



Assemblée générale

Distr. générale
2 juin 2014
Français
Original : espagnol

Commission du droit international

Soixante-sixième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014

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

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

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Immunité <i>ratione materiae</i> : critères normatifs	5
III. Notion de « représentants de l'État »	8
A. Généralités	8
B. Critères d'identification des personnes bénéficiant de l'immunité	10
1. Jurisprudence interne	11
2. La jurisprudence internationale	15
3. La pratique conventionnelle	19
4. Autres travaux de la Commission du droit international	33
5. Conclusions	39

* Nous tenons à remercier Francisco José Pascual Vives, professeur de droit international public à l'Université d'Alcalá de Henares (Espagne) pour le précieux concours qu'il nous a apporté à l'occasion de l'établissement du présent rapport ainsi que les personnes suivantes de leur collaboration : Claribel de Castro Sánchez, Teresa Marcos Martín et Fernando Val Garijo, professeurs de droit international public à l'Université nationale d'enseignement à distance (Espagne), ainsi que Louise Lecaros de Cossío et Brian Frenkel, étudiants en maîtrise à l'Académie genevoise pour le droit international humanitaire et les droits de l'homme.



C.	Terminologie	39
1.	« Funcionario »	42
2.	« Représentant »	44
3.	« Official »	46
4.	« Agente »	46
5.	« Órgano »	47
6.	Conclusions	49
D.	La notion générale de « représentant » aux fins du projet d'articles	51
E.	Portée subjective de l'immunité <i>ratione materiae</i>	51
IV.	Futur programme de travail	53
Annexe		
	Projets d'articles proposés	54

I. Introduction

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

2. Dans les trois rapports qu'il a présentés, l'ancien Rapporteur spécial a campé le sujet et envisagé divers aspects des questions de fond et de procédure touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État⁴. La CDI a examiné ces rapports à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008 et en 2011. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le sujet à l'occasion de l'examen du rapport de la CDI, en particulier en 2008 et en 2011.

3. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, au cours de sa soixante-quatrième session, la CDI a nommé Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵.

4. Toujours au cours de la soixante-quatrième session (2012), nous avons saisi la CDI d'un rapport préliminaire sur le sujet (A/CN.4/654), qu'elle examinera pendant la deuxième partie de la session. Se voulant « rapport de transition », ce rapport préliminaire venait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont on pourrait poursuivre l'examen si la Commission le jugeait utile (par. 5). Le rapport recensait les questions à examiner par la Commission, posait les bases méthodologiques de l'étude et proposait un plan de travail indicatif pour le traitement du sujet.

5. Ayant examiné le rapport préliminaire, la CDI a souscrit dans l'ensemble à la méthodologie et au plan de travail proposés⁶. À la soixante-septième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a elle aussi examiné le rapport préliminaire à l'occasion de l'examen du rapport de la CDI⁷.

6. À la soixante-cinquième session de la CDI, nous avons présenté un deuxième rapport sur le sujet (A/CN.4/661), dans lequel nous traitons de la portée du sujet et du champ d'application du projet d'articles, des notions d'immunité et de

¹ Voir A/61/10, par. 257 et annexe A.

² Voir A/62/10, par. 376.

³ Ibid., par. 386. L'étude du Secrétariat porte la cote A/CN.4/596 et Corr.1.

⁴ Les rapports de l'ancien Rapporteur spécial portent les cotes A/CN.4/601, 631 et 646.

⁵ Voir A/67/10, par. 84.

⁶ Pour en savoir plus sur ce débat, voir *ibid.*, chap. VI, ainsi que les comptes rendus analytiques provisoires de la Commission (A/CN.4/SR.3143 à 3147), sur le site Web de la CDI (www.un.org/law/ilc/).

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

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

7. Ayant examiné notre deuxième rapport de sa 3164^e séance à sa 3168^e séance ainsi qu'à sa 3170^e séance⁸, la CDI a décidé de renvoyer les six projets d'articles au Comité de rédaction. Au vu du rapport de ce dernier⁹, elle a provisoirement approuvé trois projets d'articles consacrés au champ d'application du projet d'articles (projet d'article 1) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'articles 3 et 4). Ces projets d'articles reprennent, en les réorganisant, les principaux éléments de cinq des projets que nous avons proposés. La CDI a également souscrit aux commentaires relatifs aux trois projets d'articles qu'elle avait approuvés à titre provisoire. En ce qui concerne le projet d'article consacré aux définitions, le Comité de rédaction a décidé d'en poursuivre l'examen et de surseoir à se prononcer à son sujet¹⁰.

8. À la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné notre deuxième rapport sur le sujet à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la CDI. Les États ont dans l'ensemble accueilli favorablement le texte et l'état d'avancement des travaux de la CDI, et se sont félicités qu'elle ait présenté trois projets d'articles à l'Assemblée générale¹¹.

9. Dans son rapport annuel, la CDI a demandé aux États de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, reflétée en particulier dans des décisions de justice, en ce qui concerne la signification donnée aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹². Nous tenons à remercier les États qui ont évoqué le sujet au cours des débats de la Sixième Commission, et en particulier ceux qui ont répondu par écrit à cette demande¹³.

⁸ Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la CDI, voir [A/CN.4/SR.3164 à 3168](#) et [SR.3170](#) sur le site Web de la CDI.

⁹ Voir [A/CN.4/SR.3174](#).

¹⁰ Pour de plus amples informations sur la façon dont le sujet a été traité par la CDI au cours de sa soixante-cinquième session, voir [A/68/10](#), par. 40 à 49. Voir en particulier les projets d'articles et les commentaires y relatifs au paragraphe 49 du rapport de la CDI. Pour ce qui est des débats de la CDI concernant lesdits commentaires, voir [A/CN.4/SR.3193 à 3196](#).

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

¹² [A/68/10](#), par. 25.

¹³ Au moment de l'achèvement du présent rapport, des observations avaient été envoyées par les pays suivants : Allemagne, Belgique, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Mexique, Norvège, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse.

II. Immunité *ratione materiae* : critères normatifs

10. Comme nous le soulignons dans notre deuxième rapport, la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* est l'une des rares questions qui fassent l'objet d'un large consensus au sein de la CDI¹⁴, et ce sans aucun doute parce qu'elle est largement admise par la doctrine¹⁵ et la jurisprudence. Par ailleurs, cette distinction a déjà été analysée dans le mémorandum du Secrétariat¹⁶ et le rapport préliminaire établi par le Rapporteur spécial Kolodkin¹⁷, encore que sous un angle essentiellement descriptif et conceptuel dans l'un et l'autre cas. De son côté, en 2013 la CDI a envisagé la distinction entre ces deux catégories d'un point de vue normatif, le but étant d'établir un régime juridique différencié pour chacune d'elles, sans cependant méconnaître ceci que les deux catégories d'immunité présentent des traits communs, notamment en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de l'immunité au sens large¹⁸.

11. Cette solution est celle déjà retenue par la CDI lors des travaux de sa soixante-cinquième session. En ce sens, on retiendra les éléments suivants :

a) Le projet d'articles traitant des définitions qui a été renvoyé au Comité de rédaction consacre la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Ce dernier ne s'est pas encore prononcé sur les définitions proposées, mais il n'y a pas d'avis contraire à cette solution¹⁹;

¹⁴ A/CN.4/661, par. 47, *in fine*.

¹⁵ Voir notamment C. Dominicé, « Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales » dans *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, J. Cadona Llorens, Pampelune : Aranzadi, 1999, p. 323 à 326 et 337 à 342; V. Abellán Honrubia, « La responsabilité internationale de l'individu », dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 280, Leiden : Martinus Nijhoff, 1999, p. 220 à 223; A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Collection latine, séries II, vol. 2, Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 129 à 131; J. Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », dans *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, Bruxelles : Larcier, 2004, p. 64 à 67 et 94 à 107; A. Remiro Brotons, « La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad », dans *XXXVIII Cursos de Derecho Internacional* (2006), Washington : Organisation des États américains, p. 505; J. Jorge Urbina, « Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado », dans *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8, 2008, p. 277 à 292; B. Stern, « Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des États et chefs d'État en cas de crime de droit international? », dans M. Kohen (éd.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*, La Haye : Brill, 2007, p. 511 à 548; A. Cassese et al., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 368; J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 4^e éd., Johannesburg : Juta, 2011, p. 253; H. Fox et P. Webb, *The Law of State Immunity*, 3^e éd., Oxford: Oxford University Press, 2013 ; P. D'Argent, « Immunity of state officials and obligation to prosecute », dans *Charles de Visscher Center for International and European Law (CeDIE) Working paper*, n° 4, 2013, p. 5 à 7; et R. Maguire, B. Lewis et C. Sampford (éd.), *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, Abingdon, Oxon : Routledge, 2013, p. 108.

¹⁶ Voir A/CN.4/596 et Corr.1, par. 88 et suiv.

¹⁷ Voir A/CN.4/601, par. 78 à 83.

¹⁸ Voir A/CN.4/661, par. 48 et 53.

¹⁹ Concernant ces définitions, voir A/CN.4/661, par. 53.

b) L'économie du projet d'articles comporte une partie autonome (la deuxième) consacrée à l'immunité *ratione personae*, laquelle devrait être suivie d'une troisième partie consacrée à l'immunité *ratione materiae*;

c) Le paragraphe 3 du projet d'article 4, approuvé à titre provisoire par la CDI en 2013, consacre la distinction entre les régimes de l'une et l'autre catégories d'immunité envisagées, partant que « l'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae* »²⁰.

12. Dans notre deuxième rapport, nous avons défini les caractéristiques de l'immunité *ratione materiae* comme suit :

- a) Elle est reconnue d'une manière générale aux représentants de l'État;
- b) Elle ne s'applique qu'aux actes pouvant être qualifiés d'« officiels »;
- c) Elle n'est soumise à aucune limite temporelle, l'immunité *ratione materiae* subsistant même après que son bénéficiaire a perdu la qualité de représentant de l'État.

13. Ces trois caractéristiques reflètent fidèlement les différentes définitions de l'immunité *ratione materiae* dégagées par la doctrine²¹ et la jurisprudence.

²⁰ Sur la distinction entre ces deux catégories d'immunité, voir le commentaire de la CDI sur le projet d'article 4, en particulier l'alinéa 7 (A/68/10, par. 49).

²¹ Ces définitions se présentent sous différentes formes, mais elles reprennent tous les mêmes éléments susmentionnés. Ainsi, pour Cassese, « l'immunité fonctionnelle de juridiction étrangère couvre les activités réalisées par divers représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions et elle perdure après la fin de leur mandat », et les « activités officielles sont réalisées par des organes étatiques au nom de l'État dont ils dépendent et doivent, en principe, être attribuées à l'État lui-même » (Cassese *et al.*, op.cit., p. 368). Pour Fox, « L'expression immunité fonctionnelle, immunité *ratione materiae*, s'appliquait à l'origine aux diplomates lorsqu'ils perdaient leur immunité personnelle à la fin de leur mandat : il s'agissait de leur conserver une immunité mais pour les seuls actes accomplis à titre officiel. Cependant, désormais utilisée dans un sens plus large, l'expression s'applique à l'ensemble des représentants, fonctionnaires et employés du personnel, qu'ils soient ou non en service, qui bénéficient ainsi d'une immunité à raison des actes accomplis à titre officiel » (Fox et Webb, op.cit., p. 666 et 667). Pour Stern, « l'immunité du chef d'État en exercice est une immunité absolue, *ratione personae*, l'immunité ne continue à lui être accordée, lorsqu'il n'est plus en fonction, que pour les seuls actes « commis dans l'exercice de ses fonctions », c'est-à-dire que l'ancien chef d'État ne bénéficie que d'une immunité *ratione materiae* » (Stern, op.cit., p. 521). Pour D'Argent, « tous les 'représentants de l'État agissant à ce titre' [Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, art. 2 1), b) iv)] jouissent d'une immunité *ratione materiae* (ou immunité couvrant les actes accomplis à titre officiel) pour les actes accomplis à titre officiel, même s'ils ont agi en allant au-delà de leurs pouvoirs (*ultra vires*) [...] contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'immunité *ratione personae*, dans le cadre de l'immunité *ratione materiae* la notion de "représentants de l'État" n'englobe pas seulement les personnes incarnant ou personnifiant l'État concerné ». (D'Argent, op.cit., p. 5 à 7). Pour Borghi, « l'immunité (*ratione personae*) n'est pas accordée à un chef d'État dans son propre intérêt, mais dans celui de l'État qu'il dirige, il est normal [qu'elle] cesse de produire ses effets lorsque son mandat officiel prend fin [...]. L'immunité *ratione materiae* [...] signifie qu'il est protégé pour ce qui a trait aux actes de la fonction » (Borghi, op. cit., p. 129 et 130). Pour Jorge Urbina, « la grande portée de l'immunité *ratione personae* accordée aux dirigeants politiques qui constituent des rouages centraux de l'État dans le cadre des relations internationales (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères) se justifie par le fait que ces personnes sont les plus importants représentants de l'État et qu'elles

Elles prennent également en compte les travaux antérieurs de la CDI²². De ces trois caractéristiques, on peut déduire les critères normatifs permettant de définir cette catégorie d'immunité, qui, suivant la méthode empruntée pour l'immunité *ratione personae*, s'énonceraient comme suit :

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

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

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

14. Bien qu'ils soient généralement acceptés en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, ces trois éléments n'ont pas la même signification. Ainsi, alors qu'on s'accorde à considérer que le champ d'application temporel est illimité, la portée subjective et le champ d'application matériel de l'immunité *ratione materiae* continuent de susciter controverse aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence et la pratique. Il faut donc définir soigneusement ce que l'on entend par les expressions « représentant de l'État » et « actes officiels ». En tout état de cause, il faut souligner que les trois aspects susmentionnés constituent les « critères normatifs » de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, et doivent par conséquent être envisagés ensemble, sans qu'il soit possible de faire abstraction de l'un d'entre eux pour définir le régime juridique de cette catégorie d'immunité.

15. Par ailleurs, il faut rappeler, comme nous l'avons fait dans notre deuxième rapport s'agissant de l'immunité *ratione personae*, que, de ce que ces trois éléments constituent les critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, on ne conclura pas qu'ils soient les seuls à devoir être pris en compte pour définir le régime juridique de cette catégorie d'immunité. Précisons qu'il ne s'agit là ni d'une prise de position concernant les exceptions à l'immunité ni une reconnaissance du caractère absolu de cette immunité.

16. Au regard des considérations qui précèdent, nous entamons ici l'étude des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, en nous intéressant en particulier à la notion de « représentant de l'État ».

jouent un rôle essentiel dans la conduite de sa politique extérieure. C'est pourquoi, à la fin de leur mandat, elles ne sont plus protégées que par l'immunité *ratione materiae*, qui, comme on le sait, n'empêche le déclenchement d'une action pénale qu'en ce qui concerne les actes publics accomplis pendant l'exercice d'un haut mandat étatique » (Jorge Urbina, op.cit., p. 287 et 288).

²² Pour la définition des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae*, voir le commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, notamment les paragraphes 17 à 19 dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.V.9 (Part. 2)].

III. Notion de « représentant de l'État »

A. Généralités

17. La notion de « représentant de l'État » revêt un intérêt particulier aux fins de l'étude de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, car elle permet de définir la portée subjective de la question. C'est pourquoi, on a expressément retenu l'expression dans l'intitulé du sujet pour désigner toutes les personnes qui peuvent bénéficier de l'immunité, la Commission du droit international n'ayant pas voulu circonscrire le champ de l'étude à l'immunité des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères²³.

18. Cela étant, on envisagera la notion de « représentant de l'État » de manière horizontale, le but étant de la définir de manière à employer aussi bien les personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* que celles bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, comme il est dit dans le deuxième rapport présenté à la Commission en 2013, il est éminemment important dans le cas de l'immunité *ratione materiae* de définir la notion de « représentant » de manière claire et sans équivoque²⁴, et ce, pour une simple raison. Les personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* pouvant être identifiées et l'ayant été par la Commission, à savoir trois hauts représentants de l'État : le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères²⁵. Dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, en revanche, il est impossible de dresser la liste de tous les titulaires de charge ou de poste méritant les qualifications de « représentant de l'État » aux fins du présent sujet, et ce, en raison de la grande diversité des modèles d'organisation de l'État. On ne peut dès lors déterminer les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* qu'au moyen de « critères d'identification » qui, appliqués au cas par cas, permettraient d'établir que telle ou telle personne à la qualité de « représentant de l'État » aux fins du présent projet d'articles.

19. En outre, il convient de souligner que le terme « représentant » a été proposé par l'ancien Rapporteur spécial Kolodkin, qui lui a préféré celui de « organe » sans exclure que l'on puisse réexaminer ce choix dans l'avenir et changer de terminologie si la Commission le jugeait opportun²⁶. À l'époque, déjà divers membres de la Commission avaient toutefois été d'avis qu'on pourrait employer les mots « agents » ou, dans le texte anglais, « representatives »²⁷. Nous sommes revenus sur cette question dans nos précédents rapports, pour faire observer que le terme « représentant » ne convenait sans doute pas le mieux pour désigner toutes les catégories de personnes qui seraient couvertes par l'immunité de juridiction pénale étrangère. De plus, les termes utilisés dans les différentes versions linguistiques ne

²³ Le résumé sur lequel la Commission s'est fondée pour inscrire le sujet à son programme de travail à long terme, met l'accent sur le chef de l'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et d'autres hauts représentants de l'État [A/61/10, annexe A, par. 19 4)]. Pour sa part, notre prédécesseur a adopté dans son rapport préliminaire une approche globale en parlant de tous les fonctionnaires (A/C.N.4/601, par. 106 et 107). Si lors des débats sur le rapport préliminaire certains membres de la Commission ont été d'avis que seule l'immunité du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères devrait être envisagée (A/63/10, par. 289), c'est cette approche globale qui est suivie depuis.

²⁴ A/CN.4/661, par. 32; voir également par. 56 et 57.

²⁵ Voir projet d'article 3, adopté à titre provisoire par la Commission en 2013 (A/68/10, par. 48).

²⁶ Voir A/CN.4/601, par. 108.

²⁷ Voir A/63/10, par. 288 et 289.

sont ni uniformes ni interchangeable et ne peuvent être considérés comme ayant un sens identique ou similaire²⁸.

20. Compte tenu de ce qui précède, nous annonçons dans notre deuxième rapport notre intention d'envisager la notion de « représentant » en examinant l'immunité *ratione materiae* et de continuer d'utiliser à titre provisoire le seul terme « représentant » pour désigner toutes les catégories de personnes couvertes par l'une ou l'autre catégorie d'immunité de juridiction pénale étrangère envisagée²⁹. Approuvée par la Commission, cette proposition est exposée dans la note de bas de page du projet d'article 1, paragraphe 1, adopté à titre provisoire en 2013, d'où il résulte que « l'emploi du terme "représentant" ferait l'objet d'un réexamen »³⁰.

