



# Assemblée générale

Distr. générale  
10 juin 2010  
Français  
Original : russe

## Commission du droit international

Soixante-deuxième session

Genève, 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2010

### Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère

Par Roman Anatolevich Kolodkin, Rapporteur spécial

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1–16	2
II. Portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État .	17–94	9
A. Considérations préliminaires .....	17–20	9
B. Immunité <i>ratione materiae</i> .....	21–34	12
C. Immunité <i>ratione personae</i> .....	35–37	21
D. Actes de l'État du for auxquels fait obstacle l'immunité des agents de l'État	38–51	23
E. Champ d'application territoriale de l'immunité .....	52–53	29
F. Existe-t-il des exceptions à la règle consacrant l'immunité? .....	54–93	31
1. Considérations préliminaires .....	54–55	31
2. Fondements des exceptions à l'immunité .....	56–89	33
3. Conclusions à propos des exceptions .....	90–93	60
G. Résumé .....	94	61

\* Nouveau tirage pour raisons techniques (15 février 2011).



## I. Introduction

1. C'est à sa cinquante-huitième session (2006) que la Commission du droit international (ci-après « La Commission ») avait inscrit le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » à son programme de travail à long terme, sur la base d'une proposition élaborée par l'auteur du présent rapport<sup>1</sup>. À sa cinquante-neuvième session (2007), elle décidait de l'inscrire à son programme de travail en cours<sup>2</sup>. À la même session, elle nommait un rapporteur spécial pour le sujet<sup>3</sup> et priait le Secrétariat d'y consacrer une étude<sup>4</sup>.

2. À sa soixantième session, la Commission était saisie d'un rapport préliminaire (plus précisément, de la première partie et du début de la deuxième partie de ce rapport)<sup>5</sup> et d'un memorandum du Secrétariat sur le sujet<sup>6</sup>.

3. La première partie et le début de la deuxième partie du rapport préliminaire contenaient un bref historique des travaux de la Commission et de l'Institut de droit international (ci-après « l'Institut »), sur la question de l'immunité de juridiction des représentants de l'État, ainsi que la série des questions que la Commission pourrait examiner dans la phase préliminaire de ses travaux, parmi lesquelles les sources de cette immunité, les notions d'« immunité », de « juridiction », de « juridiction pénale » et d'« immunité de juridiction pénale » et la relation entre l'immunité et la juridiction, la typologie de l'immunité des représentants de l'État (immunité *ratione personae* et *ratione materiae*) et le fondement de l'immunité des représentants de l'État et les rapports entre cette immunité et l'immunité des États, l'immunité diplomatique et consulaire et l'immunité des membres des missions spéciales<sup>7</sup>.

4. De plus, la partie du rapport préliminaire présentée à la soixantième session de la Commission énumérait les questions que le Rapporteur spécial jugeait nécessaires d'examiner pour déterminer le champ du sujet, autrement dit la question de savoir si tous les représentants de l'État ou certains d'entre eux seulement (par exemple, les seuls chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) devaient être visés par les projets de principes directeurs ou d'articles que la Commission pourrait élaborer à l'issue de l'examen du sujet, la question de la définition de la notion de « représentant de l'État », celle de la reconnaissance dans le contexte du sujet à l'étude et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État<sup>8</sup>.

5. Le Rapporteur spécial estimait aussi qu'il faudrait, pour déterminer le champ du sujet, examiner la question de l'étendue de l'immunité dont devaient bénéficier les représentants et anciens représentants de l'État auxquels s'appliqueraient les

<sup>1</sup> Voir l'annexe A du Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 257.

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 376.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., par. 386.

<sup>5</sup> Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, A/CN.4/601 (ci-après « Rapport préliminaire »).

<sup>6</sup> A/CN.4/596 et Corr.1 (ci-après « memorandum du Secrétariat »).

<sup>7</sup> Rapport préliminaire, par. 27 à 101.

<sup>8</sup> Ibid., par. 125 à 129.

projets ultérieurs de principes directeurs ou d'articles et celle de la levée de l'immunité (et, le cas échéant, d'autres aspects procéduraux de l'immunité)<sup>9</sup>.

6. Les conclusions que le Rapporteur spécial a tirées de l'analyse contenue dans ce qu'il a présenté de son rapport préliminaire figurent aux paragraphes 102 et 130 du document correspondant<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ibid., par. 4.

<sup>10</sup> « 102. [...] a) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouve sa source principale dans le droit international, en particulier le droit international coutumier;

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

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

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

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

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

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

h) Les actes accomplis par un représentant de l'État en sa qualité officielle sont attribués à l'État. Ce représentant est par conséquent protégé contre la juridiction pénale de l'État étranger par une immunité *ratione materiae*. Cela n'exclut cependant pas que ces actes puissent être imputés à la personne qui les a commis;

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

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

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

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

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

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

7. Ces conclusions ayant dans l'ensemble été favorablement accueillies par la Commission, le Rapporteur spécial pouvait, dans sa déclaration finale, faire état, en particulier, d'un large consensus sur les points suivants :

- a) L'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère trouve sa source principale dans le droit international coutumier;
- b) La notion d'« immunité » implique un rapport juridique ayant pour corollaire l'existence de droits et des obligations correspondantes;
- c) L'immunité est de nature procédurale;
- d) L'immunité devant la juridiction pénale étrangère recouvre l'immunité de juridiction exécutive et judiciaire, à l'exclusion de l'immunité de juridiction législative;
- e) La question de l'immunité se pose dès la phase précontentieuse de la procédure judiciaire;
- f) La distinction entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae* est utile aux fins de l'analyse;
- g) Les questions d'immunité devant la juridiction pénale internationale n'entrent pas dans le champ du sujet;
- h) Pour déterminer quelles sont les catégories de personnes auxquelles le sujet s'applique, il convient d'examiner le statut de tous les représentants de l'État;
- i) Il convient d'employer le terme « représentant de l'État » avec précision et d'en donner une définition;
- j) L'immunité *ratione personae* s'applique au moins aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères.

8. Au cours de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixantième session à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en 2008, de nombreuses délégations ont pris la parole sur le sujet à l'étude<sup>11</sup>.

9. Lorsque la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné en 2009 le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante et unième session, un certain nombre de délégations ont souligné dans leurs interventions qu'il importait de continuer à s'occuper de la question<sup>12</sup>, alors même que, comme le Rapporteur spécial n'avait pas présenté la suite de son rapport préliminaire, la Commission

---

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

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

<sup>11</sup> Voir le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session* (2008). Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-troisième session. A/CN.4/606, p. 19 à 22.

<sup>12</sup> Voir en particulier les interventions des délégations de l'Autriche et de l'Afrique du Sud faites le 26 octobre 2009 (A/C.6/64/SR.15, par. 30, 69 et 70), de la Hongrie et du Portugal, le 27 octobre 2009 (A/C.6/64/SR.16, par. 35 et 41) et du Ghana et de la Libye, le 28 octobre 2009 (A/C.6/64/SR.17, par. 6 et 16).

n'avait pas examiné le sujet à sa soixante et unième session. La délégation sud-africaine, en particulier, a insisté sur la portée que celui-ci revêtait à la lumière du débat en cours sur l'existence d'une compétence universelle de la juridiction nationale et désigné les questions auxquelles, selon elle, la Commission devrait répondre<sup>13</sup>.

10. La question de l'immunité a été au cœur aussi bien du débat entre l'Union africaine et l'Union européenne sur la compétence universelle en matière pénale – qui a débouché sur l'établissement d'un rapport d'experts<sup>14</sup> – que de l'examen de la question de la compétence universelle en matière pénale auquel la Sixième Commission de l'Assemblée générale a procédé en 2009<sup>15</sup>.

11. Dans la période qui a suivi l'examen du Rapport préliminaire, la Cour internationale de Justice a été saisie de plusieurs affaires présentant plus ou moins de rapports avec le sujet, à savoir les affaires relatives à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (*Belgique c. Sénégal*)<sup>16</sup> et aux immunités juridictionnelles de l'État (*Allemagne c. Italie*)<sup>17</sup>, respectivement. Quant à l'affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*), qui concerne également des questions d'immunité devant la juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État, elle est toujours pendante devant la Cour<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Parmi les questions dont la Commission était saisie, le représentant de l'Afrique du Sud s'est demandé notamment si les ministres des affaires étrangères et autres hauts responsables jouissaient de la pleine immunité en droit international coutumier, si cette immunité était applicable en cas de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, si elle était limitée dans le temps et, dans l'affirmative, si la limite était identique pour toutes les catégories de représentants de l'État, et quelle conséquence aurait pour l'immunité le fait que les crimes susmentionnés pouvaient être rattachés à la catégorie des crimes du *jus cogens*. La délégation sud-africaine s'est également intéressée à la question du rapport entre l'immunité et le pouvoir des autorités nationales de faire arrêter de hauts représentants en vertu d'un mandat d'arrêt décerné par un tribunal international. Voir l'intervention du représentant de l'Afrique du Sud à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, le 26 octobre 2009, A/C.6/64/SR.15, par. 69 et 70.

<sup>14</sup> Voir le rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc Union africaine-Union européenne sur le principe de compétence universelle, Conseil de l'Union européenne, document 8672/1/09 Rev.1, 16 avril 2009 (ci-après, « le rapport du Groupe d'experts Union africaine-Union européenne »).

<sup>15</sup> Voir les interventions faites les 20 et 21 octobre 2009 par les délégations de la Tunisie, de l'Iran (République islamique d'), du Costa Rica, du Swaziland, de l'Afrique du Sud, de la Chine, du Pérou, de l'Autriche, de la Finlande, du Soudan, de l'Indonésie, de la Fédération de Russie, du Liechtenstein, du Rwanda, du Sénégal et de l'Éthiopie (A/C.6/64/SR.12 et 13). Les délégations ont souligné tout particulièrement le lien entre la notion de compétence universelle et les normes du droit international relatives à l'immunité de l'État et de ses représentants, en insistant sur la nécessité d'adopter une démarche équilibrée pour régler la question de la responsabilité des personnes coupables d'un crime de droit international.

<sup>16</sup> Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (*Belgique c. Sénégal*) (disponible sur le site : <http://www.icj-cij.org>).

<sup>17</sup> Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (*Allemagne c. Italie*) (disponible sur le site : <http://www.icj-cij.org>).

<sup>18</sup> Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*) (disponible sur le site : <http://www.icj-cij.org>).

12. Dans la période qui a suivi l'examen du rapport préliminaire, ces questions ont été examinées à plusieurs reprises par des juridictions nationales<sup>19</sup>.

13. Récemment, les gouvernements ont exprimé leurs vues à diverses reprises, que ce soit dans le cadre des débats sur la compétence universelle évoqués plus haut, à l'occasion de l'examen des questions relatives à l'immunité des représentants d'États étrangers devant les juridictions nationales ou d'affaires portées devant la Cour internationale de Justice, ou dans d'autres circonstances où intervenait l'immunité de juridiction étrangère<sup>20</sup>. Certains États ont également modifié leur législation<sup>21</sup>.

