit international... ». Verhoeven, J., « Les immunités de juridiction et d'exécution. Rapport provisoire (2000) », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 509.

en ligne. Aussi bien sur le plan de la doctrine que sur celui de la pratique, il arrive que surgisse la question de l'immunité de juridiction des membres de la famille ou de l'entourage immédiat de hautes personnalités. En ce qui concerne cette catégorie de personnes, on dispose de fondements plus solides pour déclarer que leur immunité de juridiction trouve sa source non pas dans le droit international mais dans la courtoisie internationale⁸⁴. Enfin, selon certaines opinions, lorsque des hautes personnalités d'un État se rendent à l'étranger non pas à titre officiel mais à titre privé, l'État d'accueil n'a aucune obligation juridique de leur accorder l'immunité, mais peut le faire par courtoisie⁸⁵. (Cette question sera examinée dans la section traitant de la portée de l'immunité.)

4. Rôle du droit international et du droit interne

37. La question de l'immunité des représentants des États étrangers est couverte par la législation de certains États. Il s'agit fondamentalement des chefs d'État. Dans les lois relatives à l'immunité de l'État étranger adoptées par exemple au Royaume-Uni, à Singapour, au Pakistan, en Afrique du Sud, au Canada et en Australie, le chef d'État étranger agissant *ès qualités* est couvert par la notion d'État⁸⁶, comme c'est aussi le cas pour la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Selon la loi britannique, le chef d'État étranger agissant *ès qualités* jouit de la même immunité qu'un chef de mission diplomatique⁸⁷. Selon le paragraphe 1 de l'article 36 de la loi australienne intitulée *Foreign States Immunities*, « sous réserve des dispositions du présent article qui suivent, la loi de 1967 sur les privilèges et immunités diplomatiques s'étend, *mutatis mutandis*, à la personne qui, au moment considéré, est : a) chef d'un État étranger; b) conjoint d'un chef d'État étranger »⁸⁸.

38. La législation de la Fédération de Russie contient des dispositions qui régissent l'immunité de tous les fonctionnaires des États étrangers. Selon le paragraphe 2 de l'article 3 de son code de procédure pénale, des poursuites criminelles peuvent être engagées contre un fonctionnaire étranger qui jouit de l'immunité selon les règles généralement admises du droit international ou selon les traités internationaux conclus par la Fédération de Russie, avec l'accord de l'État

⁸⁴ Voir *infra*, par. 128.

⁸⁵ D'après A. Cassese, « lorsque ils (les hautes personnalités d'un État) sont en voyage privé et ne voyagent pas incognito, l'État d'accueil est tenu de leur offrir une protection spéciale; il peut également leur accorder des privilèges et immunités par courtoisie, c'est-à-dire par politesse et bon vouloir; toutefois, il n'est nullement tenu de le faire ». Cassese, A., *International Law*, Oxford, 2001, p. 96.

⁸⁶ Voir par exemple l'article 14 de la loi britannique de 1978 intitulée *State Immunity Act*; l'article 16 de la loi de Singapour de 1979 intitulée *State Immunity Act*; l'article 15 de l'ordonnance pakistanaise sur l'immunité de l'État de 1981; l'article 1 de la loi sud-africaine de 1981 intitulée *Foreign Sovereign Immunity Act*; l'article 2 de la loi canadienne de 1982 intitulée *State Immunity Act*; l'article 3 de la loi australienne de 1985 intitulée *Foreign States Immunities*. Les dispositions pertinentes de ces textes sont citées in Bankas, E. K., *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer Berlin-Heidelberg, 2005, p. 431 à 459, et in Dickinson, A., Lindsay R. et Loonam J., *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 469 à 523.

⁸⁷ L'article 20 de la loi britannique intitulée *State Immunity Act* contient un renvoi à la loi de 1964 intitulée *Diplomatic Privileges Act*, Bankas, E. K., op. cit. p. 440.

⁸⁸ Dickinson, A., Lindsay, R. et Loonam, J., *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 483.

étranger au service de laquelle l'intéressé est ou était. Les renseignements quant à l'immunité pénale de celui-ci et à la portée de cette immunité sont fournis par le Ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie aux juridictions et services de police russes compétents⁸⁹. Il est intéressant de constater qu'il ressort du droit interne russe qu'en matière d'immunité des représentants étrangers de la juridiction pénale russe, c'est le droit international qui prévaut.

39. En même temps qu'émergeait dans ces systèmes juridiques nationaux l'institution de la compétence universelle, on a vu apparaître dans la législation des États concernés des dispositions pouvant être interprétées comme un refus de reconnaître l'immunité des fonctionnaires étrangers à l'égard desquels l'État exerce la compétence pénale universelle. Par exemple, la loi belge de 1993 concernant les poursuites criminelles des auteurs de violations graves des Conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes de guerre a été augmentée en 1999 d'une disposition excluant l'invocation de l'immunité pour se mettre à l'abri de poursuites pénales : « L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi »⁹⁰. Cette disposition a permis d'intenter une action pénale contre le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo. Cependant, après l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du Mandat d'arrêt, la loi a été amendée⁹¹ et se lit : « [...] en n'écartant les immunités que dans la mesure où le droit international l'autorise »⁹². Comme on le voit, la portée de l'immunité des représentants étrangers de la juridiction pénale à raison de crimes de guerre que prévoit la loi belge a essentiellement commencé à se définir au regard du droit international.

40. La place qui revient respectivement au droit international et au droit interne dans la façon dont les tribunaux et les services de police nationaux abordent la question de l'immunité des représentants d'un État étranger dépend principalement

⁸⁹ Voir la loi fédérale n° 26 du 4 mars 2008 portant modification de l'article 3 du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie. À consulter à l'adresse <http://document.kremlin.ru>.

⁹⁰ Loi du 16 juin 1993, telle qu'amendée par la loi du 10 février 1999 concernant la répression des violations graves du droit international humanitaire. À consulter à l'adresse <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Accueil/Accueil.html>.

⁹¹ Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, à consulter à l'adresse <http://www.juridat.be/> :

« Article 13

Il est inséré dans le chapitre I du titre préliminaire du Code de procédure pénale un article 1^{er} bis qui se lit comme suit :

“Article 1^{er} bis

1. Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard :

- Des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leurs fonctions, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international;
- Des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique.

2. Conformément au droit international, nul acte de contrainte relatif à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges ou par une organisation internationale établie en Belgique et avec laquelle la Belgique a conclu un accord de siège.” »

⁹² Van der Borgh, S. S., « Belgian Law concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law: A Contested Law with Uncontested Objectives », *A.S.I.L. Insights*, juillet 2003, à consulter à l'adresse <http://www.asil.org/insights/insigh112.htm>.

de la place du droit international dans l'ordre juridique de l'État, de la culture juridique de celui-ci et des traditions de ses services qui s'occupent de faire appliquer la loi. Il est notoire que les tribunaux nationaux appliquent largement le droit international (en combinaison, évidemment, avec le droit interne) lorsqu'ils sont saisis de questions concernant l'immunité de fonctionnaires étrangers, et qu'ils ne se réfèrent pratiquement pas au droit international quand ils examinent des affaires de cette sorte.

41. La question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et celle de l'immunité juridictionnelle des États s'inscrivent dans le domaine des relations entre États. C'est donc le droit international qui est la source primaire dans ce domaine. La situation idéale serait qu'il détermine le contenu du droit interne applicable par les tribunaux nationaux et les services de police ou pouvant s'appliquer directement lorsqu'une question d'immunité est à résoudre⁹³. Idéalement encore, le droit interne devrait jouer dans ce domaine un rôle subsidiaire et permettre l'application des dispositions du droit international qui régissent les immunités⁹⁴. Comme les tribunaux nationaux ont souvent du mal à déterminer le contenu des règles coutumières du droit international qu'il leur faut appliquer, la codification du droit international de cette matière serait de la plus grande utilité.

5. Sources d'information

42. Il serait souhaitable que le travail sur le sujet et la formulation éventuelle de projets de dispositions normatives s'appuient sur les éléments suivants : la pratique des États, y compris leurs législations et leurs décisions judiciaires nationales, notamment celles qui ont été adoptées au tournant du siècle et qui expriment la manière dont le sujet est aujourd'hui compris; les déclarations des organes exécutifs devant les organes judiciaires nationaux et internationaux, et les déclarations des représentants des États sur le sujet; les traités internationaux portant sur la matière; les arrêts et autres écrits de la Cour internationale de Justice, notamment l'arrêt rendu dans l'affaire du Mandat d'arrêt et les affaires en cours relatives à Certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*) et à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*); les décisions des tribunaux pénaux internationaux; les textes de la Commission elle-même dont il a été question plus haut et d'autres documents; le

⁹³ Il faut mentionner à cet égard la situation française telle que l'a décrite M. R. Abraham, agent de la République française, pendant les audiences de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à Certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*) : « Conformément au droit international, le droit français consacre le principe de l'immunité des chefs d'État étrangers [...]. Il n'existe pas de règles écrites découlant d'une législation relative aux immunités des États et de leurs représentants. C'est la jurisprudence des tribunaux français qui, se référant au droit international coutumier et procédant à son application directe, a affirmé avec clarté et avec force le principe de ces immunités. » Document CR.2003/21, lundi 28 avril 2003, 16 heures, par. 32.

⁹⁴ Comme le note J. Verhoeven : « Il ne paraît pas douteux que l'immunité soulève au premier chef une question de droit international et que c'est à celui-ci, partant, qu'il appartient de régler les problèmes qu'elle pose. Et il est affaire de droit national de déterminer comment ce règlement est concrètement observé dans chaque ordre juridique interne, sachant que ces défaillances éventuelles engagent, ici comme ailleurs, la responsabilité internationale de l'État. » Verhoeven, J. « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international », in: Verhoeven, J. (dir. publ.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 82.

dossier de la question de l'immunité des chefs d'État et de gouvernement tel que l'Institut de droit international l'a examiné entre 1997 et 2001; enfin, les recherches des spécialistes et toute autre documentation pertinente⁹⁵.

B. Immunité et juridiction

1. Juridiction

43. Le titre même du sujet postule certaines similitudes et certaines différences entre la notion de l'« immunité » et celle de « juridiction ». Comme le faisaient remarquer M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, membres de la Cour, dans leur opinion individuelle commune relative à l'affaire du Mandat d'arrêt : « Qui dit “immunité” dit “immunité de juridiction”. »⁹⁶ La juridiction précède l'immunité. Sans juridiction, il n'y a aucune raison de poser ou d'examiner la question de l'immunité de juridiction⁹⁷. La Cour internationale de Justice dit dans l'arrêt en question : « Ce n'est que lorsqu'un État dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une personne ou d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence »⁹⁸.

44. Le sujet porte sur la juridiction nationale et non la juridiction internationale, c'est-à-dire la juridiction des États et non celle des organes internationaux. Selon M. Shaw, « la juridiction vise le pouvoir qu'a l'État d'affecter les personnes, les choses et les circonstances et traduit les principes fondamentaux de la souveraineté de l'État, de l'égalité des États et de la non-ingérence dans les affaires intérieures »⁹⁹. La juridiction est souvent définie comme l'autorité ou la compétence

⁹⁵ Par exemple, les demandes adressées par Interpol aux États pour qu'ils diffusent les mandats d'arrêt internationaux visant des fonctionnaires étrangers.

⁹⁶ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 64, par. 3.

⁹⁷ Comme J. Brohmer le note, « la question de la juridiction précède logiquement celle de l'immunité souveraine parce que s'il n'y a pas de juridiction, la question de l'immunité ne peut se poser ». Brohmer, J., *State immunity and the violations of human rights*, *Kluwer Law International*, La Haye, 1997, p. 34. « Avant d'analyser le point de savoir si l'immunité est ou non un moyen de défense susceptible de prospérer, il est nécessaire que [la compétence soit établie]. Elle peut l'être d'abord parce que, par définition, « immunité » est la forme abrégée de « immunité de juridiction », Toner, P. J., « Competing Concepts of Immunity: Revolution of the Head of State Immunity Defense », *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), p. 903.

⁹⁸ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 20, par. 46. C'est la même idée qu'a exprimée le Président de la Cour de l'époque, M. G. Guillaume : « La compétence des tribunaux est une question sur laquelle ceux-ci doivent se prononcer avant de s'interroger sur l'immunité des justiciables. On ne peut en d'autres termes bénéficier de l'immunité de juridiction que s'il y a juridiction », *ibid.*, p. 36, par. 1. C'est l'opinion qu'ont également exprimée M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, membres de la Cour, dans leur opinion individuelle commune : « S'il n'y a pas de juridiction en principe, alors la question de l'immunité de juridiction qui autrement existerait ne se pose tout simplement pas. » *Ibid.*, p. 64, par. 3.

⁹⁹ Shaw, M., *International Law*, 5^e éd. (Cambridge University Press, 2003, p. 572).

de l'État¹⁰⁰. Elle est une manifestation de la souveraineté de celui-ci¹⁰¹ et de ses prérogatives d'autorité, surtout sur le territoire sur lequel il exerce sa souveraineté. Igor I. Lukashuk a fait observer que « la "juridiction" désigne le pouvoir qu'a l'État de prescrire un certain comportement et de s'assurer par tous les moyens licites qui sont à sa disposition que ses prescriptions sont respectées »¹⁰². Pour I. Brownlie, « on peut au moins présumer que la juridiction est territoriale »¹⁰³. Cependant, la juridiction peut aussi s'exercer sur d'autres fondements (par exemple la citoyenneté¹⁰⁴), et même extraterritorialement.

45. La juridiction est exercée par les organes de l'État, législatifs, exécutifs et judiciaires. On fait en général la distinction entre la juridiction législative, la juridiction exécutive et la juridiction judiciaire¹⁰⁵. La juridiction législative ou prescriptive (celle du législateur) consiste pour les organes de l'État à promulguer des prescriptions légales ou autres. La juridiction exécutive consiste pour l'État, ses organes exécutifs et ses fonctionnaires à prendre des mesures d'exécution et d'application des lois et autres prescriptions légales. La juridiction judiciaire consiste essentiellement pour les organes judiciaires à examiner des affaires. La juridiction exécutive et la juridiction judiciaire ont des traits communs en ce qu'elles couvrent l'une et l'autre la mise en application et le respect des lois. C'est pourquoi certains auteurs ne mentionnent que ces deux types de juridictions¹⁰⁶.

46. Dans son deuxième rapport sur le sujet des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, le Rapporteur spécial proposait la définition suivante : « L'expression "juridiction" s'entend de la compétence ou du pouvoir d'un État territorial d'exercer des actions en justice, de régler des différends ou de trancher des litiges, ainsi que du pouvoir d'administrer la justice sous tous ses aspects » (al. 1 g) du projet d'article 2). Cette définition a été élargie par les dispositions

¹⁰⁰ « Juridiction : terme évoquant le concept du pouvoir utilisé dans une série d'expressions comme compétence et, dans une autre série d'expressions, comme pouvoir le juger ». J. Salmon, dir. publ., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 624. Selon V. Lowe, « juridiction » est le terme qui décrit les limites de la compétence juridique d'un État ou de quelque autre organe d'autorité (par exemple, la Communauté européenne) pour élaborer, appliquer et faire respecter les règles de comportement des personnes », Lowe V. « Jurisdiction » in Evans, M. D. (dir. publ.), *International Law*, Oxford University Press, 2006, 2^e éd., p. 335. Selon Oxman, le terme « juridiction de l'État » désigne dans son sens le plus général, le pouvoir que celui-ci a légalement d'agir et, ainsi, son pouvoir de décider d'agir et de quelle manière. Alors que les juristes emploient souvent le terme de « juridiction » de façon plus étroite pour désigner le pouvoir légitime de fixer des règles et de les faire appliquer, il est utile de garder à l'esprit l'acception plus large. Oxman, H. P., « Jurisdiction of State », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Elsevier Sciences Publishers, 1992, p. 55.

¹⁰¹ Bowett, D. W., « Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources », *B.Y.B.I.L.*, vol. 53 (1982), [titre russe] [« Juridiction de l'État (ou juridiction nationale) comme manifestation de la souveraineté de l'État »], Chernichenko, S. V., [titre russe] [Théorie du droit international], vol. 2, M., NIMP (Institut indépendant de droit international), 1999, p. 126.

¹⁰² Lukashuk, I.I., *International Law, General section* (3^e éd.), Wolters Kluwer, 2007, p. 330 et 331.

¹⁰³ Brownlie, I., *International Law* (6^e éd.), Oxford University Press, 2003, p. 297. Comme le fait observer I. Lukashuk, le principe fondamental de la juridiction est le principe territorial. Cependant, cette juridiction peut avoir une portée à la fois territoriale et extraterritoriale. I. Lukashuk, *ibid.*

¹⁰⁴ Shaw, M., *op. cit.*, p. 572.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 576 à 578; I. Lukashuk, *op. cit.*

¹⁰⁶ Voir, par exemple, Chernichenko, S. V., *op. cit.*, p. 112 à 117.

interprétatives proposées pour faire la lumière sur les éléments contenus dans la notion :

« Article 3 (*Dispositions interprétatives*)

1. Dans le contexte des présents articles, et à moins qu'il ne soit stipulé autrement,

[...]

b) L'expression "juridiction", telle qu'elle est définie à l'article 2, paragraphe 1, alinéa g), ci-dessus, comprend :

i) Le pouvoir de juger,

ii) Le pouvoir de déterminer des questions de droit et de fait,

iii) Le pouvoir d'administrer la justice et de prendre des mesures appropriées à tous les stades d'une action en justice, et

iv) D'autres pouvoirs administratifs et d'exécution normalement exercés par les autorités judiciaires, administratives et de police de l'État territorial. »¹⁰⁷

47. On peut tirer deux conclusions de cette définition et de ces dispositions interprétatives. La première est que le Rapporteur spécial a jugé utile au projet sur les immunités juridictionnelles des États, de n'examiner que les aspects exécutifs et judiciaires de la juridiction; la juridiction législative (c'est-à-dire prescriptive) n'est pas couverte par cette définition. La deuxième est que la notion de juridiction couvre, aux fins de ce projet, la gamme complète des mesures de procédure¹⁰⁸.

2. Juridiction pénale

48. La juridiction se décline en juridiction civile, administrative et pénale selon qu'on considère les lois et règlements de fond, les actes accomplis par les autorités compétentes ou les questions et problèmes régis par les règlements ou examinés par les autorités. La juridiction pénale est constituée à la fois par les lois et autres dispositions qui incriminent les actes commis par des individus, établissent leur responsabilité à l'égard de ces actes et assurent la répression des infractions, et par l'activité des organes de l'État chargés d'appliquer les lois et règlements¹⁰⁹. Il importe de noter qu'aussi bien des organes judiciaires et certains organes exécutifs que des organes qui n'appartiennent pas au système exécutif ou judiciaire peuvent être chargés d'appliquer et de faire respecter la loi dans l'ordre juridique pénal, c'est-à-dire d'exercer la compétence exécutive ou exécutive et judiciaire (pénale) de

¹⁰⁷ *Annuaire ... 1980*, vol. II (première partie), p. 206 et 211.

¹⁰⁸ Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer en expliquant la définition proposée aux fins du projet d'articles : « Le concept [de juridiction] recouvre donc la totalité de la procédure judiciaire, depuis l'engagement des poursuites ou la délivrance d'une assignation, l'enquête, l'instruction, le procès, les ordonnances qui peuvent être des mesures provisoires ou intérimaires avant l'adoption d'une décision, jusqu'au prononcé de divers types de jugements et à l'exécution des jugements ainsi rendus et à l'octroi de sursis ou de dispense à cette exécution. », *ibid.*, p. 202, par. 30.

¹⁰⁹ « La compétence pénale étatique au sens large peut s'entendre tant de la compétence de la loi pénale de fond applicable, qui incrimine et sanctionne, que de la détermination de l'ordre juridictionnel répressif chargé de l'application des textes pénaux. » Fournier, A., « Compétence pénale », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international*, 1998, p. 1.

l'État. La participation des différentes autorités administratives et judiciaires à l'exercice de la compétence pénale dépend de l'organisation juridique de l'État¹¹⁰. Les règles de droit interne qui incriminent certains actes et établissent la responsabilité à leur égard constituent les règles de droit pénal de fond. Les règles qui organisent la pratique et la procédure à suivre pour appliquer les règles de droit pénal de fond sont les règles de droit pénal de forme ou règles de procédure pénale. En général, l'action des autorités de l'État menée selon les règles de procédure pénale pour appliquer les règles de droit pénal de fond et sanctionner les auteurs d'infractions prend la forme du procès judiciaire pénal et est comprise dans la notion de procédure pénale.

49. Comme il a été dit plus haut, la juridiction est principalement d'ordre territorial, mais elle peut aussi revêtir un caractère extraterritorial, surtout s'agissant de la juridiction pénale. Un État peut étendre sa compétence pénale au-delà des frontières de son territoire dans un certain nombre de cas : a) dans le cas de faits qui font l'objet d'une incrimination dans son droit national et qui sont commis à l'étranger par un de ses nationaux; b) dans le cas de faits commis à l'étranger qui font l'objet d'une incrimination dans son droit national et qui portent préjudice à un de ses nationaux; c) dans le cas de faits commis à l'étranger qui font l'objet d'une incrimination dans son droit national et qui portent préjudice à l'État lui-même; d) dans le cas de faits commis à l'étranger qui constituent des infractions au regard du droit international. Les cas subsumés sous a) relèvent de la *compétence personnelle active*; les cas subsumés sous b) relèvent de la *compétence personnelle passive* (ces deux formes de juridiction pénale extraterritoriale sont parfois combinées sous la désignation de « compétence personnelle »); les cas subsumés sous c) relèvent de la *compétence réelle* (atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, etc.); et les cas subsumés sous d) relèvent de la *compétence universelle*¹¹¹.

50. La question de l'immunité du représentant de l'État peut se poser lorsqu'un État étranger exerce sa compétence pénale territoriale ou ses compétences pénales extraterritoriales « personnelle passive », « réelle » ou « universelle ». Elle peut aussi se poser lorsqu'une pluralité d'États prétendent exercer leur juridiction pénale à l'égard d'une même personne.