21. En conséquence, vu l'intérêt de la notion de « représentant »³¹, nous entreprendrons d'identifier ici les personnes pouvant être considérées comme bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale étrangère, ou, de définir la notion de « représentant » suivant la terminologie utilisée jusqu'ici. À cette fin, nous partirons des quatre postulats ci-après :

a) Le droit international ne définit généralement pas la notion de « représentant »;

b) Quelle qu'elle soit, la définition de la notion de « représentant », retenue doit couvrir aussi bien les personnes qui peuvent bénéficier de l'immunité *ratione personae* que celles susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*;

c) Le terme choisi pour désigner toutes les personnes qui jouissent de cette immunité doit tenir compte des différences entre les catégories de personnes couvertes par l'immunité *ratione personae* et celles couvertes par l'immunité *ratione materiae*;

d) Les termes utilisés dans chaque langue pour désigner les personnes bénéficiant de l'immunité doivent être uniformes et comparables, et doivent, dans toute la mesure possible, suivre la terminologie consacrée par la Commission du droit international.

22. En résumé, la notion de « représentant » suscite deux types de questions différentes mais complémentaires et interdépendantes. La première, de fond, a trait aux critères utilisés pour identifier les personnes pouvant prétendre à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Essentiellement d'ordre linguistique, la seconde intéresse le choix du terme le mieux indiqué pour désigner les personnes qui, d'une manière générale, répondent aux critères de fond susmentionnés. Nous envisageons l'une et l'autre question séparément.

²⁸ Voir A/CN.4/654, par. 66 et A/CN.4/661, par. 32.

²⁹ A/CN.4/661, par. 32, *in fine*.

³⁰ A/68/10, note 244.

³¹ Les États ont également reconnu l'intérêt de définir la notion de « représentant ». Voir, par exemple, les déclarations faites par les États ci-après à la Sixième Commission lors de la dernière session de l'Assemblée générale : Australie (A/C.6/68/SR.19, par. 81), Bélarus (A/C.6/68/SR.18, par. 10), Chili (A/C.6/68/SR.18, par. 78), Irlande (A/C.6/68/SR.18, par. 121), Italie (A/C.6/68/SR.19, par. 5), République de Corée (A/C.6/68/SR.18, par. 107), Roumanie (A/C.6/68/SR.18, par. 112) et Fédération de Russie (A/C.6/68/SR.19, par. 46). En outre, les États suivants ont déjà exprimé leurs vues sur la question terminologique ou les critères d'identification d'un « représentant » : Chili (A/C.6/68/SR.18, par. 79), Malaisie (A/C.6/68/SR.19, par. 37), Pays-Bas (A/C.6/68/SR.18, par. 31), Portugal (A/C.6/68/SR.17, par. 9), Espagne (A/C.6/68/SR.18, par. 142) et Thaïlande (A/C.6/68/SR.19, par. 26).

23. En tout état de cause, par souci de concision et de clarté, nous continuerons d'utiliser le terme « représentant », qui figure dans l'intitulé du sujet, à titre provisoire.

B. Critères d'identification des personnes bénéficiant de l'immunité

24. Comme il est dit, le champ de la notion de « représentant » n'est pas défini par le droit international³². Cependant, comme la définition de ce terme (ou des termes voisins) varie d'un ordre juridique interne à l'autre, les définitions issues de l'ordre interne n'ont guère d'intérêt s'agissant de définir le concept, voire de choisir le terme le plus approprié pour désigner cette catégorie de personnes. Pour définir la notion de « représentant » et les critères d'identification aux fins du présent sujet, force est donc de procéder par approximation en interrogeant la jurisprudence (interne et internationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la Commission.

25. La Commission a d'ores et déjà examiné ces critères pour ce qui est des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, c'est-à-dire le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Ce faisant, elle a également dégagé les qualités dont elles tirent cette immunité. Comme il ressort de notre deuxième rapport, il s'agit d'« un nombre limité de personnes qui, de par les hautes fonctions qu'elles exercent ou le poste de haut niveau qu'elles occupent, représentent l'État dans les relations internationales »³³. Cette fonction « trouve son fondement dans le droit international lui-même, et [elles] l'exercent automatiquement, sans qu'il soit besoin de lettre de créance de la part de l'État qu'[elles] représentent »³⁴.

26. Dans le même ordre d'idées, le commentaire du projet d'article 3, approuvé par la Commission en 2013, dit ce qui suit :

La Commission considère qu'il y a deux raisons, l'une liée à la notion de représentation et l'autre à celle de fonction, d'accorder l'immunité *ratione personae* aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Premièrement, en vertu des règles du droit international, ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques. Deuxièmement, ils doivent être en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave.³⁵

27. De ce qui précède, on peut dégager les critères d'identification des personnes suivants :

a) Elles occupent une position spéciale au sein de l'État et ont donc un lien spécial avec l'État;

³² Le mémorandum établi en 2008 par le Secrétariat et le rapport préliminaire de l'ancien Rapporteur spécial partent de la même observation (voir respectivement A/CN.4/596 et Corr.1, par. 5, et A/CN.4/601, par. 108).

³³ A/CN.4/661, par. 57.

³⁴ Ibid., par. 59.

³⁵ A/68/10, par. 49, par. 2 du commentaire du projet d'article 3.

b) Elles exercent des fonctions qui relèvent des prérogatives de la puissance publique de l'État, tant au sein de l'État qu'au niveau international;

c) Elles représentent l'État sur le plan international au plus haut niveau du seul fait du poste qu'elles occupent.

28. Par suite du paragraphe précédent, nous circonscrivons l'analyse de la pratique – en particulier de la jurisprudence interne – ci-après aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, nous tenterons d'abord d'identifier les personnes auxquelles l'immunité de la juridiction pénale étrangère a été accordée ou pour le compte desquelles elle a été invoquée avant de rechercher si cette pratique est venue dégager les critères permettant d'identifier les personnes désignées comme « représentants », et, le cas échéant, si l'on pouvait déduire ces critères de ceux intéressant les catégories de personnes précédemment identifiées.

1. Jurisprudence interne

29. Ainsi qu'il a été dit plus d'une fois, la jurisprudence pénale interne en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère est loin d'être abondante. En effet, rares sont les affaires pénales dans lesquelles il est question de « représentants » autres que le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, ces affaires intéressant du reste un petit nombre d'États. En revanche, cette jurisprudence pénale inépuisable est compensée par une plus abondante en matière civile qui, même si elle déborde le cadre du présent sujet, présente un intérêt s'agissant d'identifier les personnes que les États considèrent couvertes par telle ou telle forme d'immunité de juridiction.

30. La jurisprudence interne est analysée dans les rapports et documents soumis à la Commission du droit international depuis 2007, date à laquelle elle a inscrit pour la première fois ce sujet à son programme de travail, qui reste d'actualité. De l'analyse de celle-ci et de la jurisprudence interne postérieure, on peut dégager certains éléments susceptibles de présenter quelque intérêt aux fins de la définition de la notion de « représentant ».

31. Premièrement, on notera que dans les causes pénales à l'occasion desquelles les tribunaux internes ont conclu à l'immunité de juridiction *ratione materiae* des représentants étrangers en cause, les intéressés occupaient certaines postes et remplissaient des fonctions spécifiques au sein de l'État : un ancien premier ministre et ministre de la défense³⁶, un ministre de l'intérieur³⁷, des responsables (chef de Scotland Yard)³⁸ et des membres (un policier³⁹ et un militaire⁴⁰) des forces de police et de sécurité ainsi que le directeur exécutif d'une autorité maritime⁴¹.

³⁶ *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 19 janvier 2010.

³⁷ *Jones c. le Ministère de l'intérieur du Royaume d'Arabie saoudite*, Chambre des Lords (Royaume-Uni), arrêt du 14 juin 2006.

³⁸ *Affaire de l'Église de scientologie*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 26 septembre 1978.

³⁹ *Schmidt c. le Ministère de l'intérieur du Royaume-Uni de Grande-Bretagne*, Cour suprême (Irlande), arrêt du 24 avril 1997.

⁴⁰ *Mario Luis Lozano*, Cour suprême de cassation, Chambre criminelle (Italie), arrêt du 24 juillet 2008.

⁴¹ *Autorité maritime de Malte et Carmel X*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 23 novembre 2004.

32. Deuxièmement, le cercle des personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction *ratione materiae* est beaucoup plus vaste et plus varié si l'on en juge par les actions en réparation intentées au civil à des fonctionnaires étrangers. Dans ce contexte également, on a invoqué avec succès l'immunité *ratione materiae* en faveur de certaines catégories de représentants de l'État. Ainsi, des poursuites intentées contre un ancien chef d'État⁴², un membre du gouvernement⁴³, un membre d'une commission du pouvoir exécutif⁴⁴, le Procureur général et divers fonctionnaires de rang subalterne de l'État de Floride (un procureur et ses substituts, un détective du Bureau du Procureur général et un avocat d'un organisme public)⁴⁵, un ancien chef du service de renseignement⁴⁶ et un ancien chef d'une agence de sécurité nationale⁴⁷.

33. Troisièmement, il convient de souligner qu'en d'autres occasions, l'exception d'immunité de juridiction n'a pas prospéré devant le juge interne. Cependant, dans la mesure où le juge interne s'est prononcé sur le statut de « représentant » des personnes en cause, sa décision est aussi digne d'intérêt. Il s'agit en particulier d'anciens chefs d'État⁴⁸ ou de gouvernement⁴⁹, d'un vice-président et ministre des forêts⁵⁰, de membres de la famille d'un ancien chef d'État qui n'ont occupé aucun

⁴² *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F et consorts c. Jiang Zemin et Falun Gong Control Office*, connu également sous le nom Office 610, Cour d'appel du septième circuit (États-Unis), arrêt du 8 septembre 2004.

⁴³ *Rukmini S. Kline et consorts c. Yasuyuki Kaneko et consorts*, Cour suprême du comté de New York (États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 octobre 1988.

⁴⁴ *Chiudian c. Banque nationale des Philippines*, Cour d'appel du neuvième circuit (États-Unis), arrêt du 29 août 1990.

⁴⁵ *Jaffe c. Miller et consorts*, Cour d'appel de l'Ontario (Canada), arrêt du 17 juin 1993.

⁴⁶ *Ali Saadallah Belhas et consorts c. Moshe Yaa'alon*, Cour d'appel du circuit du district de Columbia (États-Unis), arrêt du 15 février 2008.

⁴⁷ *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar et consorts c. Avraham Dichter*, Tribunal du district sud de New York, arrêt du 2 mai 2007.

⁴⁸ *République des Philippines c. Ferdinand E. Marcos et consorts*, Cour d'appel du deuxième circuit (États-Unis), arrêt du 26 novembre 1986; et *Regina c. Bartle et commissaire de police et autres ex-parte Pinochet*, Chambre des Lords (Royaume-Uni), arrêt du 24 mars 1999.

⁴⁹ *Marcos Pérez Jiménez c. Miguel Aristiguieta et John E. Maguire*, Cour d'appel du cinquième circuit (États-Unis), arrêt du 12 décembre 1962.

⁵⁰ *Teodoro Nguema Obiang Mangue et consorts*, Cour d'appel de Paris, Pôle 7, deuxième Chambre d'instruction (France), arrêt du 13 juin 2013. Cet arrêt est intéressant aussi parce que c'est le seul cas où un tribunal national semble restreindre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à l'immunité *ratione materiae*. L'arrêt fait suite à une plainte déposée par la République de Guinée équatoriale dans le cadre d'une procédure pénale pour blanchiment d'argent et dissimulation d'avoirs à l'encontre de plusieurs personnes, dont Teodoro Nguema Obiang Mangue, fils du Président de la République de Guinée équatoriale, qui à l'époque, était Vice-Président et Ministre des forêts. La Guinée équatoriale a demandé l'annulation du mandat d'arrêt délivré à l'encontre de M. Nguema au motif, entre autres, que la France avait violé l'immunité dont jouissent les chefs d'État et d'autres hauts responsables d'un gouvernement étranger. La Cour d'appel a admis que « bien que la coutume internationale, en l'absence de dispositions internationales contraires, s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger, et que cette coutume s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de cet État, ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'État concerné, ce principe trouve ses limites dans l'exercice de fonctions étatiques », ajoutant que les crimes donnant lieu à ces poursuites « sont détachables de l'exercice de fonctions étatiques protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique » (Motifs, sect. C, par. 2).

poste au sein du gouvernement⁵¹, d'un ministre de la défense⁵², d'anciens ministres de la défense⁵³, d'un ministre d'État⁵⁴, de chefs de services de sécurité nationale⁵⁵, d'un colonel de l'armée⁵⁶ et d'autres militaires de rang subalterne (marins italiens)⁵⁷, de gardes frontière⁵⁸ et d'un fonctionnaire (anciennement dans l'armée)⁵⁹.

34. Par ailleurs, il convient de noter que, dans les cas où ils ont conclu à l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* de représentants étrangers, les tribunaux internes ont fondé cette immunité sur leur qualité d'agents agissant pour le compte de l'État. Ainsi, la Chambre des Lords, à l'occasion d'un procès engagé contre divers responsables saoudiens, a conclu que « tous les individus accusés agissaient ou prétendaient agir, à l'époque des faits, en qualité de fonctionnaires ou d'agents » et que « leurs actes étaient par conséquent attribuables au Royaume »⁶⁰. Dans une autre affaire tranchée par la Cour suprême fédérale allemande, mettant en cause le comportement de la police britannique, la Cour a déclaré que « Scotland Yard – et par conséquent son chef – agissait en tant qu'agent expressément nommé par l'État britannique dans le cadre de l'application du traité en question [...]. Les actes de ces agents relèvent du comportement direct de l'État et ne peuvent être qualifiés d'actes privés »⁶¹. La Cour suprême irlandaise retiendra la même solution en déclarant qu'un agent de la police « prétendait et entendait s'acquitter des devoirs et fonctions de sa charge et qu'il s'en acquittait effectivement »⁶².

⁵¹ *Maximo Hilao et consorts, Vicente Clemente et consorts, Jaime Piopongco et consorts c. Succession de Ferdinand Marcos*, Cour d'appel du neuvième circuit (États-Unis), arrêt du 16 juin 1994.

⁵² *Général Shaul Mofaz*, Tribunal de Bow Street (Royaume-Uni), arrêt du 12 février 2004.

⁵³ *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez et José Alfredo Callejas c. Héctor Gramajo et Diana Ortiz c. Héctor Gramajo*, cour de district du Massachusetts (États-Unis), arrêt du 12 avril 1995; et *A. c. le ministère public de la Confédération helvétique, B. et C.*, Tribunal pénal fédéral (Suisse), arrêt du 25 juillet 2012.

⁵⁴ *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Cour d'appel de Paris (France), arrêt du 28 avril 1961.

⁵⁵ *Bawol Cabiri c. Baffour Assasie-Gyimah*, Cour du district sud de New York (États-Unis), arrêt du 18 avril 1996; et *Khurts Bat c. juge d'instruction de la Cour fédérale allemande*, Haute Cour de justice, Queen's Bench Division Administrative Court (Royaume-Uni), arrêt du 29 juillet 2011.

⁵⁶ *Ministère public (Tribunal de Milan) c. Adler et consorts, Tribunal de Milan*, quatrième Chambre pénale (Italie), arrêt du 1^{er} février 2010.

⁵⁷ *Italie c. Inde et Massimiliano Latorre et consorts c. Inde*, Cour suprême (Inde), arrêt du 18 janvier 2013.

⁵⁸ *Poursuites à l'encontre des gardes frontière*, Cour suprême fédéral, arrêt du 3 novembre 1992.

⁵⁹ *R. c. Lambeth Justices, ex-parte Yusufu*, tribunal divisionnaire (Royaume-Uni), arrêt du 8 février 1985.

⁶⁰ *Jones c. Ministère de l'intérieur du Royaume d'Arabie saoudite*, Chambre des Lords (Royaume-Uni), arrêt du 14 juin 2006 (Lord Bingham of Cornhill, par. 11 et 13). La citation en anglais dit ceci : « all the individual defendants were at the material times acting or purporting to act as servants or agents [...] their acts were accordingly attributable to the Kingdom ».

⁶¹ *Affaire de l'Église de scientologie*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 16 septembre 1978. La citation en anglais dans le *International Law Reports* dit ceci : « Scotland Yard – and consequently its head – was acting as the expressly appointed agent of the British State so far as the performance of the treaty in question [...]. The acts of such agents constitute direct State conduct and cannot be attributed as private activities to the person authorized to perform them ».

⁶² *Schmidt c. Ministère de l'intérieur du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Cour suprême (Irlande), arrêt du 24 avril 1997. La citation en anglais dit ceci : « was purporting and intending to perform and in fact was performing the duties and functions of his office ».

Les tribunaux français ont évoqué la relation entre le représentant en cause et l'État, observant en ce qui concerne le directeur exécutif d'une autorité maritime « qu' il lui est fait grief d'actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l'État de Malte »⁶³. S'agissant de l'immunité de juridiction pénale d'un ancien ministre de la défense du Sénégal, les tribunaux français ont conclu que « [ce ministre,] de par la spécificité de ses fonctions et de son action prioritairement dirigée vers l'international, doit pouvoir s'en acquitter librement pour le compte de l'État qu'il représente »⁶⁴.

35. Les tribunaux internes saisis au civil contre des représentants de l'État ont intégralement évoqué la relation entre le représentant de l'État et l'État. On peut ainsi citer plusieurs précédents des États-Unis consacrant l'immunité de juridiction du représentant qui agit au nom de l'État, c'est-à-dire « en sa qualité officielle »⁶⁵ et « en tant qu'agent ou instrument de l'État »⁶⁶. Dans le même ordre d'idées, *a contrario*, ces mêmes tribunaux ont estimé que « l'action intentée contre un représentant de l'État étranger agissant en dehors du champ de ses attributions ne suscite aucun des problèmes de politique étrangère inhérents à l'exercice de poursuites contre un autre gouvernement devant les tribunaux américains »⁶⁷.

36. De cette pratique se dégage avant tout cette première conclusion que les représentants étrangers qu'une juridiction étrangère a poursuivis ou tenté de poursuivre et en faveur desquels on a invoqué l'immunité de juridiction constituent un groupe hétéroclite. Ils relèvent également de catégories très différentes en ce qui concerne leur relation à l'État. Ainsi, si certains d'entre eux ont un lien éminemment politique du fait de leur mandat (ministre ou autre membre du gouvernement, procureur général, chef d'une agence de sécurité nationale, etc.), d'autres ont un lien administratif en tant que membres permanents de la hiérarchie militaire ou civile de

⁶³ *Autorité maritime de Malte et Carmel X*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 23 novembre 2004.