14. Après la publication du mémorandum du Secrétariat et du rapport préliminaire, l'Institut de droit international a adopté en 2009 une résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux<sup>22</sup>. De nouveaux

<sup>19</sup> En novembre 2008, Rose Kabuye, Directrice du protocole du Président rwandais, a été arrêtée à Francfort (Allemagne) en vertu d'un mandat d'arrêt décerné par un juge français, pour complicité dans l'assassinat en 1994 de l'ancien Président du Rwanda, qui avait marqué le début d'un bain de sang dans ce pays. En mars 2009, elle était libérée et placée sous contrôle judiciaire (BBC News, 23 décembre 2008, <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/7797024.stm>) et, d'après la presse, l'affaire a par la suite été classée (*The New Times*, <http://www.newtimes.co.rw/index.php?issue=14030&article=20425>). En décembre 2009, le tribunal de première instance (Magistrate's Court) de Westminster a émis un mandat d'arrêt à l'encontre de Tzipi Livni, Chef de l'opposition israélienne, accusée de crimes de guerre à Gaza. À l'époque des faits qui lui sont reprochés, Tzipi Livni occupait le poste de Ministre des affaires étrangères d'Israël. Le mandat fut rapidement retiré, selon les médias, après qu'il eut été établi que l'intéressée ne se trouvait pas sur le territoire britannique (*The Guardian*, 15 décembre 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/tzipi-livni-arrest-warrant-israeli>). Peu de temps auparavant, des poursuites avaient été engagées en Grande-Bretagne contre Ehud Barak, Ministre israélien de la défense, avant d'être abandonnées, ce dernier ayant bénéficié de l'immunité diplomatique (*The Guardian*, 29 septembre 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel>). Au cours de la période 2008-2009, une enquête a été ouverte en Espagne sur des allégations de crimes contre l'humanité et de génocide commis au Tibet par des fonctionnaires et responsables politiques chinois de haut rang (notamment l'ancien Président de la République populaire de Chine, Jiang Zemin, et le Ministre de la défense, Liang Guanglie). Ces affaires ont été classées sans suite après que des modifications de la législation espagnole eurent limité le champ d'application de la « compétence universelle ». (*El País*, 27 février 2010, [http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidio/Tibet/elpepuesp/20100227elpepinac\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidio/Tibet/elpepuesp/20100227elpepinac_7/Tes)). En décembre 2009, un mandat d'arrêt était également décerné en Argentine à l'encontre de Jiang Zemin et de Luo Gan, Directeur des services de sécurité, pour les persécutions exercées contre le mouvement Falun Gong, assimilées à un crime contre l'humanité (« Argentina judge asks China arrests over Falun Gong », 22 février 2010, <http://www.reuters.com/assets>).

<sup>20</sup> Voir *supra*, notes 12 et 15. De hauts représentants de la Grande-Bretagne et d'Israël se sont exprimés sur le mandat d'arrêt délivré à Londres contre Tzipi Livni. Voir également les procès-verbaux d'audience de la Cour internationale de Justice sur les mesures conservatoires prises dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (Procédure orale, 6-8 avril 2009. Disponible sur le site : <http://www.icj-cij.org>).

<sup>21</sup> Des modifications ont ainsi été apportées à la législation espagnole régissant l'exercice de la compétence universelle qui exige à présent l'existence d'un lien entre l'État espagnol et l'affaire examinée (« Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain's Universal Jurisdiction », [www.cja.org/artcile.php?id=740&printsafe=1](http://www.cja.org/artcile.php?id=740&printsafe=1); *The New York Times*, 21 mai 2009 ([www.nytimes.com](http://www.nytimes.com))).

<sup>22</sup> Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux (Institut de droit international, Naples, session de 2009). (Disponible à l'adresse suivante : [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)) (ci-après « résolution de l'Institut-2009 »).

travaux ont par ailleurs été publiés sur le sujet<sup>23</sup>.

15. Les faits sont importants pour l'examen du sujet à la Commission. Si nous voulons que nos travaux débouchent sur des résultats réalistes, il nous faut partir de faits réels et ne pas prendre nos désirs pour des réalités. L'ouvrage intitulé *Prosecuting Heads of State*<sup>24</sup>, qui contient des données factuelles très intéressantes pour l'examen du sujet, révèle que durant la période écoulée de 1990 à juin 2008, au moins 67 chefs d'État ou de gouvernement ont fait l'objet de tentatives de poursuites pénales devant diverses juridictions, dont 65 devant des juridictions nationales. Près d'une dizaine de ces 65 affaires concernaient d'anciens chefs d'État ou de gouvernement d'États étrangers : anciens dirigeants argentins poursuivis en Espagne (5 affaires), en Italie et en Allemagne (1 affaire), chilien en Espagne (1 affaire), tchadien au Sénégal et en Belgique (1 affaire) et surinamais aux Pays-Bas (1 affaire)<sup>25</sup>. Ces données ne sont sans doute pas exhaustives. On peut y ajouter, à tout le moins, les récentes mises en accusation de l'ancien Président chinois en Espagne<sup>26</sup> et en Argentine<sup>27</sup>, ainsi que les affaires citées dans le rapport préliminaire<sup>28</sup>. Dans l'écrasante majorité des cas, ces tentatives de mise en jeu de la responsabilité pénale d'anciens chefs d'État ou de gouvernement et d'anciens représentants moins haut placés de l'État<sup>29</sup> ont échoué. Les faits parlent d'eux-mêmes.

<sup>23</sup> Par exemple, K. R. O'Donnell, « Note: *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?* », *Boston Univ. Int'l Law Journal* 375 (2008); M. M. Penrose « The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law », 7 *Santa Clara J. Int'l L.* 85 (2010); *Prosecuting Heads of State*, ed. by E. I. Lutz and C. Reiger, Cambridge Univ. Press, 2009; G. Buzzini, « Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case », *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), p. 455-483; Th. Rensmann, « Impact on the Immunity of States and their Officials » in *The impact of human rights law on general international law*, Oxford Univ. Press, 2009, p. 151-170; A. J. Colangelo, « Universal jurisdiction as an international "false conflict" of laws », 30 *Mich. J. Int'l L.* 881 (2008-2009), p. 885-925; N. Roht-Arriaza, « Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala », 9 *Chi. J. Int'l L.* 79 (2008-2009), p. 79-106; M. Summers, « Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in *Congo v. Belgium* », 16 *Mich. St. J. Int'l L.* 473 (2007-2008), p. 459-473; K. Ambos, « Prosecuting Guantanamo in Europe: can and shall the masterminds of the "torture memos" be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction? », 42 *Case W. Res. J. Int'l L.* 405 (2009) p. 405-447; W. Kaleck, « From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe, 1998-2008 », 30 *Mich. J. Int'l L.* 927 (2008-2009), p. 927-980; M. Alderton, « Immunity for Heads of State acting in their private capacity—Thor Shipping A/S V The Ship 'Al Duhail' », *ICLQ* vol. 58, juillet 2009, p. 702-711; K. Gallagher, « Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 1087-1116.

<sup>24</sup> *Prosecuting Heads of State*, op. cit., *supra*, note 23.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Voir *supra*, note 19.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Voir le Rapport préliminaire, note 219 par exemple.

<sup>29</sup> Au nombre des tentatives qui n'ont pas abouti figurent par exemple les poursuites engagées en France et en Allemagne contre Donald Rumsfeld, Ministre de la défense des États-Unis, (« French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case », Reuters, 23.11.2007 ([www.reuters.com/article/idUSL238169520071123](http://www.reuters.com/article/idUSL238169520071123)); K. Gallagher, *supra*, note 23, p. 1109-1112). Une autre affaire qui a fait grand bruit est celle dite « Bush Six » (qui concerne six

16. D'un côté, les juridictions nationales continuent à essayer de poursuivre de hauts représentants étrangers, de l'autre, ces tentatives émanent d'un nombre très réduit d'États, visent presque exclusivement des représentants qui ne sont plus en exercice et n'aboutissent que lorsque l'État national de la personne mise en cause donne son consentement à l'exercice de la compétence universelle, ce qui est extrêmement rare. Les seuls exemples récents sont, semble-t-il, celui du Tchad, qui a consenti à ce que des poursuites pénales soient engagées au Sénégal contre son ancien Président, Hissène Habré<sup>30</sup>, et de l'Argentine, qui a autorisé l'Espagne à poursuivre Adolfo Scilingo, ancien officier de l'armée (condamné pour des crimes contre l'humanité commis pendant la « Guerre sale » des années 76 à 83)<sup>31</sup>. On notera que, jusqu'à présent, la compétence universelle ne s'est concrétisée que dans les cas où l'État intéressé y avait consenti<sup>32</sup>. Le plus souvent, les États réagissent négativement lorsqu'un pays tente d'exercer sa compétence pénale à l'égard de leur chef d'État ou de gouvernement – même lorsqu'il n'est plus en exercice – ou de hauts fonctionnaires. Si l'État national de la personne visée refuse de coopérer, il est quasiment impossible de mener une poursuite pénale digne de ce nom et juridiquement valable. La plupart du temps, ces tentatives n'aboutissent donc qu'à une dégradation des relations interétatiques<sup>33</sup>.

---

fonctionnaires de haut rang de l'Administration Bush, dont les anciens Ministre de la justice et Vice-Ministre de la défense en Espagne (ibid.). En janvier 2010, à l'encontre de la recommandation du Procureur général espagnol, la Cour centrale d'instruction numéro cinq de l'Audience nationale (Madrid) a confirmé la compétence de l'Espagne en l'espèce et autorisé la poursuite de la procédure engagée contre les hauts fonctionnaires américains (à savoir une action privée intentée par une série d'organisations non gouvernementales espagnoles de défense des droits agissant pour le compte de particuliers victimes de torture ou autres traitements cruels et dégradants infligés par des militaires américains; la compétence de l'Espagne dans cette affaire a été confirmée, malgré les restrictions imposées en 2009 à l'exercice de la compétence universelle dans le pays, la Cour ayant estimé suffisant le fait que l'une des victimes fût de nationalité espagnole).

<sup>30</sup> Il convient de noter que, d'une part, les tribunaux sénégalais ont confirmé l'immunité de l'ancien chef d'État alors que le Tchad la lui avait refusée et que, d'autre part, le Sénégal s'est appuyé sur la décision de l'Union africaine pour établir sa compétence pénale en la matière (Voir : Decision on the Hissene Habre case and the African Union Doc. Assembly/AU/3 (VII), 2 juillet 2006, Assembly/AU/Dec.127 (VII), disponible à l'adresse : <http://www.african-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/summit.htm>). Voir également : *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance, 28 mai 2009 (disponible sur le site : [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

<sup>31</sup> « Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser », IPS Inter Press Service, 18 avril 2005 (<http://ipsnews.net>).

<sup>32</sup> Chandra Lekha Sriram, The « Pinochet Precedent »: A Mixed Legacy for Human Rights, Jurist Legal News and Research, <http://jurist.law.pitt.edu>.