3. Juridiction pénale et juridiction civile

51. Contrairement à la juridiction et à la procédure civiles, la juridiction et la procédure pénales peuvent commencer longtemps avant la phase procédurale proprement dite. L'exercice de l'action pénale peut comprendre une phase précontentieuse importante. Un nombre substantiel d'actes d'enquête peuvent être accomplis entre le moment où les services de police sont saisis d'une allégation d'infraction et le moment où le procès débute. Ces actes accomplis par les services de police et autres services compétents pendant l'enquête préliminaire – rédaction des rapports d'inspection des lieux de l'infraction, rassemblement d'indices et éléments de preuve, recueil de témoignages et dépositions, ouverture d'une information pénale, etc. – ne sont pas subordonnés à une décision judiciaire

¹¹⁰ En Fédération de Russie, par exemple, les fonctions de répression des infractions ne relèvent pas seulement des tribunaux et du Ministère de l'intérieur, mais aussi, pour partie, des procureurs, qui n'appartiennent pas à l'ordre exécutif.

¹¹¹ Voir les notes 22 à 26 du mémoire du Secrétariat sur la question de « l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » (A/CN.4/596).

préalable, à tout le moins dans de nombreux pays. Or ces mesures peuvent concerner un représentant de l'État étranger. Il s'ensuit que l'exercice de la juridiction pénale peut soulever la question de l'immunité à l'égard de cet étranger dès la phase précontentieuse. Cette considération est importante pour délimiter le sujet à l'examen ainsi que le champ d'application de l'immunité.

52. La juridiction civile peut s'exercer à la fois à l'égard des personnes et à l'égard des États. Or, selon la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, une action civile intentée contre un représentant de l'État agissant à ce titre est considérée comme ayant été intentée contre l'État¹¹². En conséquence, le fait pour un tribunal d'être saisi d'une telle action revient à exercer la juridiction civile à l'égard de l'État en cause.

53. La juridiction pénale, par contre, s'exerce exclusivement à l'égard de personnes, et non à l'égard d'États. Et contrairement à la personne, l'État n'est pas responsable pénalement. Dans l'arrêt rendu en 2006 en l'affaire *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabia As Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)* [*Jones c. Ministère de l'intérieur d'Al-Mamlaka Al-Arabia As Saudiya (Royaume d'Arabie saoudite)*], Lord Bingham of Cornhill faisait observer, pour rappeler la différence entre les juridictions pénale et civile, que « l'État n'est pénalement responsable ni en droit international ni en droit anglais, et [qu']il ne peut donc pas être cité directement devant une juridiction pénale »¹¹³. Dans cette citation, le mot « directement » revêt une importance particulière. Il est clair que l'exercice de la juridiction pénale à l'égard d'un représentant de l'État touche, au moins indirectement, l'État que représente la personne concernée. Cela est encore plus clair dans le cas de poursuites pénales intentées contre un représentant de l'État de haut rang, en particulier un chef d'État ou de gouvernement, un ministre des affaires étrangères ou un autre membre du gouvernement qui représente l'État dans les relations internationales ou exerce des fonctions critiques pour l'État intéressant sa souveraineté et sa sécurité. C'est tout aussi clair dans le cas où les poursuites pénales intentées contre un représentant de l'État de quelque rang que ce soit concernent des actes accomplis à titre officiel. Comme le fait observer un arrêt de 2004 en l'affaire *Ronald Grant Jones and others v. The Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabia As Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Ronald Grant Jones et autres c. Ministère de l'intérieur d'Al-Mamlaka Al-Arabia As Saudiya (Royaume d'Arabie saoudite) et un autre)*, « on peut dire que les poursuites pénales intentées contre un tortionnaire prétendu mettent indirectement en cause l'État étranger. On voit mal pourquoi des poursuites civiles contre un tortionnaire prétendu devraient être considérées comme une ingérence plus grave dans les affaires intérieures d'un État étranger ou comme une procédure judiciaire plus critiquable »¹¹⁴. De surcroît, il est tout à fait vraisemblable qu'un État qui engage des poursuites pénales contre

¹¹² Cette constatation découle de la définition du mot « État » aux fins de la Convention. Selon l'article 2, par. 1 b) iv) de la Convention, le terme « État » désigne, entre autres, « les représentants de l'État agissant à ce titre », et selon l'article 6, par. 2 b), « une procédure devant un tribunal d'un État est considérée comme étant intentée contre un autre État lorsque celui-ci [...] n'est pas cité comme partie à la procédure, mais que cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre État ».

¹¹³ *Jones n° 2*, par. 31.

¹¹⁴ *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabia As Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cour d'appel, 28 octobre 2004 (ci-après désigné comme « *Jones n° 1* », [2004] EWCA Civ 1394, par. 75.

un représentant de l'État étranger aura de ce fait accès à des informations intéressant la souveraineté et la sécurité de l'État au service duquel se trouve ce représentant. Dans ce genre de situation, même si, sur le plan juridique, il ne s'agit que de poursuites pénales contre une personne physique, sur un plan plus fondamental il s'agit de l'exercice des prérogatives souveraines d'un État dans ses rapports avec un autre État. Les intérêts souverains de l'autre État sont atteints. Ces intérêts souverains peuvent être atteints beaucoup plus profondément par l'exercice de la compétence pénale, qui s'accompagne souvent d'actes d'enquête extrêmement énergiques, que par l'exercice de la compétence civile. Comme le Tribunal fédéral de la Suisse l'a noté dans sa décision en l'affaire *Evgeny Adamov*, « selon les principes généraux du droit international, un système de justice pénale national devrait éviter d'intervenir dans les affaires des autres États »¹¹⁵.

54. Enfin, il existe des cas où il peut être difficile de distinguer entre juridiction pénale et juridiction civile. Dans certains ordres juridiques, par exemple, une action civile peut être exercée dans le cadre d'un procès au pénal¹¹⁶.

55. Dans l'ensemble, et bien qu'à première vue il semble y avoir une différence évidente entre l'exercice de la juridiction pénale et celui de la juridiction civile à l'égard des représentants de l'État étranger, ces deux exercices présentent suffisamment de traits communs pour commander que la présente étude s'intéresse aussi à la pratique en matière d'immunité de juridiction civile étrangère des représentants de l'État et de l'État lui-même.

4. Immunité

56. Un État est en droit d'exercer sa juridiction, y compris pénale, sur toutes les personnes se trouvant sur son territoire, à l'exception de celles qui jouissent de l'immunité¹¹⁷. Il n'existe pas de définition du concept d'immunité, du moins dans les textes internationaux universels, bien qu'ils emploient souvent ce terme. L'immunité désigne habituellement l'exception, la dérogation ou l'exemption dont bénéficient une entité, une personne ou un bien à l'égard de la juridiction de l'État; un obstacle à l'exercice de la juridiction; une limite de la juridiction; un moyen de défense utilisé pour empêcher l'exercice de la juridiction à l'égard de l'entité, de la personne ou du bien; et, enfin, le droit de ne pas voir s'exercer la juridiction à l'égard de l'entité, de la personne ou du bien, c'est-à-dire le droit d'être exempté de la juridiction¹¹⁸.

¹¹⁵ *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal fédéral, Suisse, arrêt du 22 décembre 2005, ATF 132 II 81, n.3.4.3.

¹¹⁶ Le Code de procédure pénale de la Fédération de Russie dispose en son article 44, par. 2, qu'« une action civile peut être intentée dès l'ouverture d'une action pénale et avant l'achèvement de l'enquête, lorsqu'une affaire criminelle est jugée par un tribunal de première instance ».

¹¹⁷ Voir plus haut le paragraphe 7, en le rapprochant de l'article 2 du projet de Déclaration des droits et des devoirs des États établi par la Commission du droit international.

¹¹⁸ Par exemple, K. Stefko voyait dans l'immunité « l'exemption de la juridiction des autorités locales ». Stefko, K., *L'exemption diplomatique de la juridiction civile*, Lvov, 1938, p. 30 (en polonais), cité dans Przetacznik, F., *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, La Haye-Boston-Londres, 1983, p. 10. Le *Dictionnaire de droit international public* publié sous la direction de J. Salmon donne la définition suivante de l'immunité : « Exemption faisant échapper les personnes, les engins ou les biens qui en bénéficient (États, chefs d'État, agents diplomatiques, fonctionnaires consulaires, organisations internationales et

57. Dans son deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, le Rapporteur spécial, Sompong Sucharitkul, proposait, aux fins du projet d'articles envisagé, la définition suivante des termes « immunité » et « immunités juridictionnelles » au paragraphe 1 du projet d'article 2 : « a) l'expression "immunité" s'entend du privilège d'exemption, de suspension ou de non-applicabilité de l'exercice de la juridiction par les autorités compétentes d'un État territorial; b) l'expression "immunités juridictionnelles" s'entend des immunités à l'égard de la juridiction des autorités judiciaires ou administratives d'un État territorial »¹¹⁹. Comme Sucharitkul le faisait observer, « l'"immunité" est un concept juridique qui peut être exprimé en termes de droits et d'obligations correspondantes. De même qu'un "droit" est lié à un "devoir" incombant à l'autre partie, l'"immunité" dont une personne, une partie ou un État peut se prévaloir est liée à un "non-pouvoir" de l'autorité correspondante. Le terme désigne l'absence ou le manque de pouvoir, ou la nécessité de renoncer à l'exercice d'un tel pouvoir ou de le suspendre. Autrement dit, le terme « immunité » est associé au non-exercice d'un pouvoir ou à des cas où la juridiction des autorités nationales d'un État territorial ne s'exerce pas »¹²⁰.

58. Il ressort très clairement de cette définition de l'immunité et de son commentaire que le droit de la personne à bénéficier de l'immunité n'a pas pour pendant un devoir de l'État étranger (l'unique pendant de ce droit étant la non-applicabilité de la juridiction), et ceci bien que S. Sucharitkul définisse l'immunité comme un rapport juridique. Or, dans un rapport juridique, le droit d'une personne donnée a pour pendant le devoir d'une ou de plusieurs autres personnes. À cet égard, l'immunité ne fait pas exception. Si l'immunité de juridiction est considérée comme une règle de droit (en même temps que le rapport juridique correspondant à cette règle) qui crée un droit et le devoir correspondant, ce qui semble bien être le cas, il s'ensuit qu'on a, d'un côté, le droit de voir la juridiction de l'État ne pas s'exercer sur la personne bénéficiant de l'immunité, et, de l'autre, le devoir de l'État

leurs agents, forces militaires étrangères, navires et aéronefs d'État, et jadis les étrangers en pays de capitulation) à des procédures ou à des obligations relevant du droit commun ». Le même dictionnaire définit l'immunité de juridiction comme « une exemption qui permet à certaines entités et personnes (États, chefs d'État, agents diplomatiques, fonctionnaires consulaires, organisations internationales et leurs agents, forces militaires étrangères, etc.) d'échapper à l'action des juridictions de l'État de séjour ou d'États tiers ». Salmon J., op. cit., p. 558 et 559. Pour C. Kessedjian, le concept d'immunité consiste à « empêcher qu'un État ou une organisation internationale soient poursuivis devant une juridiction d'un autre État ». Kessedjian, C., « Immunité », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international*, 1998, p. 5. Selon l'*Encyclopedia of public international law* : « En droit international public, on entend par règle de l'immunité de l'État les principes et règles juridiques en vertu desquels un État étranger peut prétendre à l'exemption, la suspension ou la non-applicabilité de la juridiction d'un autre État. » Steinberger, H., « State Immunity », in *Encyclopedia of public international law*, vol. 4, Amsterdam, 2006, p. 615. S. Wirth considère que « l'immunité de l'État est le droit de ne pas être soumis à l'exercice de la juridiction étrangère ». Wirth, S., « Immunity for core crimes? The I.C.J.'s Judgment in the Congo v. Belgium Case », *E.J.I.L.*, vol. 13, n° 4 (2002), p. 882. Selon I. O. Khlestova, « l'immunité de l'État implique que l'État n'est pas soumis à la juridiction d'un autre État ». Khlestova, I. O. « Problèmes de l'immunité juridictionnelle de l'État étranger (droit et pratique) », Moscou, 2002, p. 9.

¹¹⁹ *Annuaire de la Commission du droit international 1980*, vol. II (première partie), p. 206 (document A/CN.4/331 et Add.1, par. 33).

¹²⁰ *Ibid.*, p. 200, par. 17.

qui a juridiction de ne pas exercer sa juridiction sur la personne bénéficiant de l'immunité¹²¹.

59. Il existe une autre conception de l'immunité, selon laquelle celle-ci est perçue comme une dérogation à la juridiction de l'État hôte au bénéfice du représentant de l'État étranger. Cette conception de l'immunité ne s'exprime pas en termes de droit dont jouirait la personne bénéficiant de l'immunité et de devoir correspondant de l'État ayant juridiction, mais plutôt en termes de décision ou de geste de bonne volonté de l'État ayant juridiction, qui choisit de ne pas exercer sa juridiction par respect pour l'autre État et par conséquent pour ses représentants. En fait, cette conception de l'immunité se fonde non pas sur le droit international, mais sur la courtoisie internationale¹²². Appliquée dans sa forme la plus pure, cette conception arrache la question de l'immunité à la sphère du droit pour la transporter dans la sphère des pouvoirs discrétionnaires de l'État de juridiction. D'un point de vue pratique cependant, elle ne s'applique guère sous cette forme abstraite. Elle vient plutôt s'inscrire en complément de la conception de l'immunité qui fonde celle-ci sur le droit international. Comme le fait observer M. Shaw, « bien que [l'immunité] constitue une dérogation à la juridiction de l'État hôte, en ce que, par exemple, le Royaume-Uni ne peut exercer sa juridiction sur les ambassadeurs étrangers sur son territoire, elle n'en doit pas moins être comprise comme un élément essentiel de la reconnaissance de la souveraineté des États étrangers, et comme une dimension de l'égalité juridique de tous les États »¹²³.

60. Le projet d'articles adopté par la Commission du droit international et la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens n'offrent ni définition ni disposition interprétative pour les termes « immunité » et « juridiction ». Ils se contentent de reprendre à leur compte, dans une large mesure, les idées généralement acceptées sur le sens des concepts d'« immunité » et de « juridiction ». Il convient donc de se demander si le moment n'est pas venu d'essayer de donner une définition de l'« immunité » et de l'« immunité de juridiction pénale » dans le contexte de la présente étude et dans le cadre de la préparation de futurs projets d'articles ou autres dispositions normatives.

61. Ni les rapports qu'entretiennent l'immunité et la juridiction ni le fait que le développement du principe de juridiction extraterritoriale – et en particulier de juridiction universelle – ait nettement influencé la réflexion sur l'immunité n'excluent que l'on puisse très bien examiner et étudier la question de l'immunité sans avoir à examiner sur le fond la question de la juridiction, et réciproquement. Comme le précise la Cour internationale de Justice dans sa décision en l'affaire relative au Mandat d'arrêt, « les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées : la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et

¹²¹ Pour I. Sinclair, « L'immunité peut être définie selon la jurisprudence comme le pendant du devoir imposé à l'État territorial de s'abstenir d'exercer sa juridiction à l'égard d'un État étranger ». Sinclair, I., « The law of sovereign immunity: recent developments », *Recueil des cours*, vol. 167 (1980-II), p. 199.

¹²² Voir plus haut les paragraphes 35 et 36.

¹²³ Shaw, M. N., *op. cit.*, p. 621. Sucharitkul avait ceci à dire sur la question : « La réciprocité de traitement, la bienveillance des nations et la courtoisie internationale sont des notions très voisines, dont on peut dire qu'elles offrent un fondement supplémentaire ou subsidiaire à la doctrine de l'immunité souveraine ». Sucharitkul, S., « Immunities of Foreign States before National Authorities », *Recueil des cours*, vol. 149 (1976-I), p. 119.

l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. 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 [...]. 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 »¹²⁴.

62. Dans leur opinion individuelle commune jointe à cet arrêt, M^{me} Higgins et MM. Kooijmans et Buergenthal font valoir qu'« immunité » et « compétence » sont inextricablement liées et que la question de savoir s'il y a « immunité » dans un cas donné dépendra non seulement du statut de la personne considérée mais aussi du type de compétence, et du chef de compétence, dont les autorités de l'État entendent se prévaloir¹²⁵. Ils font aussi valoir que « si la notion d'“immunité” dépend, en théorie, d'une compétence préexistante, un corpus de droit distinct s'applique à chacune des notions », et que, en laissant de côté la question de la compétence, la Cour « a encouragé une tendance actuelle regrettable [...] à réunir les deux questions »¹²⁶.

63. Dans le cadre du sujet à l'étude, il conviendra d'examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État, et peut-être de formuler un projet d'articles ou des principes directeurs sur la question. Le Rapporteur spécial n'estime pas nécessaire, dans ce contexte, d'examiner plus à fond la question de la juridiction en tant que telle, et la question de la juridiction pénale extraterritoriale et universelle en particulier. Il n'est nul besoin de formuler, dans le contexte de la présente étude, un projet de dispositions sur la juridiction. Ceci dit, la question de la juridiction devra de toute évidence être étudiée lorsqu'on s'interrogera sur le champ d'application de l'immunité, notamment pour savoir s'il existe des exemptions ou des exceptions à la règle de l'immunité.

5. Le caractère procédural de l'immunité de la juridiction pénale

64. Les vues ci-dessus sur l'immunité et la juridiction sont aussi valides pour l'examen, dans le cadre du présent sujet, de la notion d'« immunité de la juridiction pénale ». Il est important que l'immunité de juridiction, et en particulier l'immunité de la juridiction pénale, ne soustrait pas la personne qui en jouit de la juridiction législative (prescriptive) de l'État. On notera que la définition de l'immunité de juridiction proposée par S. Sucharitkul n'envisageait que l'immunité de la juridiction des autorités administratives et judiciaires. Eu égard au projet ci-dessus de définition de la notion de « juridiction » proposé pour les articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, il est clair qu'il s'agissait de la seule immunité de la juridiction exécutive et judiciaire et non de l'immunité de la juridiction législative (prescriptive) de l'État¹²⁷. Ainsi, la personne qui jouit de

¹²⁴ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 24 et 25, par. 59.

¹²⁵ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 64, par. 3.

¹²⁶ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 64, par. 4.

¹²⁷ S. Sucharitkul écrivait : « Les immunités qui nous occupent [les immunités des États étrangers devant les autorités nationales] sont principalement des immunités de la juridiction ou de l'exercice du pouvoir local ou de l'autorité territoriale, et non des immunités des règles du fond du droit ou de dispositions juridiques essentielles. Il s'agit d'immunités faisant obstacle à l'application des lois procédurales ou, au mieux, à l'engagement d'une action en justice ou d'un

l'immunité n'est pas exempte de la législation de l'État du for (le droit applicable sur le territoire de cet État)¹²⁸. Toutefois, l'État qui exerce sa juridiction ne peut garantir que sa législation sera appliquée à la personne qui jouit de l'immunité. Celle-ci est à l'abri des mesures d'exécution dans l'État de la juridiction duquel elle est exempte, mais non de la législation de cet État. Cette opinion est largement partagée en doctrine¹²⁹. Il est remarquable que les conventions sur les relations diplomatiques et consulaires et les missions spéciales, tout en accordant l'immunité de la juridiction de l'État hôte à une catégorie particulière de personnes, met également à la charge des intéressés l'obligation de respecter les lois et règlements de cet État¹³⁰.

65. Il convient de noter qu'il y a aussi un autre point de vue sur la nature de l'immunité. On évoque parfois non seulement l'immunité procédurale, mais aussi l'immunité de fond ou substantielle, dont le bénéficiaire n'est pas assujéti aux lois et donc à la juridiction législative d'un État¹³¹. Ce point de vue n'est toutefois pas celui de la majorité des auteurs ayant traité de cette question.

procès, mais non d'immunités qui soustraient leurs bénéficiaires à la législation interne. Lorsque l'immunité de l'État est invoquée, la juridiction locale peut être suspendue. Mais l'immunité peut à tout moment être levée de nombreuses manières différentes, permettant ainsi au processus judiciaire de se poursuivre, le droit local de fond redevenant pleinement opérationnel. » Sucharitkul, S., op. cit., p. 96.

¹²⁸ « L'immunité de juridiction n'équivaut pas à une exemption de l'ordre juridique de l'État territorial. La question peut se poser à titre préjudiciel dans le cadre d'une instance dans laquelle l'État étranger n'est pas engagé, ou devant les tribunaux d'un État tiers qui, de par leurs règles en matière de conflit de lois, peuvent devoir appliquer le droit de fond du (premier) État territorial, par exemple la *lex loci delicti commissi*. » Steinberger, H., op. cit., p. 616.

¹²⁹ Par exemple, « Le terme immunité est employé principalement pour désigner l'exemption des procédures judiciaires. En tant que telle, une immunité n'implique pas ni ne fait intervenir une impossibilité d'attraire en justice ou une irresponsabilité *rationae materiae*, comme l'atteste le fait qu'une immunité peut toujours être levée ». Parry et Grant, *Encyclopaedic dictionary of international law*, New York-Londres, Rome, 1986, p. 165; « [...] l'immunité de juridiction ne signifie pas l'exemption de l'ordre juridique de l'État territorial en question ». Shaw, M. N., op. cit., 2003, p. 623; « L'exception [d'immunité] signifie que l'on ne peut faire l'objet d'une action en justice, non que l'on n'est pas assujéti à la loi. Ainsi, si l'immunité est levée, la justice suit normalement son cours. La responsabilité sous-jacente ou responsabilité étatique de l'État défendeur n'est pas affectée bien que, comme on le verra lorsqu'aucun remède ne peut être obtenu devant un tribunal de cet État, l'immunité de juridiction peut permettre d'éviter la responsabilité ». Fox, H., « International law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States », dans Evans, M. D. (dir. publ.), *International law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 2^e éd., p. 363; « En droit international l'immunité de l'État n'est rien de plus que l'immunité de juridiction devant les tribunaux internes, et elle ne met les États à l'abri ni de leur propre système juridique ni d'aucune sorte de responsabilité. En d'autres termes, accorder l'immunité de l'État prescrite par le droit international ne signifie pas la fin de l'état de droit ». Tomonori, M., « The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (été/automne 2001), p. 274.