⁶⁴ *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 19 janvier 2010. Le texte officiel intégral dit ce qui suit : « la même immunité doit être reconnue à N, en tant qu'ancien ministre des forces armées du Sénégal, exerçant les fonctions de ministre de la défense; que ce ministre, de par la spécificité de ses fonctions et de son action prioritairement dirigée vers l'international, doit pouvoir s'en acquitter librement pour le compte de l'État qu'il représente ».

⁶⁵ *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar et al. c. Avraham Dichter*, tribunal du district sud de New York, arrêt du 2 mai 2007. La citation en anglais dit ceci : « acting pursuant to [his] official capacity ».

⁶⁶ *Ali Saadallah Belhas et consorts. c. Moshe Ya'alon*, Cour d'appel du district du Circuit de Columbia (États-Unis), arrêt du 15 février 2008. La citation en anglais dit ceci : « as an agent or instrumentality of the state ».

⁶⁷ *Rukmini S. Kline et consorts c. Yasuyuki Kaneko et consorts*, Cour suprême du comté de New York County (États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 octobre 1988. *Chiudian c. Philippines National Bank*, Cour d'appel du neuvième circuit des États-Unis, arrêt du 29 août 1990; *Maximo Hilao et consorts, Vicente Clemente et consorts, Jaime Piopongco et consorts c. Succession de Ferdinand Marcos*, Cour d'appel du neuvième circuit (États-Unis), arrêt du 16 juin 1994. *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabeth Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez et José Alfredo Callejas c. Héctor Gramajo et Diana Ortiz c. Héctor Gramajo*, Tribunal de district du Massachusetts (États-Unis), arrêt du 12 avril 1995; et *Bawol Cabiri c. Baffour Assasie-Gyimah*, tribunal du district sud de New York (États-Unis), arrêt du 18 avril 1996. La version officielle en anglais dit ceci : « (a) lawsuit against a foreign official acting outside the scope of his authority does not implicate any of the foreign diplomatic concerns involved in bringing suit against another government in United States courts ».

l'État (diplomates, procureurs ou autres membres du parquet, policiers, militaires, douaniers, etc.).

37. Vu ce qui précède, on distinguera deux grandes catégories de représentants de l'État, selon le rang qu'ils occupent et l'étendue de leur influence et pouvoir de décision au sein de l'État. Appartiennent à la première catégorie, qui représente la majorité d'après la jurisprudence analysée, les fonctionnaires les plus hauts placés dans la hiérarchie (civile ou militaire) de l'État, qui ont qualité de ministre ou chef de département ou autre organe administratif (pris au sens large) au sein de l'État; ils sont investis de pouvoirs de décision étendus et, dans certains cas, remplissent les conditions requises pour représenter l'État aux niveaux national ou international (dans cette seconde hypothèse, par nomination expresse de l'État). Le deuxième groupe, moins large, comprend les représentants non investis de pouvoir de décision qui ont pour seule mission d'exécuter les décisions prises par des fonctionnaires de rang supérieur. On peut ainsi établir une distinction entre les « hauts représentants de haut niveau de l'État » et les « autres », distinction qui revient souvent dans la jurisprudence internationale, dans la pratique des États et dans la doctrine. S'agissant de ces catégories, il ressort de la jurisprudence interne que la majorité des représentants étrangers en faveur desquels l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* a été invoquée occupent des postes élevés ou intermédiaires au sein du Gouvernement, les cas concernant des fonctionnaires de rang subalterne étant rares. En tout état de cause, la jurisprudence n'autorise pas à conclure que l'ensemble des hauts représentants ont un lien essentiellement politique avec l'État.

38. Enfin, en règle générale, les tribunaux internes n'établissent pas les critères propres à permettre de qualifier telle ou telle personne « représentant », si ne c'est par référence à l'exercice de fonctions publiques ou l'exécution d'actes exécutés en tant qu'agent de l'État, au nom de celui-ci ou pour son compte.

2. La jurisprudence internationale

39. Plusieurs juridictions internationales se sont directement ou indirectement prononcées sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Parmi elles, la Cour internationale de Justice occupe une place de choix, ayant eu à statuer à deux reprises en la matière et donc à examiner la qualité de diverses personnes investies de charges officielles qui peuvent être rangées dans la catégorie de « représentants de l'État ». Par exemple, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, elle a connu de l'immunité de juridiction pénale étrangère du Ministre des affaires étrangères du Congo; dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, le litige portait sur l'immunité de juridiction pénale étrangère du Président de la République, du Procureur de la République et du Chef de la sécurité nationale de Djibouti.

40. Dans la première affaire, la Cour a estimé que « certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »⁶⁸. Cependant, dans ladite espèce, comme on le sait, la Cour s'est spécialement intéressée dans son arrêt au cas du Ministre des affaires étrangères, déclarant que « les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui

⁶⁸ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt C.I.J., Recueil, 2002, p. 3 (par. 51).

permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente »⁶⁹. Ces fonctions, qui sont analysées en détail par la Cour, correspondent à l'exercice des prérogatives de la puissance publique au plus haut niveau.

41. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour, reprenant la solution concernant les personnes occupant un rang élevé dans l'État qu'elle avait dégagé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*⁷⁰ conclut concernant le traitement à réserver au Procureur de la République et au Chef de la sécurité nationale, qu'ils n'étaient pas protégés par une immunité de juridiction *ratione personae*, sans toutefois se prononcer quant à savoir si l'immunité *ratione materiae* pouvait ou non leur être appliquée. Cependant, en envisageant cette hypothèse, la Cour a formulé des observations dignes d'intérêt s'agissant de définir les catégories de représentants de l'État pouvant prétendre à l'immunité *ratione materiae*. Par exemple, la Cour pose expressément comme condition que les actes accomplis par ces hauts représentants de l'État soient « effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État »⁷¹. Elle déclare également qu'il n'est pas évident que l'argument selon lequel les personnes en question bénéficiaient d'immunités fonctionnelles en tant qu'organes de l'État soit la thèse principale avancée par Djibouti⁷². Enfin, la Cour rappelle que Djibouti n'a jamais informé la France que « les actes dénoncés [...] étaient des actes de l'État djiboutien, et que le Procureur de la République et le Chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution »⁷³. De ces observations, on peut déduire les critères qui, d'après la Cour, permettent d'identifier les personnes pouvant bénéficier de l'immunité *ratione materiae* : ce sont celles qui ont la qualité d'organes de l'État et agissent au nom ou pour le compte de ce dernier. En ce qui concerne le premier de ces critères, on retiendra que la Cour emploie le terme « organe », résultant de l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États.

42. En résumé, des deux arrêts susévoqués, on peut déduire quatre principes permettant de définir la notion de « représentant de l'État » aux fins du sujet : a) il existe deux catégories de personnes : celles qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* et celles qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae*; b) les premières occupent un rang élevé dans l'État et remplissent des fonctions de représentation de l'État au niveau international; c) les secondes sont des organes de l'État qui agissent au nom ou pour le compte de l'État; et d) l'exercice de fonctions officielles est un critère clef s'agissant de déterminer qui est susceptible d'être couvert par l'immunité.

43. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi été saisie de plusieurs affaires découlant de cas où l'immunité de juridiction était invoquée devant les tribunaux internes et qui, d'une façon ou d'une autre, mettent en cause des actes délictueux imputés à des personnes pouvant prétendre au statut de représentant de l'État dont il est question dans le présent rapport. On notera que, dans lesdites espèces, les arrêts de la Cour européenne parlent non pas d'immunité de juridiction

⁶⁹ Ibid., par. 53.

⁷⁰ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil, 2008, p. 177 (par.170).

⁷¹ Ibid., par. 191.

⁷² Ibid., par. 193.

⁷³ Ibid., par. 196.

pénale étrangère que d'immunité de juridiction civile⁷⁴, se prononçant sur la compatibilité de cette dernière avec le droit à un procès équitable reconnu à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

44. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, par exemple, précédemment examinée par la Commission, les faits étayant la requête sont la détention et les actes de torture qu'aurait subis le requérant et dont les responsables seraient le cheik Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah et deux autres personnes. Les faits se seraient déroulés à la maison d'arrêt de la sécurité koweïtienne et dans le palais du frère de l'émir du Koweït, où le requérant avait été conduit dans une voiture officielle. Cependant, dans cette affaire la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse à la seule question de l'immunité de juridiction civile du Koweït devant les tribunaux britanniques, à l'exclusion de celle de l'éventuelle immunité des auteurs des actes de torture, les tribunaux britanniques ayant déjà poursuivi les trois personnes en cause; ils avaient rendu un arrêt *in absentia* contre le cheik et autorisé le requérant à poursuivre les deux autres personnes impliquées⁷⁵. L'arrêt *Al-Adsani* n'a donc dégagé aucun critère permettant de définir la notion de « représentant de l'État » aux fins du présent sujet.

45. En revanche, l'arrêt récemment rendu dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* est de plus grand intérêt pour le sujet. Même si elle affirme s'en tenir à la solution dégagée dans l'affaire *Al-Adsani*, dans l'affaire *Jones*, la Cour européenne des droits de l'homme a statué non pas sur les poursuites au civil intentées contre l'État en cause (l'Arabie saoudite), mais sur l'immunité de juridiction civile associée aux actions introduites au civil déposées contre des personnes agissant en qualité d'organes de l'État. Dans l'affaire *Jones*, les requérants ont allégué avoir été torturés en cours de détention par des représentants de l'État saoudien, ce qui les a amenés à poursuivre au civil devant les tribunaux britanniques ces représentants et l'État saoudien proprement dit, en réparation du préjudice subi. Étaient ainsi poursuivis devant les tribunaux britanniques le Ministre de l'intérieur, un lieutenant-colonel, le directeur adjoint de la prison où certains requérants avaient été détenus et deux policiers. Dans un premier temps, la Haute Cour rejette les plaintes déposées contre l'Arabie saoudite et les représentants susmentionnés, au motif que l'État saoudien comme les mis en cause étaient protégés par une immunité de juridiction civile⁷⁶. Cependant, la Cour d'appel faisant droit à leur appel autorise les requérants à poursuivre à titre individuel les mis en cause au motif qu'ils ne pouvaient pas invoquer d'immunité de juridiction civile étant poursuivis du chef de torture⁷⁷. Toutefois, la Chambre des Lords statuant en dernier ressort déclarera que les personnes poursuivies étaient bien couvertes par

⁷⁴ La Cour européenne des droits de l'homme évoque expressément la distinction entre le civil et le pénal dans son arrêt en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (requête n°35763/97), le 21 novembre 2001 (par. 34, 61 et 66). Cette distinction est cependant rejetée par les juges ayant voté contre l'arrêt (voir l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflish, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić). Cette distinction a de nouveau été mise en avant par la Cour dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* (requêtes n°s 34356/06 et 40528/06) du 14 janvier 2014, par. 207. Remise en cause ici encore, cette fois par le juge Kalaydjieva dans son opinion dissidente, la distinction est retenue par le Gouvernement.

⁷⁵ Voir les paragraphes 14 et 15 de l'arrêt *Al-Adsani*.

⁷⁶ Décisions du Président de la Haute Cour du 30 juillet 2003 et du 18 février 2004.

⁷⁷ Arrêt du 28 octobre 2004 (publié dans [2004] EWCA Civ 1394, [2005] 4 LRC 599).

l'immunité, estimant qu'elles avaient la qualité d'agents ou de représentants de l'État et que les actes en cause étaient des actes de l'État, encore qu'il s'agisse d'actes de torture, et que l'État bénéficiait de l'immunité⁷⁸.

46. Dans son arrêt du 14 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'homme, reprenant et développant la solution issue de l'affaire *Al-Adsani*, se prononce sur les qualités des auteurs présumés être les auteurs des actes allégués, sur leurs liens avec l'État et sur la nature des actes en cause. Ayant examiné la question, la Cour conclut que l'immunité accordée par les tribunaux britanniques en l'espèce n'est pas incompatible avec le droit à un procès équitable consacré dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est là la première fois que la Cour s'est prononcée sur le sujet⁷⁹, et l'arrêt retrace l'historique de la question en droit international contemporain, en faisant référence aux travaux de la CDI⁸⁰. L'intérêt de l'arrêt est tel qu'il mérite d'être étudié en détail sous différents angles. Cependant, aux fins du présent rapport, il faut souligner que la Cour ne s'arrête pas sur les critères permettant de qualifier telle personne de représentant de l'État, se bornant à affirmer « qu'en principe, l'immunité d'État protège les employés ou représentants d'un État étranger en ce qui concerne les actes accomplis pour le compte dudit État »⁸¹ et que « les particuliers ne bénéficient d'une immunité *ratione materiae* que lorsque les actes dénoncés ont été accomplis au cours de leurs fonctions officielles »⁸².

47. En résumé, la Cour réaffirme les deux critères de base que l'on retrouve dans la jurisprudence interne et internationale : d'une part, l'existence d'un lien entre l'État et la personne agissant en son nom; et l'exercice de fonctions officielles, d'autre part. Quoiqu'il en soit, on retiendra que l'immunité envisagée par la Cour est celle dite *ratione materiae*, qu'elle a appliquée à toutes les personnes poursuivies au Royaume-Uni en l'espèce, dont plusieurs personnes occupant un rang élevé dans l'État, notamment le Ministre de l'intérieur.

48. Les tribunaux pénaux internationaux ont poursuivi des personnes qui, aux fins du présent rapport, pourraient être qualifiées de « représentants de l'État », encore que ces poursuites reposent sur les principes de l'indifférence de la qualité officielle de l'accusé et de l'inopposabilité de l'immunité de juridiction devant les juridictions pénales internationales. D'où la difficulté de trouver dans la jurisprudence de ces tribunaux des solutions dignes d'intérêt s'agissant de définir la notion de « représentant de l'État ». Cependant, l'arrêt du 29 octobre 1997 rendu par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire

⁷⁸ *Jones c. Ministère de l'intérieur du Royaume d'Arabie saoudite*, Chambre des Lords (Royaume-Uni), arrêt du 14 juin 2006 (publié dans *All England Law Reports*, [2007] 1 All ER, 10 janvier 2007, p. 113 à 146).

⁷⁹ Deux juges de la Cour européenne des droits de l'homme s'en autoriseront pour dire dans leurs opinions respectives que l'affaire aurait dû être renvoyée devant la Grande Chambre, afin que celle-ci se prononce sur la question de savoir si la solution dégagée dans l'arrêt *Al-Adsani* était toujours valable. Voir l'opinion concordante du Juge Bianku et l'opinion dissidente du Juge Kalaydjieva.

⁸⁰ Voir l'arrêt dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, par. 95 à 101.

⁸¹ *Ibid.*, par. 204. La version officielle en anglais de l'arrêt se lit comme suit : « State immunity in principle offers individual employees or officers of a foreign State protection in respect of acts undertaken on behalf of the state ».

⁸² *Ibid.*, par. 205. La version officielle en anglais de l'arrêt se lit comme suit : « Individuals only benefit from State immunity *ratione materiae* where the impugned acts were carried out in the course of their official duties ».

*Le Procureur c. Tihomir Blaskic*⁸³ fait figure d'exception, car on y trouve un certain nombre d'observations sur le sujet.

49. Dans l'affaire *Blaskic*, la Chambre d'appel a répondu à la requête de la Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1979. Par cette demande d'examen, la Croatie contestait le pouvoir du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'assigner les États et leurs hauts responsables officiels, c'est-à-dire de leur décerner des ordonnances de comparution et de production de documents. À cette occasion, la Chambre d'appel statuant sur la relation liant l'État et ses responsables officiels conclut dans ce contexte, que les responsables officiels d'États (« funcionarios públicos » en espagnol et « State officials » en anglais) agissant ès qualités jouissent d'une immunité fonctionnelle, établie par le droit international coutumier⁸⁴, et ce en raison des caractéristiques des personnes considérées, dont elle dit ailleurs dans son arrêt qu'elles « ne sont que des agents de l'État », « des instruments aux mains des États souverains »⁸⁵ et qu'elles représentent leur État⁸⁶. Une chose est sûre : les responsables officiels ne sont des organes de l'État que lorsqu'ils accomplissent leurs fonctions officielles⁸⁷; le reste du temps ils tombent dans la catégorie des « personnes agissant à titre privé »⁸⁸. On peut donc conclure que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estime lui aussi que le statut de représentant de l'État est lié à l'accomplissement d'actions réalisées au nom et pour le compte d'un État et à l'exercice de fonctions officielles.

3. La pratique conventionnelle

50. Si le droit international général ne définit pas la notion de « représentant de l'État », il est des traités qui emploient l'expression ou visent plus généralement des catégories de personnes pouvant mériter cette qualification. Nous nous intéresserons exclusivement ici à un ensemble de traités multilatéraux spécialement dignes d'intérêt, soit parce qu'ils consacrent des dispositions à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants, soit parce qu'ils font de la notion de représentant de l'État un élément clef de la définition du régime juridique qu'ils instituent.

a) Convention de Vienne sur les relations diplomatiques

51. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 emploie l'expression « agents diplomatiques »⁸⁹ dans son préambule et dans le corps du texte : elle englobe le chef de la mission et le reste des membres du personnel diplomatique⁹⁰. Cependant, la Convention ne définit pas précisément l'expression quant au fond, sans doute parce qu'il s'agit là d'une notion qui fait l'objet d'un large consensus international. Il en va de même dans les travaux de la CDI qui ont débouché sur cette Convention⁹¹. En outre, la Convention vise d'autres catégories de

⁸³ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-AR 108, 29 octobre 1997.

⁸⁴ Ibid., par. 38.

⁸⁵ Ibid., par. 38, 44 et 51.

⁸⁶ Ibid., par. 38.

⁸⁷ Ibid., par. 44.

⁸⁸ Ibid., par. 49.

⁸⁹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préambule, par. 1.

⁹⁰ Ibid., art. 1 e).

⁹¹ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, où figurent les projets d'articles sur les relations et les immunités diplomatiques, adoptés en deuxième lecture. On notera que l'article premier n'est pas accompagné de commentaire (définitions).

personnes qui sont liées à la mission diplomatique sans être des agents diplomatiques. Les fonctions de ces catégories de personnel, parmi lesquelles on trouve le personnel administratif et technique et le personnel de service, sont brièvement décrites dans l'article premier de la Convention.

52. Toutes ces catégories de personnes bénéficient de quelque forme d'immunité de juridiction, même si la portée de l'immunité en question varie d'un cas à l'autre, la plus large étant celle accordée aux agents diplomatiques et la plus restreinte celle dont bénéficie le personnel de service⁹². Enfin, il faut souligner que les « domestiques privés » ne jouissent d'aucune immunité, à moins que l'État accréditaire ne la leur accorde volontairement⁹³. En tous cas, le dénominateur commun justifiant l'octroi de l'immunité à ces diverses personnes réside dans l'exercice de certaines fonctions au service de l'État accréditant, auquel elles sont liées de façon formelle, indépendamment de la nature juridique de ce lien (légal ou contractuel). La nature de ces fonctions, telles qu'elles résultent de la Convention, ne fait aucun doute : il s'agit de fonctions et d'activités de nature publique et officielle. Bref, toutes ces tâches s'accomplissent en exécution des fonctions propres à la mission diplomatique énumérées à l'article 3 de la Convention, lesquelles fonctions sont une manifestation évidente de la puissance publique. Ce lien avec l'exercice de fonctions publiques est plénier dans le cas des agents diplomatiques qui, aux termes de l'article 42, n'ont pas le droit d'exercer « dans l'État accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel ». En ce qui concerne les autres catégories de personnel de la mission, la référence au lien avec l'État accréditant et avec la finalité publique des activités de la mission est également manifeste comme il ressort de la fréquente mention des « fonctions officielles » comme critère de détermination aux fins de l'octroi de toute forme d'immunité de juridiction.