<sup>33</sup> La menace d'arrestation dont Tzipi Livni faisait l'objet a entraîné l'annulation d'une série de visites de hauts représentants israéliens en Grande-Bretagne et la détérioration des relations entre les deux pays, laquelle a suscité un certain nombre de publications et de déclarations de la part de personnages officiels (« Israel's fury at UK's Livni warrant », BBC News, 15 décembre 2009, <http://news.bbc.co.uk>). La Chine a exprimé son indignation devant les décisions prises en Espagne et en Argentine à l'encontre de ses anciens dirigeants (*The New York Times*, 6 juin 2006, [www.nytimes.com/2006/06/06/world/europe/06iht-briefs.1904656.html?scp=1&sq=China%20warns%20Spain%20over%20Tibet&st=cse](http://www.nytimes.com/2006/06/06/world/europe/06iht-briefs.1904656.html?scp=1&sq=China%20warns%20Spain%20over%20Tibet&st=cse); *Voice of America News*, 24 décembre 2009, [www1.voanews.com/english/news/asia/China-Criticizes-Argentina-for-Arrest-Request-of-Jiang-Zemin-Support-of-Falun-Gong--80053822.html](http://www1.voanews.com/english/news/asia/China-Criticizes-Argentina-for-Arrest-Request-of-Jiang-Zemin-Support-of-Falun-Gong--80053822.html)). Les efforts de la Belgique pour obtenir l'arrestation du Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo ont



## II. Portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

### A. Considérations préliminaires

17. En guise de point de départ pour l'examen des questions relatives à la portée de l'immunité, il convient de rappeler quelques dispositions énoncées dans la première partie du rapport préliminaire. On notera en particulier les conclusions importantes présentées aux alinéas e) à j) du paragraphe 102, auxquelles ont abouti les analyses figurant aux paragraphes 56 à 59, 64 à 70 et 84 à 96 et qui sont reproduites ci-après :

- « L'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État est une règle de droit international et correspond au rapport juridique selon lequel le droit de la personne [...] de ne pas être soumise à la juridiction étrangère fait pendant à l'obligation souscrite par l'État étranger de ne pas exercer sa juridiction sur cette personne [...] »<sup>34</sup>;
- « Il s'agit [...] [l'immunité de juridiction pénale] [...] d'une immunité des mesures de procédure pénale ou du procès pénal [, et non d'une immunité du droit substantiel de l'État étranger] »;
- « [L'immunité] [...] fait obstacle à la responsabilité pénale, sans toutefois l'exclure en principe. »;
- « Les actes accomplis par un représentant de l'État en sa qualité officielle sont attribués à l'État. Ce représentant est par conséquent protégé contre la juridiction pénale de l'État étranger par une immunité *ratione materiae*. Cela

---

entraîné un litige interétatique qui a été porté devant la Cour internationale de Justice (*Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*), disponible sur le site : <http://www.icj-cij.org>). Par ailleurs, la délivrance, en France, de mandats d'arrêt contre un certain nombre d'officiers supérieurs de l'armée rwandaise a entraîné en 2006 la rupture des relations diplomatiques entre les deux pays (*The New York Times*, 24 novembre 2006, [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com)).

<sup>34</sup> Il est évidemment plus exact de parler des droits de l'État au service duquel se trouve ou se trouvait la personne que des droits de la personne. C'est au premier chef un État, et non une personne, qui a le droit d'invoquer l'immunité. Un différend portant sur une violation des droits et obligations découlant de l'immunité survient entre un État qui invoque l'immunité et un État qui exerce sa juridiction. Voir par exemple *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 40 : « [m]algré les changements intervenus dans la situation professionnelle de [M. Yerodia], le caractère du différend dont [la Cour] a été saisie par la requête demeure inchangé : ce différend concerne toujours la licéité du mandat d'arrêt délivré [...] à l'encontre d'une personne qui était alors Ministre des affaires étrangères du Congo, ainsi que la question de savoir si les droits du Congo ont été ou non violés par ce mandat d'arrêt », consultable à l'adresse [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org). Dans l'affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*), le Congo a fondé sa demande en indication de mesures conservatoires sur son « droit au respect par la France des immunités conférées par le droit international [...] au chef de l'État congolais », Mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, par. 28. Voir également le commentaire suivant de Lord Phillips of Worth Matravers : « On s'accorde à reconnaître que le fondement sur lequel repose l'immunité revendiquée est une obligation à l'égard du Chili, et non à l'égard du sénateur Pinochet. L'immunité alléguée est celle du Chili », dans l'affaire *Regina c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (n° 3) (ci-après, « Pinochet III ») (consultable à l'adresse : <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino8.htm>).

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

- « C'est en dernier ressort l'État [...] qui est le garant de [l']immunité [de ses représentants], qu'il s'agisse de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*. »;
- « L'immunité [...] comprend certains éléments interdépendants [...] [notamment] : [...] principes de droit international tels que ceux de l'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États; et nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance de leurs prérogatives par les États »<sup>35</sup>.

18. L'idée selon laquelle l'immunité de juridiction étrangère est la norme, c'est-à-dire une règle générale qui correspond à l'ordre naturel des choses et son absence dans certaines circonstances constitue une exception à cette règle est assez largement admise, même s'il existe un point de vue différent dans la doctrine<sup>36</sup>. Ce qui importe dans le présent contexte, ce n'est pas de savoir si un État doit ou non invoquer l'immunité de son représentant pour que la question de l'immunité soit étudiée ou prise en considération par l'État exerçant sa juridiction (ce sujet sera examiné plus loin dans la section consacrée à la procédure). Si des représentants de haut rang, d'autres représentants en fonctions ou des actes accomplis par d'anciens représentants dans l'exercice de leurs fonctions sont mis en cause, il importe de prouver l'existence d'une exception ou d'une dérogation à la norme susmentionnée, – c'est-à-dire l'absence d'une immunité – et non pas l'existence de cette norme et, partant, l'existence d'une immunité. Sachant que l'immunité trouve son fondement dans le droit international général, on peut démontrer son absence (bien entendu quand l'immunité n'est pas levée dans un cas déterminé) par l'existence d'une norme spéciale ou bien d'une pratique et d'une *opinio juris* attestant que la règle générale a connu ou connaît des exceptions. C'est précisément sur cette base que semble reposer la logique de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*<sup>37</sup>. Il est donc impossible de souscrire à la critique adressée à cet arrêt suivant laquelle, au lieu de prouver l'existence d'une immunité, la Cour a entrepris une étude de la pratique des États, des décisions judiciaires et des traités internationaux, entre autres, pour s'enquérir de l'existence de preuves sur l'absence d'une immunité<sup>38</sup>. La Cour n'était pas non plus tenue de

<sup>35</sup> Rapport préliminaire, par. 102.

<sup>36</sup> Dans le même ordre d'idées, le mémorandum du Secrétariat mentionne, au paragraphe 88, la nécessité d'examiner, en particulier, la question de savoir si le droit international admet des exceptions ou des limitations quelconques à cette immunité. Il est également notable que la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972 et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004 reflètent le principe général de l'immunité de l'État, mais qu'elles énoncent ensuite des dispositions sur des exceptions à ce principe. Pour le point de vue selon lequel l'immunité n'existe pas en tant que règle générale, voir, par exemple, le paragraphe 215 du mémorandum du Secrétariat, note 608.

<sup>37</sup> *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 58.

<sup>38</sup> La juge Van den Wyngaert formule cette critique dans son opinion dissidente dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* (Mandat d'arrêt, arrêt, opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, par. 11, p.143). M. Frulli présente une analyse similaire dans son article. Selon elle, la question de savoir si un ministre des affaires étrangères jouit d'une immunité absolue de juridiction étrangère demeure controversée, alors même que la Cour internationale de Justice « n'a pas fondé correctement ses conclusions sur l'existence de règles de droit coutumier conférant ce type d'immunité absolue aux ministres des affaires étrangères », « [...] elle n'a pas

rechercher des preuves sur l'immunité d'un ministre des affaires étrangères puisqu'elle repose sur une norme en vigueur, selon une opinion prédominante. Elle a recherché des preuves de l'existence d'une norme sur des exceptions à la règle de l'immunité et n'en a pas trouvé.

19. Une autre considération préliminaire qui découle des conclusions citées plus haut est que l'immunité d'un représentant en fonctions ou d'un ancien représentant appartient non pas au représentant mais à l'État. Par exemple, on peut difficilement affirmer qu'un représentant d'un État qui a cessé d'exister jouit d'une immunité<sup>39</sup>.

20. Enfin, la dernière considération préliminaire est la suivante. Pour le moment, le Rapporteur spécial ne voit pas l'utilité d'examiner séparément la question de l'immunité des mesures conservatoires préalables au procès et de l'immunité d'exécution et celle de l'immunité de la juridiction pénale prise dans son ensemble<sup>40</sup>. La juridiction pénale, telle qu'elle a été conçue dès le départ dans la présente étude, englobe la totalité des mesures de procédure pénale qui sont à la disposition des autorités s'agissant d'un représentant d'un État étranger.

---

étayé ses constatations par la pratique des États ni par des preuves de l'existence d'une *opinio juris*, comme elle l'a fait de manière satisfaisante dans des affaires précédentes ». M. Frulli « The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo* Case (14 février 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes », dans *German Law Journal*, vol. 3, n° 3 (2002) par. 3 et 4 (disponible à l'adresse : <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=138>). D. S. Koller met également en doute l'existence de fondements justifiant la reconnaissance de l'immunité « absolue » d'un ministre des affaires étrangères, faisant observer que la Cour internationale de Justice ne produit pas de preuves de l'existence d'une norme correspondante en droit international (« la décision de la Cour n'indique pas clairement pourquoi les fonctions des ministres des affaires étrangères requièrent une telle immunité absolue, en particulier s'agissant de visites privées effectuées dans des pays étrangers. L'immunité dont jouissent les chefs d'État devant les tribunaux étrangers procède de la dignité de l'État, non des fonctions attachées au poste qu'ils occupent. La Cour doit établir une base fonctionnelle pour l'extension d'une telle immunité aux ministres des affaires étrangères ; il n'est cependant pas certain qu'une telle base existe »; D.S.Koller : « Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court », 20 *American University International Law Review* (2004) 7, p. 15).

<sup>39</sup> Voir, par exemple, les décisions de la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire concernant l'ex-dirigeant de la République démocratique allemande (RDA) Honecker (1992) et dans celle concernant des membres du Gouvernement de l'ex-RDA qui ont été reconnus coupables de meurtres (1996), ainsi que la décision de la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire des gardes frontière (1992) (mémoire du Secrétaire, par. 179, note 497).