¹³⁰ Art. 41 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, art. 55 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et art. 47 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales. Le préambule de la résolution de l'Institut indique également que « les immunités reconnues à un chef d'État ou de gouvernement n'impliquent aucunement qu'il soit en droit de ne pas respecter les règles en vigueur sur le territoire du for ».

¹³¹ Voir, par exemple, Stern, B., « Immunités et doctrine de l'*Act of State* : Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'État devant les juridictions étrangères », *JDI*, n° 133 (1) (janvier/février/mars 2006), p. 64. « En droit international,

66. Ceci est particulièrement important s'agissant de la portée de la juridiction pénale. En particulier, une personne jouissant de l'immunité de la juridiction pénale demeure assujettie aux règles de droit incriminant tel ou tel acte particulier et fixant la peine dont il est puni. Son immunité ne protège cette personne que des poursuites pénales et de l'action pénale exercées par les autorités judiciaires et d'exécution de l'État du for (la question se pose de savoir s'il serait plus exact de parler non d'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale ou de l'action pénale étrangère, mais de l'immunité de certaines mesures de procédure pénale et de l'exercice de l'action pénale par l'État étranger. On ne peut toutefois répondre à cette question tant qu'on n'a pas examiné celle de la portée de l'immunité. Ainsi, l'immunité de la juridiction pénale étrangère relève du droit procédural et non du fond du droit et est par nature procédurale¹³². C'est pourquoi la personne qui jouit de l'immunité n'est pas en principe pénalement irresponsable; c'est simplement qu'il est plus difficile d'engager sa responsabilité. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans son arrêt dans l'affaire du Mandat d'arrêt, « l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre de crimes qu'il aurait pu commettre [...] Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale »¹³³.

67. La question de l'immunité d'un représentant de l'État peut se poser au début de la procédure pénale, avant même que l'affaire soit transmise au tribunal pour un examen quant au fond. Ainsi, dans l'affaire concernant certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*), dont la Cour internationale de Justice est actuellement saisie, la République du Congo conteste (en invoquant notamment l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État) la légalité de certaines mesures de procédure pénale engagées par la France contre plusieurs représentants de l'État congolais, y compris le Chef de l'État, au stade préliminaire des actes d'instruction et de poursuite pour des crimes qui auraient été commis en République du Congo¹³⁴. La légalité de mesures analogues prises par la France contre des représentants de l'État djiboutien, y compris du Chef de l'État, est également contestée dans l'autre affaire dont est saisie la Cour internationale – Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c.*

l'immunité de l'État renvoie aux règles et principes juridiques déterminant les conditions dans lesquelles un État étranger peut se soustraire à la juridiction (les pouvoirs législatifs, judiciaires et administratifs) d'un autre État (souvent appelé l'État du for) », Malanczuk, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres et New York, 1997, p. 118; Khlestova, I. O., op. cit., p. 9.

¹³² En Fédération de Russie, par exemple, les dispositions relatives à l'immunité des représentants d'un État étranger des mesures de procédure pénale figurent dans le Code de procédure pénale, qui régit le procès pénal, et non dans le Code pénal, qui contient les règles du droit pénal de fond.

¹³³ C.I.J. Recueil 2002, p. 25, par. 60.

¹³⁴ C.I.J., *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, www.icj-cij.org.

France)¹³⁵. Dans l'affaire *Pinochet*, la question de l'immunité d'un ancien Chef de l'État devant les tribunaux anglais s'est posée dans le cadre de l'examen d'une demande d'extradition émise par l'Espagne¹³⁶. Dans l'affaire *Adamov*, la question de l'immunité d'un ancien Ministre de l'énergie atomique de la Fédération de Russie s'est également posée dans le cadre de la question de l'examen de son extradition vers un État tiers¹³⁷.

68. Lorsqu'un tribunal national commence à connaître d'une affaire pénale, il examine la question de l'immunité comme une question préliminaire avant d'examiner le fond de l'affaire¹³⁸. Comme la Cour internationale l'a indiqué dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, les tribunaux nationaux doivent examiner la question de l'immunité de juridiction pénale « comme une question préliminaire devant être tranchée dans les meilleurs délais *in limine litis* »¹³⁹.

69. Par ailleurs, l'État dont un des représentants est en cause soulève souvent une objection générale à l'examen de la question de l'immunité devant un tribunal étranger ou à d'autres mesures de procédure pénale non judiciaires que l'État étranger tente d'appliquer ou applique à ce représentant. En pareil cas, l'État du représentant entend habituellement des démarches diplomatiques auprès de l'État étranger qui a engagé une procédure pénale, en soulignant que celui-ci doit respecter l'immunité dont jouit son représentant, ou il peut même soulever la question de la responsabilité de cet État pour violation des obligations découlant des règles du droit international en matière d'immunité. Comme on l'a déjà noté, la raison en est que la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État relève des relations entre États, tandis que le droit à l'immunité et l'obligation correspondante de respecter l'immunité et de ne pas exercer sa juridiction sur la personne jouissant de l'immunité découlent essentiellement des règles de droit international

¹³⁵ C.I.J., *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, www.icj-cij.org.

¹³⁶ En octobre et novembre 1998, lorsque la Cour suprême espagnole a considéré que les tribunaux espagnols étaient compétents pour juger Augusto Pinochet, les autorités judiciaires ont émis un mandat d'arrêt international à l'encontre du sénateur et demandé son extradition vers l'Espagne. Au titre de ce mandat et de la loi sur l'extradition de 1989, les 16 et 23 octobre 1998, le Metropolitan Stipendiary a émis deux mandats d'arrestation provisoires à l'encontre de l'ancien dictateur chilien. Voir *I.L.M.*, vol. 37 (1998), p 1302 et 1303; *I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 432.

¹³⁷ En mai 2005, l'ancien Ministre de l'énergie atomique de la Fédération de Russie, E. Adamov, a été arrêté à Berne à la demande des États-Unis et placé en détention préventive en vue de son extradition vers ce pays. Les autorités américaines l'accusaient de délits financiers graves et notamment, de détournement à grande échelle et d'utilisation à des fins personnelles de fonds destinés à des projets russes dans le domaine de l'énergie nucléaire. La Fédération de Russie a aussi demandé à la Suisse l'extradition d'E. Adamov en vue d'engager des poursuites pénales contre lui.

¹³⁸ Comme l'indique Shaw, « la question de l'immunité de l'État relève de la procédure et doit être envisagée comme une question préliminaire ». Shaw, M. N. op. cit., p. 623 et 624. « Le droit anglais considère l'immunité comme une question de procédure qui doit être prise en compte dans la phase préliminaire du procès; c'est ce que le droit international semble exiger ». Fox H. *The law of State immunity*, NY: Oxford University Press, 2002, p. 13.

¹³⁹ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 20 avril 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, par. 67.

70. L'exercice de la juridiction pénale peut aussi donner lieu à l'adoption de mesures conservatoires ou de mesures d'exécution. Certains instruments juridiques internationaux portant sur l'immunité comportent des dispositions relatives à l'immunité de juridiction et à l'immunité des mesures d'exécution ou des mesures conservatoires (par exemple, les paragraphes 1 et 3 de l'article 31 de la Convention de 1961 sur les relations diplomatiques; les paragraphes 1 et 4 de l'article 31 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales; et les paragraphes 1 et 2 de l'article 30 de la Convention de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel). Par contre, la Convention de 1963 sur les relations consulaires ne contient pas de telles dispositions (il est seulement fait mention de l'immunité de juridiction à l'article 43). À ce stade au moins, il semble souhaitable de se limiter à examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants d'un État, en laissant de côté la question de l'immunité des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution.

6. Immunité, principe de « non-justiciabilité » et théorie de l'« acte de gouvernement »

71. Outre l'immunité, il existe aussi d'autres limites à la juridiction de l'État, à savoir le principe de non-justiciabilité et la théorie de l'acte de gouvernement, qui ont été élaborés dans le cadre du système juridique anglo-saxon et qui sont essentiellement utilisés dans les tribunaux des pays de *common law*. Mais, comme B. Stern l'indique, des principes analogues ont aussi été énoncés dans les pays de droit romain¹⁴⁰.

72. Il n'existe pas de définition précise de ces deux notions. Selon H. Fox, « la non-justiciabilité est un principe de portée incertaine. Il peut être invoqué comme moyen dans une procédure, que l'État étranger soit lui-même partie ou non à cette procédure, lors de la phase préliminaire ou au moment de déterminer la loi de fond applicable »¹⁴¹. C. Wickremasinghe écrit qu'en substance, on entend par principe de non-justiciabilité que « l'objet de la plainte relève en fait du droit international (ou, possiblement, du droit international public) et que les tribunaux nationaux n'ont donc pas compétence pour se prononcer »¹⁴². En invoquant ce principe, un tribunal national peut par exemple décider qu'il ne peut connaître d'une question relevant du domaine des relations interétatiques¹⁴³.

73. Sinclair a noté qu'il fallait établir une distinction entre les notions d'immunité et de non-justiciabilité¹⁴⁴. « L'immunité, exprimée dans la maxime par *in parem non habet imperium*, renvoie au principe de l'égalité souveraine de tous les États indépendants. Ce principe est satisfait si l'État renonce à son immunité, étant donné que le consentement à l'exercice de la juridiction par les tribunaux locaux confirme l'égalité souveraine. La non-justiciabilité, ou le défaut de compétence des tribunaux

¹⁴⁰ Stern, B., op. cit., p. 64.

¹⁴¹ Fox, H., « International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States », dans : Evans, M. D. (éd), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 2^e éd. p. 377.

¹⁴² Wickremasinghe C., « Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations », dans : Ibid, p. 390.

¹⁴³ « La non-justiciabilité interdit à une juridiction nationale de statuer sur certaines questions, en particulier lorsqu'il s'agit des relations internationales entre États, car il n'existe par de norme judiciaire ou de règle acceptable pour ce faire ». Fox, H., op. cit., p. 359.

¹⁴⁴ Sinclair, I., op. cit., p. 198.

locaux à raison de la matière, est une notion qui, bien qu'elle puisse être liée, est distincte. Un tribunal peut ainsi refuser de se prononcer sur la validité d'une loi d'un État étranger s'appliquant à des faits survenus sur son propre territoire, au motif que cela reviendrait à revendiquer une compétence sur les affaires internes de cet État »¹⁴⁵.

74. La théorie de l'acte de gouvernement limite aussi essentiellement l'exercice de la juridiction à l'égard d'un État étranger. Son application est étroitement liée à l'examen par les tribunaux de questions touchant à l'atteinte au droit de propriété pour des biens situés sur le territoire de l'État étranger du fait d'actes accomplis par cet État, qui violent ce droit¹⁴⁶. Dans cette procédure, la validité des actes (normatifs ou d'exécution) accomplis par l'État étranger peut être contestée. H. Fox écrit que « l'acte de gouvernement est une défense contre la loi de fond. À ce titre, les tribunaux du for sont tenus de faire preuve de retenue s'agissant de se prononcer sur des différends se rapportant à des actes législatifs ou autres actes gouvernementaux accomplis par un État étranger dans les limites de son territoire »¹⁴⁷. L'application du principe de non-justiciabilité aboutit habituellement à une reconnaissance par le tribunal de la validité de l'acte accompli par l'État étranger, fondée sur le respect de la souveraineté des États ou de l'égalité souveraine des États. Étant donné qu'il s'agit d'un acte accompli par un autre État souverain, les tribunaux nationaux n'examinent pas la question de sa validité et se bornent à le reconnaître formellement.

75. Sous cette forme, au moins, la théorie de l'acte de gouvernement semble plus étroite que le principe de non-justiciabilité. Pour une même situation, en appliquant la théorie de l'acte de gouvernement, le tribunal examine (dans une mesure certes limitée) sur le fond, à savoir si l'acte accompli par l'État étranger est licite, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il applique le principe de non-justiciabilité¹⁴⁸. Ces deux notions peuvent toutefois être considérées comme assez proches, en particulier si, appliquant la théorie de l'acte de gouvernement, le tribunal refuse catégoriquement de se prononcer sur la validité de l'acte accompli par l'État étranger, comme le font les tribunaux américains, par exemple. Ainsi, dans l'arrêt qu'il a rendu en l'affaire *Banco nacional de Cuba v. Sabbatino* en 1962, le juge Waterman a indiqué que : « La théorie de l'acte de gouvernement, brièvement résumée, suppose que les tribunaux américains ne se prononcent pas sur la validité des actes accomplis par des gouvernements étrangers en leur qualité d'États souverains sur leurs propres territoires. [...] C'est une des règles de conflit de lois appliquée par les tribunaux américains; ce n'est pas à proprement parler une règle de droit international. [...]

¹⁴⁵ Ibid., p. 198 et 199.

¹⁴⁶ « La théorie de l'acte de gouvernement est pour l'essentiel appliquée aux États-Unis dans le cadre d'expropriations étrangères dans lesquelles un acte de gouvernement est censé avoir violé les règles applicables du droit international. » Fonteyne, J.-P., « Acts of State » dans : *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1992, vol. I, p. 17.

¹⁴⁷ Fox, H., op. cit., p. 358.

¹⁴⁸ Comme Lord Wilberforce l'a fait observer dans l'affaire *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer* [1982], « il existe dans le droit anglais un principe plus général en vertu duquel les tribunaux ne se prononcent pas sur les opérations effectuées par des États étrangers souverains. Sans vouloir entrer dans une polémique sur les termes, il semble qu'il serait souhaitable de considérer ce principe, s'il existe, non pas comme divers "actes de gouvernement" mais comme un principe appelant la retenue ou l'abstention judiciaires ». *I.L.R.*, vol. 64, p. 331 et suiv., à la page 344.

Cette théorie découle du principe de l'immunité du souverain car "le souverain ne peut pas causer de tort" »¹⁴⁹.

76. Dans ce dernier arrêt, il est intéressant de constater qu'il est fait directement référence au lien existant entre la notion d'acte de gouvernement et la notion d'immunité¹⁵⁰. La ressemblance est particulièrement frappante lorsqu'on pense à la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État pour des actes qu'ils ont commis dans l'exercice de leurs fonctions. Mais il existe aussi des différences sensibles entre les deux théories. « Le principe de l'immunité de l'État relève de la compétence des tribunaux, contrairement à la théorie de l'acte de gouvernement [...] qui est plutôt un principe prudentiel destiné à éviter une action judiciaire dans des domaines sensibles. L'immunité de l'État est un principe de droit international, reconnu par la loi aux États-Unis. Ce sont les États eux-mêmes, en tant que défendeurs, qui peuvent invoquer l'immunité. La théorie de l'acte de gouvernement est un principe relevant de l'ordre juridique interne, qui découle du rôle particulier des tribunaux américains et qui reconnaît non seulement la souveraineté des États étrangers, mais également les sphères de pouvoir des deux branches du pouvoir, qui sont sur un pied d'égalité. »¹⁵¹

77. Il est également intéressant de constater que ces théories (acte de gouvernement et non-justiciabilité), contrairement à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ne peuvent être invoquées que devant les tribunaux et peuvent donc seulement limiter la compétence judiciaire de l'État étranger, mais non sa compétence exécutive. Elles ne sont pas utilisées comme moyen de défense pour échapper à la juridiction pénale d'un État étranger (mesures de procédure pénale) au stade préjudiciel¹⁵².

¹⁴⁹ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Cour d'appel des États-Unis, 2^e cir., 6 juillet 1962, 307 F.2d 845, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 56 (1962), p. 1085 et suiv., aux pages 1090 et 1091. Comme E. Denza l'a noté, il conviendrait de remplacer les termes « acte de gouvernement » et « non-justiciabilité » par une théorie moderne du « tribunal compétent » – qui ferait pendant à la théorie du *forum non conveniens* dans le droit international privé ». Denza E., « *Ex Parte Pinochet: Lacuna ou leap?* », *I.C.L.Q.*, vol. 48 (1999), p. 946 et 995.

¹⁵⁰ On note ainsi une ressemblance entre ces deux notions dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) et al.* : « La théorie de l'immunité de l'État souverain est semblable à la théorie de l'acte de gouvernement en ce qu'elle répond aussi à la nécessité de respecter la souveraineté des États étrangers ». Cour d'appel des États-Unis, 9^e cir., 6 juillet 1981 (modifié le 24 août 1981), 649 F.2^e 1354, 1359; reproduit dans *I.L.R.*, vol. 66, p. 413 et 418.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 418. En ce sens, la théorie de l'acte de gouvernement semble proche du principe de non-justiciabilité et de la doctrine de la question politique (political question doctrine), dont il est fait mention dans l'arrêt cité plus haut : « La théorie de l'acte de gouvernement est semblable à la doctrine de la question politique en droit interne. Elle impose aux tribunaux de suivre l'avis des pouvoirs législatif et exécutif lorsque ceux-ci sont mieux à même de résoudre une question politique sensible. » *Ibid.*, p. 417.

¹⁵² Pour des informations plus détaillées sur les similitudes et les différences entre les notions d'immunité, d'acte de gouvernement et de non-justiciabilité, voir par exemple Brownlie, I., *Principles of International Law*, 6^e éd., Oxford University Press, 2003, p. 320 et 321; Fox, H., *The Law of State Immunity*, NY: Oxford University Press, 2002, p. 477 à 502; Meagher, P.J., « Act of State and Sovereign Immunity: The *Marcos Cases*, » *H.I.L.J.*, vol. 29, n^o 1 (Winter 1988), p. 127 à 134; Van Panhuys, H. F., « In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities, » *I C L Q.*, vol. 13 (1964), p. 1193 à 1213; Parseghian, L. Y. « Defining the "Public Act" Requirement in the Act of State Doctrine »,

7. Immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* des représentants de l'État

78. On distingue généralement deux formes d'immunité reconnues aux représentants de l'État : l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*¹⁵³. L'immunité *ratione personae* ou immunité personnelle découle du statut officiel d'un responsable et du poste qu'il occupe dans l'administration publique, ainsi que des fonctions officielles qu'il assume à ce titre. Cette forme d'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue à des personnalités qui occupent des postes de responsabilité ou des postes de niveau élevé¹⁵⁴ et aux agents diplomatiques accrédités auprès de l'État accréditaire (conformément au droit international coutumier et au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques)¹⁵⁵. Il semblerait que l'immunité *ratione personae* soit la plus ancienne forme d'immunité. Elle a été reconnue aux chefs d'État qui en bénéficient encore aujourd'hui. On considère qu'un chef d'État est investi de la souveraineté de l'État qu'il incarne et personnifie. Cette considération a été à l'origine de l'immunité absolue du chef de l'État, qui couvre également l'État. Petit à petit, on a commencé à concevoir séparément l'immunité de l'État et l'immunité du chef de l'État, mais l'immunité *ratione personae* du chef

University of Chicago Law Review, vol. 58 (1991), p. 1151 à 1180. Stern, B., op. cit., p. 63 à 87; Zander, M. « The Act of State Doctrine », *A.J.I.L.*, vol. 53 (1959), p. 826 à 852.

¹⁵³ Ces deux formes d'immunité sont traitées en détail, par exemple dans l'arrêt *Pinochet III*, *I.L.M.*, vol. 38 (1999), notamment aux pages 600 et 601, 605 et 606, 644 et 645. L'existence de ces deux formes d'immunité des représentants de l'État a également été reconnue par la France et Djibouti au cours des plaidoiries dans l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*) : Cour internationale de Justice CR 2008/3, p. 15, par. 23; CR 2008/5, p. 50 et 51, par. 75 à 77. Ces deux formes d'immunité sont évoquées dans les commentaires de la Commission du droit international se rapportant à l'article 1 b) v) du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 18 et 19. Voir aussi, par exemple, Cassese, A., *International criminal law*, NY: Oxford University Press p. 265 à 273; Day, A., « Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), p. 493; Frulli, M., « The question of Charles Taylor's immunity. Still in search of balanced application of personal immunities? », *Journal of international criminal justice*, 2 (2004), p. 1125 et 1126; Wirth S., « Immunity for core crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium* case », *E.J.I.L.*, vol. 13, n° 4 (2002), p. 882 et 883; Summers, M.A., « Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31:2 (2006), p. 464; Toner, P. J., « Competing concepts of immunity: revolution of the head of State immunity defense », *Penn State Law Review*, vol. 108 (2003-2004), p. 902; Borghi, A., op. cit., p. 53 et 56; Barker, C. J., « The future of former Head of State immunity after *ex parte Pinochet* », *I.C.L.Q.*, vol. 48 (1999), p. 939 à 944; Simbeye Y., op. cit., p. 109 à 111, 123; Hamida, A. G., Sein, K. M., Kadouf, H. A., « Immunity Versus International Crime: the Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant Cases* », *Indian Journal of International Law*, vol. 46, n° 4 (octobre-décembre 2006), p. 510 et 511.

¹⁵⁴ La question de savoir s'il est possible (et si oui, comment) de distinguer parmi les personnalités de rang élevé celles qui jouissent de l'immunité personnelle sera examinée dans la section portant sur le groupe de représentants couverts par l'immunité.

¹⁵⁵ D'autres représentants de l'État – par exemple, les représentants de l'État d'envoi dans une mission spéciale (conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales) – peuvent également jouir de cette immunité au titre d'accords internationaux.

de l'État n'en continue pas moins d'être, encore aujourd'hui, généralement reconnue.

79. L'immunité *ratione personae* couvre les actes accomplis par un représentant de l'État à la fois à titre officiel et privé, avant et pendant la période où il occupe ses fonctions. Liée à la fonction de celui-ci dans l'administration publique, l'immunité est de nature temporaire, elle prend effet avec l'entrée en fonctions du responsable et cesse de s'appliquer le jour où ses fonctions prennent fin.

80. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* indépendamment de leur position dans la hiérarchie administrative, vu qu'ils exercent des fonctions officielles pour le compte de l'État. L'immunité *ratione materiae* est parfois également appelée immunité fonctionnelle. Cette forme d'immunité ne couvre que les actes accomplis par des représentants de l'État à titre officiel, c'est-à-dire accomplis dans l'exercice de fonctions officielles. Ainsi, elle ne couvre pas les actes accomplis à titre privé. Après avoir quitté ses fonctions, le fonctionnaire continue de bénéficier de l'immunité *ratione materiae* pour les actes qu'il a accomplis à titre officiel durant l'exercice de ses fonctions¹⁵⁶.

81. Une telle distinction entre les immunités, si elle était adoptée, aurait donc pour conséquence que certains représentants de l'État (non précisément identifiés) bénéficieraient à la fois de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* devant la juridiction étrangère et que l'immunité *ratione materiae* serait reconnue à tous les représentants de l'État¹⁵⁷.

82. La distinction entre ces deux formes d'immunité joue un rôle mineur dans le cas des représentants de l'État occupant des positions élevées dans l'administration. L'immunité *ratione personae* d'un chef d'État, d'un chef de gouvernement, d'un ministre des affaires étrangères et de quelques autres personnalités de haut rang englobe pour l'essentiel l'immunité *ratione materiae*. Aussi, pour mieux distinguer

¹⁵⁶ On se demande naturellement quels actes doivent être considérés comme ayant été accomplis « à titre officiel ». La réponse à cette question est d'une importance capitale pour la détermination de la portée et des limites de l'immunité. La question fera l'objet de la section consacrée à la portée de l'immunité.

¹⁵⁷ Parfois, l'immunité *ratione personae* est qualifiée d'immunité procédurale et l'immunité *ratione materiae*, d'immunité fonctionnelle. Ainsi, pour A. Cassese, l'immunité *ratione materiae* « se rapporte au droit matériel, c'est-à-dire qu'elle constitue une défense au fond » et l'immunité *ratione personae* « se rapporte au droit procédural, c'est-à-dire qu'elle met le représentant de l'État à l'abri de la juridiction civile ou pénale (c'est une exception de procédure) ». Cassese, A., op. cit., p. 266. Il estime, toutefois, que « si le représentant de l'État, agissant dans un État étranger, contrevient au droit pénal de celui-ci, il peut voir sa responsabilité pénale engagée et être déclaré responsable par une juridiction pénale étrangère ». Ibid., note de bas de page n° 6. D. S. Koller défend la même position. Cf. Koller, D. S., « Immunity of Foreign Ministers: paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court », *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), p. 25 et 26. Voir aussi par exemple, Day A., op. cit., p. 490; Frulli M., op. cit., p. 1125-1126. Les mêmes arguments ont été invoqués par le demandeur dans l'affaire *Wei Ye, Hao Wang, Does A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 610*, Cour suprême des États-Unis, demande en reddition d'une ordonnance de *certiorari*, p. 7. Pourtant, vu les raisons susmentionnées, il semble que l'immunité est dans tous les cas de nature procédurale. Un autre argument figure dans l'opinion exprimée par la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, selon lequel, « La question de l'immunité souveraine est une question de procédure », *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, décision du 31 mai 2004 sur l'immunité de juridiction, par. 27.

ces deux formes d'immunité dans le cas de ces hauts responsables, il est parfois affirmé que l'immunité *ratione personae* ne couvre que les actes accomplis par ceux-ci à titre privé (tandis que les actes qu'ils accomplissent à titre officiel sont couverts par l'immunité *ratione materiae*, indépendamment de la question de savoir si le responsable en question occupe sa fonction ou s'il l'a quittée)¹⁵⁸.

83. Le fait de distinguer, parmi les immunités reconnues aux responsables de l'État, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* et d'employer ces expressions permet, du point de vue de l'analyse, d'aborder convenablement l'étude de la question et de démontrer l'existence de l'immunité des représentants de l'État¹⁵⁹. La question se pose, toutefois, de savoir si et dans quelle mesure cette distinction est nécessaire à la définition du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Dans la rédaction de son arrêt relatif à l'affaire du mandat d'arrêt, la Cour internationale de Justice n'a pas procédé à cette distinction et, par conséquent, n'a pas utilisé les expressions d'« immunité *ratione personae* » ou d'« immunité *ratione materiae* ». La Cour a décidé que le Ministre des affaires étrangères jouissait d'une immunité de juridiction pénale étrangère en distinguant selon que ses actes avaient été accomplis durant l'exercice de ses fonctions ou après, à titre officiel ou privé¹⁶⁰. Cette distinction ne figure pas non plus dans les conventions suivantes : Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Convention de Vienne sur les relations consulaires, Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel¹⁶¹.

8. But de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

84. Le but visé par la reconnaissance de l'immunité aux représentants de l'État permet de déterminer quels représentants de l'État jouissent de l'immunité et quelle est l'étendue de cette dernière. Les préambules des Conventions de Vienne qui ont respectivement pour objet les relations diplomatiques (1961), les relations consulaires (1963) et les missions spéciales (1969) contiennent des dispositions qui expliquent pourquoi l'immunité est reconnue aux personnes concernées¹⁶².

¹⁵⁸ Voir, par exemple, les commentaires au projet d'articles de la Commission sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens : « En dehors des immunités *ratione materiae* liées à leurs activités ou fonctions officielles de représentants, les souverains et les ambassadeurs peuvent se prévaloir, dans une certaine mesure en propre, d'immunités *ratione personae* attachées à leur personne ou à leurs activités personnelles sans rapport avec leurs fonctions officielles », *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 18.

¹⁵⁹ Dans le but d'apporter la preuve de l'existence ou de l'absence de l'immunité, cette distinction a été faite, par exemple, dans les affaires *Pinochet I* et *III* et dans les affaires *Jones I* et *II*.

¹⁶⁰ Voir notamment les paragraphes 54, 55 et 61 de l'arrêt.

¹⁶¹ Dans la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, cette distinction des immunités a été faite en partie explicitement et en partie implicitement : le paragraphe 2 de l'article 3 stipule que la Convention n'affecte pas les immunités reconnues *ratione personae* aux chefs d'État. L'immunité *ratione materiae* n'est pas directement évoquée, mais il ressort de l'article 1 (qui prévoit que la Convention s'applique à l'immunité d'un État) et de l'article 2.1 b) iv) (où il est dit que le terme « État » désigne notamment les représentants de l'État agissant à ce titre) qu'elle est bel et bien régie par la Convention.

¹⁶² Une disposition expliquant les raisons pour lesquelles un traitement spécial doit être reconnu aux chefs d'État et aux chefs de gouvernement et pourquoi ils doivent être mis à l'abri de la

85. Le préambule de la Convention de Vienne de 1961 dispose notamment que : « [...] le but des [...] privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États ». On trouve des dispositions semblables dans les préambules de la Convention de Vienne de 1963 et de la Convention sur les missions spéciales¹⁶³. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du Mandat d'arrêt, la Cour internationale de Justice a utilisé quasiment les mêmes termes pour expliquer les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères : « En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente »¹⁶⁴.

86. Cet extrait de l'arrêt a généralement fait dire aux commentateurs que la Cour avait justifié l'immunité reconnue au ministre des affaires étrangères en invoquant une nécessité fonctionnelle¹⁶⁵. Toutefois, ils ne se sont pas penchés plus avant sur ce passage de l'arrêt où il est dit que l'immunité est reconnue au ministre des affaires étrangères pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, la Cour reconnaît l'immunité au ministre des affaires étrangères pour les mêmes raisons que celles indiquées dans les conventions susmentionnées. Toutefois, dans ces conventions, l'on a délibérément utilisé les expressions « en tant que représentants des États », « au nom de leurs États respectifs » et « en tant que missions ayant un caractère représentatif de l'État » pour souligner que l'immunité est reconnue non seulement pour garantir l'accomplissement des fonctions des agents diplomatiques et consulaires et des membres des missions spéciales, mais aussi pour tenir compte

juridiction étrangère figure également dans le préambule de la résolution de l'Institut : « [...] 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 (2000-2001), p. 743.

¹⁶³ Le cinquième paragraphe du préambule de la Convention de Vienne de 1963 dispose que « le but des [...] privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace de leurs fonctions par les postes consulaires au nom de leurs États respectifs ». Aux termes du septième paragraphe du préambule de la Convention de 1969 sur les missions spéciales, « [...] le but des privilèges et immunités concernant les missions spéciales est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de celles-ci en tant que missions ayant un caractère représentatif de l'État ».

¹⁶⁴ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 22, par. 53.

¹⁶⁵ Selon A. Cassese, la Cour « [...] a logiquement déduit du but poursuivi à travers les règles sur les immunités personnelles reconnues aux hauts représentants de l'État, tels que les chefs d'État ou de gouvernement ou les agents diplomatiques, que ces immunités devaient impérativement prévenir toute entrave à l'exercice efficace par ceux-ci de leurs fonctions ». Cassese, A., « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on *Congo v. Belgium Case* », *E.J.I.L.*, vol. 13 (2002), n° 4, p. 855. Ainsi que le relève D. Koller, « [l]a Cour a estimé que ces fonctions imposaient de reconnaître au ministre des affaires étrangères une immunité de juridiction absolue devant les tribunaux des États étrangers, même lorsqu'il se rendait dans ces États en visite privée » (Koller, D.S., op. cit., p. 11). Selon M. Sassoli, « [l]a Cour précise [...] les fonctions d'un ministre des affaires étrangères dans les relations internationales, pour ensuite en conclure que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger ». Sassoli, M., « Les immunités internationales », dans *L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, *R.G.D.I.P.*, vol. 4 (2002), p. 797.

du fait que ces fonctions sont assurées par des missions diplomatiques, des services consulaires et des missions spéciales, selon le cas, en tant que représentants de l'État agissant en son nom¹⁶⁶. Il s'avère que c'est également de cette manière qu'il convient d'aborder et d'interpréter l'expression « pour le compte de l'État qu'il représente » figurant dans le passage susmentionné de l'arrêt de la Cour.

87. La justification des immunités donnée dans ces conventions reflète les deux principales théories expliquant l'immunité de juridiction pénale étrangère accordée aux représentants de l'État, à savoir la théorie de l'« intérêt de la fonction » et la théorie du « caractère représentatif »¹⁶⁷. Comme il est dit dans les commentaires de la Commission se rapportant au projet d'articles sur les relations diplomatiques, la théorie « représentative » fonde l'immunité diplomatique sur l'idée que la mission diplomatique incarne l'État accréditant et la théorie « fonctionnelle » la justifie en disant que l'immunité est nécessaire pour que la mission diplomatique puisse exercer ses fonctions. En outre, la Commission a indiqué qu'elle s'inspirait de la théorie « fonctionnelle » « pour résoudre les problèmes au sujet desquels la pratique ne [fournissait] pas d'indication nette, sans perdre de vue le caractère représentatif du chef de la mission et de la mission elle-même »¹⁶⁸. On trouve ainsi trace de ces deux démarches théoriques dans la justification de l'immunité qui est accordée en vertu des règles du droit international codifiées dans les conventions susmentionnées. Aucune des deux démarches n'est utilisée à l'exclusion de l'autre. À la lumière de ce qui précède, cela vaut aussi pour le jugement rendu dans l'affaire du Mandat d'arrêt¹⁶⁹.

88. Comme la Commission l'a indiqué dans ses commentaires sur l'article 2, paragraphe 1 b) v) du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, les immunités *ratione materiae* sont « liées [aux] activités ou fonctions officielles des représentants [de l'État] »¹⁷⁰. Les représentants d'un État, lorsqu'ils agissent à titre officiel, accomplissent des actes de l'État. En d'autres termes, l'État agit par l'intermédiaire de ses représentants lorsque ceux-ci agissent ès qualités. Dans le même ordre d'idées, la Commission a déclaré que : « les actions engagées contre [les] représentants ou agents [...] d'un gouvernement étranger en raison de leurs actes officiels [étaient] en fin de compte des actions contre l'État qu'ils [représentaient]. L'État étranger, agissant par l'intermédiaire de ses représentants, jouit d'immunités *ratione materiae*. Ces immunités *ratione materiae* sont accordées au profit de l'État [...] »¹⁷¹. De la même façon que les actes

¹⁶⁶ Voir par exemple, Denza, E., *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2^e éd., Oxford, 1998, p. 11 et 12.

¹⁶⁷ Une troisième théorie, celle de l'extraterritorialité – d'après laquelle les locaux d'un souverain, d'un ambassadeur ou d'une mission diplomatique dans un État hôte constituent une sorte de prolongement du territoire de l'État accréditant – a depuis longtemps cessé d'exister et d'être utilisée. Pour en savoir plus sur cette théorie, voir Strisower, L., *L'extraterritorialité et ses principales applications*, RdC, vol. I (1923), p. 233 et suiv.

¹⁶⁸ *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 98. Pour en savoir plus sur les théories expliquant l'immunité des représentants de l'État, voir par exemple Borghi, A., *op. cit.*, p. 42 à 57 et Sucharitkul, S., *op. cit.*, p. 115 à 121.

¹⁶⁹ Si l'on applique la théorie « fonctionnelle » et que l'on fait valoir que l'immunité est nécessaire au représentant de l'État pour exercer non pas simplement ses fonctions, mais précisément des fonctions de représentation de l'État ou des fonctions au nom de l'État, alors les deux théories se confondent.

¹⁷⁰ *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 18.

¹⁷¹ *Ibid.*

accomplis par les représentants de l'État à titre officiel sont en fait des actes de l'État lui-même, l'immunité dont jouissent les représentants de l'État vis-à-vis de ces actes est en fait l'immunité de l'État. L'immunité vis-à-vis des actes accomplis à titre officiel demeure après que les fonctions du représentant au service de l'État ont pris fin parce qu'il s'agit en réalité de l'immunité de l'État. Autrement dit, « l'immunité de l'État subsiste même lorsque la mission ou la charge de l'intéressé a pris fin. Il en est ainsi parce que l'immunité en question non seulement appartient à l'État, mais est également fondée sur le caractère souverain ou officiel des activités, dans la mesure où il s'agit d'une immunité *ratione materiae* »¹⁷². Il semble que cela vaille à la fois pour l'immunité de juridiction civile et l'immunité de juridiction pénale¹⁷³.

89. L'attribution à l'État de la conduite illégale et réprimée pénalement d'un représentant de l'État (c'est-à-dire d'un individu) implique-t-elle que cette conduite ne peut pas être attribuée également à l'individu lui-même? Il semblerait que non. La conduite d'un représentant de l'État agissant à titre officiel n'est pas attribuée exclusivement à l'État¹⁷⁴. Si la conduite illégale d'un représentant de l'État agissant

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Parmi les exemples récents de ce fondement de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, on peut mentionner l'échange qui a eu lieu entre L. Condorelli, conseil du Gouvernement de la République de Djibouti et A. Pellet, conseil du Gouvernement de la République française, à l'audience publique de la Cour internationale de Justice tenue en l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*). L. Condorelli y affirme ce qui suit à propos de l'immunité du Procureur général et du chef de la sécurité nationale de Djibouti : « Ce que la partie djiboutienne demande à la Cour est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions. Ces actes, en effet, sont à considérer, en droit international, comme attribuables à l'État pour le compte duquel l'organe agit, et non pas à l'individu-organe [par. 24]. Le défendeur ne saurait ignorer que, si l'on consulte l'opinion des experts de renom ayant étudié ce thème, on est impressionné par la constatation que leur très grande majorité partage un même point de vue. De Kelsen à Fox, de Morelli et Quadri à Dahm, Bothe, Akehurst, Cassese, et à beaucoup d'autres encore [*notes de bas de page non reproduites*], tous sont convaincus de l'existence d'un principe de droit international établissant que les organes d'État jouissent de l'immunité de la juridiction des États étrangers pour leurs actes accomplis dans l'exercice de fonctions d'organes ». Document CR 2008/3, audience publique tenue le 22 janvier 2008, à 15 heures, p. 15 et 16, par. 23 et 24. A. Pellet n'a pas réfuté le principe énoncé par L. Condorelli. (document CR 2008/5, compte rendu de l'audience publique tenue le 25 janvier 2008 à 10 heures, p. 50, par. 74). Il déclare que « lorsqu'ils agissent ès qualités, les organes de l'État engagent non pas leur responsabilité individuelle, mais celle de l'État; par voie de conséquence, leurs actes bénéficient des immunités de l'État. Ibid., par. 75. Le conseil du Gouvernement de la République française n'était pas d'accord avec son contradicteur sur la façon de mettre en pratique ce principe. Ibid., p. 50 et 51, par. 76 et 77.

¹⁷⁴ Dans l'affaire *Blaskic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déclaré que les « officiels ne sont que des agents de l'État et leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'État ». *Le Procureur c. Blaskic*, chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, par. 38. Cette affirmation semble être contredite par la théorie avancée dans le texte. Cependant, plus loin dans le jugement, la Cour affirme que chaque État « est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant ès qualités soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations ». Ibid., par. 41. Donc, la Cour semble dire en réalité que l'État est en droit d'exiger que les actes accomplis par son représentant à titre officiel soient

à titre officiel n'était attribuée qu'à l'État au service duquel il se trouve, la question de la responsabilité pénale du représentant pourrait ne jamais se poser. Ce n'est cependant pas le cas. Si l'État renonce à l'immunité de son représentant, ce dernier encourt une responsabilité pénale pour les actes qui lui sont propres (bien entendu, la renonciation à l'immunité ne suffit pas en elle-même à créer une responsabilité, mais elle implique que la juridiction pénale étrangère, y compris la criminalisation, peut être pleinement exercée à l'encontre du représentant en question). L'immunité *ratione materiae* dont jouit le représentant de l'État découle du fait que sa conduite est officielle et attribuée à l'État au nom duquel il agit, mais elle n'exclut pas que cette conduite puisse également être attribuée au représentant lui-même¹⁷⁵. L'immunité ne change rien aux conditions de fond qui doivent être réunies pour que l'individu qui en jouit encoure une responsabilité pénale. Cela semble d'ailleurs être une preuve supplémentaire que l'immunité *ratione materiae* est procédurale et non substantielle par nature.

90. L'immunité *ratione personae* est, elle aussi, fondée à la fois sur « l'intérêt de la fonction » et sur le « caractère représentatif »¹⁷⁶. Comme on l'a dit, seules des personnes occupant des postes de responsabilité ou de niveau élevé au sein de l'État peuvent jouir d'une immunité *ratione personae*, et celle-ci est directement liée aux postes en question. Quand ils décrivent le fondement fonctionnel de l'immunité *ratione personae*, les auteurs disent en général que cette immunité est accordée à des personnes occupant des postes qui non seulement sont de responsabilité ou de niveau élevé mais qui sont aussi directement liés à l'exécution de fonctions de

considérés comme des actes de l'État lui-même, mais elle n'exclut pas la possibilité que ces actes soient attribués à la fois à l'État et à son représentant, à moins que l'État concerné insiste pour que ce ne soit pas le cas.

¹⁷⁵ Comme le souligne J. Verhoeven, « [q]u'un acte soit imputable à l'État au sens du droit international n'implique pas de soi que la personne par l'intermédiaire de laquelle cet acte a été nécessairement accompli ne puisse pas être tenue d'en rendre compte devant une autorité étrangère et sur la base du droit national. C'est précisément la raison pour laquelle certains "organes" bénéficient d'immunités... ». Verhoeven, J., « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », in Verhoeven J. (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Bruxelles : L.G.D.J., 2004, p. 68. Bien que cela soit hors du sujet traité ici, il est également intéressant de noter que la renonciation à l'immunité d'un représentant de l'État ne change rien au fait que les actes accomplis par son représentant sont attribués à l'État qui renonce à l'immunité. Ces actes continuent d'être attribués non seulement à la personne qui les a accomplis mais aussi à l'État. Donc, en cas de levée de l'immunité par un État, la responsabilité du représentant, c'est-à-dire de la personne, continue d'exister, de même que le fondement pour poser la question de la responsabilité de l'État vis-à-vis de ces actes.

¹⁷⁶ Comme le tribunal l'a affirmé dans l'affaire *Tachiona c. Mugabe*, «... toute forme d'obligation légale imposée directement à un dirigeant ou à un diplomate étranger non seulement sert à créer des obstacles à l'accomplissement de ses fonctions par l'officiel étranger, mais constitue également un affront à la fois à la personne et à la dignité du dirigeant et de l'État accréditant ». Tribunal fédéral de district, SDNY, 30 octobre 2001. Dans le même esprit : « Le droit international public coutumier a reconnu de tels privilèges *ratione personae* aux chefs d'État autant pour tenir compte de leurs fonctions et du symbole de souveraineté qu'ils portent qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations interétatiques ». *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal fédéral suisse, 2 novembre 1989, reproduit in *I.L.R.*, vol. 102, p. 201.

représentation de l'État dans les relations internationales¹⁷⁷. Ici, cependant, une question se pose : l'immunité personnelle peut-elle avoir pour seule justification la nécessité de l'accomplissement des fonctions de représentation de l'État dans les relations internationales? Supposons que le représentant de l'État concerné soit le ministre de la défense : il exerce d'ordinaire des fonctions de représentation de l'État dans les relations internationales, mais il les exerce principalement à l'intérieur de son pays. Ces fonctions ont pourtant directement pour objet de contribuer à garantir la souveraineté et la sécurité de l'État. Dans ce contexte, le fait que le représentant concerné occupe un poste de responsabilité ou de niveau élevé au sein de l'administration dans le cadre duquel il accomplit des fonctions d'une extrême importance pour la souveraineté de l'État n'est-il pas un autre fondement logique de l'immunité *ratione personae*?

91. Malgré la popularité de la théorie de la nécessité fonctionnelle, l'immunité du chef d'État, par exemple, est fréquemment justifiée en excipant du fait que celui-ci incarne l'État lui-même, c'est-à-dire en invoquant une théorie de la représentation. Ce fondement de l'immunité du chef de l'État est apparu très clairement pendant l'examen de l'affaire *Pinochet*¹⁷⁸. Les décisions des tribunaux n'en offrent pas moins aussi des exemples de fondement plus « fonctionnels » que « représentationnels » sur lesquels asseoir l'immunité du chef d'État. Celles des tribunaux des États-Unis, par exemple, rappellent que les chefs d'État ont besoin de l'immunité pour pouvoir exercer librement leurs devoirs d'État (voir *In re Grand Jury Proceedings et Lafontant c. Aristide*)¹⁷⁹.