53. On retiendra également que la Convention de 1961 consacre un lien spécial entre les catégories de personnel susmentionnées et l'État, à savoir la nationalité. Sans être déterminant pour l'exercice de fonctions diplomatiques, administratives, techniques ou de service dans une mission diplomatique, ce lien influe sur le régime de l'immunité de juridiction et est digne d'intérêt aux fins du présent sujet⁹⁴. Ainsi, l'article 38 limite l'immunité de juridiction d'un agent diplomatique qui a la nationalité de l'État accréditaire ou y a sa résidence principale aux seuls « actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions ». Par contre, il ne reconnaît aucune forme d'immunité aux autres catégories de personnel dans la même situation, lesquelles ne bénéficient d'immunité que dans la mesure où l'État accréditaire la leur aurait accordée librement et volontairement. Le lien entre octroi d'immunité et exercice de fonctions officielles au nom de l'État se trouve ainsi renforcé. Ce lien avait déjà été mis en évidence par la CDI elle-même, qui, dans son commentaire sur le projet d'article 37 (qui deviendra l'article 38.1 de la Convention), estime nécessaire que l'agent diplomatique dans cette situation « bénéficie d'un minimum d'immunité pour pouvoir utilement remplir ses fonctions »⁹⁵.

⁹² Voir les articles 31 et 37, par. 2 et 3.

⁹³ Voir l'article 37, par. 4.

⁹⁴ Voir art. 8 et 38.

⁹⁵ Voir *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 1958, vol. II, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale », chap. III, sect. II, par. 3 du commentaire de l'article 37.

54. En résumé, le lien avec l'État, le fait d'agir pour le compte de ce dernier et l'exercice d'activités officielles au bénéfice de cet État par l'intermédiaire de la mission diplomatique, tels sont les critères qui permettent de distinguer les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité dans le contexte des relations diplomatiques, et, par conséquent, d'identifier les représentants de l'État.

b) Convention sur les missions spéciales

55. La Convention sur les missions spéciales, du 16 décembre 1969, octroie une forme d'immunité aux mêmes catégories de personnes que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, à une exception près, qui s'explique par la nature particulière des activités diplomatiques qu'elle régit. En effet, elle s'applique non seulement au chef de la mission, aux membres du personnel diplomatique et aux membres du personnel administratif et technique et du personnel de service de la mission spéciale, mais aussi aux « représentants de l'État », à savoir toutes personnes investies d'un mandat spécial de représentation, peu importe la catégorie à laquelle elles appartiennent⁹⁶. On notera que l'expression « fonctionnaire » ne figure nulle part dans la Convention.

56. Le régime des immunités de juridiction résultant de la Convention est comparable à celui défini dans la Convention sur les relations diplomatiques, les fonctions remplies au sein de la mission étant ici encore le critère déterminant pour établir tant les catégories de personnes bénéficiant des immunités que la portée de ces dernières⁹⁷. Le lien de rattachement à l'État et le caractère public des fonctions de l'intéressé résultent de la définition même de l'expression « mission spéciale », qui s'entend d'« une mission temporaire, ayant un caractère représentatif de l'État, envoyée par un État auprès d'un autre État avec le consentement de ce dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée⁹⁸ ». Interdiction est ici encore faite aux représentants de l'État et membres du personnel diplomatique d'exercer « dans l'État de réception une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel⁹⁹ ». En outre, les représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci qui sont ressortissants de l'État de réception ou y ont leur résidence permanente « ne bénéficient que de l'immunité de juridiction [...] pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁰ ».

57. De surcroît, la Convention reconnaît, en son article 21 des immunités particulières, à une certaine catégorie de personnes, comme suit :

⁹⁶ Voir l'article 14, qui dispose que « [l]e chef de la mission spéciale ou, si l'État d'envoi n'a pas nommé de chef, l'un des représentants de l'État d'envoi, désigné par ce dernier, est autorisé à agir au nom de la mission spéciale et à adresser des communications à l'État de réception ». Aux termes de l'article 1 e), « [l]'expression "représentant de l'État d'envoi dans la mission spéciale" s'entend de toute personne à qui l'État d'envoi a attribué cette qualité ». Il convient de noter que le représentant de l'État n'est pas nécessairement un membre du personnel diplomatique puisque la Convention distingue entre les deux catégories de personnes (voir, par exemple, les articles 29, 31, 40 1) et 48).

⁹⁷ Voir, en particulier, les articles 31, 36 et 37.

⁹⁸ Voir l'article 1 a). Le caractère représentatif de la mission spéciale découle également du préambule de la Convention.

⁹⁹ Voir l'article 48.

¹⁰⁰ Voir l'article 40. Voir aussi l'article 10.

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 reconnues par le droit international aux chefs d'État en visite officielle.

2. Le chef du 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.

58. Ces dispositions tirent sans aucun doute leur raison d'être dans la spécificité des missions spéciales qui, dans bien des cas, sont dirigées par le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou un autre ministre ou haut représentant de l'État. Leur intérêt réside précisément en ceci qu'elles distinguent entre deux catégories de personnes auxquelles s'appliquent des régimes partiellement distincts. Par ailleurs, elles consacrent l'expression « autres personnalités de rang élevé », inconnue de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁰¹.

59. Dans tous les cas, la Convention sur les missions spéciales retient comme critère le lien de rattachement à l'État, le fait d'agir pour le compte de celui-ci et le caractère officiel des fonctions exercées aux fins de déterminer les représentants de l'État bénéficiant de l'immunité. En outre, la mention du chef de l'État, du chef du gouvernement, du ministre des affaires étrangères et d'autres personnalités de rang élevé introduit la notion de fonctionnaire de haut rang dont le lien de rattachement à l'État va au-delà de la place qu'il occupe dans l'organisation administrative (au sens large) de l'État.

c) Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel

60. La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, du 14 mars 1975, énumère en son article premier les différentes catégories de personnes auxquelles elle s'applique, dont, outre le chef de mission et le chef de délégation, les membres du personnel diplomatique de la mission ou délégation et les membres du personnel administratif et technique et du personnel de service. Pas plus que la Convention sur les missions spéciales, elle ne définit pas précisément quant au fond la notion de chef de mission ou de délégation. La CDI ne s'est pas davantage intéressée à cette question à l'occasion de ses travaux à l'origine de ladite convention¹⁰².

61. La Convention institue un régime d'immunités de juridiction qui dépendent de la nature du lien de rattachement entre l'intéressé et l'État, et en particulier des fonctions exercées au sein de la mission ou de la délégation. Ainsi accorde-t-elle la plus large immunité aux chefs de mission et de délégation et aux autres membres du

¹⁰¹ La Commission a déjà formulé des observations au sujet de l'emploi de cette expression dans le commentaire du projet d'article 3 (par. 11) adopté à titre provisoire en 2013 (Voir [A/68/10](#), par. 49).

¹⁰² Voir le projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et les commentaires y relatifs (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, première partie, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale », chap. II, sect. D).

personnel diplomatique¹⁰³, les membres du personnel de service bénéficiant de la plus restreinte¹⁰⁴. On notera à cet égard que l'immunité des membres du personnel administratif et technique ne couvre pas les actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁵, cette restriction étant également valable pour les membres du personnel de service¹⁰⁶. Quant à elles, les personnes au service privé des membres de leur délégation ne bénéficient de l'immunité de juridiction que dans la mesure admise par l'État hôte¹⁰⁷. Par ailleurs, le caractère officiel des fonctions confiées aux personnes qualifiées comme représentants de l'État est d'autant plus affirmé qu'aux termes de la Convention, le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission « n'exerceront pas dans l'État hôte une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel »¹⁰⁸. Enfin, le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission ou délégation qui sont ressortissants de l'État hôte ou y ont leur résidence permanente bénéficient de l'immunité de juridiction uniquement pour « les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions »¹⁰⁹.

62. En ce qui concerne les délégations envoyées à des conférences organisées sous les auspices d'une organisation internationale de caractère universel, l'article 50 de la Convention dispose que le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et toute autre personne de rang élevé jouissent, en plus de ce qui est accordé par la Convention, des immunités qui leur sont reconnues par le droit international :

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 ils se trouvent 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 aux chefs d'État.

63. On notera qu'au paragraphe 6 du commentaire de l'article 50, la CDI apporte une précision importante au sujet des personnes de rang élevé, également mentionnées dans la Convention sur les missions spéciales, faisant observer ce qui suit :

[I]a Commission a considéré que les personnes de rang élevé visées au paragraphe 2 avaient droit à des privilèges et immunités spéciaux en vertu des fonctions qu'elles exercent dans leur pays, fonctions qu'elles n'exerceraient pas en qualité de chef de mission. L'expression « personnes de rang élevé » doit donc s'entendre, non pas des personnes auxquelles leur État accorde un rang

¹⁰³ Voir art. 30 et 60.

¹⁰⁴ Voir art. 36 3) et 66 3).

¹⁰⁵ Voir art. 36 2) et 66 2).

¹⁰⁶ Voir art. 36 3) et 66 3).

¹⁰⁷ Voir art. 36 4) et 66 4).

¹⁰⁸ Voir art. 39.

¹⁰⁹ Voir art. 36 et 37.

particulièrement élevé à cause des fonctions qu'elles exercent dans une mission, mais aux personnes qui ont un rang élevé dans leur État et sont temporairement appelées à prendre part à une délégation à un organe ou à une conférence¹¹⁰.

64. De l'examen du régime juridique institué par la Convention, on peut dégager les mêmes conclusions que de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention sur les missions spéciales. Premièrement, comme les deux autres, cette convention ne parle pas expressément de « représentant de l'État », ne définit pas les catégories de personnes auxquelles elle s'applique, mais établit clairement un lien de rattachement entre tous les bénéficiaires de l'immunité de juridiction et l'État. Deuxièmement, en faisant référence, en son article 50, à une catégorie comprenant des « personnes de rang élevé », elle réintroduit l'idée de deux régimes d'immunités partiellement différenciés.

d) Convention de Vienne sur les relations consulaires

65. La Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963, diffère quelque peu des autres instruments examinés, tant parce qu'elle vise des personnes employées dans un poste consulaire que parce qu'elle définit la portée de l'immunité de juridiction qui leur est octroyée. Sa singularité tient en ceci qu'elle opère une distinction entre « fonctionnaires consulaires » et « employés consulaires », les deux seules catégories de personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction¹¹¹. L'expression « fonctionnaire consulaire » s'entend de « toute personne, y compris le chef de poste consulaire, chargée en cette qualité de l'exercice de fonctions consulaires¹¹² », et l'expression « employé consulaire » de « toute personne employée dans les services administratifs ou techniques d'un poste consulaire¹¹³ ». Elle institue en outre, en son article 69, la catégorie des « agents consulaires », précisant que les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leurs activités et le régime juridique auxquels ils sont soumis sont fixés par accord entre les États intéressés. La CDI n'a toutefois pas traité de cette disposition dans son projet d'articles.

66. L'immunité de juridiction reconnue aux fonctionnaires consulaires et aux employés consulaires est moins étendue que celle des agents diplomatiques étant expressément circonscrite aux « actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires¹¹⁴ ». De surcroît, l'immunité de juridiction civile ne joue pas en cas d'action « résultant de la conclusion d'un contrat passé par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire qu'il n'a pas conclu expressément ou implicitement en tant que mandataire de l'État d'envoi¹¹⁵ ». On retiendra également que, sans accorder l'immunité de juridiction pénale aux fonctionnaires consulaires, la Convention prévoit néanmoins expressément que toute procédure pénale doit être conduite « avec les égards qui sont dus au fonctionnaire consulaire en raison de sa

¹¹⁰ Voir le commentaire du projet d'article 50 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, première partie, p. 333 et 334).

¹¹¹ Voir art. 43. Voir aussi art. 58 2) et 63, concernant les fonctionnaires consulaires honoraires.

¹¹² Voir art. 1 d).

¹¹³ Voir art. 1 e).

¹¹⁴ Voir art. 43 1).

¹¹⁵ Voir art. 43 2).

position officielle et [...] de manière à gêner le moins possible l'exercice des fonctions consulaires¹¹⁶ ».

67. De ce qui précède, on peut conclure que la Convention lie plus étroitement encore l'octroi de l'immunité à certaines catégories de personnes à l'exercice par celles-ci de fonctions spécifiques pour le compte de l'État. Il est de nouveau établi que ces fonctions doivent être une émanation de la puissance publique, ainsi qu'il ressort de l'article 5 et de la disposition selon laquelle le fonctionnaire consulaire peut, dans certaines conditions, accomplir des « actes diplomatiques » ou « être chargé de représenter l'État d'envoi auprès de toute organisation intergouvernementale »¹¹⁷. Le lien de rattachement entre les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité et l'État est donc évident et se trouve encore accentué par l'article 43.2 a), qui qualifie les fonctionnaires consulaires et employés consulaires de « mandataire[s] de l'État d'envoi »¹¹⁸.

68. On peut ainsi dire que les critères permettant de déterminer les bénéficiaires de l'immunité sont les mêmes dans les quatre conventions susévoquées, à savoir : l'existence d'un lien de rattachement à l'État, le fait d'agir pour le compte de celui-ci et l'exercice de fonctions officielles. On notera toutefois que la Convention de Vienne sur les relations consulaires emploie une terminologie distincte, et notamment des expressions nouvelles comme « fonctionnaire », « employé » et « mandataire de l'État d'envoi ».

e) Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques

69. En cinquième lieu, même si elle ne traite pas des immunités, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, du 14 décembre 1973, procède de la même logique que les autres conventions examinées ici dans la mesure où elle institue un régime spécial applicable à certaines catégories de personnes rattachées à l'État et bénéficiant d'une protection internationale du fait de l'exercice de fonctions particulières. Examiner les catégories de « personnes jouissant d'une protection internationale » au sens de la Convention peut donc aider à définir les critères permettant de qualifier certaines personnes de « représentants de l'État » aux fins de notre sujet.

70. La disposition qui nous intéresse ici est le paragraphe 1 de l'article premier, aux termes duquel l'expression « personne jouissant d'une protection internationale » s'entend :

a) De tout chef d'État, y compris chaque membre d'un organe collégial remplissant en vertu de la constitution de l'État considéré les fonctions de chef d'État; de tout chef de gouvernement ou de tout ministre des affaires étrangères [...]

¹¹⁶ Voir art. 41 3). La même formule est reprise à l'article 63 de la Convention, qui concerne l'ouverture d'une procédure pénale contre un « fonctionnaire consulaire honoraire ».

¹¹⁷ Voir art. 17.

¹¹⁸ Voir aussi art. 71 1), qui limite la portée des immunités accordées aux fonctionnaires consulaires qui sont ressortissants ou résidents permanents de l'État de résidence.

b) De tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État [...]

71. Cette formulation diffère quelque peu de celle du projet d'article que la Commission avait initialement approuvé, aux termes duquel devaient être considérés comme ayant droit à une protection internationale :

a) Tout chef d'État ou tout chef de gouvernement [...];

b) Toute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État [...] 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 [...]¹¹⁹.

72. On retiendra que les alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article retenu en définitive par la Convention visent respectivement le ministre des affaires étrangères et les fonctionnaires et personnalités officielles¹²⁰ et que l'alinéa b) ne parle plus de protection spéciale accordée à ces derniers en raison de l'exercice de fonctions au nom de l'État.

73. Cet article est d'autant plus digne d'intérêt qu'il énumère toutes les catégories de personnes jouissant d'une protection internationale, les regroupant en deux catégories distinctes qui pourraient correspondre à celles examinées par la Commission à l'occasion de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et donc bénéficiaire, respectivement, de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*.

74. En ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, la Commission avait déjà évoqué le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention dans son commentaire du projet d'article 3, qu'elle a approuvé à titre provisoire à sa soixante-cinquième session¹²¹. Cette disposition est néanmoins utile s'agissant de définir de la notion de « représentant de l'État » aux fins du présent rapport dans la mesure où elle énumère les catégories de personnes susceptibles de bénéficier d'une protection spéciale du fait de leur rattachement à l'État et des fonctions de représentation qu'elles exercent pour le compte de l'État ou en son nom. À cet égard, on retiendra en particulier le commentaire de la Commission sur le projet d'article 1, approuvé en 1972, qui distingue entre, d'une part, le chef de l'État et le chef du gouvernement et, d'autre part, les autres fonctionnaires et représentants officiels. La protection reconnue aux premiers en droit international découle de leur statut spécial et de leur qualité de chef d'État ou de gouvernement¹²². Les seconds sont définis selon des critères¹²³ comme le statut de « fonctionnaire » ou de « personnalité officielle » « au service de l'État »¹²⁴, leur droit à une protection internationale « existant aux fins ou en raison

¹¹⁹ Projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, projet d'article premier, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 339.

¹²⁰ L'expression « personnalité officielle » figurait déjà dans la version française du projet d'article premier adopté par la Commission, la version espagnole parlant de « tout fonctionnaire ».

¹²¹ A/68/10, par. 49, commentaire du projet d'article 3.

¹²² *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale », chap. III, sect. B, commentaire de l'article 1, par. 2.

¹²³ *Ibid.*, par. 4. Bien que la Commission donne quelques exemples au paragraphe 9 de son commentaire, elle se contente de mentionner les agents diplomatiques, les experts en mission et les fonctionnaires consulaires, ainsi que certains fonctionnaires des organisations internationales.

¹²⁴ *Ibid.*, par. 7.

de l'accomplissement de fonctions officielles »¹²⁵. Ces observations sont toujours valables au regard de l'actuel article premier de la Convention, même si celui-ci ne vise pas l'exercice de fonctions au nom de l'État.

75. La Convention présente donc un double intérêt aux fins du présent rapport : premièrement, elle établit deux catégories de personnes relevant de régimes de protection distincts; deuxièmement, elle met l'accent sur le rattachement à l'État, soit en raison de la qualité ou du statut spécial de l'intéressé ou du fait qu'il agit au nom de l'État. De surcroît, elle opère une distinction d'ordre terminologique entre les deux catégories en réservant l'expression « représentant de l'État » aux membres de la deuxième, dont relèvent également les « fonctionnaire[s] » et autres « personnalité[s] officielle[s] ».

f) Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens

76. La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, du 16 décembre 2004, définit également les organes et personnes bénéficiaires d'immunité. Ainsi parle-t-elle, en son article 2.1 i), de « [l']État et ses divers organes de gouvernement »; en son article 2.1 iv), des « représentants de l'État agissant à ce titre »; et en son article 3 2), des « privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État ».