<sup>40</sup> Dans la résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de 2001 à Vancouver (ci-après dénommée « Résolution de l'Institut de 2001 » et disponible à l'adresse suivante : [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)) une disposition distincte est consacrée à l'immunité d'exécution (par. 1). Toutefois, cette résolution traite non seulement de l'immunité de la juridiction pénale, mais aussi d'autres formes de juridiction. Dans le mémoire du Secrétaire (par. 230), on prête également attention au fait que la distinction est établie quand il est question d'autres formes de juridiction, tout en émettant l'opinion que la distinction entre immunité d'exécution et immunité de juridiction soulève plusieurs questions (en anglais : « specific issues »), et on fait valoir l'opportunité d'envisager une différenciation pour l'immunité d'exécution selon qu'elle intervient avant ou après que le tribunal statue sur le fond (par. 234).

## B. Immunité *ratione materiae*<sup>41</sup>

21. La question de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État qui ne font pas partie de la « triade » a été examinée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*<sup>42</sup>. Il s'agissait de l'immunité du Procureur de la République et du chef de la sécurité nationale de Djibouti. La Cour n'a pas assimilé ces représentants à des personnalités de haut rang qui jouissent de l'immunité *ratione personae*. Elle a noté qu'« il n'exist[ait] en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la Convention de 1969 sur les missions spéciales n'[était] pas applicable en l'espèce »<sup>43</sup>. Constatant ainsi que les intéressés ne jouissaient pas, en l'espèce, d'une immunité personnelle en vertu aussi bien des dispositions générales que de régimes particuliers du droit international, la Cour n'a pas non plus indiqué explicitement qu'ils bénéficiaient d'une immunité fonctionnelle. Par ailleurs, il semblerait, d'après le raisonnement exposé aux paragraphes 195 et 196 de l'arrêt de la Cour que, si Djibouti avait fait savoir en temps voulu à la France que les faits imputés aux personnes considérées, qui faisaient l'objet d'un examen par les autorités françaises, étaient des actes accomplis à titre officiel, c'est-à-dire des actes de l'État djiboutien lui-même et que, en conséquence, les intéressés jouissaient d'une immunité de la juridiction pénale française à raison de ces actes, la question du respect par la France des engagements qui découlent d'une immunité aurait pu se poser. La Cour a même formulé une disposition générale à cet égard en assimilant les représentants de l'État à des organes de celui-ci<sup>44</sup>. Dans le mémorandum du Secrétariat, on cite plusieurs décisions de tribunaux reconnaissant l'immunité de représentants d'États pour des actes officiels<sup>45</sup>. De toute évidence, il existe également un accord dans la doctrine sur la question de la catégorie des personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae* : sont visés tous les représentants de l'État, indépendamment de leur place dans l'organigramme des services de l'État<sup>46</sup>.

22. Si l'on part du principe que les représentants de l'État jouissent *ratione materiae* de l'immunité de juridiction pénale étrangère, il y a plusieurs questions à éclaircir quant à la portée de cette immunité. Il faut déterminer quels actes peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, par opposition à ceux qui revêtent un caractère privé, si cette immunité est une immunité de l'État et si elle est identique à celle-ci pour ce qui est de l'étendue (en particulier, les représentants bénéficient-ils d'une immunité à raison des actes officiels relevant du *jus gestionis*?). Il faut préciser si l'on peut considérer que les actes *ultra vires* et les

<sup>41</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 154 à 212.

<sup>42</sup> Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*), ci-après dénommée « Affaire *Djibouti c. France* », arrêt du 4 juin 2008 (consultable à l'adresse : <http://www.icj-cij.org>).

<sup>43</sup> Voir *Djibouti c. France*, arrêt, par. 194.

<sup>44</sup> « L'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'État du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet État » (ibid., par. 196).

<sup>45</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 169.

<sup>46</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 166 (note 471).

actes illicites ont un caractère officiel et qu'ils sont, en conséquence, couverts par l'immunité *ratione materiae*. Il faut se demander si les représentants jouissent de l'immunité *ratione materiae* à raison des actes accomplis avant leur prise de fonctions, pendant la période d'exercice de leurs fonctions et après la cessation de leurs fonctions. Il faut élucider si l'immunité *ratione materiae* dépend de la nature du séjour à l'étranger de la personne qui en bénéficie, au moment où intervient la décision d'exercer la juridiction pénale étrangère à son encontre. On notera que les représentants dont il est ici question ne jouissent pas de l'immunité *ratione personae*, c'est-à-dire qu'ils ne jouissent pas de l'immunité de juridiction étrangère pour les actes accomplis à titre personnel. Les réponses qui seront données à ces questions vaudront simultanément pour les représentants de haut rang qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*. Par ailleurs, la situation sera ici envisagée sous l'angle du droit général. La question des exceptions possibles sera examinée plus loin.

23. Lors des débats consacrés à l'immunité des représentants de l'État, les parties à l'affaire *Djibouti c. France* sont convenues que, dans l'ensemble, les représentants jouissaient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, c'est-à-dire pour les actes accomplis à titre officiel, ces actes étant attribuables à l'État au service duquel ils se trouvent<sup>47</sup>. Au fond, elles ont identifié cette immunité à l'immunité de l'État<sup>48</sup>. La Cour, elle aussi, semble s'être appuyée sur les mêmes prémisses dans l'arrêt qu'elle a rendu en cette affaire, en indiquant que « soutenir une telle thèse [la nouvelle formulation de la thèse de Djibouti concernant l'immunité fonctionnelle revendiquée pour le Procureur de la République et le chef de la sécurité nationale] revient, en substance, à invoquer l'immunité de l'État djiboutien, dont le Procureur de la République et le chef de la sécurité nationale seraient censés bénéficier »<sup>49</sup>. G. P. Buzzini appelle l'attention sur cette interprétation dans son analyse détaillée de l'arrêt considéré<sup>50</sup>. La Commission avait abordé le même point, il y a près de 50 ans, dans son commentaire sur un projet d'article relatif à l'immunité des fonctionnaires consulaires : « [L]a règle selon laquelle les membres du consulat ne sont pas justiciables des autorités [...] de l'État de résidence en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions (actes de la fonction) fait partie du droit international coutumier. Cette exemption représente une immunité reconnue à l'État d'envoi en ce qui concerne les actes qui constituent des actes d'un État souverain. Ces actes échappent de par leur nature à toute juridiction de l'État de résidence, qu'il s'agisse de la juridiction civile, criminelle ou administrative. Les actes de la fonction, étant soustraits à la juridiction de l'État de résidence, ne peuvent non plus donner lieu à des poursuites pénales »<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Voir rapport préliminaire, par. 89, note 173.

<sup>48</sup> Ce que la partie djiboutienne demande à la Cour est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions (Procédure orale, comptes rendus, CR 2008/3, par. 24). Le conseiller juridique du Gouvernement de la République française a également fait référence à cette identification (voir Rapport préliminaire, par. 89, note 173).

<sup>49</sup> *Djibouti c. France*, arrêt, par. 188.

<sup>50</sup> G. Buzzini, *supra*, note 23, p. 462 et 463.

<sup>51</sup> Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1961, vol. II, p. 122, par. 2. Ce point de vue est également répandu dans la doctrine. Par exemple, E. David indique que « [L]'immunité des agents étatiques n'est qu'une

24. Le Rapporteur spécial estime qu'il est légitime d'utiliser le critère de l'attribution du comportement du représentant d'un État à cet État pour déterminer si ce représentant jouit de l'immunité *ratione materiae* et en déterminer la portée<sup>52</sup>. En même temps, il ne voit pas de raisons objectives pour l'établissement d'une distinction entre l'imputation du comportement aux fins de la responsabilité, d'une

application du principe de l'immunité des États [...] ». E. David, *Éléments de droit international pénal et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 58. « Tout comportement qui est directement imputable à l'action de l'État est considéré comme un fait de l'État. Étant donné que la personne en cause ne commet pas les actes correspondants pour son bénéfice personnel, les tribunaux nationaux étrangers doivent accorder l'immunité pour ces actes. Bien qu'elle soit l'auteur de l'acte, la personne considérée est réputée jouir de l'immunité de poursuites pour un tel comportement parce que c'est l'État qu'elle représente qui a agi. L'acte lui-même n'est pas justiciable d'un tribunal étranger pour une période de durée indéfinie », dans l'ouvrage de Y. Simbeye intitulé « Immunity and International Criminal Law », Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004, p. 109. R. van Alebeek fait observer que « [l]e principe de l'immunité fonctionnelle des (anciens) représentants d'États étrangers est souvent envisagé comme un corollaire de la règle de l'immunité des États ». Elle se réfère sur ce point à la célèbre opinion exprimée par la Cour d'appel du Royaume-Uni dans l'affaire *Propend Finance v. Sing*, « [l]a protection offerte aux États par la loi relative à l'immunité de l'État serait compromise si les employés, les agents ou [...] "les fonctionnaires" pouvaient être poursuivis en justice à titre personnel dans des affaires visant un comportement étatique pour lesquelles l'État au service duquel ils se trouvent jouit d'une immunité. [Les dispositions pertinentes de la loi susmentionnée] doivent s'interpréter comme couvrant les différents employés ou agents d'un État étranger de la même protection que celle dont jouit l'État » (Cour d'appel du Royaume-Uni, *Propend Finance Ltd. v. Sing* (1997), 111 ILR 611, p. 669). R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, p. 153. Cependant, cet auteur estime que « l'application de la règle de l'immunité de l'État aux représentants d'États étrangers peut s'expliquer autrement. En règle générale, la responsabilité personnelle des représentants d'États étrangers n'est pas engagée pour les actes accomplis sous l'autorité de leur État d'origine [...] La dépersonnalisation de la responsabilité attribuée à un agent étatique à l'égard des actes commis au nom de l'État peut être considérée comme un principe autonome qui entre en jeu avant l'application de la règle de l'immunité de l'État aux faits de la cause », *ibid.*, p. 156 et 157. Le Rapporteur spécial n'est pas convaincu qu'il soit judicieux d'établir une opposition entre ces démarches, d'autant plus qu'elles aboutissent aux mêmes résultats (R. van Alebeek affirme un peu plus loin dans son ouvrage : « En résumé, les représentants d'un État étranger jouissent de l'immunité à l'égard des actes officiels. Les actes qu'ils accomplissent en tant que simples agents ou porte-parole de l'État étranger sont des actes de cet État et non des actes personnels. Les représentants de l'État ne peuvent donc pas être invités à en rendre compte à titre personnel », *ibid.*, p. 163. Par ailleurs, la référence à la "non-responsabilité des représentants étrangers" » (surtout si elle est envisagée comme un principe) ne peut être admise qu'avec certaines réserves. Comme on l'a déjà fait observer dans le rapport préliminaire, d'un point de vue juridique, l'immunité et la responsabilité sont deux choses très différentes. Les actes officiels accomplis par un représentant sont certainement attribuables à l'État, mais cela ne veut pas dire qu'il est impossible de les attribuer simultanément à cette personne. Par exemple, il suffit que l'État pour le compte duquel le représentant a agi de lever l'immunité pour que l'État étranger ait la possibilité d'exercer sa compétence pénale à l'encontre de ladite personne (voir néanmoins Alebeek, p. 188. Selon elle, l'immunité ne peut pas être révoquée dans certains cas. Premièrement, il se peut que l'immunité ne soit pas déclarée. Deuxièmement, qu'en est-il de la mise en œuvre par une juridiction pénale internationale de la responsabilité en vertu du droit international pour un acte de même nature? Cela n'a-t-il pas une incidence sur l'attribution des actes ou la qualification d'acte officiel qui leur est donnée?).