¹⁷⁷ « ... les fonctions qui doivent être prises en considération sont celles qui sont internationales par nature, c'est-à-dire qui impliquent nécessairement une relation avec un ou plusieurs autres États (sujets de droit international) ». Verhoeven, J., op. cit., p. 89.

¹⁷⁸ Voir *Pinochet* n° 3, *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 580. Lord Millet écrit notamment : « [L']immunité du chef d'État en exercice s'explique par son statut particulier de titulaire de la plus haute fonction de l'État. Sa personne est considérée comme l'incarnation de l'État lui-même. Le soumettre à la juridiction des tribunaux d'un autre État, que ce soit pour répondre de sa conduite publique ou d'actes privés, serait un affront à la dignité et à la souveraineté de l'État qu'il incarne et une négation du principe d'égalité des États souverains » (par. 644); Lord Brown-Wilkinson écrit quant à lui : « C'est un principe fondamental du droit international qu'un État souverain (l'État du for) ne juge pas la conduite d'un État étranger. L'État étranger bénéficie d'une immunité de procédure à l'égard de poursuites éventuelles d'un autre État. Cette immunité couvre tant la responsabilité pénale que la responsabilité civile. L'immunité de l'État trouve probablement son origine dans l'immunité historique de la personne du monarque. En tout cas, cette immunité personnelle du chef d'État persiste aujourd'hui encore : le chef d'État bénéficie de la même immunité que l'État lui-même. [...] L'immunité dont bénéficie le chef d'État en exercice [...] est une immunité complète qui s'attache à sa personne [...] et le protège contre toutes actions et poursuites, qu'elles concernent ou non des actes accomplis pour le service de l'État. Il s'agit d'une immunité *ratione personae* » (p. 592); Lord Goff of Chieveley : « Le principe de l'immunité de l'État s'exprime par la maxime latine *par in parem non habet imperium* ("un égal ne peut avoir autorité sur un égal"), qui signifie qu'un souverain ne saurait juger la conduite d'un autre souverain. Ce principe s'applique entre États, et le chef d'État a droit à la même immunité que l'État lui-même [...] » (par. 598).

¹⁷⁹ « Comme la doctrine voisine de l'immunité souveraine, l'immunité du chef d'État se justifie par la volonté de favoriser la bienveillance entre les nations en faisant en sorte que leurs dirigeants puissent s'acquitter de leurs devoirs sans s'exposer à des mesures de détention et d'arrestation ou d'autres mesures embarrassantes dans le système juridique d'un pays étranger. » *In re Grand Jury Proceedings, Doe* n° 700, Cour d'appel fédérale, quatrième circuit, 5 mai 1987, arrêt reproduit dans *International Law Review*, vol. 81, par. 601. (Voir aussi *United States c. Noriega and Others*, Tribunal de district fédéral, District sud, Floride, 8 juin 1990, arrêt

92. Le fondement fonctionnel de l'immunité des ministres des affaires étrangères cité par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt s'applique aussi largement à d'autres personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*¹⁸⁰. La Cour a elle-même suggéré ce fondement au paragraphe 51 de son arrêt en plaçant les ministres des affaires étrangères sur le même plan que certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, tels que le chef de l'État et le chef du gouvernement¹⁸¹. L'immunité dont jouissent les personnes occupant un rang élevé dans l'État tels que les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères les met à l'abri de la juridiction étrangère non seulement en rapport avec leurs actes officiels mais aussi avec les actes qu'ils accomplissent à titre personnel. Or ces derniers ne sauraient être attribués directement à l'État. On a donc pu dire que certains représentants de l'État peuvent se prévaloir « dans une certaine mesure en propre » d'immunités *ratione personae* attachées à leur personne¹⁸². Si cela est vrai, il semble que cela ne puisse l'être que grâce à la restriction « dans une certaine mesure ». Ce n'est d'ailleurs pas une coïncidence si, presque immédiatement après cette phrase, la Commission, dans son commentaire du paragraphe 1 b) v) du projet d'article 2 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, a noté : « D'ailleurs, même ces immunités ont vu le jour non pas pour le bénéfice personnel des souverains et des ambassadeurs, mais pour celui de l'État qu'ils représentent, afin de leur permettre d'exercer leurs fonctions de représentation ou d'exercer comme il convient leurs fonctions officielles »¹⁸³.

reproduit dans l'*International Law Review*, vol. 99, par. 161. Dans l'affaire *Lafontant c. Aristide*, le tribunal de district a déclaré : « Les chefs d'État doivent pouvoir s'acquitter librement de leurs devoirs chez eux et à l'étranger sans exposer leur responsabilité civile et pénale dans un système juridique étranger. » Tribunal de district fédéral, District de l'est, État de New York, 27 janvier 1994, arrêt reproduit dans l'*International Law Review*, vol. 103, par. 585.

¹⁸⁰ Selon Dapo Akande : « Du fait que les chefs d'État, diplomates et autres représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae* se trouveraient empêchés d'exercer leurs fonctions s'ils devaient être arrêtés et détenus dans un État étranger, ils bénéficient d'une immunité absolue à l'égard de la juridiction pénale de l'État étranger. » Akande, D., « International Law Immunities and the International Criminal Court », *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98 (2004), par. 409 et 410. Steffen Wirth fait observer que « [...] selon la Cour, la justification de l'immunité accordée aux chefs d'État et aux ministres des affaires étrangères est qu'ils doivent pouvoir exercer leurs fonctions. » Wirth, S., op. cit., par. 879. S. De Smet note que : « la justification de la notion d'immunité personnelle repose sur la nécessité de garantir l'exercice sans entrave de fonctions officielles ». De Smet, S., « The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice », *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003), par. 319.

¹⁸¹ On peut seulement présumer ce que le fondement de l'immunité aurait été si l'affaire avait concerné le chef de l'État plutôt que le ministre des affaires étrangères. À cet égard, il vaut la peine de noter le fondement de l'immunité du chef de l'État selon la Présidente de la Cour internationale de Justice, M^{me} Rosalyn Higgins : « En ce qui concerne les chefs d'État en exercice, la situation est claire en droit international. Le chef de l'État est considéré comme l'incarnation de l'État souverain, et l'immunité à laquelle il a droit est fondée sur ce statut. » Higgins, R., « After Pinochet: developments on head of state and ministerial immunities. *The Incorporated Council of Law Reporting (ICLR) Annual Lecture 2006*, p. 12, consultable à l'adresse www.lawreports.co.uk.

¹⁸² *Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 18.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 18 et 19. On notera que cette formulation est très proche de celle de l'extrait du paragraphe 53 de l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au mandat d'arrêt cité au paragraphe 85.

93. Même quand les immunités *ratione personae* des représentants de l'État ont les fondements fonctionnels selon la Cour internationale de Justice et la Commission, le lien entre ces immunités et l'État au service duquel se trouvent les personnes considérées est évident. L'immunité dont les personnes concernées bénéficient, y compris à l'égard des actes qu'elles accomplissent à titre personnel et des actes accomplis avant leur entrée en fonctions, les protège pour la seule raison que l'action qu'elles mènent à un rang élevé dans l'État ou au rang le plus élevé de l'État doit être garantie contre toute intervention étrangère, c'est-à-dire pour la seule raison que cette immunité est nécessaire à l'État. Cette immunité n'est accordée à la personne qui en bénéficie que parce que les devoirs qu'elle accomplit dans l'État présentent la plus grande importance pour le fonctionnement souverain et indépendant de cet État. En ce sens, ce n'est que pour la forme que l'on peut qualifier de « personnelle » l'immunité *ratione personae*.

94. C'est en effet l'État que l'on retrouve derrière l'immunité de juridiction étrangère, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, de ses représentants¹⁸⁴. Il a d'ailleurs le droit de lever leur immunité, qu'il s'agisse des immunités *ratione personae* ou *ratione materiae* (dans le cas de représentants de haut rang) ou de la seule immunité *ratione materiae* (dans le cas de représentants qui n'exercent plus de fonctions publiques)¹⁸⁵. En dernière analyse, l'immunité de juridiction étrangère du représentant de l'État appartient à l'État lui-même, et par conséquent la levée de cette immunité est une prérogative exclusive de cet État.

95. Les fondements fonctionnels, représentationnels ou fonctionnels-représentationnels de l'immunité du représentant de l'État sont, pour ainsi dire, des fondements directs. Si, dans l'exercice de sa juridiction pénale à l'égard des représentants d'un autre État, l'État ne peut ni empêcher l'exercice par les personnes concernées de leurs fonctions officielles, ni interférer avec leurs activités se rapportant à l'exercice de ces fonctions, ni créer d'obstacles à leurs activités de représentation de l'autre État dans ses relations internationales, c'est parce que, sur le fond, ce sont les activités d'un autre État souverain. Depuis fort longtemps déjà, ce sont les principes élémentaires des relations interétatiques que l'on retrouve derrière ces fondements dits fonctionnels, représentationnels ou mixtes. La courtoisie internationale et les principes de complète égalité et d'indépendance absolue des souverains et des États souverains¹⁸⁶ (évoqués en rapport avec

¹⁸⁴ Comme l'écrit Lord Saville of Newdigate à propos de l'affaire *Pinochet* : « Ces immunités (*ratione personae* et *ratione materiae*) appartiennent non pas à la personne mais à l'État en question. » *Pinochet* n° 3, *International Law Materials*, vol. 38 (1999), par. 642.

¹⁸⁵ Comme le fait observer la Cour internationale de Justice dans son arrêt en l'affaire relative au mandat d'arrêt, les représentants de l'État « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité ». *Affaire relative au mandat d'arrêt* (arrêt), par. 61. En ce qui concerne le fait que seul l'État au service duquel se trouve un agent est habilité à lever l'immunité dont bénéficie cet agent, voir par exemple *Brownlie I.*, op. cit., p. 335; et *Wirth, S.*, op. cit., p. 882. Le droit qu'a l'État de lever l'immunité de ses agents diplomatiques, agents consulaires et membres de missions spéciales trouve son origine, respectivement, dans la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques (art. 32), la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires (art. 45) et la Convention de 1969 sur les missions spéciales (art. 41).

¹⁸⁶ Dans l'affaire du *Parlement Belge*, L.J. Brett conclut : « Le principe à déduire de toutes ces affaires est que, en raison de l'indépendance absolue de chaque autorité souveraine et de la courtoisie internationale qui amène tout État souverain à respecter l'indépendance et la dignité de tous les États étrangers, tous les États s'abstiennent d'exercer par le biais de leurs tribunaux

l'exercice de la juridiction nationale telle qu'il ressort de la maxime *par in parem non habet imperium*), étaient déjà cités comme fondements de l'immunité, notamment l'immunité de l'État, du chef d'État et des représentants diplomatiques de l'État, dans les arrêts *The Schooner Exchange v. M'Faddon* (1812) et *Parlement Belge* (1880). En droit international contemporain, ces principes, qui sont devenus les principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans leurs affaires intérieures, sont toujours considérés comme les fondements juridiques de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État¹⁸⁷. Les principes de l'égalité souveraine des États et *par in parem non habet imperium* ont été expressément invoqués dans l'affaire *Pinochet* en tant que fondement de l'immunité du chef d'État¹⁸⁸. Examinant la question de savoir s'il pouvait adresser des injonctions à des représentants de l'État, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a invoqué ces mêmes principes dans l'affaire *Blaškić* : « La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*)¹⁸⁹ ». Dans son arrêt en l'affaire *Adamov*, qui portait sur l'immunité d'un ancien membre du Gouvernement de la Fédération de Russie – un ancien Ministre de l'énergie nucléaire –, le Tribunal fédéral de la Suisse a déclaré qu'en droit international l'immunité vise à empêcher un État d'amoindrir l'immunité d'un autre État et d'exercer sa juridiction à l'égard de ses actes et organes souverains¹⁹⁰. Enfin, non seulement ces principes ont été confirmés comme fondements de l'immunité par de nombreuses autres décisions judiciaires¹⁹¹ et invoqués comme fondements de l'immunité de leurs représentants

l'une quelconque de leurs compétences territoriales sur la personne de tout souverain [...] » Cour d'appel (Royaume-Uni), 27 février 1880, *Law Reports*, Probate Division, vol. 5, par. 214. Dans l'affaire *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, C.J. Marshall écrit : « Le monde étant constitué de souverainetés distinctes, possédant des droits égaux et une égale indépendance, qui tirent des avantages mutuels de leurs rapports les uns avec les autres et de l'échange de ces bons offices que l'humanité prescrit et que ses besoins rendent nécessaires, tous les souverains ont consenti à un relâchement dans la pratique, dans des cas présentant certaines circonstances particulières, de la juridiction absolue et complète que la souveraineté leur confère à l'intérieur de leurs territoires respectifs. » Cour suprême des États-Unis, 1812, 7 Cranch, 116, par. 136.

¹⁸⁷ « Les fondements organiques de l'immunité de l'État en droit international telle qu'elle ressort des usages et de la pratique des États peuvent s'exprimer en termes de souveraineté, d'indépendance, d'égalité et de dignité des États. Toutes ces notions semblent se fondre en un tout qui constitue un solide fondement juridique sur lequel asseoir l'immunité souveraine. Comme le suggère d'ailleurs cette expression, l'immunité "de l'État" ou "souveraine" découle du principe de souveraineté [...]. C'est une règle désormais bien établie qu'entre deux égaux, ni l'un ni l'autre d'entre eux ne peut exercer sa volonté ou son autorité souveraine sur l'autre, *par in parem non habet imperium*. » Sucharitkul, S., op. cit., p. 117.

¹⁸⁸ Voir, par exemple, la note 178.

¹⁸⁹ *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, par. 41.

¹⁹⁰ Tribunal fédéral de la Suisse, *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, arrêt du 22 décembre 2005, ATF 132 II 81, par. 3.4.2.

¹⁹¹ Par exemple, dans une décision en l'affaire *Charles Taylor*, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a déclaré que le principe de l'immunité de l'État découle du principe de l'égalité souveraine des États et que, par conséquent, un État ne saurait juger la conduite d'un autre État. Chambre d'appel, *The Procureur v. Charles Ghankay Taylor*, arrêt relatif à l'immunité de juridiction, affaire n° SCSL-2003-OI-I, 31 mai 2004, par. 51; la Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs décisions selon lesquelles « l'immunité des États souverains est un concept de droit international, issu du principe *par in parem non habet imperium*, en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État ».

par les États eux-mêmes, notamment dans des mémoires aux tribunaux¹⁹², mais encore ils sont largement appuyés par la doctrine¹⁹³.

96. Les fondements en droit international de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État s'appuient eux-mêmes sur un certain nombre de considérations politiques fondamentales formulées par les États et la communauté internationale. La reconnaissance de l'immunité nécessaire au bon fonctionnement des États et à leur représentation dans les relations internationales sur la base des principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans leurs affaires intérieures découle de la nécessité de garantir la stabilité et la paix ainsi que la prévisibilité des relations interétatiques¹⁹⁴. À ces principes de droit international,

Décision du 12 décembre 2002 sur la recevabilité de la requête présentée par *Kalogeropoulou et autres c. la Grèce et l'Allemagne*, p. 9. Voir aussi les trois décisions de la Cour européenne des droits de l'homme adoptées le 21 novembre 2001 dans les affaires *Al-Adsani c. le Royaume-Uni* (requête n° 35763/97, par. 54), *McElhinney c. l'Irlande* (CEDH, requête n° 31253/96, par. 35) et *Fogarty c. le Royaume-Uni* (requête n° 37112/97, par. 34). Dans la pratique juridique des États-Unis, « l'immunité du chef de l'État se fonde sur la nécessité d'observer les règles de la courtoisie internationale et de respecter la souveraineté des autres nations. » *In re Grand Jury Proceedings*, John Doe n° 700, 817 F.2d 1108, 1110, arrêt du 5 mai 1987, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 81, par. 601 et 602.

¹⁹² La République démocratique du Congo, dans un mémoire à la Cour internationale de Justice présenté dans le cadre de l'affaire relative au mandat d'arrêt, s'est plainte d'« une atteinte infligée à sa souveraineté en la personne d'un membre de son gouvernement » et a exprimé son intention de « faire prévaloir un principe essentiel à l'existence de relations réglées entre nations civilisées, à savoir le respect de l'immunité des personnes chargées de conduire ces relations » (par. 16 du mémoire). Dans le mémoire présenté par Djibouti à la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Djibouti fait valoir que les actions de la France à l'égard du Président Ismaël Omar Guelleh « auraient pu être perçues [...] comme une atteinte à l'intégrité et à l'honneur du Chef de l'État djiboutien ainsi qu'une atteinte à la souveraineté de Djibouti » (par. 41 du mémoire).

¹⁹³ Comme le fait observer Charles Rousseau, « [l]a justification de l'exception de la juridiction étrangère est habituellement présentée en fonction du principe de l'indépendance de l'État [...]. Mais on peut aussi y voir une conséquence du principe de l'égalité des États [...] : du moment que toutes les compétences d'État sont juridiquement égales, aucune d'elles ne peut entreprendre sur les autres, à moins que son action ne repose sur un titre conventionnel dérogatoire au droit commun ». Rousseau, C., *Droit international public*, vol. IV, Paris, 1980, p. 9 et 10. Selon Antonio Cassese, l'immunité personnelle « repose sur l'idée que toute activité d'un chef d'État ou de gouvernement ou d'un agent diplomatique ou d'un ministre des affaires étrangères doit échapper à toute juridiction étrangère afin d'éviter que des États n'entreprennent sur des prérogatives souveraines d'autres États ou n'interfèrent avec les fonctions officielles de l'agent ou des agents d'un État étranger en prétendant que l'acte motivant leur intervention est exclusivement privé ». Cassese, A., op. cit., par. 862. P. J. Toner note que « [l]a nécessité de protéger les États contre les ingérences étrangères constitue le fondement politique des immunités *ratione personae* et *ratione materiae* ». Toner, Paul J., « Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense », *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), par. 902. Voir aussi Bantekas, I. : « D'un point de vue général, l'immunité garantit l'indépendance politique de l'État concerné. » Bantekas, I. : « Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10 (printemps 2005), par. 32.

¹⁹⁴ Comme le fait observer Charles Pierson : « L'immunité du chef d'État découle logiquement de l'immunité de l'État qui, elle-même, découle de l'égalité et de l'indépendance de l'État-nation. L'immunité est concomitante de la souveraineté de l'État. Il est de l'essence de la souveraineté qu'il n'existe pas d'autorité supérieure à celle de l'État (*par in parem non habet imperium*). Il serait contraire à la « dignité » d'un État de se soumettre à la juridiction d'un autre État. En

les décisions des tribunaux, les mémoires des États et la doctrine ajoutent souvent un autre fondement de l'immunité, à savoir la nécessité de préserver la stabilité des relations entre États. Les cours saisies des affaires *The Schooner Exchange c. M'Faddon* et *Parlement Belge* citaient déjà dans leurs arrêts, comme fondement de l'immunité, la nécessité de favoriser des relations normales entre États¹⁹⁵. Comme le fait observer le Tribunal fédéral suisse dans son arrêt en l'affaire *Adamov*, l'immunité de juridiction pénale et d'exécution dont jouissent les membres en exercice d'un gouvernement a pour principale raison d'être la volonté de préserver la stabilité politique. L'immunité de juridiction pénale vise à empêcher que l'exercice de leurs fonctions officielles par des représentants de l'État ne soit paralysé par des actions en justice répondant à des motivations politiques¹⁹⁶. Dans sa décision de 2001 en l'affaire *Tachiona v. Mugabe*, le Tribunal de district des États-Unis note d'ailleurs que : « le risque de porter atteinte aux relations diplomatiques entre les États souverains concernés est particulièrement important dans des affaires [...] qui consistent essentiellement à imposer à un dirigeant étranger l'opprobre d'avoir à répondre à des accusations de crimes odieux formulées contre lui¹⁹⁷. » Ce fondement de l'immunité dans la politique étrangère se retrouve naturellement dans les mémoires adressés par le Département d'État des États-Unis aux tribunaux américains saisis d'affaires concernant l'immunité de représentants étrangers¹⁹⁸.

97. Compte tenu de ce qui précède, on peut donc affirmer que les différents fondements de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État

dehors de ces considérations théoriques, la justification pratique de l'immunité de l'État se trouve dans le fait que cette immunité favorise le respect entre les États et permet de préserver le bon fonctionnement des relations internationales. La réciprocité est essentielle pour cela. L'État du for accorde l'immunité aux autres États afin que, de leur côté, ceux-ci respectent l'immunité de l'État du for. Voir aussi Pierson, Ch., « Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture », *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 14 (automne 2000), par. 269 et 270.

¹⁹⁵ Voir le paragraphe 95 ci-dessus.

¹⁹⁶ Tribunal fédéral suisse, *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, arrêt du 22 décembre 2005, ATF 132 II 81, par. 3.4.2.

¹⁹⁷ Tribunal fédéral de district, District sud, État de New York, *Tachiona v. Mugabe*, 30 octobre 2001, n° 00 CIV.6666 (VM), p. 20.

¹⁹⁸ La décision du Tribunal fédéral de district dans l'affaire relative à l'ancien Directeur du Service général de sécurité israélien Avraham Dichter, cite une déclaration d'intérêt soumise par le Gouvernement des États-Unis : « Se désolidariser de ce consensus international ferait courir de graves risques aux intérêts américains en incitant les juridictions étrangères à en faire autant. Étant donné les responsabilités qui sont celles des États-Unis dans le leadership mondial, leurs représentants risquent tout particulièrement d'être visés par des actions judiciaires répondant à des motivations politiques à l'étranger, notamment des poursuites en dommages et intérêts fondées sur de prétendus crimes de guerre. L'immunité est un moyen de défense crucial pour repousser ces actions judiciaires et éviter les difficultés et les tensions diplomatiques qui en résulteraient si elles devaient être exercées. Il importe donc au plus haut point que les tribunaux américains reconnaissent l'immunité comme un moyen de défense à la disposition des représentants de l'État étranger, faute de quoi les juridictions étrangères risqueraient fort à leur tour de rejeter ce moyen de défense pour les représentants américains de l'État ». Tribunal fédéral de district, District sud, État de New York, *Ra'ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs c. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 mai 2007, 500 F. Supp. 2d 284. Le texte de la déclaration d'intérêt du Gouvernement des États-Unis peut être consulté sur le site Internet du Département d'État des États-Unis; le texte de la décision de la Cour peut être consulté sur le site ci-après : <http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/pdf/D02NYSC/07-01987.pdf>, p. 10.

sont complémentaires les uns des autres et interdépendants. Du moins est-ce ainsi que, dans de nombreuses affaires, ils ont été retenus par les tribunaux, invoqués par les organes exécutifs des États et commentés dans la doctrine.