77. On notera que cette convention ne couvre pas les poursuites au pénal, ni, donc, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹²⁶. Les références aux organes de gouvernement de l'État, aux représentants de l'État agissant à ce titre et à l'immunité *ratione personae* du chef de l'État sont néanmoins utiles pour ce qui est de définir le concept de « représentant de l'État » aux fins du présent rapport, d'une part, parce qu'elles indiquent qu'il existe deux catégories de personnes distinctes auxquelles s'appliquent, respectivement, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* et, d'autre part, parce qu'elles mettent l'accent sur les fonctions représentatives exercées par les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*¹²⁷.

78. On retiendra que le terme « fonctionnaire » ne figure ni dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens élaboré par la CDI, ni dans la Convention. Ainsi qu'il est dit plus haut, ces textes parlent d'« organes de gouvernement » et de « représentants » de l'État. En outre, dans le projet d'articles, la CDI a estimé que l'expression « organe de l'État » s'entendait d'entités et non de « personnes », exception faite du chef de l'État et du chef du gouvernement, qui entrent dans certains cas dans cette catégorie¹²⁸.

¹²⁵ Ibid., par. 10.

¹²⁶ Voir le commentaire de la Commission du droit international sur le projet d'article 3, adopté provisoirement en 2013, en particulier le paragraphe 4 et la note 274 (A/68/10, par. 49).

¹²⁷ À cet égard, on notera les observations formulées par la Commission dans les commentaires du projet d'article sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (par. 6, 8 et 17 du commentaire du projet d'article 2 et paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 3 adopté en deuxième lecture en 1991. Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.V.9 (Part 2)], chap. II, sect. D.

¹²⁸ Ibid., par. 6 à 8 et 10.

g) Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide

79. S'agissant des conventions internationales incriminant des comportements répréhensibles indépendamment de leur rapport avec les relations internationales, on trouve très tôt mention de la catégorie des fonctionnaires dans la pratique conventionnelle. Ainsi, en son article 4, qui désigne les personnes pouvant commettre le génocide, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 vise expressément les « gouvernants », les « fonctionnaires » et les « particuliers ». S'il est vrai que la Convention ne définit pas ces termes, on peut néanmoins déduire de la mention « gouvernants » et « fonctionnaires » d'un côté et « particuliers » de l'autre qu'il existe deux catégories de personnes, les premières agissant à titre officiel et les secondes à titre privé. Toutefois, ladite disposition ne fournit aucun autre élément qui permette de distinguer les « gouvernants » des « fonctionnaires » ou de dégager les critères d'identification du caractère officiel de leurs actes.

80. Cependant, l'emploi des termes « gouvernants » et « fonctionnaires » nous permet de conclure qu'il existe deux catégories distinctes de personnes qui agissent pour le compte de l'État et dont les fonctions relèvent d'une nature différente. On se rappellera à ce propos que l'inclusion du terme « gouvernants » a donné lieu, au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 1948, à de longs et riches débats qui ont mis en évidence que, pour la majorité des États, les termes « gouvernants » et « fonctionnaires » n'étaient pas interchangeables¹²⁹. Ainsi, on peut citer l'intervention du représentant de l'Égypte, selon lequel « le concept de gouvernant englobe, en effet, non seulement le monarque constitutionnel [...] mais également les ministres et tous ceux qui exercent le pouvoir gouvernemental, par opposition aux fonctionnaires de l'administration »¹³⁰ ou les propos du représentant de l'Inde, qui a déclaré qu'il fallait « inclure, outre les fonctionnaires publics et les particuliers, les personnes exerçant l'autorité de l'État »¹³¹. On doit encore mentionner la déclaration du représentant de la France, pour qui le mot contesté « gouvernants » « ne vise en réalité que ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir »¹³². Ce débat n'a rien perdu de son intérêt pour le présent propos.

81. Il convient enfin de relever que la proposition de remplacer les termes « gouvernants et fonctionnaires » par « agents de l'État » faite par le représentant de la Belgique¹³³, selon lequel cette expression permettait d'englober les deux catégories de personnes, n'a pas été retenue.

h) Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

82. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 fait de la qualité de fonctionnaire un

¹²⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission, 93^e séance*, p. 314 à 322. Sur l'emploi de ces deux termes, on relèvera les propos du représentant du Venezuela, qui a fait remarquer que « les gouvernants de son pays [étaient] tous considérés comme des fonctionnaires », mais que, « puisqu'il n'en [était] pas ainsi dans les autres États », il ne voyait pas d'inconvénient à maintenir le mot « gouvernants ».

¹³⁰ *Ibid.*, p.315.

¹³¹ *Ibid.*, p.317.

¹³² *Ibid.*, p.315.

¹³³ *Ibid.*, p.316.

élément de la définition même de la torture en exigeant que la « douleur » ou les « souffrances » subies par la victime « soient infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation, ou avec son consentement exprès ou tacite » (art. 1, al. 2, *in fine*). Par ailleurs, selon l'article 2, alinéa 3, les ordres donnés par un supérieur doivent émaner « d'un supérieur ou d'une autorité publique ». Enfin, dans ses dispositions qui mettent à la charge de l'État l'obligation d'incriminer la torture en droit interne, la Convention fait à nouveau expressément référence à « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » (art. 16, al. 1)¹³⁴.

83. Pour sa part, le Comité contre la torture a repris la terminologie de la Convention dans les observations générales adoptées jusqu'à aujourd'hui¹³⁵, ajoutant les expressions « quiconque agit, de droit ou de fait, au nom de l'État partie »¹³⁶, « [les] agents [de l'État] [...] et quiconque agit en son nom »¹³⁷, « les autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel »¹³⁸, « un supérieur ou [...] une autorité publique »¹³⁹, les « personnes appartenant à la chaîne de commandement »¹⁴⁰ ou les « supérieurs hiérarchiques – y compris les fonctionnaires »¹⁴¹. Par ailleurs, dans les dispositions de son observation générale n° 3 sur l'incompatibilité de l'immunité de certaines personnes avec la Convention, le Comité emploie l'expression « agents [de l'État] »¹⁴².

84. La Convention contre la torture ne définit toutefois pas les termes « agent », « autorité publique » ou « toute autre personne agissant à titre officiel ». À ce jour, le Comité n'a pas non plus donné de définition à ces notions. La Convention met néanmoins clairement l'accent sur la notion « à titre officiel » et emploie le qualificatif « public » pour désigner aussi bien les « agents » que les « autorités ». Ce lien avec l'État et avec l'exercice de fonctions propres à ce dernier apparaît ainsi avec évidence. Ce lien a également été souligné par le Comité contre la torture par l'affirmation récurrente selon laquelle les fonctionnaires, les autorités et les personnes agissent « à titre officiel ou au nom de l'État » et par l'emploi de l'expression

¹³⁴ Parallèlement à ces mentions expresses des agents de la fonction publique et des autorités publiques, l'article 10, alinéa 1, qui prévoit les mesures de formation visant à prévenir la torture, énumère les catégories de personnes suivantes : « [le] personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, [le] personnel médical, [l]es agents de la fonction publique et [l]es autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou emprisonné de quelque façon que ce soit ».

¹³⁵ Dans son observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention, adoptée le 21 novembre 1997, le Comité emploie les termes « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » aux paragraphes 3 et 8 b) (voir A/53/44, annexe IX). Dans son observation générale n° 2 sur l'application de l'article 2 par les États parties, adoptée le 24 janvier 2008, il utilise les mots « agents publics ou toute autre personne agissant à titre officiel » (par. 15) et « agents » (par. 18) (voir CAT/C/GC/2). Dans son observation générale n° 3 sur l'application de l'article 14 par les États parties, adoptée le 13 décembre 2012, il emploie les expressions « autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel » au paragraphe 7 et « agents de l'État » au paragraphe 18 (voir CAT/C/GC/3).

¹³⁶ Voir observation générale n° 2, par. 7.

¹³⁷ Ibid., par. 7 et 15.

¹³⁸ Ibid., par. 18; observation générale n° 3, par. 7.

¹³⁹ Voir observation générale n° 2, par. 26.

¹⁴⁰ Ibid., par. 7.

¹⁴¹ Ibid., par. 26.

¹⁴² Voir observation générale n° 3, par. 42.

« autorités de l'État », mais aussi par l'affirmation selon laquelle les personnes « agissent à titre officiel en ce sens qu'[elles] se substituent à l'État en s'acquittant des obligations qui lui incombent »¹⁴³. Des considérations qui précèdent, on peut dégager un deuxième critère d'identification, à savoir qu'il existe une pluralité des personnes ayant un lien avec l'État et avec l'exercice de fonctions officielles. Ces personnes ne se réduisent pas à la notion stricte de « fonctionnaire » et sont également désignées par d'autres formulations comme « autorités » ou « agents »¹⁴⁴.

i) Conventions contre la corruption

85. Pour les besoins du présent rapport, les conventions universelles et régionales qui ont été adoptées depuis les années 90 pour lutter contre le phénomène de la corruption présentent un intérêt tout particulier. Tous ces textes ont pour point commun de s'articuler autour des fonctionnaires de l'État. Par conséquent, non seulement il est expressément fait mention de cette catégorie de personnes dans leurs articles, mais en outre on y trouve des définitions de ce qu'il faut entendre par agent public.

86. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée le 31 octobre 2003, dispose en son article 2, alinéa a) :

On entend par « agent public » : i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et quel que soit son niveau hiérarchique; ii) toute autre personne qui exerce une fonction publique, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique, ou qui fournit un service public, tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État; iii) toute autre personne définie comme « agent public » dans le droit interne d'un État Partie. Toutefois, aux fins de certaines mesures spécifiques prévues au chapitre II de la présente Convention, on peut entendre par « agent public » toute personne qui exerce une fonction publique ou qui fournit un service public tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État.

87. La Convention vise également l'« agent public étranger », défini comme « toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique ». Les termes « agents publics » et « agents publics étrangers » reviennent dans tout le texte de la Convention¹⁴⁵, à l'exception de quelques dispositions où il est également question de « fonctionnaire » comme d'une catégorie distincte de celle d'« agent public »¹⁴⁶.

¹⁴³ Voir observation générale n° 2, par. 17.

¹⁴⁴ La pluralité des personnes ayant un lien avec l'État ressort avec évidence de l'énumération suivante tirée de l'observation générale n° 2 : « [les] fonctionnaires et [les] agents [de l'État], ainsi que de toute personne agissant à titre officiel, au nom de l'État ou en liaison avec celui-ci, sous sa direction ou son contrôle, ou encore au nom de la loi » (par. 15).

¹⁴⁵ Voir art. 7, 8, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 25, 30, 38 et 52.

¹⁴⁶ Voir art. 7 et 30.

88. La Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée le 29 mars 1996, emploie conjointement les termes « fonctionnaire », « officiel gouvernemental » ou « serviteur public », définis à l'article premier comme « tout fonctionnaire ou employé d'un État ou de ses entités, y compris ceux qui ont été choisis, désignés ou élus pour mener des activités ou exercer des fonctions au nom de l'État ou au service de l'État, à tous les échelons hiérarchiques ».

89. Enfin, la Convention pénale contre la corruption (Série des traités du Conseil de l'Europe n° 173), adoptée le 27 janvier 1999, dispose :

a) L'expression « agent public » est interprétée par référence à la définition de « fonctionnaire », « officier public », « maire », « ministre » ou « juge » dans le droit national de l'État dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal;

b) Le terme « juge » qui figure à l'alinéa a) ci-dessus comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires;

c) Dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre État, l'État qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national¹⁴⁷.

90. Cette définition est également applicable à la Convention civile contre la corruption (Série des traités du Conseil de l'Europe n° 174), adoptée le 4 novembre 1999, laquelle se borne à mentionner les « agents publics dans l'exercice de [leurs] fonctions »¹⁴⁸.

91. La définition d'« agent public » donnée par la Convention n° 173 du Conseil de l'Europe présente un intérêt tout particulier pour le présent rapport. En effet, comme il est indiqué dans le Rapport explicatif de la Convention :

Les rédacteurs de la présente Convention ont souhaité couvrir, dans la mesure du possible, toutes les catégories d'agents publics afin d'éviter des lacunes dans l'incrimination de la corruption dans le secteur public. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que les États doivent modifier leur définition générale d'« agent public ». Concernant la référence à la « loi nationale », il doit être noté que l'intention des rédacteurs de la Convention était d'imposer des obligations aux Parties contractantes en vertu de cette convention seulement dans la mesure où elles sont compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique y, compris, le cas échéant, les principes relatifs au fédéralisme.¹⁴⁹

92. Autrement dit, les systèmes nationaux restent libres de conserver leur définition d'« agent public » en droit interne, mais les catégories de personnes et de fonctions qui doivent à tout le moins apparaître dans la notion d'agent public sont expressément énoncées pour éviter les lacunes dans la répression de la corruption. À cet égard, la mention des « maires » et des « ministres », qui « dans beaucoup de pays [...] sont assimilés à des agents publics aux fins de l'application des

¹⁴⁷ Voir art. 1.

¹⁴⁸ Voir art. 5.

¹⁴⁹ Rapport explicatif, par. 27, consultable dans la base de données des traités internationaux sur le site Web du Conseil de l'Europe à l'adresse www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm.

infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions »¹⁵⁰, revêt un intérêt particulier. De la même façon, aux termes du Rapport explicatif, les « juges » sont des « personnes, élues ou non élues, qui exercent des fonctions judiciaires. Cette notion doit être interprétée le plus largement possible : l'élément décisif, ici, ce n'est pas le titre officiel de la personne, mais le caractère judiciaire des fonctions qu'elle exerce. Il va de soi que les procureurs entrent dans le champ de cette définition, bien que dans certains États, ils ne soient pas considérés comme faisant partie de "la magistrature" »¹⁵¹. Cette conception large de la notion d'agent public se retrouve également dans le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Série des traités européens n° 191), qui étend le champ d'application de la Convention aux arbitres et aux jurés nationaux comme étrangers¹⁵².

93. Par-delà les différences que l'on peut constater entre les différentes conventions examinées dans la présente section, on peut dégager plusieurs éléments communs pour circonscrire la notion d'« agent public » : a) ce terme désigne des personnes exerçant des fonctions officielles au nom ou pour le compte de l'État; b) il est indifférent que ces personnes aient accédé à ces fonctions par élection ou nomination; c) il est indifférent également que ces fonctions soient exercées à titre permanent ou temporaire, contre rémunération ou à titre gratuit; d) il est indifférent en outre que ces fonctions officielles relèvent des pouvoirs exécutif (administration), judiciaire ou législatif; e) il est indifférent enfin que ces fonctions officielles soient exercées au sein de l'administration centrale de l'État ou dans d'autres structures politiques ou administratives ou encore au sein d'entreprises ou d'organismes du secteur public. Si l'on peut s'interroger sur l'applicabilité de ces éléments dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, il est néanmoins indéniable que l'on peut s'en servir comme point de départ pour dégager les critères permettant de définir la notion de représentant de l'État aux fins du présent sujet.

j) Statut de Rome de la Cour pénale internationale

94. Au paragraphe 1 de son article 27, le Statut de Rome pose ce qui suit :

Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

95. L'article énumère plusieurs catégories de personnes dotées de la « qualité officielle », laquelle n'est pas à prendre en considération aux fins d'établir la responsabilité pénale internationale. Cette énumération présente un intérêt pour le présent rapport, étant donné qu'en son paragraphe 2, l'article 27 relie le concept de « qualité officielle » à l'immunité, disposant que « [l]es immunités ou règles de procédure spéciale qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

¹⁵⁰ Ibid., par. 28.

¹⁵¹ Ibid., par. 29.

¹⁵² Voir article premier du Protocole additionnel.

96. L'article 27 est de portée générale en ce qu'il vise à inclure toute personne à laquelle peut s'appliquer le concept de « qualité officielle »; cela correspond dans une certaine mesure à l'approche qu'a suivie la Commission du droit international dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en 1996¹⁵³. On peut donc supposer que les termes « qualité officielle » s'appliquent à toute personne qui représente l'État ou qui agit pour le compte ou au nom de celui-ci¹⁵⁴.

97. L'article 8 *bis* du Statut de Rome, qui traite du crime d'agression, définit celui-ci comme un crime de dirigeant, posant en son paragraphe 1 qu'un tel crime est commis « par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »¹⁵⁵. Il convient toutefois de noter que cette disposition ne modifie ni le contenu ni la portée de l'article 27. En réalité, il faut interpréter la référence à la capacité effective « de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État » comme un élément factuel, rattaché au pouvoir d'influence ou de décision de la personne considérée, qui s'applique indépendamment de l'appartenance de l'auteur du crime d'agression à l'une des catégories de personnes énumérées au paragraphe 1 de l'article 27¹⁵⁶. En conséquence, cet élément factuel ne peut en lui-même être pris comme critère pour définir le concept général de « qualité officielle », indépendamment de son application éventuelle à des personnes ayant cette qualité.

4. Autres travaux de la Commission du droit international

98. À l'occasion de ses travaux passés, la Commission du droit international a dû plusieurs fois aborder le concept de représentant de l'État, d'organe de l'État ou d'agent de l'État. Les travaux ayant débouché sur des traités ont déjà été examinés plus haut, dans la section consacrée à la pratique conventionnelle. Néanmoins, d'autres travaux de la Commission peuvent être utilement considérés aux fins du présent rapport. Il s'agit de la formulation des Principes de Nuremberg, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

¹⁵³ Voir *infra*, par. 102 à 105.

¹⁵⁴ La doctrine a elle aussi suivi cette interprétation, étant entendu que le concept de « qualité officielle » s'applique aux personnes qui, de fait, exercent les fonctions mentionnées à l'article 27 du Statut de Rome. Voir, notamment, Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, Munich, C. H. Beck, Portland, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 788 et 789; William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 449 et 450.

¹⁵⁵ Un libellé similaire est utilisé dans les amendements aux éléments de crime relatifs à l'article 8 *bis*, approuvés par la Conférence de révision du Statut de Rome. Voir *Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Kampala, 31 mai-11 juin 2010, partie II.A, résolution RC/Res. 6, annexe II, « Éléments », par. 2.