<sup>52</sup> Voir le paragraphe 89 du rapport préliminaire et la conclusion qui figure à l'alinéa h) du paragraphe 102. À cet égard, le Rapporteur spécial approuve la démarche exposée par le Secrétariat au paragraphe 156 de son mémorandum pour la signification de l'attribution.

part, et aux fins de l'immunité, d'autre part. On ne serait guère fondé à alléguer que, aux fins de la responsabilité des États, un seul et même acte accompli par un représentant d'un État est attribuable à cet État et doit être considéré comme un acte dudit État alors que, aux fins de l'immunité de juridiction, il n'est pas qualifiable comme tel et doit être regardé comme un acte du représentant.

25. La question de la détermination du caractère – officiel ou privé – du comportement d'un représentant d'un État et, corrélativement, de l'attribution ou non de ce comportement à l'État doit logiquement être examinée avant celle de l'application de l'immunité à ce représentant pour le comportement considéré. Commentant les dispositions prévues pour le traitement de la question de l'immunité fonctionnelle au paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, E. Denza fait observer que le critère applicable est celui de l'imputabilité et que si le comportement considéré est imputable à l'État d'envoi – quand bien même ce dernier ne l'aurait pas expressément ordonné ou avalisé – l'immunité *ratione materiae* devrait être accordée<sup>53</sup>.

26. Il est universellement admis que les actes accomplis par un représentant de l'État qui agit *ès qualités* sont attribuables à cet État<sup>54</sup>. Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a fait observer à propos du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, « [s]elon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle [...] revêt un caractère coutumier »<sup>55</sup>. Par conséquent, la question est de savoir quels actes accomplis par le représentant d'un État peuvent (doivent) être considérés comme officiels et, partant, attribués à un État, c'est-à-dire considérés comme le fait d'un État, et quels sont ceux qui ne peuvent pas être qualifiés comme tels et peuvent (doivent) être considérés comme relevant d'un comportement privé. Autrement dit, il s'agit d'établir un critère sur la base duquel on pourra affirmer que le représentant de l'État agit *ès qualités* et non à titre personnel.

27. Cette question a déjà été examinée par la Commission du droit international<sup>56</sup>. Dans le commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle faisait observer : « Peu importe à cette fin que la personne concernée ait nourri des arrière-pensées ou agi sur la base de motifs illicites ou qu'elle ait pu abuser de prérogatives de puissance publique. Lorsqu'elle agit à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence,

<sup>53</sup> E. Denza, *Diplomatic Law, A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2<sup>e</sup> éd., 1998, p. 363. Voir également E. Denza, *Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*, 48 *ICLQ* (1999) 949, p. 951.

<sup>54</sup> Voir le commentaire de la Commission du droit international relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 41 à 44.

<sup>55</sup> Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Avis consultatif, *CIJ Recueil 1999*, p. 87, par. 62.

<sup>56</sup> « En particulier, il s'agit de déterminer si une personne qui est un organe de l'État agit en cette qualité ». Commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 13. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *supra*, note 54, p. 44.

les faits en question seront attribuables à l'État »<sup>57</sup>. Ainsi, la Commission estime que, pour que les actes d'un représentant de l'État soient réputés être accomplis ès qualités, c'est-à-dire considérés comme des actes officiels, ils doivent être manifestement perçus comme tels ou leur auteur doit agir sous le couvert d'une autorité<sup>58</sup>. Il en résulte que le caractère officiel que le comportement d'un représentant de l'État peut revêtir ne dépend pas des mobiles dudit représentant ou de la teneur de son comportement. Il est déterminé par le fait que le représentant agit ès qualités. Pour apprécier quels actes d'un représentant ont un caractère officiel ou privé, il convient de tenir compte des circonstances de chaque cas d'espèce<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Ibid. Voir dans ce document les exemples de distinctions établies entre « le comportement d'un organe de l'État non autorisé et un comportement purement privé » dans des sentences arbitrales internationales. Les juges japonais ont utilisé un critère légèrement différent dans des procédures pénales engagées à l'encontre de soldats américains servant sur le territoire du Japon pour déterminer si les actes examinés avaient un caractère officiel ou privé et ils les ont analysés pour voir s'ils avaient été accomplis dans l'intérêt du service. Ainsi, dans l'affaire *Japon c. William S. Girard*, où un membre des forces armées américaines était accusé d'avoir causé un préjudice corporel ayant entraîné la mort, la Cour a indiqué que : « [b]ien que la Cour puisse constater que les faits reprochés à l'accusé se sont produits pendant l'exercice de fonctions officielles et sur le lieu d'affectation, ces faits n'ont aucun rapport direct avec l'accomplissement des tâches liées à la protection d'une mitrailleuse légère et autres tâches similaires assignées par un officier supérieur. [...] [L]'acte n'a pas été commis dans l'exercice de fonctions officielles ». Elle a ajouté : « l'acte est de toute évidence un acte de malveillance excessive, [...] un acte qui a été accompli à seule fin de satisfaire un caprice momentané de la part de l'accusé ». *Japon c. William S. Girard*, Tribunal de district de Maebashi, 19 novembre 1957, reproduit dans *The Japanese Annual of International Law*, n° 2 (1958) 128, p. 132 et 133. Statuant sur le recours formé contre la décision de la Cour de justice supérieure d'Osaka dans une affaire mettant en cause un autre membre des forces armées des États-Unis (accusé d'avoir causé un grave dommage corporel lors d'une tentative de viol), la Cour suprême du Japon a confirmé que « le tribunal de première instance avait raison d'affirmer que la disposition qui faisait référence à l'exercice de fonctions officielles au sous-alinéa ii) de l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article XVII de l'accord administratif (cet article de l'accord conclu entre le Japon et les États-Unis d'Amérique accorde la primauté à la juridiction des États-Unis dans le cas d'une infraction commise par un membre des forces armées des États-Unis, imputable à des actes accomplis dans le cadre de ses attributions – R. K.) devait être interprétée comme signifiant “dans le cadre de l'exercice de fonctions officielles” plutôt que “pendant les heures de service”; et que, en l'espèce, l'acte commis par l'accusé avait été accompli pendant les heures de service, mais avait un caractère privé et était sans rapport avec ses fonctions, de sorte qu'il ne constituait pas une infraction “résultant d'un acte accompli ou d'une omission faite dans l'exercice de fonctions officielles”. » *Japon c. Dennis Cheney*, Cour suprême du Japon, 3 mars 1955, *ibid.*, p. 137.

Ce critère a trouvé des partisans dans la doctrine. Par exemple, Y. Simbeye, fait observer que « [p]our agir en tant qu'organes de l'État dans le cadre de leurs fonctions officielles, les chefs d'État et de gouvernement doivent régler leur conduite sur la position de l'État qu'ils représentent sur un sujet donné, ou inscrire leurs actes dans les champs d'action définis par cet État. C'est là une condition indispensable pour que leurs actes puissent être considérés comme officiels ». Simbeye, *supra*, note 51, p. 128.

<sup>58</sup> Voir note précédente. Comme le fait observer R. van Alebeek, « [e]n règle générale, on peut dire que l'autorité apparente est acceptée comme une autorité réelle ». *Supra*, note 51, p. 164. Voir également A. Watts, *The legal position in international law of Heads of State, Heads of government and Foreign Ministers*, 247, RdC, 1994-III, 13, p. 56 et 57.

<sup>59</sup> « Ce critère doit naturellement être appliqué compte tenu des faits et circonstances de chaque cas d'espèce ». Commentaire relatif au projet d'article 4. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *supra*, note 54, p. 44, par. 13. En



28. Une des questions qui se posent à cet égard est de savoir si la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, qui est importante dans le contexte de l'immunité de l'État, trouve application aussi dans le contexte de l'immunité des représentants de l'État. Notant qu'il existe différents points de vue sur cette question dans la doctrine, le Secrétariat conclut, dans son mémorandum, que : « il semblerait qu'il y ait des motifs raisonnables de considérer qu'un organe de l'État accomplissant un acte *jure gestionis* qui est attribuable à l'État agit effectivement à titre officiel et jouirait donc de l'immunité *ratione materiae* au regard de cet acte<sup>60</sup>. Il serait sans doute difficile de ne pas l'admettre. D'ailleurs, comme la Commission l'a déjà fait remarquer, aux fins de l'attribution de la conduite à l'État, « [p]eu importe que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de "commercial" ou de *acta jure gestionis* »<sup>61</sup>. Dans ce contexte, l'immunité a une étendue différente selon qu'il s'agit de l'État ou de ses représentants, bien qu'elle soit de même nature<sup>62</sup>. Un représentant qui a accompli un acte commercial jouit de l'immunité de juridiction étrangère si cet acte est attribué à l'État, mais non l'État lui-même à l'égard d'un tel acte (il s'agit de la juridiction civile et pénale dans le cas du représentant, alors qu'il ne s'agit que de la juridiction civile dans le cas de l'État)<sup>63</sup>.

29. Il faut aussi se demander si un comportement *ultra vires* et un comportement illicite peuvent être attribués à l'État et, partant, couverts par l'immunité. La notion d'« acte d'un représentant de l'État en tant que tel », c'est-à-dire d'« acte officiel » doit être distinguée de celle d'« acte entrant dans le cadre des fonctions officielles ». La première englobe la seconde, mais est plus vaste. Dès 1961, commentant le projet d'article relatif à l'immunité des fonctionnaires consulaires, aux termes duquel « [l]es membres du consulat ne sont pas justiciables des autorités [...] de l'État de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires »<sup>64</sup>, la Commission faisait observer : « Selon l'opinion de certains membres de la Commission, il aurait fallu préciser que seuls les actes officiels accomplis dans les limites des attributions consulaires jouissent de l'immunité de juridiction. La Commission n'a pu se rallier à cette façon de voir. »<sup>65</sup>. Le fait que

---

même temps, on ne peut pas ne pas tenir compte du fait qu'il n'y a toujours pas d'unanimité à ce sujet dans la doctrine. Selon un point de vue assez largement répandu, il faudrait à tout le moins tenir compte de la teneur du comportement pour déterminer s'il a un caractère officiel et résoudre la question de son attribution à l'État. Voir à cet égard les débats sur les actes qui constituent des crimes de droit international en tant que faits excluant l'octroi de l'immunité à des représentants. Voir par. 57 du présent rapport, plus bas.

<sup>60</sup> Mémorandum du Secrétariat, par. 161.

<sup>61</sup> Par. 6 du commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. *Supra*, note 54, p. 40.