9. Immunité des représentants de l'État, immunités diplomatiques et immunités consulaires

98. Les agents diplomatiques, les agents consulaires, les membres de missions spéciales et les représentants de l'État au sein ou auprès d'organisations internationales sont des représentants de l'État. Ils bénéficient à ce titre d'un statut particulier et accomplissent des fonctions particulières de représentation de l'État dans ses relations avec les autres États et avec les organisations internationales. Ce statut particulier et le rôle qu'ils jouent dans l'organisation des relations entre États se trouvent au fondement des règles spéciales qui régissent l'immunité dont ils jouissent à l'égard de la juridiction de l'État qui les accueille. Les immunités de ces représentants sont généralement appelées « immunités diplomatiques et consulaires », bien qu'à strictement parler, l'immunité dont jouit chacune des quatre catégories de représentants susmentionnées soit régie par des règles qui découlent de sources distinctes. Ainsi, l'immunité des agents diplomatiques est régie par les règles du droit international coutumier et les dispositions de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques; celle des agents consulaires est régie par les règles du droit international coutumier, les dispositions de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et les dispositions des conventions consulaires bilatérales sur la matière; quant à celle des membres des missions spéciales, elle est régie par les dispositions de la Convention de 1969 sur les missions spéciales¹⁹⁹. Enfin, l'immunité des représentants de l'État auprès des organisations internationales est régie par les dispositions des conventions sur les privilèges et immunités des organisations concernées ou par les dispositions de leurs accords de siège. Dans tous les cas cependant, les immunités des catégories de représentants de l'État visées par les conventions internationales sont plus certaines que celle des autres représentants de l'État.

99. De toute évidence, les représentants de l'État qui sont agents diplomatiques, agents consulaires, membres de missions spéciales ou représentants de leur État auprès d'organisations internationales jouissent simultanément des immunités communes à tous les représentants de l'État et des immunités particulières accordées par le droit international à ces quatre catégories de personnels. En règle générale, ils jouissent des immunités particulières correspondant à leur catégorie. Il existe toutefois des situations où ils jouissent seulement de l'immunité ordinaire de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, à l'exclusion de leurs immunités propres. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un agent diplomatique accrédité auprès d'un État est envoyé par l'État accréditeur assister à des manifestations organisées sur le territoire d'un État tiers. Dans ce cas, l'agent

¹⁹⁹ Il faudrait étudier plus à fond la question de savoir s'il existe des règles de droit international coutumier qui régissent le statut des membres de missions spéciales. Comme on l'a déjà noté, la Convention sur les missions spéciales compte très peu de parties. En outre, un certain nombre de conditions expressément stipulées par cette convention doivent être remplies pour que les membres de missions spéciales jouissent de l'immunité qui y est prévue.

concerné ne jouit pas de l'immunité diplomatique, mais seulement de l'immunité ordinaire de juridiction de l'État tiers²⁰⁰.

100. Il arrive souvent que l'immunité du chef d'État soit assimilée à l'immunité diplomatique. La question de l'immunité du chef d'État étranger est donc parfois tranchée par renvoi à la législation nationale²⁰¹. D'autres fois, les autorités de l'État chargées d'exercer sa juridiction dressent une analogie entre l'immunité du chef d'État étranger et l'immunité diplomatique²⁰².

101. Le fondement fonctionnel et représentationnel des immunités diplomatique et consulaire a été examiné plus haut²⁰³. Pour ce qui est de leur fondement dans la politique et le droit international, M. Shaw note que « les privilèges et immunités particuliers qui s'attachent aux différentes catégories de personnel diplomatique découlent pour partie des principes d'immunité souveraine, d'indépendance et d'égalité des États et répondent pour partie à un besoin essentiel de tout système international. Les États doivent se concerter et négocier les uns avec les autres ainsi qu'avec les organisations internationales et ils ont besoin de personnel diplomatique pour ce faire. Du fait que les personnes qui composent ce personnel représentent à un titre ou à un autre leur État, elles bénéficient des prérogatives attachées à la

²⁰⁰ Comme le fait observer S. Wirth, « les diplomates et les agents consulaires sont des représentants de l'État et sont protégés non seulement par l'immunité diplomatique mais encore par l'immunité de l'État (*ratione materiae*). Cette protection est nécessaire par rapport aux États tiers qui ne sont pas liés par les règles de l'immunité diplomatique ou consulaire ». Wirth, S., op. cit., p. 883 et 884.

²⁰¹ Voir *supra*, par. 37, la référence aux législations du Royaume-Uni et de l'Australie en la matière.

²⁰² Par exemple, dans sa décision dans l'affaire *Tachiona c. Mugabe*, la District Court de New York a noté que : « [...] [cette] protection accorderait aux chefs d'État un degré d'immunité de juridiction territoriale au moins égal à celui que les traités et un droit international coutumier largement accepté accordent aux agents diplomatiques et consulaires [...] Comme l'a fait observer un tribunal, il serait anormal que les États confèrent aux envoyés étrangers des privilèges et immunités diplomatiques plus larges que ceux qu'ils reconnaissent aux chefs d'État. » U.S. District Court, S.D. New York, 30 octobre 2001. Il existe aussi des exemples de cas où la question de l'immunité des hauts responsables est résolue par l'octroi de l'immunité diplomatique et par application de la Convention de Vienne de 1961. Rosalyn Higgins, en particulier, décrit la situation suivante : « S'agissant [...] de l'immunité de toutes sortes de hauts responsables, une ordonnance récente du ministère public de la Confédération suisse présente un intérêt certain. Datée du 8 mai 2003, cette ordonnance "refuse de donner suite à une dénonciation pénale de l'association « Solidarité avec les victimes de la guerre contre l'Iraq » dirigée contre George W. Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld, Colin Powell, Condoleezza Rice, Bill Clinton, Tony Blair, Jack Straw et d'autres personnalités, pour crimes contre l'humanité, génocide et crimes de guerre. Le ministère public de la Confédération y déclare, entre autres, qu'aucun mandat international n'ayant été émis par une cour internationale au sujet du Président Bush, celui-ci jouit d'une immunité de juridiction pénale "complète et absolue". L'ordonnance évoque ensuite la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et plus particulièrement son article 31 1) pour accorder l'immunité aux chefs de gouvernement et ministres, tout en notant que "le droit international ne définit pas avec précision la situation des autres personnalités de haut rang" et que "la jurisprudence en la matière est en pleine évolution" ». Higgins, R., *After Pinochet: developments on head of state and ministerial immunities*, The Incorporated Council of Law Reporting Annual Lecture 2006, p. 4. Consultable en anglais à l'adresse <http://www.lawreports.co.uk/AboutICLR/Lecture%20PDF/A4%20Transcript%20ICLR%20Pinochet.pdf>. L'ordonnance du ministère public de la Confédération suisse peut être consultée en français à l'adresse http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/bush_et_al-ministere-public.pdf.

²⁰³ Voir les paragraphes 86 et 87.

souveraineté de l'État »²⁰⁴. Les immunités diplomatiques et consulaires ont donc le même fondement que l'immunité des représentants de l'État²⁰⁵.

C. Résumé

102. Pour résumer la première partie du présent rapport, on soulignera les points suivants :

a) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouve sa source principale dans le droit international, en particulier le droit international coutumier;

b) Juridiction et immunité sont deux notions voisines mais différentes. Dans le contexte du sujet à l'étude, on s'intéressera ici à la seule question de l'immunité, à l'exclusion de celle de la juridiction en tant que telle;

c) La juridiction pénale de l'État, comme sa juridiction générale, est triple (législative, exécutive et judiciaire) ou double (législative et exécutive, si la juridiction exécutive est regardée comme englobant la juridiction judiciaire);

d) La juridiction pénale exécutive (ou exécutive et judiciaire) partage certaines caractéristiques de la juridiction civile, mais elle en diffère par le fait que de nombreux actes de procédure pénale sont accomplis au stade précontentieux du procès juridique. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est donc plus importante à la phase précontentieuse;

e) L'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État est une règle de droit international et correspond au rapport juridique selon lequel le droit de la personne jouissant de l'immunité de ne pas être soumise à la juridiction étrangère fait pendant à l'obligation souscrite par l'État étranger de ne pas exercer sa juridiction sur cette personne;

f) L'immunité de juridiction pénale désigne exclusivement l'immunité de juridiction exécutive et judiciaire (ou exclusivement l'immunité de juridiction exécutive si celle-ci est regardée comme englobant la juridiction judiciaire). Il s'agit donc d'une immunité des mesures de procédure pénale ou du procès pénal, et non d'une immunité du droit substantiel de l'État étranger;

g) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est d'ordre procédural et non substantiel. Elle fait obstacle à la responsabilité pénale, sans toutefois l'exclure en principe;

h) Les actes accomplis par un représentant de l'État en sa qualité officielle sont attribués à l'État. Ce représentant est par conséquent protégé contre la juridiction pénale de l'État étranger par une immunité *ratione materiae*. Cela

²⁰⁴ Shaw, M. N., *International Law*, cinquième édition, Cambridge, 2003, p. 668 et 669.

²⁰⁵ En dernière analyse, toutes les immunités de juridiction étrangère de tous les représentants d'États découlent de l'immunité de l'État lui-même. La Commission du droit international a appelé l'attention sur cette question dans son commentaire du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens : « Le fait que les immunités dont jouissent les représentants du gouvernement, que ce soit en qualité d'agent diplomatique ou consulaire ou à tout autre titre, sont en dernière analyse des immunités de l'État n'a jamais été mis en doute, mais on n'y a pas prêté suffisamment attention. » *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 18, note 44.

n'exclut cependant pas que ces actes puissent être imputés à la personne qui les a commis;

i) C'est en dernier ressort l'État, lequel a seul le droit de lever l'immunité de ses représentants, qui est le garant de cette immunité, qu'il s'agisse de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*;

j) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État comprend certains éléments interdépendants et qui se renforcent réciproquement : éléments fonctionnels et de représentation; principes de droit international tels que ceux de l'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États; et nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance de leurs prérogatives par les États.

Deuxième partie

V. Questions à examiner aux fins de déterminer le champ d'application du sujet

A. Définition du sujet

103. La définition du sujet à l'étude nous amène à mentionner ce qui suit. Premièrement, il n'est question ici que de l'immunité de juridiction *pénale étrangère* des représentants de l'État. Le sujet à l'étude ne porte donc pas, à proprement parler, sur l'immunité de juridiction pénale étrangère ou sur l'immunité de juridiction nationale en matière civile ou administrative. L'immunité de juridiction pénale étrangère semble en effet se distinguer clairement de l'immunité de juridiction pénale nationale. La juridiction pénale étrangère est d'une nature juridique différente, en ce qu'elle relève des juridictions ou des tribunaux internationaux. Ces juridictions ont été créées à cet effet et exercent leur compétence en se fondant sur un accord international ou une décision prise par une organisation internationale compétente. Cela signifie qu'elles ont été mandatées par les gouvernements eux-mêmes ou, ainsi qu'il est noté dans l'arrêt rendu par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone en l'affaire *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, par la communauté internationale²⁰⁶. Le principe de l'égalité souveraine des États, exprimé dans la maxime *par in parem non habet imperium*, qui est le fondement juridique international de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions étrangères, ne peut servir de fondement pour l'immunité de juridiction internationale²⁰⁷. L'absence d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qui est prévue dans les instruments de droit international et sur la base desquels se fonde l'exercice de cette compétence, ne peut être invoquée pour affirmer que les représentants de l'État ne bénéficient donc pas non plus de l'immunité de juridiction nationale ou pour prouver qu'ils ne bénéficient pas de cette immunité. En ce qui concerne l'immunité des représentants de l'État devant

²⁰⁶ Chambre d'appel, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, décision relative à l'immunité de juridiction, affaire n° SCSL-2003-01-1, 31 mai 2004, par. 51.

²⁰⁷ « Une raison de la distinction établie à cet égard, entre tribunaux nationaux et internationaux, bien qu'elle ne soit pas immédiatement évidente, s'expliquerait par le fait qu'un État souverain ne juge pas la conduite d'un autre État; le principe de l'immunité de l'État découle de l'égalité des États souverains et ne s'applique donc pas aux tribunaux pénaux internationaux qui ne sont pas des organes d'un État, mais qui sont mandatés par la communauté internationale ». Ibid. Il s'agit naturellement des cas où, conformément aux textes constitutifs de la cour ou du tribunal international compétent, l'État a des obligations de droit international qui privent ses représentants du droit de se prévaloir de l'immunité de juridiction devant cette cour ou ce tribunal. Par ailleurs, le principe de l'égalité souveraine peut être, dans certains cas, le fondement de l'immunité de juridiction pénale étrangère, par exemple, lorsque le fonctionnaire d'un État qui n'est pas partie au Statut de la Cour pénale internationale se trouve sur le territoire d'un État partie au Statut et que la Cour a émis une demande de remise de cette personne. Comme le fait observer X. Fox, « L'immunité de l'État peut faire obstacle à une procédure devant un tribunal international – par exemple, le Statut de Rome [...] dispose qu'un État peut ne pas être nécessairement tenu de remettre à la Cour pénale internationale une personne se trouvant sur son territoire, qui, en sa qualité de représentant d'un autre État, bénéficie de l'immunité diplomatique; mais le principal intérêt de cette immunité tient à l'effet qu'elle a sur la compétence des tribunaux nationaux ». Fox, H., *International law and restraints on exercise of jurisdiction by national courts of States*, in Evans, M. D. (éd.), op. cit. p. 363.

d'autres types de juridictions nationales – en matière civile ou administrative – bien que cette immunité ne soit pas à vrai dire l'objet de la présente étude, certains exemples d'analyse de cette question dans la pratique des États et la doctrine sont tout à fait pertinents en l'espèce, car le fondement juridique international de l'immunité des représentants de l'État devant différents types de juridictions étrangères est le même.

104. Deuxièmement, il est question de l'immunité des représentants de l'État, qui est fondée sur le droit *international*. L'immunité peut être accordée aux représentants d'un autre État en vertu du droit national. Mais l'octroi de l'immunité par les tribunaux internes ne présente d'intérêt pour l'étude du présent sujet que parce qu'on peut considérer que les dispositions du droit interne révèlent l'existence de normes du droit international coutumier dans ce domaine.

105. Troisièmement, le sujet porte sur l'immunité de juridiction des représentants d'un État dans un autre État. Cela signifie qu'en l'espèce, l'idée n'est pas d'examiner la question de l'immunité de juridiction des représentants d'un État dans leur propre État.

B. Application aux différentes catégories de personnes

1. Les représentants de l'État – définition de la notion de « représentant de l'État »

106. Il existe plusieurs variantes de la définition du groupe de personnes dont l'immunité devrait être examinée dans le cadre du présent sujet et auxquelles pourraient s'appliquer les projets de principes directeurs ou les projets d'articles susceptibles d'être élaborés à l'issue de cet examen. On pourrait premièrement ne considérer que les trois représentants de l'État expressément visés dans l'arrêt de la Cour internationale dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt et dans la Convention sur les missions spéciales de 1969, c'est-à-dire le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères; deuxièmement, on pourrait considérer l'ensemble des hauts représentants de l'État qui jouissent d'une immunité en vertu des fonctions qu'ils occupent; enfin, on pourrait considérer tous les représentants de l'État, qu'ils soient en exercice ou aient cessé leurs fonctions. La dernière solution semble préférable en ce qu'elle correspond parfaitement au thème étudié.

107. Il est largement admis dans la pratique des États, la jurisprudence interne en particulier, comme dans la doctrine que tous les fonctionnaires jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes qu'ils accomplissent à titre officiel, c'est-à-dire l'immunité *ratione materiae*. Comme l'a fait observer Lord Browne-Wilkinson dans l'affaire *Pinochet 3*, « l'immunité *ratione materiae* s'applique non seulement aux ex-chefs d'État et ex-ambassadeurs, mais aussi à tous les représentants de l'État qui ont participé à l'exercice des fonctions de l'État. Elle est indispensable pour empêcher que l'immunité de l'État ne soit contournée en engageant une action ou des poursuites contre le fonctionnaire qui, par exemple, a effectivement commis les actes de torture, lorsque l'application du principe d'immunité ferait obstacle à un recours contre le chef de l'État ... »²⁰⁸. Les

²⁰⁸ *Pinochet n° 3, I.L.M.*, vol. 38 (1999), p. 580 et suiv. Une raison analogue d'étendre l'immunité *ratione materiae* à l'ensemble des représentants de l'État a été donnée par un tribunal anglais

représentants de l'État jouissent d'une telle immunité quel que soit le poste qu'ils occupent. C'est ainsi qu'en 2006, dans l'affaire *Belhas et consorts c. Moshe Ya'alon*, un tribunal de district des États-Unis a reconnu l'immunité de M. Ya'alon²⁰⁹ qui, au moment des faits qui lui étaient reprochés, dirigeait le service de renseignement de l'armée israélienne, tandis que la Cour française de cassation a reconnu en 2004 l'immunité de juridiction pénale du directeur de l'Autorité maritime de Malte pour les actes accomplis par l'intéressé à titre officiel²¹⁰.

108. L'expression « représentant de l'État » est largement employée tant dans la pratique, y compris la jurisprudence, que dans la doctrine. On n'en trouve cependant pas de définition en droit international ou, à tout le moins, dans les instruments internationaux universels. Pour ce qui est de la doctrine, on signalera la définition

dans l'affaire *Propend Finance Pty Ltd. c. Sing*, comme suit : « La protection offerte aux États par la loi de 1978 serait compromise si les employés, les agents (ou, pour reprendre le terme utilisé par certains, les “fonctionnaires”) pouvaient être poursuivis à titre personnel dans des affaires intéressant la conduite de l'État pour lesquelles l'État au service duquel ils se trouvent jouit d'une immunité. La Section 14.1 doit s'interpréter comme couvrant les différents employés ou agents d'un État étranger de la même protection que celle dont jouit l'État », p. 594 (Haute Cour de justice, Queen's Bench Division, 14 mars 1996, texte reproduit dans *I.L.R.*, vol. 11, p. 611). Dans l'affaire *Jones n° 1*, Lord Philips indique : « Il peut également être porté atteinte à la dignité d'un État lorsque ceux qui en sont ou en ont été les représentants font l'objet devant une juridiction étrangère de poursuites intéressant la conduite des affaires dudit État. En pareil cas, l'État peut en principe étendre la protection de sa propre immunité à ces fonctionnaires. On peut en conclure que poursuivre ses représentants revient, indirectement, à poursuivre l'État » (par. 105). Enfin, dans l'affaire *Jones n° 2*, Lord Bingham of Cornhill renvoie à de nombreux travaux selon lesquels, dans la circonstance, « l'État étranger peut invoquer l'immunité pour ses fonctionnaires comme il le ferait s'il était lui-même poursuivi. Son droit à l'immunité ne peut être contourné en engageant des poursuites contre ses fonctionnaires ou agents » (par. 10). Pour C. Wickremasinghe, « il semble que, dans la doctrine de l'immunité des États, d'autres agents [que les chefs d'État ou de gouvernement ou les ministres des affaires étrangères] jouissent *ratione materiae* de l'immunité de juridiction étrangère pour les actes accomplis à titre officiel, lorsque l'instance aurait pour effet de compromettre ou de rendre inopérante l'immunité de l'employeur... ». Wickremasinghe, C., op. cit., p. 403. Voir aussi Forcese, C., « De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity », *McGill L. J.*, vol. 52 (Spring, 2007), p. 138 et 139.

²⁰⁹ District Court for the D.C., *Belhas et Others c. Moshe Ya'alon*, 14 December 2006, 466 F. Supp. 2d 127. Le tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia a jugé « incontestable » le fait que M. Ya'alon, au moment de l'attentat, agissait à titre officiel et que ces actes étaient dictés par la nécessité de protéger les intérêts de l'État israélien. Cette conclusion s'expliquait au premier chef par la teneur de la lettre que l'Ambassadeur d'Israël aux États-Unis avait adressée au Secrétaire d'État adjoint chargé des affaires politiques et dans laquelle il faisait valoir notamment que les actes de M. Ya'alon avaient été accomplis dans le cadre d'obligations de service et relevaient de la souveraineté d'Israël, et que le Gouvernement de cet État les avaient approuvés aux fins de la protection de ses propres citoyens contre des attentats terroristes, et également que l'engagement de poursuites contre un ancien fonctionnaire israélien équivalait à l'engagement d'une action contre Israël lui-même. Ayant établi que M. Ya'alon avait agi à titre officiel, le tribunal a estimé que ses actes pouvaient être considérés comme les actes d'un organe ou d'une entité d'un État au sens de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (« FSIA ») citée plus haut.