¹⁵⁶ Rappelons que la référence à la direction et au contrôle effectifs trouve son origine dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg concernant la responsabilité pénale des industriels qui, manifestement, ne peuvent être considérés comme ayant une qualité officielle. Voir à ce sujet Carrie McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2013, p. 178, 179 et 181.

a) Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal

99. Dans le projet de document exposant les Principes de Nuremberg, qui furent ensuite adoptés par l'Assemblée générale¹⁵⁷, la Commission faisait référence, sous le principe III, à une personne ayant agi « en qualité de chef d'État ou de gouvernement » et, sous le principe IV, aux ordres donnés par le « gouvernement » ou par un « supérieur hiérarchique ». Ni le Rapporteur spécial Spiropoulos ni la Commission n'ont donné une définition du « chef de gouvernement », mais il apparaît clairement, à la lecture des commentaires approuvés par la Commission, que dans l'un et l'autre de ces deux cas, et surtout dans celui du principe III, il est question d'une personne agissant au titre d'une qualité officielle, sur la base des références faites par le Tribunal de Nuremberg aux « représentants de l'État » et aux personnes « allégu[ant] [un] mandat [] reçu de l'État »¹⁵⁸.

b) Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954

100. À l'article 2 du premier projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en seconde lecture en 1954, la Commission mentionne les « autorités de l'État » parmi les auteurs éventuels des infractions définies dans ce même article. En outre, à l'article 3 du Code, qui dispose que la qualité officielle n'a pas d'incidence sur la responsabilité encourue pour avoir commis de tels crimes, les termes « chef d'État ou de gouvernement » (« Head of State » et « responsible government official » dans la version anglaise) sont utilisés. Le projet de code ne définit cependant pas davantage que les principes de Nuremberg ce qu'il faut pour entendre par « autorités de l'État », lesquelles sont opposées aux termes « personnes privées » (« private individuals » en anglais) dans le commentaire du projet d'article 1. Quoiqu'il en soit, on peut conclure sur la base de ce lien entre le projet de code et les Principes de Nuremberg adoptés en 1950, que les deux textes se réfèrent à une personne agissant au nom et pour le compte de l'État.

101. Il ressort néanmoins des travaux de la Commission qui ont conduit à l'adoption du premier projet de code que la définition des termes « responsible government official » suscitait déjà des doutes à l'époque. Il convient à cet égard de prendre tout particulièrement note du deuxième rapport du Rapporteur spécial Spiropoulos qui, dans son analyse des points de vue exprimés par les représentants des États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, cite notamment les déclarations des représentants de la Belgique (M. Van Glabbeke) et des Pays-Bas (M. Röling). De l'avis de M. Van Glabbeke, « une certaine confusion persistait quant au sens exact des mots "responsible government official". Les opinions divergeaient : selon certains, un "responsible government official" ne pouvait être qu'un membre du gouvernement, alors que, selon d'autres, [elle] désignait d'anciens membres d'un gouvernement, voir toute personne occupant un poste important dans l'une des trois grandes branches (législative, exécutive ou judiciaire) du gouvernement [...] il était fait état de personnes exerçant de hautes fonctions officielles et le sens de cette expression n'était pas mieux défini que celui des

¹⁵⁷ Résolution 488 (V) de l'Assemblée générale.

¹⁵⁸ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1957.V.3, vol. II), « Report of the International Law Commission to the General Assembly », notamment les paragraphes 103 et 104.

termes “responsible government official” »¹⁵⁹. Pour sa part, M. Röling soutenait que « la disposition concernant les fonctions officielles de l’accusé ne pouvait être appliquée uniformément, quelle que soit la gravité des crimes de guerre commis »¹⁶⁰. Malgré ces observations, le Rapporteur spécial n’a pas abordé, dans son rapport, la question de la définition et de la portée des termes « responsible government official », se contentant d’indiquer que, dans le cas de l’invasion du territoire d’un État par les forces armées d’une autre État, « le simple soldat ne serait pas tenu pénalement responsable au regard du droit international ... rien ne justifierait qu’un simple soldat soit tenu pénalement responsable d’une action ayant été décidée et dirigée par les autorités de l’État »¹⁶¹. Cependant, dans son troisième rapport, soumis à la Commission en 1954 et sur la base duquel le code a été adopté en seconde lecture, le Rapporteur spécial s’est expressément référé à l’utilisation, dans le projet d’article 3, du terme « gouvernant » et, renvoyant aux débats de l’Assemblée générale sur la Convention sur le génocide, a indiqué que ce terme

¹⁵⁹ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1951, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1957.V.6., vol. II), « Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind », par. 85. La version anglaise du commentaire indique : « there was still some confusion regarding the exact meaning of the words “responsible government official”. Opinions differed: some said “responsible government official” referred solely to a member of a government ... or even any person occupying an important post in the three important branches of government, the legislative, the executive or the judicial. Some documents referred to highly placed officials and the meaning of that expression was no clearer than the words “responsible government official” ».

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 82. La version anglaise du commentaire indique ce qui suit : « the provision concerning the official position of a defendant could not be applied in the same way to major and minor war criminals ».

¹⁶¹ *Ibid.*, « Draft text to be submitted to governments in application of article 16 (g) and (h) of the statute of the International Law Commission », sect. II, commentaire du paragraphe 3 de l’article premier. La version anglaise du commentaire indique ce qui suit : « the simple soldier would not be criminally responsible under international law ... It would go beyond any logic to consider a mere soldier as criminally responsible for an action which has been decided and directed by the authorities of a State ». La Commission du droit international a souscrit à ce point de vue dans son rapport sur l’adoption du projet de code en première lecture, en particulier dans le commentaire du paragraphe 4 de l’article 2, où, au sujet de la question de la complicité, elle a également affirmé : « il n’est pas proposé de stipuler que toute personne contribuant, dans l’exercice normal de ses fonctions, à la perpétration de crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité pourrait, pour cette unique raison, être considérée comme complice de tels crimes. Il ne peut être question de punir, en tant que complice d’un tel crime, l’ensemble des membres des forces armées d’un État ou des travailleurs de l’industrie de guerre » [« it is not intended to stipulate that all those contributing, in the normal exercise of their duties, to the perpetration of offences against the peace and security of mankind could, on that ground alone, be considered as accomplices in such crimes. There can be no question of punishing as accomplices in such an offence all the members of the armed forces of a State or the workers in war industries. »]. S’il est vrai que ces commentaires concernent manifestement la pertinence de la situation hiérarchique d’une personne au regard de sa responsabilité pénale, ils présentent un intérêt pour le présent sujet, car ils affirment qu’une distinction peut être établie entre un « responsible government official » et d’autres personnes accomplissant des actes au nom de l’État, en exécution de décisions prises par d’autres. Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1951, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.57.V.7. vol. II), « Report of the International Law Commission to the General Assembly », par. 59, commentaire du paragraphe 12 de l’article 2.

visait « ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir »¹⁶². Quoiqu'il en soit, la Commission ne propose, dans son commentaire du projet de code, aucune définition des « autorités de l'État ».

c) Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996

102. Dans plusieurs dispositions du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996, la Commission vise des personnes qui appartiendraient à chacune des catégories définies dans le présent rapport. La disposition la plus importante à cet égard est l'article 7 qui prévoit, aux fins d'établir la responsabilité pénale individuelle résultant de la commission des crimes définis dans le Code, que la « qualité officielle de l'auteur d'un crime [est indifférente] ... même s'il a agi en qualité de chef de l'État ou de gouvernement ». En outre, dans les commentaires des articles 2, 4, 5 et 16, la Commission se réfère également, de différentes manières, aux diverses catégories de personnes examinées dans le présent rapport.

103. Lorsqu'elle définit la responsabilité individuelle et distingue celle-ci de la responsabilité de l'État, la Commission fait référence à « l'agent de l'État », ainsi qu'à l'individu ayant agi « pour le compte de l'État », « au nom de l'État » ou même « en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal »¹⁶³, et elle insiste particulièrement sur le fait que « l'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'État et qui se servent de leurs pouvoirs de commandement et des moyens qu'ils procurent pour commettre ce crime »¹⁶⁴. Les commentaires contiennent aussi des références aux individus qui « occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire »¹⁶⁵, à la « hiérarchie gouvernementale ou [] la chaîne de commandement militaire »¹⁶⁶ et aux « hauts fonctionnaires de l'administration et [] chefs militaires »¹⁶⁷. La Commission ne présente cependant dans aucun des commentaires une définition ou une liste des personnes auxquelles s'appliquent ces catégories. À cet égard, si la Commission ne précise pas, dans le commentaire de l'article 7, en quoi consiste la « qualité officielle de l'auteur d'un crime » mentionnée dans l'article, elle apporte toutefois des indications sur ce concept en faisant état des « personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques » et qui peuvent « invoquer la souveraineté de l'État »¹⁶⁸, des « personnes occupant les plus hautes fonctions officielles et ayant, de ce fait, les plus grands pouvoirs de

¹⁶² Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1954, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.59.V.6, vol. II « Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind », seconde partie, chap. XIV, sect. C.

¹⁶³ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II, deuxième partie [publication des Nations Unies, numéro de vente : E.98.V.9 (deuxième partie)], chap. II, sect. D, commentaire de l'article 2, par. 4. Les mêmes termes sont soulignés par la Commission dans le commentaire de l'article 4.

¹⁶⁴ Ibid., commentaire du paragraphe 5 de l'article 2. Voir également le commentaire de l'article 16.

¹⁶⁵ Ibid., commentaire du paragraphe 1 de l'article 5.

¹⁶⁶ Ibid., commentaire du paragraphe 2 de l'article 5.

¹⁶⁷ Ibid., commentaires du paragraphe 14 de l'article 2 et du paragraphe 3 de l'article 5.

¹⁶⁸ Ibid., commentaire du paragraphe 1 de l'article 7.

décision »¹⁶⁹ et des personnes qui prétendent « que les faits constitutifs du crime entraînent dans le cadre de l'exercice de [leurs] fonctions »¹⁷⁰.

104. Il découle de ces références que les personnes dont il est question dans les dispositions susmentionnées du projet de code ont un lien avec l'État (elles sont des agents de l'État, des représentants de l'État ou des officiers ou agissent au nom ou pour le compte de l'État) et exercent une forme ou une autre d'autorité gouvernementale, notamment au plus haut niveau. Ces qualités sont particulièrement pertinentes pour poser les critères permettant de définir le « représentant de l'État » aux fins du présent sujet.

105. Il convient enfin de relever que la Commission n'a pas non plus utilisé de termes précis pour désigner ces personnes, à l'exception du « chef d'État ». En ce qui concerne les autres personnes, elle se borne à mentionner, à l'article 7, leur « qualité officielle » ou à faire référence, dans les commentaires des articles, aux « hauts fonctionnaires de l'administration » et aux « chefs militaires », à l'exercice des « plus hautes fonctions officielles » ou à l'occupation de « postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire ».

d) Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

106. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁷¹ contient plusieurs dispositions pertinentes aux fins du présent rapport, tout particulièrement les articles du chapitre II de la première partie, qui concernent l'attribution à l'État du comportement de personnes ou d'entités. L'intérêt de ces dispositions tient à ce qu'elles visent différentes catégories de personnes (ou d'entités) qui agissent au nom ou pour le compte de l'État et auxquelles s'applique par conséquent le concept de « représentant de l'État » analysé dans le présent rapport.

107. Il convient à cet égard de relever que les articles 4 et 5 du projet d'articles se rapportent à deux catégories distinctes, définies respectivement comme les « organes de l'État » et les personnes ou entités « exerçant des prérogatives de puissance publique », sans pour autant être des organes de l'État. Aux termes du projet d'article 4, un organe de l'État est toute personne ou entité qui « exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'[elle] occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État » (par. 1). Cette personne ou entité doit en outre avoir le « statut [d'un organe de l'État] d'après le droit interne de l'État » (par. 2). Le projet d'article 5 vise les « personne[s] ou entité[s] qui ne [sont] pas des organe[s] de l'État au titre de l'article 4, mais qui [sont] habilitée[s] par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique ». Bien que les projets d'articles 4 et 5 concernent tant les personnes que les entités, seule la référence aux personnes est à prendre en considération pour définir le concept de représentant de l'État aux fins du présent rapport.

¹⁶⁹ Ibid., commentaire du paragraphe 5 de l'article 7.

¹⁷⁰ Ibid., commentaire du paragraphe 6 de l'article 7.

¹⁷¹ A/56/10 et Corr.1, par. 76.

108. Les commentaires des projets d'articles du chapitre II de la première partie contiennent également des éléments intéressants. Ainsi, le commentaire introductif du chapitre II pose la règle générale en matière d'attribution de la responsabilité, selon laquelle « le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses organes de gouvernement ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État »¹⁷². Le comportement d'un organe de l'État est attribuable à l'État « quel que soit le niveau de l'administration ou du gouvernement auquel ce comportement intervient »¹⁷³, ce qui signifie qu'il peut y avoir en pratique une diversité de personnes ou de représentants de l'État qui agissent en qualité d'agents de l'État. Pour que le comportement soit attribué à l'État, la condition essentielle est que le représentant de l'État doit avoir agi en qualité d'organe de l'État, quelles qu'aient pu être ses motivations propres. De surcroît, ce qui compte n'est pas la fonction qu'exerce l'agent au sein de l'appareil d'État mais le fait qu'il assume « des fonctions publiques » et exerce « des prérogatives de puissance publique »¹⁷⁴. En ce qui concerne le concept de représentant de l'État, le commentaire de cette disposition établit clairement que même le comportement de subordonnés, si ces derniers ont agi en leur qualité officielle, peut être attribué à l'État. Comme l'indique la Commission dans son commentaire du projet d'article 7, la question essentielle est celle de savoir « si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle »¹⁷⁵.

109. En outre, considérant le champ de l'exercice de la puissance publique, la Commission fait observer dans son commentaire de l'article 5 que le terme « publique » est nécessairement imprécis. En vue de le définir, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État »¹⁷⁶. En droit interne, le lien entre l'État et la personne exerçant des prérogatives de puissance publique peut prendre diverses formes. En droit international, il importe principalement que l'acte accompli soit considéré comme un acte officiel de « puissance publique ». Même des organes ou des agents agissant de facto peuvent exercer cette autorité s'ils « exercent en fait des prérogatives de puissance publique, en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives » (art. 9).

110. Ainsi, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite contient des éléments qui sont d'une aide appréciable pour déterminer les critères permettant de définir le concept de « représentant de l'État » aux fins du présent sujet, à savoir : a) l'existence d'un lien, qui peut prendre différentes formes, entre la personne considérée et l'État; b) le fait que la personne considérée agit au nom de l'État; et c) la condition selon laquelle la personne considérée doit exercer des fonctions officielles et des prérogatives de puissance publique.

¹⁷² Ibid., par. 77, première partie, commentaire introductif du chapitre II, par. 2.

¹⁷³ Ibid., commentaire introductif du chapitre II, par. 5.

¹⁷⁴ Ibid., commentaire introductif du chapitre II, par. 6.

¹⁷⁵ Ibid., commentaire du projet d'article 7, par. 7.

¹⁷⁶ Ibid., commentaire du projet d'article 5, par. 6.

5. Conclusions

111. Sur la base de l'examen de la pratique qui précède, nous pouvons tirer un certain nombre de conclusions aux fins d'établir les critères permettant de déterminer ce qui constitue un représentant de l'État aux fins du présent projet d'articles, à savoir :

a) Le représentant de l'État a un lien avec l'État. Ce lien peut prendre plusieurs formes (constitutionnelle, légale ou contractuelle) et il peut être temporaire ou permanent. Il peut être *de jure* ou *de facto*;

b) Le représentant de l'État agit en cette qualité sur le plan international ou exerce des fonctions officielles au double plan international et interne;

c) Le représentant de l'État exerce des prérogatives de puissance publique, agissant au nom de l'État. La puissance publique inclut les fonctions exécutives, législatives et judiciaires.

112. Ces critères s'appliquent tant aux représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae* (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) qu'à ceux qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* (tous les autres). Toutefois, ils sont particulièrement pertinents dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, étant donné qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des catégories de personnes auxquelles celle-ci s'applique. En conséquence, afin d'établir si une personne donnée est un représentant de l'État, il faut déterminer au cas par cas si tous les critères sont remplis.

C. Terminologie

113. Le deuxième élément à envisager aux fins du sujet a trait aux termes désignant les personnes concernées par l'immunité. Comme on l'a déjà indiqué plus haut, cette question, essentiellement terminologique, va au-delà de la simple préférence linguistique pour tel ou tel mot. En substance, le choix des termes suit deux critères : a) l'acception retenue doit être suffisamment large pour englober toutes les personnes concernées; et b) la pratique établie de la Commission du droit international doit être prise en compte. À ces deux critères, il faudrait en ajouter un troisième : le terme retenu doit être facile à comprendre – sans ambiguïté aucune – par les fonctionnaires nationaux responsables de l'application des règles régissant l'immunité, notamment les juges, procureurs, avocats et autres responsables de l'application des lois. Il convient de garder à l'esprit que ces fonctionnaires, spécialisés dans leurs domaines de compétence juridiques respectifs, sont naturellement amenés à « raisonner » suivant les catégories et les termes utilisés dans leur propre droit interne. En conséquence, le choix de mots ici doit être guidé par l'intérêt d'utiliser des termes qui ne peuvent en aucun cas induire en erreur, notamment dans le cas de termes qui ont un sens différent selon les pays et dont l'emploi pourrait avoir un fâcheux effet de préjuger la manière dont la portée subjective de l'immunité est interprétée.

114. Dans cette optique, il convient de souligner premièrement que l'analyse de la pratique qui précède fait ressortir l'absence d'uniformité dans l'utilisation d'un ou plusieurs termes pour désigner les mêmes personnes. À l'exception de l'emploi clair et uniforme d'expressions comme « chef d'État », « chef de gouvernement » et « ministre des affaires étrangères », force est de constater que tant la jurisprudence

que les conventions examinées, voire la doctrine, utilisent différents termes pour désigner la catégorie des personnes visées dans le présent rapport. Qui plus est, il n'est pas toujours possible d'expliquer chaque fois pourquoi tel terme est employé et non tel autre.

115. Ainsi, s'agissant des seuls traités, on constate que la terminologie suivante est utilisée en français, les termes correspondants en anglais et en espagnol étant indiqués :

- a) Agent diplomatique (« diplomatic agent »/« funcionario diplomático »)¹⁷⁷;
- b) Agent diplomatique (« diplomatic agent »/« agente diplomático »)¹⁷⁸;
- c) Personnel diplomatique (« diplomatic staff »/« personal diplomático »)¹⁷⁹;
- d) Fonctionnaire consulaire (« consular officer »/« funcionario consular »)¹⁸⁰;
- e) Employé consulaire (« consular employee »/« empleado consular »)¹⁸¹;
- f) Agent consulaire (« consular agent »/« agente consular »)¹⁸²;
- g) Mandataire de l'État d'envoi (« agent of the sending State »/« agente del Estado »)¹⁸³;
- h) Personnel administratif et technique, personnel de service (« administrative and technical staff », « service staff »/« personal administrativo y técnico » et « personal de servicio »)¹⁸⁴;
- i) Représentants (« representatives »/« representantes »), de manière générale¹⁸⁵;
- j) Représentant (« representative »/« representante »), dans le cadre des missions spéciales¹⁸⁶;
- k) Représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle (« representative or official »/« representante, funcionario o personalidad oficial »)¹⁸⁷;
- l) Personnalités de rang élevé (« persons of high rank »/« personalidades de rango elevado »)¹⁸⁸;

¹⁷⁷ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁸⁰ Convention de Vienne sur les relations consulaires.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁸⁵ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

¹⁸⁶ Convention sur les missions spéciales.