<sup>62</sup> On notera que, dans le passage de l'arrêt relatif à l'affaire *Djibouti c. France* qui a été cité au paragraphe 23 du présent rapport, la Cour internationale de Justice utilise l'expression « en substance » pour la caractériser. Voir également la note 51 ci-dessus.

<sup>63</sup> Il est bon de rappeler à cet égard que, comme on l'a fait observer dans la première partie du Rapport préliminaire (par. 89), cela ne veut pas dire que l'acte en question ne puisse pas être attribué au représentant.

<sup>64</sup> Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *Annuaire de la Commission du droit international 1961*, vol. II, p. 122.

<sup>65</sup> *Ibid.* Dans le même document, la Commission ajoutait que « [e]n effet, il est souvent très difficile de tracer une limite précise entre ce qui est encore un acte officiel du fonctionnaire consulaire entrant dans le cadre des fonctions consulaires et ce qui constitue déjà un acte privé ou une communication personnelle dépassant ces fonctions ». Cette dernière observation ne fait que confirmer la nécessité d'évaluer les circonstances de chaque cas d'espèce.

les actes accomplis par un représentant d'un État qui agit en cette qualité outrepassent les limites de ses fonctions ne leur confère pas un caractère privé. Ils n'entrent pas dans le cadre de ses attributions et acquièrent – par exemple – un caractère *ultra vires*, mais demeurent néanmoins des actes officiels et, partant, sont attribuables à l'État. C'est de cela que traite l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité des États<sup>66</sup>. Ainsi que la Commission l'a fait observer dans le commentaire relatif à l'article 5 de ce projet d'articles, « [i]l faut se garder de confondre l'hypothèse d'un comportement purement privé avec celle d'un organe agissant en tant que tel mais *ultra vires* ou en violation des règles régissant son activité. Dans ce dernier cas, l'organe agit néanmoins au nom de l'État »<sup>67</sup>. En conséquence, les actes correspondants sont également couverts par l'immunité de juridiction étrangère *ratione materiae* applicable aux représentants qui les ont commis. Comme le fait remarquer G. P. Buzzini, « le fait d'exclure globalement les actes *ultra vires* du champ d'application de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère poserait un problème, étant donné que cela risquerait d'enlever toute valeur à cette immunité; dans la plupart des cas, les actes officiels qui donnent lieu à une infraction pénale devraient probablement être aussi considérés comme *ultra vires* »<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> « Article 7. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions. » Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *supra*, note 54, p. 26.

<sup>67</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *op. cit.*, p. 44, par. 13. Voir également le commentaire relatif à l'article 7. *Ibid.*, p. 48, par. 7 et 8.

<sup>68</sup> G. Buzzini, *supra*, note 23, p. 466. En même temps, il faut tenir compte de l'existence d'une jurisprudence interne fondée sur une optique diamétralement opposée à l'égard des actes *ultra vires*. L'arrêt de la Cour suprême des Philippines en l'affaire *États-Unis d'Amérique et al. c. Luis R. Reyes et al.* (G. R. n° 79253, 1<sup>er</sup> mars 1993) en fournit une illustration. Dans cette affaire, on contestait devant la cour le refus de déférer à une requête des États-Unis portant sur le rejet d'une action civile contre la défenderesse [une citoyenne des États-Unis qui était employée dans un service du Joint United States Military Assistance Group (JUSMAG)]. La requête était motivée par le fait que les États-Unis jouissaient d'une immunité de juridiction à l'égard de cette action et que la défenderesse jouissait d'une immunité de poursuites à l'égard des actes qu'elle avait accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles. En même temps, la partie requérante a souligné que les actes accomplis par la défenderesse (fouille corporelle et fouille d'une automobile en présence de témoins étrangers au service et sur une base discriminatoire), débordaient le cadre de ses fonctions officielles, constituaient des actes *ultra vires* et devaient être considérés comme des actes accomplis à titre privé. Les États-Unis ont fait valoir que « [...] quand bien même les actes accomplis par cette dernière (la défenderesse) seraient *ultra vires*, elle jouirait de l'immunité de poursuites car la règle suivant laquelle les fonctionnaires ou les agents publics peuvent être poursuivis à titre personnel pour des actes *ultra vires* ou des actes délictueux relève du "droit interne" et n'est pas applicable en droit international. Il est allégué que l'application de la doctrine de l'immunité ne dépend pas de l'illicéité de l'acte ou de l'omission imputable au ressortissant étranger car s'il en était ainsi, la notion d'immunité perdrait tout son sens puisqu'il faudrait commencer par s'interroger sur l'illicéité ou l'illégalité de l'acte ou de l'omission avant de se pencher sur la question de l'immunité; en d'autres termes, l'immunité ne jouerait que si la légalité de l'acte ou de l'omission en question a été établie ». Toutefois, la Cour n'a pas estimé que les arguments des États-Unis étaient convaincants et elle a refusé de donner suite à la requête, ayant indiqué que « [l]a protection conférée aux fonctionnaires et aux agents de l'État est supprimée à partir du

30. Il est également difficile de partager le point de vue selon lequel la conduite d'un représentant qui outrepassé les limites du champ des attributions de l'État peut être considérée comme un fait de l'État mais, parce qu'elle présente cette caractéristique, n'est pas couverte par l'immunité<sup>69</sup>. Cette façon de voir est justifiée par le fait que l'immunité de l'État et de ses représentants a pour but de protéger la fonction souveraine et que tout ce qui ne relève pas de cette fonction doit être exclu du bénéfice de l'immunité<sup>70</sup>. Toutefois, l'immunité ne protège pas la fonction souveraine en tant que telle – elle ne serait alors qu'une abstraction entièrement détachée de la réalité – mais, comme on l'a noté plus haut, la souveraineté proprement dite et son titulaire, l'État, vis-à-vis des ingérences étrangères<sup>71</sup>.

31. L'immunité *ratione materiae* s'étend aussi aux actes illicites commis par un représentant de l'État qui agit en cette qualité. La logique qui sous-tend cette inclusion semble être la même que celle qui s'applique aux actes *ultra vires*. Les actes illicites accomplis dans ces conditions sont des actes officiels, c'est-à-dire des actes de l'État. Comme l'a fait observer la Cour d'appel de la province de l'Ontario dans son arrêt en l'affaire *Jaffe v. Miller and Others*, mettant en cause des représentants des États-Unis d'Amérique, « [l]e caractère illégal et malveillant des actes allégués ne saurait en lui-même sortir les actes en question du champ des fonctions officielles des défendeurs »<sup>72</sup>. Comme l'a écrit A. Watts à propos de la question de l'immunité des anciens chefs d'État, « [i]l va de soi qu'un chef d'État peut commettre une infraction à titre personnel mais il semble tout aussi évident que la conduite qu'il adopte dans l'exercice de ses fonctions officielles de chef d'État peut être entachée d'irrégularités liées à des actes criminels ou illicites. Il semble que l'élément critique soit celui de savoir si le comportement a été adopté sous le couvert ou dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique conférée par le chef de l'État. Si tel est le cas, il doit être considéré comme un comportement officiel et, partant, soustrait à la juridiction d'autres États, que ce comportement ait

---

moment où ils font l'objet de poursuites à titre individuel. Cette situation se produit habituellement lorsque l'agent public agit sans être habilité à le faire ou outrepassé les pouvoirs dont il est investi. Selon un principe de droit bien établi, un agent public peut avoir à répondre personnellement et à titre individuel de tout dommage qu'il est susceptible d'avoir causé par ses actes en faisant preuve de malveillance et de mauvaise foi ou en outrepassant ses pouvoirs ou ses compétences » (consultable à l'adresse : [http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr\\_79253\\_1993.htm](http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr_79253_1993.htm)).

<sup>69</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, note 456.

<sup>70</sup> Par exemple, B. Stern écrit : « [L]es immunités ou autres doctrines de protection de l'État et de ses représentants ont été développées pour protéger la fonction souveraine, et rien d'autre : doit donc être exclu de leur bénéfice tout ce qui ne relève pas de cette fonction souveraine. » B. Stern, *Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine »*, dans Marcelo G. Cohen (dir.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflish, 2007, Koninklijke Brill NV, Leiden, p. 516.

<sup>71</sup> Il est très important de se demander qui doit jouer un rôle décisif pour ce qui est de déterminer si les actes d'un représentant ont été accomplis à titre officiel ou à titre privé. Suffit-il que l'État au service duquel se trouve ce représentant informe l'État exerçant sa juridiction que les actes ont un caractère officiel? Est-il nécessaire d'en fournir la preuve devant un tribunal, auquel cas le rôle décisif serait dévolu à ce tribunal? Existe-t-il pour ces questions une réponse valable dans tous les cas ou la réponse dépend-elle des circonstances factuelles propres à chaque affaire? Elles ont fait l'objet d'un examen plus détaillé dans la partie du rapport préliminaire relative aux aspects procéduraux de l'immunité.

<sup>72</sup> Canada, Cour d'appel de l'Ontario, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), 95 ILR 446, p. 460.

été ou non illicite ou illégal au regard des lois de son propre État »<sup>73</sup>. Si l'on affirme que l'immunité ne couvre pas ce type d'actes, la notion même d'immunité n'a plus aucun sens. La question de l'exercice de la juridiction pénale à l'encontre d'une personne quelconque, y compris un représentant d'un État étranger, ne se pose que lorsqu'il y a des raisons de soupçonner qu'il commet des actes illégaux et, de surcroît, passibles de sanctions pénales. Corrélativement, l'immunité de juridiction pénale étrangère répond précisément à un besoin pour ce type de situation. Comme le Secrétariat le fait observer dans son mémorandum, « [s]i les actes illicites ou criminels étaient regardés, par principe, comme "non officiels" aux fins de l'immunité *ratione materiae*, la notion même d'immunité serait vidée d'une bonne part de son sens »<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> A. Watts, *supra*, note 58, p. 56 et 57 (notes de bas de page omises). Les réflexions citées s'appliquent également en totalité aux autres représentants de l'État.