²¹⁰ Selon l'arrêt de la Cour de cassation française, « ... la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui, comme en l'espèce, relèvent de la souveraineté de l'État concerné... ». Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 23 novembre 2004, publié au *Bulletin criminel* 2004, n° 292, p. 1096. Le texte de l'arrêt peut être consulté à l'adresse : <http://www.legifrance.com/>.

donnée par F. Przetacznik, selon laquelle un agent d'un État étranger est une personne qui, en vertu de la législation de cet État, est investie de l'autorité légale d'agir comme représentant officiel (chef d'État ou de gouvernement ou ministre des affaires étrangères) ou qui est autorisée par l'État accréditant à agir comme son représentant (agent diplomatique ou membre diplomatique d'une mission spéciale) ou à agir officiellement en son nom (agent consulaire, membre diplomatique d'une mission permanente auprès d'une organisation internationale ou membre diplomatique d'une délégation à une conférence internationale) auprès de l'État accréditaire²¹¹. Cette définition restreint essentiellement la catégorie des représentants de l'État aux personnes qui représentent l'État dans les relations internationales. Or, les fonctions officielles pour lesquelles les représentants de l'État jouissent d'une immunité ne se limitent pas à cette représentation. On citera à cet égard le même auteur, qui considère que l'élément fondamental de la notion d'« agent d'un État étranger » est que l'intéressé doit soit représenter l'État, soit agir officiellement en son nom, ou les deux à la fois²¹². Des actes sont accomplis au nom de l'État par ses représentants non seulement dans le domaine des relations extérieures mais aussi dans toutes les sphères de l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'État. Lorsqu'il confère les pouvoirs de le représenter ou d'agir en son nom de quelque autre manière, l'État le fait conformément à sa législation ou à sa pratique. On trouve employées les expressions « représentant de l'État »²¹³, « agent de l'État »²¹⁴ et « organe de l'État »²¹⁵. Cette dernière est utilisée dans les articles sur la *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* et comprend, conformément au paragraphe 2 de l'article 4, « toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État »²¹⁶. Dans le commentaire

²¹¹ Przetacznik Fr., « Basic Principles of International Law concerning the protection of the officials of foreign states », communication présentée à la trente et unième convention annuelle de l'International Study Association, Washington, 11 avril 1990, p. 52.

²¹² Ibid.

²¹³ Voir par exemple le paragraphe 1 b) iv) de l'article 2 de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Dans le commentaire correspondant (qui se trouve au paragraphe 1, al. b) v), la Commission a indiqué que la catégorie des représentants de l'État qui agissent en cette qualité comprend toutes les personnes physiques qui sont autorisées à représenter l'État dans toutes ses manifestations, *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 18.

²¹⁴ Voir par exemple Verhoeven, J., « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », dans Verhoeven, J. (sous la direction de), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Bruxelles, L. G. D. J., 2004, p. 64. A. Borghi utilise (notamment pour le titre de son ouvrage) l'expression « les dirigeants politiques ». Borghi, A., op. cit.

²¹⁵ Les termes « organe de l'État » ont été employés, par exemple, par les parties à l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale pour désigner expressément le Procureur général et le chef de la sécurité nationale de Djibouti. Au cours de l'audience publique, le conseil de la France, A. Pellet, est convenu avec le conseil de Djibouti, L. Condorelli, que, « lorsqu'ils agissent ès qualités, les organes de l'État engagent non pas leur responsabilité individuelle, mais celle de l'État ». Il a estimé qu'en revanche, « en dehors de quelques organes ou catégories d'organes que l'on peut compter sur les doigts d'une main (le chef de l'État, le ministre des affaires étrangères, le chef du Gouvernement et les diplomates – dans des mesures du reste variables), il est totalement exclu “que l'on puisse prétendre que des personnes revêtant la qualité d'organe d'un État, même de rang élevé, jouissent d'immunités personnelles (dites *ratione personae*) tant soit peu comparables à celles que le droit international garantit en faveur des organes suprêmes des États!” », Cour internationale de Justice, document CR2008/5, audience publique, 25 janvier 2008, par. 75.

²¹⁶ *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 41.

sur ledit article, la Commission note que « l'expression "un organe de l'État" [...] ne se limite pas aux organes du gouvernement central, aux hauts responsables ou aux personnes chargés des relations extérieures de l'État. Elle recouvre les organes publics de quelque nature et de quelque catégorie que ce soit, remplissant quelque fonction que ce soit et à quelque niveau que ce soit... »²¹⁷. Dans la mesure où l'expression « organe de l'État » englobe les personnes qui représentent l'État, sans toutefois s'y limiter, son utilisation ne semble pas adaptée aux fins du présent sujet. On pourrait, au moins pour le moment, continuer à utiliser l'expression « représentant de l'État ». Si la Commission jugeait opportun, à un stade ultérieur, de définir ces termes ou d'en préciser le sens de quelque autre manière, la formulation retenue pour le paragraphe 2 de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État pourrait également être utile *mutatis mutandis* pour le sujet actuellement traité.

2. Représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae*

109. Comme on l'a déjà vu, tous les représentants de l'État jouissent *ratione materiae* de l'immunité de juridiction pénale étrangère mais seuls certains d'entre eux en bénéficient *ratione personae*. Quelles sont ces personnes? Il n'a pas été possible à ce jour de le déterminer avec précision. On se souviendra des difficultés rencontrées à ce sujet par la Commission dans ses travaux sur les projets d'articles concernant les missions spéciales, la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale²¹⁸.

110. Il convient sans nul doute de ranger tout d'abord les chefs d'État au nombre des représentants qui jouissent de l'immunité personnelle. Leur immunité personnelle de juridiction pénale étrangère bénéficie de la plus grande reconnaissance dans la pratique comme dans la doctrine²¹⁹. Le groupe des

²¹⁷ Ibid., par. 6.

²¹⁸ Voir plus haut, par. 18 à 20 et 23.

²¹⁹ « Les chefs d'État... bénéficient d'une immunité de juridiction totale dans les États étrangers pour tous les actes qui tomberaient ordinairement sous la juridiction de ces États, quel que soit le critère de rattachement des actes incriminés ». *Marcos et Marcos c. Département fédéral de justice et police*, Tribunal fédéral suisse, 2 novembre 1989, reproduit dans *I.L.R.*, vol. 102, p. 203. « Un chef d'État reconnu par le Gouvernement américain bénéficie d'une immunité de juridiction personnelle absolue devant les tribunaux des États-Unis sauf si son immunité a été levée en vertu d'une loi ou par le gouvernement étranger reconnu par les États-Unis ». *Lafontant v. Aristide*, Tribunal de district des États-Unis, District oriental de New York, 27 janvier 1994, reproduit dans *I.L.R.*, vol. 103, p. 84 à 585. « S'appuyant sur le droit international coutumier, la doctrine de l'immunité d'un chef d'État prévoit qu'un chef d'État échappe à la juridiction des tribunaux étrangers, tout au moins pour les actes officiels qu'il accomplit durant son mandat ». *United States v. Noriega and Others*, Tribunal de district des États-Unis, District méridional de la Floride, 8 juin 1990, reproduit dans *I.L.R.*, vol. 9, p. 161. « Attendu que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ». Affaire *Kaddafi*, arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 mars 2001, publié au Bulletin criminel 2001 n° 64, p. 218. « S'il est vrai que le droit international évolue au fil du temps, le droit international coutumier inscrit dans notre *common law* prévoit actuellement l'immunité à tout chef d'État ». *Mugabe*, Bow Street, 14 janvier 2004, reproduit dans *I.C.L.Q.*, vol. 53 (juillet 2004), p. 770.

représentants concernés ne se limite toutefois pas aux chefs d'État. Si dans le passé il était question uniquement de l'immunité personnelle du chef de l'État (et des ambassadeurs), aujourd'hui le cercle des personnes jouissant de cette immunité a commencé à s'élargir²²⁰. Il existe à cela des raisons objectives²²¹. En effet, la nature et l'organisation des activités relatives à la conduite des affaires de l'État ont changé. Les fonctions de gouvernance d'un État moderne et d'exercice de sa souveraineté et de sa représentation dans les relations internationales, qui autrefois étaient concentrées entre les mains du chef de l'État, incombent aujourd'hui dans une large mesure au chef du gouvernement, à ses membres et en premier lieu au ministre des affaires étrangères. Dans un grand nombre de pays, le chef du gouvernement joue un plus grand rôle dans la conduite des affaires de l'État que le chef de l'État même. D'où la nécessité de faire en sorte que ce dernier, mais aussi quelques autres représentants de l'État comptant parmi les principaux, puissent exercer leurs activités dans la plus grande indépendance et sans la moindre ingérence de la part d'un autre État, et par conséquent de défendre la souveraineté de l'État dans ses relations avec les autres États. Dans la catégorie des représentants de l'État jouissant de l'immunité personnelle, on a commencé à placer en premier aux côtés du chef de l'État le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères.

111. Le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères forment pour ainsi dire la *troïka* de base des représentants de l'État bénéficiant de l'immunité personnelle. En droit international, on estime que seules ces trois personnes, en vertu de leurs fonctions, et par conséquent de leur charge, représentent l'État dans les relations internationales. Ce sont les seules à pouvoir notamment conclure des traités au nom de l'État qu'elles représentent sans avoir pour cela à produire de pleins pouvoirs (par. 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Le statut particulier et, partant, l'immunité particulière des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, ainsi que le statut et l'immunité spécifiques des chefs d'État, sont confirmés dans l'article

Selon Watts, « en matière pénale, l'immunité d'un chef d'État est généralement considérée comme une immunité absolue... ». Watts, A., *op. cit.*, p. 54. Y. Simbeye fait également remarquer qu'« [un] chef d'État en exercice, en qualité de titulaire de la plus haute charge et de représentant de son État, bénéficie de l'immunité contre toutes poursuites pénales engagées par un tribunal étranger ». *Op. cit.*, p. 94. Comme le souligne Verhoeven, « Quelles que soient les incertitudes entourant la responsabilité pénale des agents de l'État, il n'est pas contesté que le chef d'État bénéficie d'une immunité pénale absolue devant les juridictions d'un État étranger. Le caractère absolu de l'immunité exclut qu'il puisse lui être apporté aucune exception, tenant par exemple à la nature de l'infraction qui lui est reprochée ou à la date à laquelle elle a été commise ». Verhoeven, J., « Les immunités de juridiction et d'exécution. Rapport provisoire » (décembre 2000), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 516. Voir également Higgins R., *op. cit.*, p. 12 et 13.

²²⁰ « Il existe en effet une tendance à étendre aux "personnalités de rang élevé", pour reprendre la formule de la Convention de New York du 16 décembre 1969 sur les missions spéciales, le bénéfice d'une protection particulière, comportant le cas échéant des immunités ». Verhoeven, J., *op. cit.*, p. 65.

²²¹ Comme le fait observer Toner, « les réalités politiques modernes auxquelles les États-nations doivent faire face ne permettent plus de faire une distinction nette entre les pouvoirs et les responsabilités des différents ministres d'un gouvernement. Le ministre des affaires étrangères, tout comme beaucoup d'autres ministres de premier plan, représente actuellement un État de la même façon que le chef de l'État. Ainsi, l'argument en faveur de l'immunité du chef de l'État est plus que jamais valable pour d'autres ministres ». Toner, P. J., *op. cit.*, p. 912 et 913.

21 de la Convention sur les missions spéciales de 1969, à l'alinéa 1 a) de l'article 1 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, de 1973, et dans l'article 50 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de 1975. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire du Mandat d'arrêt, la Cour internationale de Justice a placé ces mêmes représentants, ainsi que les chefs d'État, dans la catégorie des hauts représentants de l'État bénéficiant de l'immunité de juridiction étrangère. On se rappellera qu'au paragraphe 51 de son arrêt, la Cour a indiqué qu'« en droit international, il était fermement établi que, tout comme les agents diplomatiques et consulaires, certains hauts fonctionnaires de l'État, tels que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, jouissaient dans d'autres États des immunités de juridiction civile et pénale²²² ».

112. On trouve également des cas de reconnaissance de l'immunité de juridiction étrangère pour les chefs de gouvernement dans des jugements rendus par des tribunaux nationaux. Ainsi, en 1988, dans l'affaire *Saltan and Others v. Reagan and Others*, un tribunal de district des États-Unis a reconnu l'immunité de juridiction du Premier Ministre britannique, Margaret Thatcher, se rangeant ainsi à l'avis du Département d'État américain sur la question²²³. En 2003, dans l'affaire *Ariel Sharon*, la Cour de cassation belge a fait valoir que « la coutume internationale s'opposait à ce que les chefs d'État et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux États concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger²²⁴ » et reconnu ainsi, après la Cour internationale de justice, que l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État, mais également du chef du gouvernement, était fondée sur le droit international coutumier.

113. Il existe en Russie un cas notoire de reconnaissance de l'immunité du chef d'un gouvernement étranger au stade de l'instruction d'une procédure pénale. En 2005, le Premier Ministre ukrainien, Ioulia Timoschenko, devait se rendre en visite en Russie. Or, une action pénale avait été engagée à son encontre dans ce même pays avant qu'elle ne soit nommée à ce poste. À la veille de la visite, le Procureur général de la Fédération de Russie a déclaré que le Premier Ministre ukrainien pourrait librement venir en Russie étant donné que les représentants des États, dont le chef du gouvernement fait partie, jouissent de l'immunité²²⁵.

114. En dehors de l'affaire du Mandat d'arrêt, on ne dispose guère d'information sur des affaires dans lesquelles la question de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères aurait été examinée. Nous savons cependant qu'en 1963, un tribunal américain a rejeté une action intentée contre le Ministre des affaires étrangères de la Corée, à la suite d'une « suggestion d'immunité » émanant du Gouvernement des États-Unis. Il y a lieu de noter, toutefois, que la « suggestion » du Département

²²² *Rapports de la Cour internationale de Justice*, 2002, p. 20 et 21, par. 51.

²²³ *Saltan and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de district des États-Unis, District de Columbia, 23 décembre 1988, reproduit dans *I.L.R.*, vol. 80, p. 19 à 24.

²²⁴ *H.S.A. et al. c. S.A. et al.*, décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, d'Amos Yaron et d'autres personnes, Cour de cassation belge, n° P.02.1139.f, 12 février 2003, reproduite dans *I.L.M.*, vol. 42, 2003, p. 596 à 605.

²²⁵ Le texte de la déclaration est disponible à l'adresse <http://www.newsru.com/russia/15feb2005/timoshenko.html>.

d'État, outre qu'elle indiquait que les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux américains en vertu du droit international coutumier, mentionnait la reconnaissance du statut diplomatique du Ministre des affaires étrangères de la Corée, celui-ci étant en l'espèce en visite officielle aux États-Unis²²⁶. En 2001, un tribunal de district des États-Unis a souscrit à la « suggestion d'immunité » soumise par le Gouvernement à l'égard du Ministre des affaires étrangères du Zimbabwe dans l'affaire *Tachiona c. Mugabe*²²⁷.

115. Le manque d'information sur la pratique, y compris les arrêts relatifs à la question de l'immunité de juridiction des ministres des affaires étrangères, a conduit le juge Van den Wyngaert à déclarer, dans son opinion dissidente dans l'affaire du Mandat d'arrêt, ce qui suit : « Aucun élément n'étaye l'affirmation selon laquelle un État serait tenu, en vertu du droit international coutumier, d'accorder l'immunité pénale à un ministre des affaires étrangères en exercice. En émettant et en diffusant le mandat d'arrêt, la Belgique a peut-être manqué aux règles de la courtoisie internationale, mais n'a pas pour autant violé une obligation juridique internationale »²²⁸. L'idée que les ministres des affaires étrangères ne jouissent pas de l'immunité personnelle a également été émise dans la doctrine, même après l'arrêt rendu dans l'affaire du Mandat d'arrêt²²⁹. Néanmoins, un certain nombre d'auteurs partagent l'opinion de la Cour internationale de Justice exposée dans cet arrêt, qui a été voté par une majorité des juges²³⁰.

²²⁶ *Chong Boon Kim c. Kim Yong Shik et David Kim*, Tribunal de première instance, État d'Hawaii, 9 septembre 1963, arrêt reproduit dans *I.L.R.*, vol. 81, p. 604 et 605. Dans cette affaire, la « suggestion d'immunité » faisait état de l'immunité en vertu du droit coutumier non seulement du ministre des affaires étrangères, mais aussi du chef d'État d'un pays étranger. Il convient aussi de noter que, dans sa formulation d'alors, la Déclaration de 1962 relative au droit des relations étrangères des États-Unis disposait que les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères des États jouissent, pour ce qui concerne leurs actes officiels et privés, de la même immunité que les chefs d'État. *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute, 1962, par. 66, 200 et 202.

²²⁷ Tribunal de première instance du district sud de New York, *Tachiona c. Mugabe* (« *Tachiona I* »), arrêt du 30 octobre 2001, 169 F.Supp.2d 259, Judgment of 30 October 2001, p. 297.

²²⁸ *C.I.J. Recueil 2002*, p. 139, par. 1.

²²⁹ Voir, par exemple, Koller, D. S., op. cit., p. 16 : « Il ressort de l'étude la plus détaillée sur l'immunité d'un ministre des affaires étrangères que le raisonnement qui conduit à accorder l'immunité aux ministres des affaires étrangères en visite privée est beaucoup plus fragile que dans le cas d'un chef d'État, et repose principalement sur les règles de courtoisie, et non sur le droit. La nécessité de garantir l'immunité lors de visites privées est un problème empirique épineux auquel la décision hâtive de la Cour – à quoi s'ajoute l'absence de données sur la pratique des États – n'apporte pas de réponse appropriée. En se contentant de brouiller les distinctions entre ministres des affaires étrangères, chefs d'État et diplomates, la Cour a créé un flou conceptuel. »

²³⁰ Selon A. Cassese, « [I]a Cour doit être félicitée d'avoir élucidé et précisé un point obscur du droit commun. Ce faisant, elle a considérablement étendu la protection que le droit international accorde aux ministres des affaires étrangères ». Cassese, A., op. cit., p. 855. Voir aussi, par exemple, Wirth, S., op. cit., p. 889 : « [...] l'idée qu'un ministre des affaires étrangères occupe une position suffisamment importante pour se voir accorder les mêmes immunités qu'un chef de l'État apparaît très plausible : un ministre des affaires étrangères maintient les relations étrangères d'un État et joue donc un rôle essentiel dans la gestion des conflits entre États; à cet égard, il est même plus important qu'un ambassadeur, qui – du moins dans l'État accréditaire – jouit de l'immunité *ratione personae* ».

116. L'arrêt susmentionné de la Cour internationale de Justice relatif à l'immunité du ministre des affaires étrangères a été cité dans leurs conclusions adressées à la Cour par la République du Congo dans l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France et par Djibouti et la France dans l'affaire Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. En l'occurrence, les parties ont adhéré à l'opinion de la Cour²³¹.

117. Comme il a déjà été noté, l'article 21 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales et l'article 50 de la Convention de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel distinguent, outre les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, une catégorie additionnelle de personnes jouissant d'un statut spécial en vertu du droit international : les « personnalités de rang élevé ». Le fait qu'il existe aussi d'autres fonctionnaires de haut rang – en dehors des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères – qui, en vertu du droit international coutumier, jouissent à titre personnel de l'immunité de juridiction pénale étrangère a été confirmé au paragraphe 51, cité plus haut, de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Mandat d'arrêt*. À l'évidence, même si la Cour n'a pas non plus indiqué précisément quels étaient – en dehors des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères – les fonctionnaires de rang élevé qui jouissent de l'immunité de juridiction étrangère, elle a clairement confirmé que leur cercle ne se limitait pas à ces trois catégories.

118. Cette interprétation de l'arrêt rendu dans l'affaire *Mandat d'arrêt* a été confirmée dans deux décisions au moins de tribunaux britanniques. Dans la décision rendue en 2004 par un juge d'instance dans l'affaire *Général Shaul Mofaz* (alors Ministre de la défense d'Israël), il est dit ceci : « l'utilisation des mots "telles que" le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères m'indique que d'autres catégories pourraient s'y ajouter. En d'autres termes, ces catégories n'ont pas un caractère exclusif »²³². Le tribunal britannique s'est donc écarté de l'arrêt de la Cour internationale de Justice en refusant de délivrer un mandat d'arrêt contre le Ministre de la défense israélien et en reconnaissant l'immunité de celui-ci, sur la base d'un raisonnement fonctionnel semblable à celui qu'avait tenu la Cour internationale de Justice au sujet de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères²³³. Par référence également à l'arrêt susmentionné de la Cour internationale de Justice, l'immunité de Bo Xilai, Ministre du commerce de la République populaire de Chine, a été reconnue en 2005 dans une affaire du même nom. Le premier juge du tribunal d'instance a refusé de délivrer un mandat d'arrêt

²³¹ Voir, entre autres, la requête de la République du Congo, en date du 9 décembre, introduisant une instance contre la France (p. 10) et le mémoire de Djibouti, daté du 15 mars 2007 dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (p. 51).

²³² Tribunal de première instance (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, arrêt du 12 février 2004, reproduit dans *I.C.L.Q.*, vol. 53 (2004), p. 773.

²³³ Le tribunal britannique a déclaré, entre autres, ceci : « Même si les déplacements [d'un ministre de la défense] ne sauraient se situer au même niveau que ceux d'un ministre des affaires étrangères, il est de fait que de nombreux États maintiennent des troupes à l'étranger et qu'il existe de nombreuses missions des Nations Unies auprès desquelles il peut se rendre en visite et dans lesquelles les questions militaires jouent assurément un rôle prééminent entre certains États, de sorte qu'il m'apparaît que le rôle du ministre de la défense et celui du ministre des affaires étrangères sont étroitement liés, en particulier au Moyen-Orient ». Ibid.

contre le Ministre, en déclarant que « en vertu des règles du droit international coutumier, M. Bo jouit de l'immunité de poursuites du fait qu'il ne peut s'acquitter des ses fonctions que s'il est à même de se déplacer librement »²³⁴.

119. La doctrine prend soin de reconnaître qu'outre la « triade de base », d'autres catégories de fonctionnaires de l'État de rang élevé jouissent de l'immunité de juridiction étrangère²³⁵. Dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, les parties ont elles aussi reconnu en principe que d'autres hauts fonctionnaires de l'État pouvaient jouir de la même immunité que le ministre des affaires étrangères. Elles ont toutefois admis que les personnes en cause dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* – le Procureur général et le Chef de la sécurité nationale de Djibouti – n'en faisaient pas partie²³⁶. On peut citer des exemples d'autres fonctionnaires de l'État qui jouissent ou pourraient jouir de l'immunité *ratione personae* (comme les ministres de la défense, les ministres du commerce extérieur). Toutefois, le Rapporteur spécial n'a pas connaissance de l'existence d'une quelconque liste exhaustive de tels fonctionnaires. Comme il a été noté plus haut, aucune liste des autres fonctionnaires de rang élevé qui jouiraient d'une immunité et d'un statut spéciaux n'a été établie et, dans ses travaux sur les projets d'articles relatifs aux missions spéciales, la Commission a considéré, à juste titre, que les fonctionnaires ou postes spécifiquement visés étaient déterminés par le droit interne de l'État²³⁷.