¹⁸⁷ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques.

¹⁸⁸ Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

- m) Organes de gouvernement (« organs of government »/« órganos de gobierno »); cette catégorie comprend les chefs d'État et de gouvernement¹⁸⁹;
- n) Gouvernants, fonctionnaires (« constitutionally responsible rulers, public officials »/« gobernantes y funcionarios »)¹⁹⁰;
- o) Agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel (« public official or other person acting in an official capacity »/« funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas »)¹⁹¹;
- p) Supérieur ou autorité publique (« superior officer or a public authority »/« funcionario superior o autoridad pública »)¹⁹²;
- q) Agent public (« public official »/« funcionario público ») et agent public étranger (« foreign public official »/« funcionario público extranjero »)¹⁹³;
- r) Fonctionnaires (« civil servants »/« empleados públicos »)¹⁹⁴;
- s) Fonctionnaire, officiel gouvernemental ou serviteur public (« public official, government official or public servant »/« funcionario público, oficial gubernamental o servidor público »)¹⁹⁵;
- t) Agent public (« public official »/« agente público »)¹⁹⁶;
- u) Qualité officielle (« official capacity »/« cargo oficial »)¹⁹⁷.

116. Comme on peut le voir, les termes employés sont non seulement très variés, mais ils ne correspondent pas toujours aux termes utilisés en anglais et en espagnol.

117. Deuxièmement, à l'analyse des travaux de la Commission du droit international qui n'ont pas été pris en compte dans les traités, on retrouve les termes suivants :

- a) Chef d'État ou de gouvernement (« responsible government official »/« autoridad del Estado »)¹⁹⁸;
- b) Qualité officielle (« official position »/« carácter oficial »)¹⁹⁹;
- c) Agent de l'État (« agent of the State »/« agente del Estado »)²⁰⁰;

¹⁸⁹ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

¹⁹⁰ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

¹⁹¹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Convention des Nations Unies contre la corruption.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Convention interaméricaine contre la corruption.

¹⁹⁶ Convention pénale sur la corruption (Convention n° 173 du Conseil de l'Europe).

¹⁹⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Cette expression couvre le chef de l'État (« Head of State »/« Jefe de Estado »), le chef du Gouvernement (« Head of Government »/« Jefe de gobierno »), un membre du gouvernement (« member of government »/« miembro de un gobierno »), un membre du Parlement (« member of parliament »/« parlamentario »), un représentant élu (« elected representative »/« representante elegido ») et un agent de l'État (« government official »/« funcionario de gobierno »).

¹⁹⁸ Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, et Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1954).

¹⁹⁹ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996).

²⁰⁰ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) (commentaires).

d) Hauts fonctionnaires de l'administration ou chefs militaires (« high level government officials or military commanders »/« funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel ») et hauts fonctionnaires de l'administration et chefs militaires (« senior government officials and military commanders »/« funcionarios y jefes militares »)²⁰¹;

e) Organe de l'État (« State organ »/« órgano del Estado »)²⁰²;

f) Personne qui exerce des prérogatives de puissance publique (« person exercising governmental authority »/« persona que ejerce atribuciones del poder público »)²⁰³.

118. Comme s'agissant des traités, il convient de souligner la diversité des termes utilisés et le fait qu'ils ne correspondent pas toujours à la terminologie utilisée dans les deux autres langues.

119. Par conséquent, on peut conclure qu'il n'y a pas de terme utilisé de manière uniforme et constante pour désigner la catégorie de personnes visées dans le présent rapport. De surcroît, les termes utilisés ne renvoient pas toujours à l'ensemble des personnes qui pourraient, selon les critères décrits plus haut, être rangées dans cette catégorie. Au contraire, certains des termes figurant dans les deux paragraphes ci-dessus ne renvoient souvent qu'à une seule catégorie de personnes, à l'exclusion de celles qui répondraient à la définition de bénéficiaire de l'immunité *ratione personae*. Compte tenu de ce qui précède et des débats antérieurs de la Commission ainsi que de la façon dont cette dernière elle-même utilise ces termes dans ses travaux, nous estimons qu'il importe de nous arrêter sur les termes résultant de l'intitulé même du sujet, c'est-à-dire « représentant » en français, « official » en anglais et « funcionario » en espagnol; de même que sur les termes « organe » (« organ » en anglais et « órgano » en espagnol) et « agent » (« agent » en anglais et « agente » en espagnol). Nous étudierons brièvement ci-après ces termes, dont la définition est tirée de dictionnaires généraux et de dictionnaires juridiques, pour déterminer s'ils conviennent.

1. « Funcionario »

120. D'après le *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua, le terme espagnol « funcionario » (fonctionnaire) s'entend généralement de toute « personne titulaire d'une charge publique », bien qu'en Argentine, en Équateur et en Uruguay, il puisse également désigner « tout fonctionnaire de haut rang, notamment dans la hiérarchie de l'État »²⁰⁴. Ces deux acceptions ne sont pas fondamentalement différentes. Par ailleurs, selon divers dictionnaires juridiques, le terme « fonctionnaire » s'entend de toute « personne qui s'acquitte de fonctions relevant de l'administration et est au service de l'État, ayant volontairement pris place dans l'organisation de l'État et gagnant ainsi sa vie »²⁰⁵, « de toute personne

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española de la Lengua, 22^e éd., Madrid, Espasa, 2001. On y lit : « persona que desempeña un empleo público »; et « empleado jerárquico, particularmente en el estatal ».

²⁰⁵ *Gran Diccionario Jurídico DVE*, J. Rosell et P. Castells, éd. Barcelone, De Vecchi, 1991. On y lit : « la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida ».

au service de l'administration publique et qui exerce une activité professionnelle rémunérée, régie par le droit administratif »²⁰⁶, « de toute personne qui exerce des fonctions publiques et est au service de l'État, ayant volontairement pris place dans l'organisation de l'État »²⁰⁷, et « de toute personne investie d'une charge officielle » ou qui « exerce des fonctions publiques, est investie d'une mission de service public, qu'elle ait été élue ou nommée par l'autorité compétente »²⁰⁸. Quoiqu'il en soit, il convient de préciser que dans les pays de langue espagnole, le terme « funcionario » ne désigne pas en général le chef de l'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou d'autres ministres, ni même, d'ailleurs, d'autres hauts responsables politiques. On utilise plus couramment le terme « mandatorio » ou « dignatario » dans le cas du premier groupe et « alto cargo » ou « alto funcionario » pour les autres. En outre, ce terme ne désigne pas non plus les parlementaires, qui sont appelés « representantes », ni, quoique dans une moindre mesure, les personnes qui exercent des fonctions judiciaires, alors même qu'elles ont généralement qualité de fonctionnaire, au sens administratif du terme.

121. On traduit généralement « funcionario » par « fonctionnaire » en français et par « officer », « official », « civil servant » ou « public servant » en anglais²⁰⁹.

122. S'agissant du terme « fonctionnaire », on trouve la définition suivante dans les dictionnaires généraux : « un agent public qui, nommé dans un emploi permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État », ou « titulaire d'une fonction publique »²¹⁰, et « personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans le cadre d'une administration publique »²¹¹. Selon les dictionnaires juridiques, est « fonctionnaire » tout « agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie »²¹² ou toute « personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie », tel que régi, de par cette définition, par le droit administratif²¹³. D'après le *Dictionnaire de droit international public*, le fonctionnaire, synonyme d'agent de l'État s'entend de toute « personne nommée pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement »²¹⁴.

²⁰⁶ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1991. On y lit : « aquellas personas incorporadas a la administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo ».

²⁰⁷ *Diccionario de Derecho*, 2^e éd., L. Ribó Durán, éd., Barcelona, Bosch, 1995. On y lit : « la persona que realiza funciones públicas y está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo ».

²⁰⁸ *Diccionario de Términos Jurídicos*, 2^e éd., I. Rivera García, éd., Orford, New Hampshire, Equity Publishing, 1985. On y lit : « aquel que ha sido investido con la autoridad de un cargo », et « que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente ».

²⁰⁹ *Diccionario Jurídico en Cuatro Idiomas*, Le Docte, éd., Anvers, Maklu Uitgevers, 1987.

²¹⁰ *Le Larousse* (www.larousse.fr/dictionnaires/français).

²¹¹ *Le Grand Robert* (<http://gr.bvdep.com>).

²¹² *Vocabulaire juridique*, G. Cornu et al., éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1987.

²¹³ *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

²¹⁴ *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon et al., éd., Bruxelles, Bruylant, 2001.

123. En outre, on retiendra que le terme anglais « official », sur lequel nous reviendrons, a une acception plus large que le terme « fonctionnaire » ou « funcionario », bien que dans certains cas, il puisse avoir la même signification. On notera également qu'à l'expression espagnole « funcionario » peut également correspondre l'expression « civil servant », dont la portée plus limitée renvoie à une catégorie de personnes appartenant à la « fonction publique », définie comme suit : « la fonction publique est l'ensemble des fonctionnaires [...] ayant pour mission d'administrer l'État [...] sous le contrôle et la direction des ministres. [...] Les fonctionnaires ne doivent pas leur emploi à telle ou telle allégeance politique; les activités politiques auxquelles ils peuvent participer sont limitées et ils conservent leur poste par-delà les changements de gouvernement »²¹⁵.

2. « Représentant »

124. Selon dans les dictionnaires généraux, le terme français « représentant » s'entend de toute « personne qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu'un »²¹⁶ et de toute « personne qui représente, qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un », une « personne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l'exercer en son nom », de toute « personne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d'un pouvoir (surtout du pouvoir législatif) » ou de toute « personne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d'un autre »²¹⁷. D'après le *Vocabulaire juridique* est « représentant » tout « organe d'une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe »²¹⁸, ce terme étant utilisé dans le domaine des relations internationales pour désigner plus spécifiquement les représentants diplomatiques et les représentants auprès d'une organisation internationale. Définissant le terme « gouvernant », le même dictionnaire confère aux représentants un sens proche : « terme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l'ensemble des représentants, dépositaires ou titulaires du pouvoir public »²¹⁹. Le *Dictionnaire de droit international* définit le représentant comme toute « personne physique dûment investie du pouvoir de parler, d'agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d'un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d'engager ce sujet de droit ». La définition précise que « ce terme s'applique

²¹⁵ *The New Oxford Companion to Law*, P. Cane et J. Conaghan, édés., Oxford, Oxford University Press, 2008. On y lit : « The civil service is the body of officials ... whose task it is to administer the government ... under the control and direction of Ministers. ... Civil servants do not owe their employment to political allegiance; they are restricted as to the political activities in which they may engage, and remain in post notwithstanding changes of government ». L'explication ci-après est également intéressante : « This fundamental division among the personnel of central government, often recognized in foreign constitutions in a distinction between "government" and "administration", is in the United Kingdom essentially a matter of politics, not law. In law, both Ministers and civil servants are "servants of the Crown" ». (« Cette division fondamentale entre le personnel de l'État central, souvent exprimée dans les constitutions étrangères dans la distinction entre « gouvernement » et « administration », est, au Royaume-Uni, essentiellement une question de politique et non de droit. En droit, les ministres tout comme les fonctionnaires sont « serviteurs de la Couronne »).

²¹⁶ *Le Larousse* (www.larousse.fr/dictionnaire/francais). Le dictionnaire donne comme synonymes les mots « agent » et « mandataire ».

²¹⁷ *Le Grand Robert* (<http://gr.bvdep.com>).

²¹⁸ *Vocabulaire juridique*, op. cit.

²¹⁹ *Ibid.*

notamment aux agents diplomatiques [...] ainsi qu'aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d'une organisation internationale » et est « utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d'éviter l'emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission »²²⁰. On notera également que ce dictionnaire définit le terme « représentativité (ou caractère représentatif) » comme le « caractère d'un organe ou d'une personne qui apparaît comme l'image ou le symbole de la nation qu'il incarne. Tel est un des caractères attribués encore aujourd'hui aux chefs d'État »²²¹.

125. Le terme « représentant » se traduit d'ordinaire en espagnol par « representante » et en anglais par « representative »²²², parfois aussi par « agent »²²³.

126. En espagnol, le mot « representante » est défini de manière générale dans le *Diccionario de la lengua española* comme celui « qui représente », la « personne qui représente une communauté »²²⁴. Les dictionnaires juridiques ne sont guère plus explicites : ils ne définissent généralement pas ce terme mais seulement celui de « représentation », comme un ensemble « de personnes qui représentent une entité, une collectivité, une entreprise ou un gouvernement »²²⁵; ou comme « le mécanisme permettant à une personne de charger une autre personne, le représentant, d'exprimer sa volonté avec effet juridique »²²⁶. Enfin, certains dictionnaires se bornent à définir l'expression « représentation politique » au sens du seul droit constitutionnel, comme la « relation existant entre le peuple et les personnes qui agissent en son nom, constituant la volonté du corps politique »²²⁷.

127. Selon les dictionnaires généraux, le terme anglais « representative » s'entend de toute « personne choisie ou nommée pour agir ou parler au nom d'une ou plusieurs autres, en particulier [...] pour prendre la parole et agir au nom d'autres personnes dans une assemblée législative ou un organe délibérant » ou « du délégué qui participe à une conférence, à des négociations, à une audience, etc. aux fins d'y représenter les intérêts d'une autre personne ou d'un groupe »²²⁸. Le *Black's Law Dictionary* le définit simplement comme « celui qui représente un autre ou agit en son nom », renvoyant également à la notion d'agent (« agent »)²²⁹.

²²⁰ *Dictionnaire de droit international public*, op. cit.

²²¹ Ibid.

²²² *Dictionnaire de termes juridiques en quatre langues*, op. cit.

²²³ *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Paris, BMS, 2004.

²²⁴ *Diccionario de la lengua española*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « [aque]l que representa »; « Persona que representa a [...] [una] comunidad ».

²²⁵ *Diccionario de términos jurídicos*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « [conjunto] de personas que representan a una entidad, colectividad, corporación o Gobierno ».

²²⁶ *Gran diccionario jurídico DVE*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « la institución jurídica que posibilita la actuación de una persona, llamada representado, por medio de otra, llamada representante, que manifiesta una voluntad en nombre de la primera con eficacia jurídica ».

²²⁷ *Diccionario jurídico Espasa*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « relación existente entre el pueblo y las personas que actúan en su nombre formando la voluntad del cuerpo político ».

²²⁸ Voir www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : « a person chosen or appointed to act or to speak for another or others, in particular [...] a person chosen or elected to speak and to act on behalf of others in a legislative assembly or deliberative body », « a delegate who attends a conference, negotiations, legal hearing, etc., so as to represent the interest of another person or group ».

²²⁹ *Black's Law Dictionary* (B. A. Garner, dir.), 9^e éd., St. Paul, West, 2009. La définition en anglais est la suivante : « one who stand for or acts on behalf of another ».

3. « Official »

128. Le terme « official » s'entend de « [toute] personne exerçant un mandat public ou des fonctions publiques, en particulier comme représentant d'une organisation ou d'un ministère »²³⁰. Selon le *Black's Law Dictionary*, c'est « [celui] qui exerce un mandat public ou en est investi; la personne choisie ou nommée pour exercer certains des pouvoirs souverains d'un gouvernement, appelée également fonctionnaire public »²³¹. Ces définitions diffèrent de celles de « civil service » et « civil servant » : « les branches administratives de l'État » et « le corps de personnes employées par ces branches-fonctionnaires publics »²³² et « un membre de la fonction publique »²³³, et correspondraient davantage au concept de fonctionnaire, examiné précédemment.

129. Le terme « official » se traduit habituellement en espagnol par « funcionario »²³⁴ ou « responsable »²³⁵ et en français par « fonctionnaire »²³⁶ mais il ressort de ce qui précède que pour notre présent propos, ces significations ne sont ni équivalentes ni interchangeables.

4. « Agente »

130. Selon le *Diccionario de la lengua española*, est « agente » toute « personne agissant sous pouvoir d'autrui » (en espagnol « persona que obra con poder de otro »). D'après les dictionnaires juridiques, il s'entend de toute « personne qui agit, opère et exécute au nom et avec le pouvoir d'autrui », le terme « agencia del Gobierno » (« agence de l'État ») s'entendant d'« une entité subordonnée au souverain, investie d'une mission publique »²³⁷. D'autres dictionnaires juridiques le définissent comme « la personne agissant ou intervenant au nom d'autrui avec des

²³⁰ Voir www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : « a person holding public office or having official duties, especially as a representative of an organization or government department ».

²³¹ *Black's Law Dictionary*, op. cit. La définition en anglais est la suivante : « one who holds or is invested with a public office; a person elected or appointed to carry out some portion of a government's sovereign powers. Also termed public official ». Ce même dictionnaire juridique définit le terme « officer » comme « une personne exerçant un mandat de confiance, d'autorité ou de commandement. Dans les affaires publiques, ce terme désigne en particulier la personne exerçant un mandat public au service d'un gouvernement national, étatique ou local, autorisée par ce gouvernement à exercer une fonction précise ». La définition en anglais est la suivante : « a person who holds an office of trust, authority, or command. In public affairs, the term refers especially to a person holding public office under a national, State, or local government, and authorized by that government to exercise some specific function ».

²³² Ibid. La définition en anglais est la suivante : « the administrative branches of a government » et « the group of people employed by these branches - civil servant ».

²³³ Voir www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : « a member of the civil service ».

²³⁴ *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary* (S. M. Kaplan), 4^e éd., Wolters Kluwer, 2013.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ *Dictionnaire de l'anglais juridique*, op. cit.

²³⁷ *Diccionario de términos jurídicos*, op. cit. Les définitions en espagnol sont les suivantes : « persona que actúa, opera y ejecuta a nombre y con poder de otra » et « agencia del Gobierno » : « una criatura subordinada al soberano creada para llevar a cabo una función gubernamental ».

pouvoirs prévus pour une fin déterminée »²³⁸ ou renvoient simplement au concept d'organes administratifs comme équivalent²³⁹. Enfin, dans un dictionnaire juridique, la seule mention de ce terme vise l'agent diplomatique²⁴⁰.

131. Selon les dictionnaires généraux, le terme français « agent » s'entend de toute « personne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, État...) » ou de tout « employé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire »²⁴¹, ou encore de toute « personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit » et a comme synonyme « fonctionnaire »²⁴². D'après les dictionnaires juridiques, est agent « toute personne au service d'une administration publique, en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de représentant »²⁴³, « tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif »²⁴⁴ ou toute « personne recrutée par l'État, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions » et « chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'État que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes »²⁴⁵. Dans tous les cas, ces définitions envisagent l'« agent » essentiellement du point de vue du droit administratif de l'État. Cependant, les dictionnaires juridiques parlent également d'agent dans le domaine du droit international. De ce point de vue, il est intéressant de noter le sens que lui donne le *Dictionnaire de droit international public* : « personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargée par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées [...]; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires [...]; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique [...] » et « en matière de responsabilité internationale : organes de l'État ou de l'organisation internationale »²⁴⁶.