<sup>74</sup> Mémorandum du Secrétariat, par. 160 (note 457). Voir également la position des États-Unis dans l'affaire *United States of America, et al. v. Luis R. Reyes, et al.* (voir *supra*, note 68). Au demeurant, il convient de noter que la plupart des chercheurs qui ont défendu l'idée que les fonctionnaires ne doivent pas jouir d'une immunité pour les actes illicites ne font entrer dans la définition de ces actes que les crimes de droit international, c'est-à-dire les types d'infraction les plus graves. Voir, par exemple, Y. Simbeye, *supra*, note 51 : « Les représentants de l'État, y compris les chefs d'État ou de gouvernement, sont susceptibles de commettre des infractions dans l'exercice de leurs fonctions. On peut néanmoins soutenir que la commission de certains actes par un individu devrait être un motif d'exclusion dans la reconnaissance de la qualité d'organe de l'État pour les besoins du droit international. Si cet individu commet un crime international, il ne saurait être considéré comme agissant en qualité d'organe de l'État soit en droit interne soit en droit international », p. 127 (non souligné dans le texte). L'auteur ajoute : « Dans le contexte du droit pénal international, les États, en tant qu'entités abstraites, ne peuvent pas ordonner ou sanctionner une conduite tombant sous le coup de la juridiction pénale et, bien entendu, un État ne peut pas non plus accomplir lui-même des actes de cette nature. [...] [L]orsque les règles coutumières interdisent certains actes ou qu'il existe un traité que l'État en question a ratifié, l'imputabilité est exclue ». Ibid., p. 129. B. Stern estime lui aussi que : « on ne devrait pas accepter de faire jouer les immunités pour protéger un État ou ses représentants au pénal ou au civil quand un crime international est commis, puisqu'un tel acte devrait être considéré comme étant absolument sans rapport avec les fonctions d'un État », *Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?*, dans *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 14 (2008), p. 448 et 449. Cependant, elle précise que : « [s]i l'on considère les actes officiels auxquels l'immunité s'applique, il faut admettre que le fait qu'un acte soit illégal n'implique pas *ipso facto* que la qualification d'acte officiel est exclue : s'il en était ainsi, l'institution de l'immunité n'aurait aucun sens, car c'est précisément pour mettre le chef de l'État à l'abri des poursuites qu'elle a été conçue », *Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?* dans *Justice for Crimes Against Humanity*, M. Lattimer et Ph. Sands QC (dir.), *Hart Publishing*, Portland, Oregon, 2006, p. 99.

Il semble néanmoins que, même dans les circonstances mentionnées, les actes considérés, dès lors qu'ils sont commis par une personne agissant à titre officiel, seront attribués à l'État avec toutes les conséquences qui en résultent. Voir à cet égard Ch. Dominice : « Certains juges ont déclaré (dans l'affaire *Pinochet – R. K.*) que ce n'est pas la fonction d'un chef d'État d'ordonner des actes de torture, manifestement contraires au droit international. [...] Cela voudrait dire que le droit international apporte un correctif aux attributions constitutionnelles d'un chef d'État. Et selon quel critère? Selon que l'acte est, ou non, contraire au droit international? Cette construction n'est pas satisfaisante. Un acte de fonction reste un acte de fonction, même s'il est contraire au droit international. Dans cette hypothèse, il entraîne la responsabilité internationale de l'État, sans préjudice de celle de l'individu-organe », *Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État*, RGDIIP n° 2, 1999, p. 304 et 305.

32. Dès lors qu'elle ne protège un représentant de l'État que pour les actes qu'il accomplit en cette qualité, l'immunité *ratione materiae* ne couvre pas ceux qui ont été accomplis par lui, à titre privé, avant son entrée en fonctions. Ces derniers n'étaient pas des actes de l'État et n'ont pas acquis ce caractère au moment où le représentant a pris ses fonctions au service de l'État.

33. Inversement, un ancien représentant de l'État est protégé par l'immunité *ratione materiae* à l'égard des actes qu'il a accomplis pendant la période où il agissait en sa qualité de représentant. Ces actes ne cessent pas d'être des faits de l'État au motif que l'intéressé n'agit plus en cette qualité et, par voie de conséquence, continuent d'être couverts par l'immunité qui est, en substance, une immunité d'État<sup>75</sup>.

34. Il découle également de cette logique que la nature du séjour qu'un représentant ou un ancien représentant de l'État effectue à l'étranger, et notamment sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction, influe peu sur l'immunité *ratione materiae*. De toute évidence, que cette personne soit en visite officielle à l'étranger ou y séjourne à titre privé, elle jouit dans les deux cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère à raison des actes accomplis en sa qualité de représentant<sup>76</sup>.

### C. Immunité *ratione personae*<sup>77</sup>

35. La présente section se limite aux questions touchant le champ d'application de cette immunité et ne traite pas la question de savoir quel groupe de personnes en bénéficie. Le Rapporteur spécial part du principe que ce sont le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères qui forment, pour ainsi dire, la « triade de base » des personnes bénéficiant de l'immunité personnelle – à laquelle s'ajoutent certaines autres personnalités de rang élevé.

36. Comme il est indiqué dans le rapport préliminaire, « [l']immunité *ratione personae* couvre les actes accomplis par un représentant de l'État à la fois à titre

<sup>75</sup> Voir Cassese A. : « [l']immunité ] ne disparaît pas lorsque l'agent de l'État cesse d'exercer ses fonctions officielles (la raison étant que l'acte est légalement attribué à l'État et que, de ce fait, toute responsabilité juridique afférente à cet acte ne peut être assumée que par l'État) », *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, EJIL (2002), vol. 13, n° 4, p. 863. O'Donnell K. : « Une fois que l'agent [diplomatique] cesse ses fonctions, l'immunité *ratione personae*, ou immunité personnelle, disparaît pour les actes privés, mais subsiste pour les actes officiels. La protection limitée conférée pour les actes officiels au titre de l'immunité *ratione materiae*, ou immunité fonctionnelle, procède de la conviction que les actes de "l'ambassadeur" sont le fait de son gouvernement et non l'expression d'un choix personnel », *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain?*, 26 *Boston University International Law Journal* (2008), p. 384 et 385 (citation de Michael A. Tunks, *Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity*, 52 *Duke L. J.* (2002), p. 293).

<sup>76</sup> En sus de l'immunité *ratione materiae*, les représentants de l'État en visite officielle à l'étranger peuvent naturellement jouir d'une immunité en vertu d'autres règles du droit international, par exemple celles qui régissent le statut des membres de missions spéciales ou de délégations dans les organes des organisations internationales. Il va de soi que, dans le cas d'un ancien représentant, la question de la nature de la visite qu'il effectue auprès d'un gouvernement étranger ne se pose pas : cette visite ne peut pas être officielle. Mais cela ne change rien pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*.

<sup>77</sup> Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 94 à 153.

officiel et privé, avant et pendant la période où il occupe ses fonctions »<sup>78</sup>. La raison d'être d'une telle immunité s'explique par l'importance qu'elle revêt pour l'État, pour l'exercice de sa souveraineté et pour sa représentation dans les relations internationales au niveau correspondant<sup>79</sup>. Dans le monde contemporain, la fonction de chef de gouvernement, de ministre des affaires étrangères et, vraisemblablement, de certains autres représentants de l'État est comparable, de ce point de vue, à la charge de chef d'État. C'est pourquoi, il ne semble pas judicieux – du moins au stade actuel des travaux sur la question – d'examiner séparément le champ d'application de l'immunité *ratione personae* pour le chef d'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et d'autres personnes pouvant prétendre à cette immunité<sup>80</sup>.

37. Comme il est indiqué dans le mémorandum du Secrétariat, « [l]a portée matérielle de cette immunité est bien établie tant en jurisprudence qu'en doctrine, qui expriment souvent cette idée en appelant l'immunité *ratione personae* l'immunité "complète" "totale", "intégrale" ou "absolue" »<sup>81</sup>. De par sa portée, cette immunité de juridiction pénale étrangère est analogue à l'immunité de juridiction pénale accordée par l'État accréditaire aux chefs de mission diplomatique ou autres agents diplomatiques aux termes de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961<sup>82</sup> et du droit international coutumier, ou aux représentants de l'État d'envoi et aux membres du personnel diplomatique de missions spéciales, conformément à la Convention sur les missions spéciales de 1969. Elle peut être considérée comme une immunité *ratione materiae* complémentaire ou comme incluant une immunité *ratione materiae*, dans la mesure où elle couvre, dès lors que le représentant de l'État occupe une fonction élevée, des actes en complément accomplis à titre officiel, et les actes accomplis à titre privé, avant et pendant la période où il exerce cette fonction. Liée à une fonction élevée spécifique dans l'administration publique, l'immunité personnelle est de nature temporaire et cesse de s'appliquer le jour où ses fonctions prennent fin<sup>83</sup>. Il apparaît, en conséquence, que le fait que les actes, à l'égard desquels s'exerce la juridiction, accomplis hors du cadre des fonctions du représentant de l'État ou la nature de son séjour à l'étranger, y compris sur le territoire de l'État du for, n'ont d'effet sur l'immunité *ratione personae*<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> Rapport préliminaire, par. 79. Mémorandum du Secrétariat, par. 137.

<sup>79</sup> Rapport préliminaire, par. 93.

<sup>80</sup> Rappelant en quels termes la Cour internationale de Justice, en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a expliqué le champ de l'immunité *ratione personae* du ministre des affaires étrangères, le Secrétariat fait observer, dans son mémorandum (par. 138) que « l'[o]n pourrait décrire et expliquer de la même façon la condition du chef de l'État, du chef de gouvernement ou de tout autre représentant officiel jouissant d'une immunité semblable ».

<sup>81</sup> Ibid., par. 137.

<sup>82</sup> Ibid., par. 139. En l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour a rappelé que « la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, bien que concernant les agents diplomatiques, est nécessairement applicable aux chefs d'État ». *Djibouti c. France*, arrêt, par. 174.

<sup>83</sup> Voir rapport préliminaire, par. 79 à 83.

<sup>84</sup> D'autres décisions de justice portent sur cette question. Ainsi, dans l'opinion individuelle commune de trois juges en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, on peut lire que « [l]a réponse aux questions de savoir s'il [le ministre des affaires étrangères] a aussi droit à des immunités durant ses voyages privés, et quelle est l'étendue de ces immunités éventuelles, est beaucoup moins claire ». Et les auteurs toutefois de préciser : « Assurément, il ne peut pas être assujéti à des

## D. Actes de l'État du for auxquels fait obstacle l'immunité des agents de l'État

38. Dans ce contexte, on entend par « juridiction pénale » non seulement la phase judiciaire de la procédure pénale, mais l'ensemble des mesures de procédure pénale prises par l'État à l'encontre d'un agent public étranger. Comme il est observé dans le rapport préliminaire, « son immunité [de juridiction pénale étrangère] [...] protège cette personne [...] des poursuites pénales et de l'action pénale exercées par les autorités judiciaires et d'exécution de l'État du for (la question se pose de savoir s'il serait plus exact de parler non d'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale ou de l'action pénale étrangère, mais de l'immunité de certaines mesures de procédure pénale et de l'exercice de l'action pénale par l'État étranger. On ne peut toutefois répondre à cette question tant qu'on n'a pas examiné celle de la portée de l'immunité) »<sup>85</sup>. C'est là que réside essentiellement la distinction entre le sujet à l'examen et celui de l'immunité de juridiction civile.

39. Outre la question de savoir si l'immunité protège l'agent public contre la totalité – ou, une partie – des mesures pouvant être prises dans l'exercice de la juridiction pénale étrangère, il convient également de s'interroger sur les mesures qui peuvent être prises à l'égard d'un agent public qui, dans une affaire pénale, n'est pas suspect, mais intervient en une autre qualité, notamment celle de témoin.