120. Il semble que l'on ne puisse déterminer, encore qu'en termes généraux seulement, quels sont les autres fonctionnaires de rang élevé qui jouissent de l'immunité pénale étrangère à titre personnel que s'il est possible de décider du ou des critères auxquels ces fonctionnaires devraient satisfaire pour jouir de cette

²³⁴ Re Bo Xilai, England, Bow Street Magistrates' Court, 8 novembre 2005, reproduit dans *J.L.R.*, vol. 128, p. 714. Il convient de noter que le juge a mentionné aussi l'immunité de M. Bo en sa qualité de membre d'une mission spéciale. *Ibid.*, p. 715.

²³⁵ Comme le note J. Verhoeven, « [l]a solution est plus incertaine lorsque sont en cause d'autres membres du gouvernement. Elle pourrait se revendiquer d'une logique incontestable lorsque ces autres ministres exercent des fonctions internationales, qu'il s'agisse par exemple de négocier des accords ou de représenter l'État à l'étranger. Il s'en faut de beaucoup néanmoins qu'elle soit à ce jour confirmée sans ambiguïté par la pratique internationale ». Verhoeven, J., *op. cit.*, p. 65. A. Cassese note aussi que l'immunité *ratione personae* protège « seulement certaines catégories de fonctionnaires de l'État, à savoir les agents diplomatiques, les chefs d'État, les chefs de gouvernement, peut-être (en tout cas selon la doctrine établie par la Cour) les ministres des affaires étrangères et peut-être même d'autres membres de haut rang du cabinet [...] ». A. Cassese, *op. cit.*, p. 864. Cette opinion est partagée aussi par B. Carter : « Aux États-Unis aujourd'hui, l'immunité du chef de l'État semble s'appliquer au chef et au ministre des affaires étrangères d'un État étranger, et peut-être aux membres de leur famille, voire à d'autres fonctionnaires de rang élevé [...] Du fait en partie de la jurisprudence sur laquelle elle se fonde, la doctrine reste dans le flou sur le point de savoir qui exactement pourrait en bénéficier [...] ». Carter, B.E., « Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing As Well », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 99 (30 mars-avril 2005), p. 230.

²³⁶ En sa qualité de conseil de Djibouti, L. Condorelli a déclaré au cours des audiences tenues à La Haye le 22 janvier 2008 : « Ici, personne ne demande à la Cour de reconnaître qu'à l'instar d'un chef d'État ou d'un agent diplomatique, le [Procureur général de la République de Djibouti] et le [Chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti] jouiraient à l'étranger pendant la durée de leurs fonctions d'une immunité de juridiction et d'une inviolabilité totales, couvrant également leurs actes privés ». *C.I.J. CR.* 2008/3, 22 janvier 2008, p. 15, par. 23.

²³⁷ Voir *supra*, par. 19.

immunité. Dans les décisions de tribunaux nationaux citées plus haut qui reconnaissaient l'immunité du ministre de la défense et du ministre du commerce extérieur, il avait été considéré que ces fonctionnaires exerçaient des fonctions comparables dans une large mesure à celles d'un ministre des affaires étrangères et devaient donc jouir de l'immunité pour pouvoir s'acquitter précisément de ces fonctions. Il est intéressant de noter qu'en suivant ce raisonnement, le juge chargé de l'affaire *Général Shaul Mofaz* a estimé hautement improbable que « des charges ministérielles telles que celles de ministre de l'intérieur, de ministre de l'emploi, de ministre de l'environnement, ou de ministre de la culture, des médias et des sports dussent être automatiquement revêtues du sceau de l'immunité d'État »²³⁸. Le fait que l'immunité *ratione personae* ne puisse s'appliquer qu'aux autres hauts fonctionnaires de l'État dont la représentation de celui-ci dans les relations internationales est un aspect indispensable et primordial de leurs fonctions a été mentionné par le conseil de la France, A. Pellet, lors des audiences tenues dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*²³⁹. Selon K. Parlett, « l'immunité *ratione personae* est conférée aux fonctionnaires dont les fonctions sont si importantes pour le maintien des relations internationales qu'elles exigent de larges privilèges d'immunité »²⁴⁰. D'autres auteurs mentionnent aussi l'exercice de fonctions ayant pour objet d'assurer la participation de l'État aux relations internationales comme justifiant que l'on accorde éventuellement l'immunité personnelle à d'autres membres du gouvernement que le seul ministre des affaires étrangères²⁴¹.

121. Certes, le fait d'assurer la participation ou la représentation de l'État dans les relations internationales n'est guère une fonction essentielle du ministre de la défense, par exemple, ou d'autres membres du gouvernement à l'exception du ministre des affaires étrangères (même si, à l'ère de la mondialisation, les membres du cabinet participent presque tous à des degrés divers aux affaires internationales, en représentant leur pays dans des domaines spécialisés des relations internationales). Dans le même temps, les fonctions essentielles d'un ministre de la défense, comme celles de certains autres fonctionnaires de rang élevé, l'amènent en général à prendre une part spéciale à la solution de questions intéressant au premier chef la souveraineté de l'État. Le fait qu'un État étranger soumette à sa juridiction pénale de tels fonctionnaires en exercice ferait obstacle à ce que ces derniers s'acquittent de leurs fonctions en toute indépendance et, par voie de conséquence, à ce que l'État au service duquel ils agissent exerce les prérogatives inhérentes à sa

²³⁸ Tribunal d'instance (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, arrêt du 12 février 2004, reproduit dans *I.C.L.Q.*, vol. 53 (2004), p. 773.

²³⁹ Selon A. Pellet, « les immunités ne sont pas accordées aux fonctionnaires de l'État du simple fait que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils peuvent être conduits, plus ou moins occasionnellement, ou même régulièrement, à effectuer des missions à l'étranger. Il n'en va ainsi que si de telles immunités sont indispensables pour que ces missions puissent être effectuées et à condition qu'elles soient inhérentes aux fonctions en question ». *C.I.J.*, CR 2008/5, 25 janvier 2008, p. 46, par. 63.

²⁴⁰ Parlett, K., « Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception », *European Human Rights Law Review*, n° 1 (2006), p. 59. Il suggère en conséquence que pourraient figurer parmi les autres fonctionnaires de haut rang jouissant d'une telle immunité les ministres de la défense ou les secrétaires d'État aux affaires étrangères à titre permanent. *Ibid.*

²⁴¹ Voir, par exemple, Toner, P. J., *op. cit.*, p. 912 et 913; Forcese, C., *op. cit.*, p. 137. Du Plessis, M. et Bosch, S., « Immunities and universal jurisdiction – The World Court steps in (or on?) », *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), p. 246. Wickremasinghe, C., *op. cit.*, p. 401.

souveraineté. Étant donné l'importance pour l'État des fonctions exercées par de tels fonctionnaires de rang élevé, soumettre ces derniers à une juridiction pénale étrangère impliquerait très probablement une ingérence de l'État exerçant ainsi sa juridiction dans des affaires qui sont fondamentalement de la compétence de l'État au service duquel se trouvent ces fonctionnaires. À cet égard, la question est de savoir si l'importance des fonctions exercées par les hauts fonctionnaires pour assurer la souveraineté de l'État constitue un critère additionnel – outre le fait d'assurer la participation de l'État dans les relations internationales – pour l'inclusion de ces fonctionnaires au nombre de ceux qui jouissent de l'immunité *ratione personae*.

3. La question de la reconnaissance dans le contexte du sujet à l'étude

122. En général, la question de l'immunité s'examine en rapport avec des États reconnus et leurs représentants ainsi qu'en rapport avec des chefs d'État et de gouvernement reconnus en tant que tels. Il peut toutefois se présenter des situations qui imposent d'examiner la question de l'immunité d'un État qui n'est pas reconnu par l'État appelé à exercer sa juridiction, ou la question de l'immunité du représentant d'un État qui n'est pas reconnu ou de l'immunité d'une personne qui n'est pas reconnue comme chef d'État ou de gouvernement (dans ce dernier cas, l'État lui-même est reconnu, mais non le chef d'État ou de gouvernement). Dans ces situations, la question de la reconnaissance intéresse directement l'examen de l'immunité comme sujet de la présente étude. Comme l'écrit A. Watts, « la question de la reconnaissance [...] revêt habituellement une importance critique chaque fois que la question de l'immunité se pose »²⁴². Plusieurs arrêts des cours américaines confirment cette observation. Par exemple, dans l'affaire *Kadic c. Karadzic* (1995), la Cour d'appel du deuxième district fédéral a noté que « les États reconnus jouissent de certains privilèges et immunités qui intéressent la procédure judiciaire »²⁴³. Du fait que le Gouvernement des États-Unis ne reconnaissait pas M. Radovan Karadzic comme chef d'État, la Cour a refusé de reconnaître son immunité à ce titre. En 1990, dans l'affaire *United States c. Noriega and Others*, le Tribunal fédéral de district a noté que, « pour bénéficier de l'immunité des chefs d'État, l'intéressé doit être reconnu comme chef de l'État panaméen par la Constitution panaméenne ou par les États-Unis »²⁴⁴. Comme le Gouvernement des États-Unis ne reconnaissait pas le général Manuel Antonio Noriega comme chef d'État, le Tribunal a refusé de lui reconnaître l'immunité diplomatique en cette qualité. Dans l'affaire *Lafontant c. Aristide*, par contre, le Tribunal fédéral de district a admis la « suggestion d'immunité » formulée par le pouvoir exécutif, et il a reconnu l'immunité de M. Jean-Bertrand Aristide en qualité de chef d'État parce que le Gouvernement des États-Unis avait reconnu M. Aristide, qui vivait alors en exil aux États-Unis, comme le chef d'État légitime d'Haïti²⁴⁵.

²⁴² Watts, A., op. cit., p. 34

²⁴³ *Kadic c. Karadzic*, Cour d'appel du deuxième district fédéral (Second Circuit), arrêt du 13 octobre 1995, 70 F.3d 232, 64 USLW 2231, p. 244.

²⁴⁴ *United States c. Noriega and Others*, Tribunal fédéral de district, District Sud (Southern District), Floride, 8 juin 1990, décision reproduite dans *International Law Reports*, vol. 99, p. 143 à 183.

²⁴⁵ *Lafontant c. Aristide*, Tribunal fédéral de district, District est (Eastern District), État de New York, 27 janvier 1994, décision reproduite dans *International Law Reports*, vol. 103, p. 581 à 593. On fera observer que, sur le point particulier de la reconnaissance dans le contexte de

123. La question de l'immunité du représentant d'un État non reconnu ou du chef d'État ou de gouvernement non reconnu en cette qualité peut surgir dans des contextes très variés. Il est par exemple des situations où l'entité au service de laquelle se trouve le représentant dont l'immunité est en question n'est reconnue comme État indépendant par aucun État, y compris l'État exerçant sa juridiction. Du point de vue du droit international, l'immunité du représentant de l'État est fondée sur le principe de souveraine égalité des États. Or ce principe ne s'applique pas aux relations entre un État exerçant sa juridiction et une entité qui n'est pas reconnue comme État. C'est pourquoi il est difficile de parler d'un droit à l'immunité qu'auraient les représentants de cette entité, et d'une obligation – faisant pendant à ce droit – qu'aurait l'État exerçant sa juridiction de ne pas accorder l'immunité. La situation est plus complexe dans le cas du représentant d'un État qui a été reconnu par une partie importante de la communauté internationale, mais non par l'État dont les autorités sont saisies de la question de son immunité. L'observation formulée plus haut sur la question de la reconnaissance dans le contexte de l'immunité du représentant d'un État non reconnu vaut également pour la question de la reconnaissance dans le contexte de l'immunité des chefs d'État ou de gouvernement non reconnus comme tels.

124. Tout examen du rôle de la reconnaissance dans le contexte du sujet à l'étude doit bien évidemment inclure un examen de la question de la reconnaissance sur le fond, et notamment, par exemple, de la question du caractère déclaratoire ou constitutionnel de la reconnaissance. Or cela n'entre pas vraiment dans le mandat de la Commission sur le sujet. À cet égard, la question qui se pose est de savoir si les questions de reconnaissance devraient à l'avenir être considérées comme relevant du cadre général du sujet à l'étude, et si, de surcroît, il conviendrait de rédiger un projet de dispositions – de quelque type que ce soit – sur le rôle de la reconnaissance en rapport avec la question de l'immunité du représentant de l'État. On fera observer que l'Institut de droit international se contente sur ce point de déclarer que « la présente résolution ne préjuge pas de l'effet de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement étranger sur l'application de ses dispositions »²⁴⁶.

4. Membres de la famille

125. Dans la pratique, il arrive parfois que la question de l'immunité des membres de la famille d'un chef d'État se pose (cette immunité ne saurait naturellement être que personnelle). En 1991, dans l'affaire *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, le Tribunal fédéral suisse a reconnu en ces termes l'immunité de M^{me} Imelda Marcos, épouse d'un ancien président de la République des Philippines : « Le droit international coutumier a de tout temps reconnu aux chefs d'État – ainsi qu'aux

l'examen du sujet de l'immunité, les tribunaux américains et britanniques se reposent sur les recommandations du pouvoir exécutif. Ainsi par exemple, dans l'arrêt de la Cour d'appel britannique en l'affaire *Sayce c. Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State*, le juge Somervell déclare : « Notre État ne saurait tenir deux discours sur une telle question, le pouvoir judiciaire disant une chose et le pouvoir exécutif une autre. C'est à notre souverain qu'il appartient de décider qui il reconnaîtra comme son homologue en qualité de souverain dans la famille des États; et les relations des États étrangers avec le nôtre dans le domaine des immunités doivent découler exclusivement de cette décision. » *Sayce c. Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State*, Cour d'appel, Angleterre, 20 mai 1952, arrêt reproduit dans *International Law Reports*, vol. 19, p. 215.

²⁴⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), art. 12, p. 685.

membres de leur famille et à leur suite lorsqu'ils séjournent dans un État étranger – les privilèges de l'inviolabilité personnelle et de l'immunité de juridiction pénale. Cette immunité de juridiction est également reconnue au chef d'État qui séjourne dans un État étranger à titre privé et s'étend, dans ces circonstances, aux membres les plus proches de sa famille qui l'accompagnent, ainsi qu'aux membres de sa suite ayant un rang élevé. »²⁴⁷ De même, mais cette fois dans une affaire civile, l'immunité de l'épouse d'un président du Mexique a été reconnue, en 1988, par une cour américaine dans l'affaire *Kline c. Kaneko*. Cette cour a statué qu'« en vertu des principes généraux du droit international, les chefs d'État et les membres de leur famille immédiate jouissent de l'immunité de juridiction »²⁴⁸. En 1978, un autre tribunal américain a reconnu l'immunité de juridiction du fils de la reine d'Angleterre, le prince Charles, dans l'affaire *Kilroy c. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*²⁴⁹.

126. Il existe cependant des situations où les tribunaux n'ont pas reconnu l'immunité des membres de la famille d'un chef d'État. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Mobutu c. SA Cotoni*²⁵⁰. En 1988, l'arrêt du tribunal civil belge saisi de cette affaire notait, entre autres éléments, que les enfants du Président du Zaïre avaient déjà atteint la majorité et que par conséquent ils devaient être considérés comme distincts de leur père et ne pouvaient en aucun cas prétendre à la même immunité à laquelle il avait droit²⁵¹. De même, en 2001, dans l'affaire *W. c. Prince of Liechtenstein*, la Cour suprême de l'Autriche a refusé de reconnaître l'immunité de la sœur et de deux frères du chef de l'État du Liechtenstein au motif qu'il ne s'agissait pas de membres de la famille proches du chef de l'État, appartenant à son ménage et jouissant de l'immunité en vertu du droit international coutumier²⁵².

127. Il convient de noter que, dans ces deux espèces, les tribunaux ont refusé de reconnaître l'immunité de membres de la famille d'un chef d'État en arguant du fait que les personnes concernées n'étaient pas au nombre des membres de la famille les plus proches du chef d'État concerné et n'étaient pas à sa charge. Peut-être auraient-ils reconnu leur immunité s'il s'était agi de membres de la famille plus étroitement liés au chef d'État et faisant partie de son ménage. Cela ressort clairement du passage de l'arrêt de la Cour suprême autrichienne cité plus haut. Deuxièmement, dans trois des cinq arrêts cités, les juges ont noté que l'immunité est accordée aux membres de la famille d'un chef d'État en vertu du droit international coutumier. Dans les quelques cas de législation nationale portant immunité du chef d'État étranger connus du Rapporteur spécial (Royaume-Uni, Australie), cette législation accorde aussi l'immunité aux membres de sa famille qui font partie de son

²⁴⁷ *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal fédéral suisse, consultable à l'adresse <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>.

²⁴⁸ Cour suprême (Comté de New York), *Kline c. Kaneko*, arrêt du 31 octobre 1988, 141 Misc.2d 787), p. 788.

²⁴⁹ *Kilroy c. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*, Tribunal fédéral de district, District Nord de l'Ohio, Division de l'est, 7 décembre 1978, *International Law Reports*, vol. 81, p. 605 à 607.

²⁵⁰ *Mobutu c. SA Cotoni*, Tribunal civil de Bruxelles, 29 décembre 1988, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 91, p. 259 à 263.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Cour suprême, *W. c. Prince of Liechtenstein*, arrêt du 14 février 2001, 7 Ob 316/00x, par. 11.

ménage²⁵³ et à son conjoint²⁵⁴. On se rappellera également que l'article 37, par. 1 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, l'article 53, par. 2 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, l'article 39, par. 1 de la Convention sur les missions spéciales et l'article 36, par. 1 de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel étendent l'immunité de juridiction de l'État accréditaire aux membres de la famille de l'agent diplomatique qui font partie de son ménage, aux membres de la famille de l'agent consulaire qui font partie de son ménage, aux membres des familles des représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale qui accompagnent ces représentants et aux membres de la familles du représentant de l'État auprès d'une organisation internationale qui font partie de son ménage.

128. Ces différentes considérations se retrouvent dans la doctrine. Selon l'*Oppenheim's International Law*, une comparaison du statut des membres de la famille d'un chef d'État qui font partie de son ménage avec la situation de la famille d'un agent diplomatique fait ressortir que les membres de la famille d'un chef d'État qui font partie de son ménage bénéficient de l'immunité de juridiction de l'État hôte²⁵⁵. P. Gully-Hart constate lui aussi que les membres de la famille du chef d'État et du chef de gouvernement bénéficient de l'immunité²⁵⁶. Selon A. Watts, si les membres les plus immédiats de la famille du chef d'État jouissent de l'immunité, c'est sur le fondement de la courtoisie internationale et non du droit international²⁵⁷. S. Sucharitkul est de la même opinion²⁵⁸. La résolution de l'Institut de droit international confirme cette idée que si les membres de la famille d'un chef d'État se voient aussi accorder l'immunité, c'est exclusivement « à titre de courtoisie » et non en vertu du droit international²⁵⁹.

129. La Commission devrait-elle étudier la question de l'immunité des membres de la famille du chef d'État (et éventuellement d'autres personnes bénéficiant de l'immunité personnelle) dans son examen du présent sujet? Le Rapporteur spécial en doute, car, à strictement parler, cette question lui paraît sortir du cadre du sujet.

²⁵³ Article 20 (1) de la loi britannique du 20 juillet 1978 relative à l'immunité de l'État (*State Immunity Act*), reproduite dans *International Legal Materials*, vol. 17, 1978, p. 1123. Consultable à l'adresse

www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1978/cukpga_19780033_en_1.

²⁵⁴ Article 36 (1) b) de la loi australienne de 1985 relative aux immunités des États étrangers (*Foreign States Immunities Act*), reproduite dans Dickinson, A., Lindsay, R. et Loonam, J. P. (s.l.d.), *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford : Clifford Chance, Oxford University Press, 2004, p. 269 à 522.

²⁵⁵ Jennings, R. et Watts, A., *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., 1992, p. 1039 et 1040.

²⁵⁶ Gully-Hart, P. « The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland », *Fordham International Law Journal*, 1999-2000, n° 23, p. 1335.

²⁵⁷ A. Watts évoque la différence entre les membres de la famille d'un chef d'État et les membres de la famille d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères, et entre le statut de ces personnes selon qu'elles se trouvent sur le territoire de l'État hôte dans le cadre d'une visite officielle ou d'un séjour privé. Watts, A., op. cit., p. 75 à 80 et 110 à 112.

²⁵⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 10* (document A/44/10), Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session, par. 446 à 450.

²⁵⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), art. 5, p. 682.

C. Résumé

130. Les conclusions de cette deuxième partie du rapport préliminaire peuvent être résumées comme suit :

a) Le sujet ne concerne que l'immunité du représentant de l'État à l'égard de la juridiction pénale (et non civile) nationale (et non internationale) d'un autre État (et non de l'État au service duquel il se trouve);

b) Il serait bon que le sujet couvre tous les représentants de l'État;

c) On pourrait essayer de définir la notion de « représentant de l'État » aux fins du sujet ou de préciser quels sont les représentants inclus dans cette notion aux fins du sujet;

d) Les représentants de haut rang qui bénéficient de l'immunité personnelle au titre de leurs fonctions sont essentiellement les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

e) On pourrait essayer de préciser quels autres représentants de haut rang, outre les trois catégories susmentionnées, bénéficient de l'immunité *ratione personae*. Pour distinguer ces représentants parmi tous les représentants de haut rang, il faudrait pouvoir définir un ou des critères sur lesquels fonder leur statut particulier;

f) Il ne semble guère utile d'examiner plus à fond, dans le cadre du présent sujet, la question de la reconnaissance et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de haut rang.