132. En anglais, le terme « agent » s'entend généralement de « toute personne agissant au nom d'une autre »²⁴⁷ et juridiquement, de tout « employé ou représentant d'un organe de l'État »²⁴⁸ (« government agent ») ou de « toute personne nommée pour traiter publiquement de questions relevant de l'administration de l'État ou de la

²³⁸ *Gran diccionario jurídico DVE*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « la persona que obra o interviene en nombre de otro, con facultades para conseguir un fin determinado ».

²³⁹ *Diccionario de Derecho*, op. cit.

²⁴⁰ *Diccionario jurídico Espasa*, op. cit.

²⁴¹ *Le Larousse* (www.larousse.fr/dictionnaire/francais). Sont donnés comme synonymes les mots « émissaire », « mandataire » et « représentant ».

²⁴² *Le Grand Robert* (<http://gr.bvdep.com>).

²⁴³ *Vocabulaire juridique*, op. cit.

²⁴⁴ *Lexique des termes juridiques*, op. cit.

²⁴⁵ *Dictionnaire de droit international public*, op. cit.

²⁴⁶ *Ibid.* Le *Vocabulaire juridique* (op. cit.) lui donne une définition similaire : « terme parfois utilisé dans les documents diplomatiques pour désigner une personne chargée d'une mission par un gouvernement, par exemple d'établir des relations officielles avec un autre gouvernement ».

²⁴⁷ Voir www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : « a person who acts on behalf of another ».

²⁴⁸ *Black's Law Dictionary*, op. cit. La définition en anglais est la suivante : « an employee or representative of a governmental body ».

chose publique »²⁴⁹ (« public agent »). En outre, selon le *Black's Law Dictionary*, le terme « public power » s'entend « du pouvoir dont est investie une personne en qualité d'« agent » ou de démembrement de l'État », étant entendu que les pouvoirs publics « se décomposent en diverses formes de pouvoir législatif, judiciaire et exécutive »²⁵⁰.

5. « Órgano »

133. Selon la Real Academia Española, on entend par « órgano » toute « personne ou tout ensemble de personnes représentant une organisation ou une personne morale aux compétences déterminées »²⁵¹. Selon les dictionnaires juridiques, le terme « órgano administrativo » s'entend de « toute personne exerçant une fonction publique »²⁵². Cette définition générique englobe toutes les catégories d'organes, qu'ils agissent à titre représentatif ou honorifique ou à titre rémunéré dans le cadre d'une carrière professionnelle dans l'administration; qu'ils aient le pouvoir de commander et jouissent de prérogatives d'honneur et de dignité (autorités) ou exécutent simplement les décisions d'autrui; ou exercent leurs fonctions à titre permanent ou temporaire.

134. Les dictionnaires généraux entendent le terme français « organe » de « ce qui sert d'intermédiaire, de porte-parole » et de toute « institution chargée de faire fonctionner certains services de l'État »²⁵³. Selon les dictionnaires juridiques, le terme « organe » s'entend au sens large de toute « personne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée »²⁵⁴. Le *Dictionnaire de droit international public* le définit comme une « personne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions », terme « appliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimer sa volonté dans les relations internationales. Par exemple : organes des relations extérieures : chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc. », et « dans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État »²⁵⁵. Notons que le *Dictionnaire de droit international public* définit le chef de l'État comme « organe suprême » et le chef de gouvernement comme « organe supérieur » de l'État²⁵⁶.

135. Enfin, notons que selon le *Oxford English Dictionary*, le terme anglais « organ » s'entend de « toute personne, de tout ensemble de personnes ou d'une

²⁴⁹ Ibid. La définition en anglais est la suivante : « a person appointed to act for the public in matters pertaining to governmental administration or public business ».

²⁵⁰ Ibid. La définition en anglais est la suivante : « a power vested in a person as an agent or instrument of the functions of the state »; les pouvoirs publics « comprise the various forms of legislative, judicial, and executive authority ».

²⁵¹ *Diccionario de la lengua española*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « persona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado ».

²⁵² *Diccionario de Derecho*, op. cit., et *Gran diccionario jurídico DVE*, op. cit. La définition en espagnol est la suivante : « las personas que desempeñan un oficio público ».

²⁵³ *Le Larousse* (www.larousse.fr/dictionnaire/francais). La seconde définition se retrouve à l'identique dans *Le Grand Robert*.

²⁵⁴ *Vocabulaire juridique*, op. cit.

²⁵⁵ *Dictionnaire de droit international public*, op. cit.

²⁵⁶ Ibid.

chose servant à atteindre un but ou à exercer une fonction »²⁵⁷. Il n'est pas défini dans les dictionnaires juridiques consultés.

6. Conclusions

136. De l'analyse terminologique qui précède, on est conduit à conclure d'abord que les mots « funcionario », « official » et « représentant » n'ont pas le même sens. Comme nous l'avions indiqué au départ, ces termes n'ont pas un sens uniforme ou équivalent et ne peuvent donc pas être employés indifféremment dans les différentes versions linguistiques du projet d'articles.

137. De ces trois mots, seul le terme « official » semble pouvoir être utilisé dans un sens large permettant de l'appliquer globalement à toutes les catégories de personnes couvertes par l'immunité de juridiction pénale. En effet, ses équivalents espagnol et français (« funcionario » et « fonctionnaire ») ne paraissent pas offrir la même souplesse.

138. On relèvera par ailleurs que les termes « funcionario » et « fonctionnaire » sont étroitement liés au système administratif qui opère une nette distinction entre, d'une part, le gouvernement et, d'autre part, l'administration au sens de bureaucratie permanente au service de l'État en général et du gouvernement en particulier. Dans un tel système, les fonctionnaires au sens strict désignent les personnes qui ont un lien permanent avec l'administration et y servent l'État mais ne se livrent à aucune activité de nature politique et n'exercent généralement pas de fonctions représentatives, à la différence des membres du gouvernement au sens large de ce terme. Cela étant, il ne semble pas que « funcionario » et « fonctionnaire » soient les termes qui conviennent le mieux pour désigner collectivement toutes les personnes objet du présent rapport.

139. Par ailleurs, le terme « représentant » et ses équivalents dans les deux autres langues mettent l'accent sur la qualité représentative des personnes ainsi qualifiées. En conséquence, on doit se demander si ce mot est bien le plus propre à désigner l'ensemble des catégories de personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère, du chef de l'État aux juges, en passant par les responsables militaires ou les fonctionnaires de police, pour ne citer que quelques-uns. Cette question revêt un intérêt particulier aux fins du sujet, la CDI ayant considéré que les personnes pouvant bénéficier de l'immunité étaient soit celles qui représentent l'État soit celles qui accomplissent des fonctions publiques. À ce propos, il convient de s'arrêter sur la nécessité de distinguer entre la qualité représentative d'une personne et la possibilité que ses actes soient considérés comme accomplis « à titre officiel » ou comme attribuables à l'État. Dans le cas du chef de l'État, du chef de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, la qualité représentative est régie par des règles spéciales de droit international. En revanche, dans le cas des personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, il n'est pas évident que toutes aient en soi qualité représentative, cette qualité étant régie par les règles de droit interne qui leur confèrent leurs compétences et attributions et qui constituent le fondement juridique de l'accomplissement des actes à raison desquels l'immunité de juridiction pénale pourrait être invoquée. Autrement dit, il ne semble pas que le terme « représentant »

²⁵⁷ *Oxford English Dictionary* (www.oed.com). La définition en anglais est la suivante : « a person, body of people, or thing by which some purpose is carried out or some function is performed ».

soit le plus idoine pour désigner collectivement l'ensemble des personnes objet du présent rapport.

140. Les instruments internationaux n'emploient pas toujours un seul et même terme pour désigner telle ou telle catégorie de personnes. Il ne faut en effet pas oublier la souplesse indispensable que le multilinguisme impose s'agissant de la rédaction des textes juridiques internationaux. Néanmoins, on observera également que la Commission elle-même a été amenée, dans divers projets d'articles, à employer une terminologie différente pour désigner les mêmes catégories de personnes. Cela étant, comme il ressort de l'analyse des termes énumérés aux paragraphes 115 et 117 plus haut, on a tendance à employer toujours un ou plusieurs termes assez semblables pour désigner les mêmes catégories de personnes dans tel ou tel instrument.

141. Selon nous, il conviendrait de retenir la même solution dans le cas du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère et, partant, d'envisager d'employer dans toutes les versions linguistiques les expressions « agent de l'État » ou « organe de l'État ». Ces deux termes présentent l'avantage d'être très usités dans la pratique internationale pour désigner toute personne ayant un lien avec l'État et agissant en son nom et pour son compte. Au surplus, à cause de l'acception large que l'on donne généralement, semble-t-il, à ces deux expressions, on peut les employer pour désigner globalement aussi bien les personnes qui représentent l'État sur le plan international que celles qui exercent des fonctions supposant l'exercice de la puissance publique. Enfin, ces deux termes ont déjà été utilisés dans les conventions examinées ainsi que par la CDI. On notera toutefois que cette dernière a choisi d'employer le mot « organe » à l'occasion de deux sujets qui, au-delà des différences de fond et de méthode, entretiennent un certain rapport avec l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Même si, dans ces deux cas, le terme « organe » renvoie à des personnes et des entités, rien n'empêche de l'utiliser, dans le cadre du présent sujet, exclusivement pour désigner des personnes physiques. L'emploi du terme « organe » présenterait en outre l'avantage de mieux convenir, semble-t-il, pour dénommer le chef d'État et le chef de gouvernement, qui sont rarement désignés par le mot « agent » dans la pratique juridique et diplomatique.

142. Dès lors, le terme « organe » nous paraissant convenir le mieux pour désigner l'ensemble des personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère, nous proposons à la Commission de se prononcer à la présente session sur la dénomination des personnes bénéficiant de cette immunité en modifiant l'intitulé du sujet et en remplaçant dans les projets d'articles déjà approuvés le terme « fonctionnaire » par celui d'« organe ». Toutefois, en attendant que la Commission se prononce sur ce sujet, nous continuerons d'utiliser provisoirement, dans le présent rapport comme dans les projets d'articles qui y figurent, les termes « funcionario » en espagnol, « official » en anglais et « représentant » en français.

D. La notion générale de « représentant » aux fins du projet d'articles

143. Le projet d'article que nous proposons ci-après s'inspire de l'analyse qui précède des critères permettant de définir la notion de représentant de l'État. Il prend en considération l'existence de deux catégories de personnes clairement différenciées suivant l'immunité qui leur est applicable, à savoir l'immunité *ratione personae* ou l'immunité *ratione materiae*. Chacune de ces deux catégories de personnes fait ainsi l'objet d'un alinéa distinct. En outre, la définition proposée prend en compte, dans le second alinéa, les critères de définition de la notion de représentant énumérés plus haut au paragraphe 108.

144. La définition donnée dans le projet d'article renvoyant à toute personne bénéficiant de l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, il convient également de la reproduire dans le projet d'article consacré aux définitions, dont elle constituerait l'alinéa e). Par conséquent, nous proposons d'insérer l'alinéa suivant dans le projet d'article 2 (ancien 3).

Projet d'article 2 (ancien 3)

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

- e) On entend par représentant de l'État :
 - i) Le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères;
 - ii) Toute autre personne qui agit pour le compte et au nom de l'État et le représente ou exerce des prérogatives de puissance publique, que ses fonctions soient législatives, exécutives ou judiciaires et quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État.

E. Portée subjective de l'immunité *ratione materiae*

145. Comme nous l'avons indiqué plus haut aux paragraphes 12 et 13, la détermination des personnes auxquelles s'applique l'immunité *ratione materiae* constitue l'un des critères normatifs de ce type d'immunité de juridiction pénale. Le premier critère d'identification de ces personnes est celui du lien avec l'État qui justifie de leur accorder une immunité de juridiction pénale dans l'intérêt de l'État, le but étant d'en protéger les prérogatives souveraines. Ce lien avec l'État est par conséquent un élément central de la définition de la notion de représentant.

146. Ce lien a un rapport avec la notion d'« acte accompli à titre officiel », qui constitue le second élément normatif de l'immunité *ratione materiae*, mais ne peut s'y réduire ou se confondre avec elle. Par contre, pour définir la portée subjective de ce type d'immunité, la mention du lien avec l'État doit se limiter au constat que l'intéressé peut agir au nom et pour le compte de l'État et remplir des fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, pour définir la notion de représentant aux fins de l'immunité *ratione materiae*, nous avons fait abstraction du contenu concret de l'acte accompli par la personne. Nous nous intéresserons ainsi à ce contenu qui est lié à la notion et aux limites de l'« acte accompli à titre officiel » dans notre prochain rapport. Bref, l'existence d'un lien

entre le bénéficiaire de l'immunité *ratione materiae* et l'État doit s'entendre de ceci que l'intéressé a qualité pour accomplir des actes supposant l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Que l'acte concret réalisé par le représentant bénéficie ou non de ladite immunité dépendra de la présence ou non des autres critères normatifs, à savoir : l'acte en question peut être qualifié d'« acte accompli à titre officiel » et son auteur l'a accompli alors qu'il était représentant de l'État.

147. Cette précision est d'autant importante que, dans la pratique hétérogène des États, il existe des personnes qui ont un lien formel avec l'État sans être investies de fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Sans rechercher l'exhaustivité, on peut citer les médecins, les professeurs, les conducteurs de transports en commun publics, les agents de l'administration ou certains agents de certaines administrations nationales qui ont le statut de fonctionnaire mais dont on ne peut pas considérer – en règle générale et sur le fondement de ce simple lien avec l'État – qu'ils exercent des prérogatives de puissance publique. Sur ce point, rappelons que si l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État dans le but de garantir la souveraineté de l'État, elle ne peut être accordée qu'aux personnes qui ont qualité pour exercer des prérogatives de cette souveraineté, autrement dit des prérogatives de puissance publique.

148. La Commission du droit international a déjà traité de la notion de prérogatives de puissance publique sans pour autant en donner une définition. Néanmoins, lors de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle a employé cette expression à plusieurs reprises et donné, dans les commentaires des articles correspondants, quelques exemples isolés de ce que l'on peut entendre par puissance publique, à savoir les fonctions de police²⁵⁸, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire ou des pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine²⁵⁹. L'absence de définition de la notion de « prérogatives de puissance publique » peut s'expliquer par la diversité des cas susceptibles de surgir dans la pratique et qui appellent une analyse au cas par cas. Aussi, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées [...], les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle [le titulaire des prérogatives] doit rendre compte de leur exercice à l'État²⁶⁰ ». Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que la notion de « prérogatives de puissance publique » doit s'entendre au sens large comme englobant l'exercice de prérogatives législatives, judiciaires et exécutives.

149. En tout état de cause, l'élément déterminant pour définir le terme « représentant » aux fins de l'immunité *ratione materiae* est le fait que, de par les attributions qui lui sont conférées par le droit interne, l'intéressé puisse exercer des prérogatives de puissance publique. Par conséquent, le rang hiérarchique du représentant n'est pas en soi un élément suffisant pour conclure que telle personne

²⁵⁸ Voir A/56/10 et Corr.1, par. 77, al. 6 du commentaire introductif du chapitre II du projet d'articles et al. 5 du commentaire du projet d'article 5.

²⁵⁹ Ibid., al. 2 du commentaire du projet d'article 5.

²⁶⁰ Ibid., al. 6 du commentaire du projet d'article 5. La Commission a affirmé à cette occasion que « ce qui est considéré comme "public" relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions ».

est représentant de l'État aux fins du sujet. Il ressort de la pratique examinée plus haut que l'immunité *ratione materiae* est généralement invoquée en faveur de représentants de rang supérieur ou intermédiaire et qu'elle ne l'est que très rarement en faveur de personnes de rang subalterne. Cette pratique vient confirmer ce que nous avons dit précédemment, les représentants de rang supérieur ou intermédiaire étant, dans la majorité des cas, ceux qui sont investis de l'exercice de fonctions propres à la puissance publique. On ne peut cependant exclure à première vue que des personnes de rang subalterne puissent exercer ces mêmes prérogatives en certaines circonstances. En définitive, l'existence d'un lien avec l'État plaçant une personne en position de pouvoir exercer des prérogatives de puissance publique ne dépend pas forcément de critères formels tels que le rang hiérarchique ou le statut juridique du poste occupé ou de la charge exercée. Au contraire, le poids à accorder à ces éléments formels pour savoir si telle personne peut exercer des prérogatives de la puissance publique s'apprécie au regard de chaque espèce et requiert un examen au cas par cas. Bref, on ne saurait conclure que toute personne ayant un lien avec l'État permettant de la qualifier de représentant au sens large bénéficie nécessairement de l'immunité *ratione materiae*, ni davantage que seuls les représentants de rang supérieur peuvent y prétendre.

150. Enfin, il convient de tenir compte du fait que, comme la CDI l'a déjà indiqué, l'ancien chef d'État, l'ancien chef de gouvernement et l'ancien ministre des affaires étrangères sont également susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*²⁶¹. Par conséquent, ces personnes doivent entrer dans le champ d'application de cette immunité, toutes ayant eu au cours de leur mandat un lien avec l'État leur donnant qualité pour exercer des prérogatives de puissance publique.

151. Compte tenu de ce qui précède, nous proposons le projet d'article ci-après, inspiré du projet d'article sur la portée subjective de l'immunité *ratione personae* approuvé par la Commission en 2013 :

Troisième partie

Immunité *ratione materiae*

Projet d'article 5

Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*

Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

IV. Futur programme de travail

152. Dans notre prochain rapport, nous achèverons l'analyse des autres critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, à savoir la notion d'« acte accompli à titre officiel » et la portée temporelle de l'immunité. Par ailleurs, nous envisagerons les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Nous aurons ainsi achevé l'étude des aspects substantiels de l'immunité, avant d'entamer l'étude de ses aspects procéduraux dans un rapport ultérieur.

²⁶¹ Voir l'alinéa 3 du projet d'article 4 ainsi que le commentaire dudit article, en particulier son alinéa 7 (A/68/10, par. 48 et 49).

Annexe

Projets d'articles proposés

Projet d'article 2 (ancien projet d'article 3)

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

- e) On entend par représentant de l'État :
 - i) Le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères;
 - ii) Toute autre personne qui agit pour le compte et au nom de l'État et le représente ou exerce des prérogatives de puissance publique, que ses fonctions soient législatives, exécutives ou judiciaires et quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État.

Troisième partie

Immunité *ratione materiae*

Projet d'article 5

Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*

Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.