40. Dans son jugement en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale conclut que « les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger », et précise que « [c]ette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions »<sup>86</sup>. Et la Cour d'ajouter : « C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre État à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. [...] En outre, le simple fait qu'en se rendant dans un autre État ou qu'en traversant celui-ci un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses

---

mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères. » *Mandat d'arrêt* (opinion individuelle commune), par. 84. A. Watts établit une distinction, du point de vue du champ d'application de l'immunité, entre visite officielle et visite privée d'un chef d'État dans un État étranger. Il doute notamment que le chef d'État, en visite privée, ne se prévale de son immunité dans trois cas de figure qui, conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, font exception à l'immunité de l'agent diplomatique, à savoir : lorsqu'il s'agit d'une action réelle concernant un immeuble privé, d'une action concernant une succession, ou d'une action concernant une activité exercée par l'agent en dehors de ses fonctions officielles. Il fait également observer que, si « [i]l (un chef d'État) ne saurait faire l'objet de poursuites pour ce qui est des [...] actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions, ou même après avoir quitté ses fonctions, et doit également bénéficier de l'immunité pour ces actes lorsqu'il se déplace à titre privé », « [...] dans la mesure où l'immunité est refusée à un chef d'État pour les actes privés qu'il accomplit lorsqu'il se trouve dans un État étranger à un titre officiel ou lorsqu'il y est poursuivi en justice sans y être présent, il est probable qu'elle lui soit aussi refusée lorsqu'il sera en visite privée ». A. Watts, *supra*, note 58, p. 74.

<sup>85</sup> Rapport préliminaire, par. 66 (non souligné dans l'original).

<sup>86</sup> *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 54.

fonctions »<sup>87</sup>. Ainsi la Cour, dans les circonstances de l'espèce (il s'agissait, rappelons-le, de la licéité du mandat d'arrêt délivré à l'encontre du ministre des affaires étrangères d'un autre État), a retenu comme critère pour se prononcer celui de savoir s'il est possible ou non de mettre en œuvre une quelconque mesure de procédure pénale à l'encontre d'un agent public étranger : l'État qui exerce ou entend exercer sa juridiction pénale à l'égard de ce dernier ne saurait accomplir d'actes de procédure pénale qui l'empêcheraient d'exercer ses fonctions (on notera que ce critère défini par la Cour s'applique au ministre des affaires étrangères dont il est question en l'espèce).

41. Ce critère a été développé dans l'arrêt de la Cour internationale en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. En l'espèce, examinant la question de savoir si une invitation ou une citation à comparaître adressée à un chef d'État en tant que témoin dans une affaire pénale constituait ou non une atteinte à la règle relative à l'immunité, la Cour, rappelant la disposition citée plus haut de sa décision en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a déclaré que « [...] pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité du chef de l'État, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant; c'est là l'élément déterminant »<sup>88</sup>. Appliquant ce critère, la Cour a conclu que « la convocation adressée par le juge d'instruction français [...] au Président de la République de Djibouti n'était pas assortie [de] mesures de contrainte [...]; il s'agissait en effet d'une simple invitation à témoigner, que le chef d'État pouvait accepter ou refuser librement. Par conséquent, il n'a pas été porté atteinte, de la part de la France, aux immunités de juridiction pénale dont jouit le chef de l'État, puisque aucune obligation ne lui a été imposée dans le cadre de l'instruction de l'affaire *Borrel* » (non souligné dans l'original)<sup>89</sup>. Ainsi, la Cour a précisé qu'une

<sup>87</sup> Ibid., par. 55. Retenant ce critère, la Cour a conclu que le mandat d'arrêt portait atteinte à l'immunité du Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo (RDC). Les conclusions de la Cour à ce sujet suivent à bien des égards l'argumentation qu'a avancée en l'espèce la partie congolaise, même si la Cour semble néanmoins réduire, en adoptant le critère précité, l'éventail de mesures dont la mise en œuvre fait obstacle à l'immunité. La RDC, dans son mémoire, indique, notamment, que « [l']inviolabilité et l'immunité sont en effet fonctionnelles, en ce sens qu'elles sont accordées automatiquement par le droit international général à la personne qui en bénéficie en conséquence des fonctions officielles que celle-ci exerce et afin de permettre leur bon accomplissement par leur protection contre toute ingérence étrangère non autorisée par l'État que cette personne représente » (par. 47). En ce qui concerne expressément le mandat d'arrêt, « [l]a simple crainte de l'exécution du mandat d'arrêt est en effet de nature à limiter les déplacements à l'étranger du ministre mis en cause, portant ainsi préjudice à la bonne conduite des relations internationales de son État que les principes d'inviolabilité et d'immunité ont pour finalité de sauvegarder » (par. 52). *Mandat d'arrêt*, Mémoire de la République démocratique du Congo, 15 mai 2001.

<sup>88</sup> *Djibouti c. France*, arrêt, par. 170.

<sup>89</sup> Ibid., par. 171. Telle était globalement la position de la France, qui a déclaré que « seule la limitation de la liberté d'action nécessaire à un chef d'État étranger pour s'acquitter de sa fonction est de nature à méconnaître l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouit ». (*Djibouti c. France*, arrêt, par. 167.) Dans son contre-mémoire, la partie française fait observer que, « d'une façon générale, une demande de témoignage adressée au représentant d'une puissance étrangère n'a [...] aucun caractère obligatoire et s'analyse en une simple invitation, qui ne saurait dès lors porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité dont bénéficient les chefs d'État étrangers – ce dont la France convient sans réserve » – *Djibouti c. France*, contre-mémoire de la République française, 13 juillet 2007, par. 4.41.



mesure de procédure pénale prise à l'encontre d'un agent public étranger portait atteinte à son immunité lorsqu'en lui imposant une obligation, elle l'empêchait d'exercer ses fonctions<sup>90</sup>.

42. Ayant appliqué ce critère, la Cour internationale a restreint le champ d'application de l'immunité par rapport à celle, par exemple, qui ressortait de la décision rendue par la Cour suprême fédérale d'Allemagne en l'affaire *Honecker* en 1984, aux termes de laquelle « toute enquête ou instruction ouverte par la police ou le Procureur [était] irrecevable »<sup>91</sup>. Il est évident que, selon ce critère formulé par la Cour, l'immunité ne fait pas obstacle à toutes les mesures de procédure pénale prises à l'encontre d'un agent public étranger; elle ne s'oppose qu'à celles qui lui imposent une obligation juridique, c'est-à-dire qui peuvent s'accompagner de sanctions en cas de non-respect ou de mesures coercitives à caractère contraignant. Ainsi, le fait d'ouvrir une instruction préliminaire ou d'engager une procédure pénale, non seulement au sujet d'une infraction présumée, mais aussi à l'encontre de l'agent public en cause lui-même, et pour autant qu'il ne lui est imposé aucune obligation au titre du droit national en vigueur, ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte à son immunité<sup>92</sup>.

---

Djibouti, de son côté, reconnaissant que l'invitation à témoigner n'est pas un acte de même nature qu'un mandat d'arrêt (par référence à l'affaire sur le *Mandat d'arrêt*), a fait observer que la citation à comparaître est déjà, en soi, une atteinte à l'immunité (« Or certes, une convocation à témoigner n'est pas en soi un acte de contrainte comparable à un mandat d'arrêt, mais elle a tout de même indiscutablement une composante contraignante, du fait même de l'intimation à comparaître qui est adressée à la personne convoquée : une telle intimation contredit alors elle aussi l'immunité de juridiction. Les deux convocations à témoin précitées à l'encontre du Président de la République de Djibouti, qui visaient à lui imposer de témoigner dans l'affaire *Borrel*, portent donc atteinte à son immunité bien qu'il ne s'agisse pas d'actes de contrainte de même nature qu'un mandat d'arrêt. »). *Djibouti c. France*, Mémoire de la République de Djibouti, 15 mars 2007, par. 135.

<sup>90</sup> Quant à savoir si l'immunité s'oppose à l'adoption, notamment, de mesures de contrainte et de répression à l'encontre d'un chef de l'État, la question a également été abordée devant la Cour internationale de Justice par les parties dans l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*. Voir, par exemple, *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, requête du Congo, 11 avril 2003, p. 15; déclaration du représentant de la France, R. Abraham : « [E]n tout état de cause, les immunités dont bénéficient les chefs d'État étrangers s'opposeraient à ce que des mesures de contrainte soient prises à leur encontre. », 28 avril 2003, CR 2003/21, p. 15.

<sup>91</sup> Affaire *Honecker*, République fédérale d'Allemagne, Cour suprême fédérale (deuxième chambre criminelle), arrêt du 14 décembre 1984, 80 I.L.R. 365, p. 366.

<sup>92</sup> Ainsi que le relève E. David, « [c]omme le simple fait d'ouvrir une instruction n'entrave nullement l'exercice des fonctions, cette instruction reste compatible avec l'immunité de juridiction ». Op. cit., p. 123. Comme on l'observe dans l'opinion individuelle commune en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, « ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas en soi ces principes [c'est-à-dire les principes de l'inviolabilité ou de l'immunité des personnes concernées – Roman Kolodkin]. La fonction que sert le droit international des immunités n'exige pas des États qu'ils ne se tiennent pas informés ». *Mandat d'arrêt* (opinion individuelle collective), par. 59, p. 81. En l'occurrence se pose la question de savoir si l'immunité s'oppose aux actes n'imposant pas directement une obligation à l'agent public qui en bénéficie, mais qui, d'une manière ou d'une autre, restreignent son immunité. Ainsi, la saisie de ses biens personnels – tels que ses comptes bancaires (si, par exemple, ils sont utilisés dans des opérations illicites) ou son automobile (si, par exemple, elle a servi à commettre une infraction présumée) – est-elle licite? Il apparaît que de tels actes sont licites.

43. Cette approche de l'immunité permet, tout au moins, à l'État qui est fondé à présumer que l'agent public étranger a commis un acte répréhensible au regard de sa législation, de rassembler à titre préliminaire des éléments de preuve (témoignages, pièces, preuves matérielles, etc.) en l'espèce, en appliquant des mesures non contraignantes à l'égard de l'agent public étranger en question<sup>93</sup>. Ensuite, on pourra déterminer, avec plus ou moins de certitude, si (et, le cas échéant, dans quelle mesure) l'agent en question est impliqué dans la commission de l'infraction présumée, s'il y a lieu de considérer qu'en l'espèce il a agi dans l'exercice de ses fonctions, etc. S'il existe des motifs raisonnables de penser que l'agent public étranger est impliqué dans l'infraction, l'État du for aura alors tout loisir, en fonction des circonstances, de décider des mesures à prendre, pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à l'immunité dudit agent. Il pourra ainsi informer l'État étranger concerné des circonstances de l'affaire et lui proposer de lever l'immunité de l'agent en question, ou lui adresser une demande d'entraide judiciaire concernant l'affaire, ou, encore, lui transmettre les pièces rassemblées lors de l'instruction préliminaire ou à l'ouverture de la procédure pénale, après lui avoir proposé d'engager des poursuites pénales à l'encontre dudit agent. S'il s'agit d'une infraction présumée qui relève de la compétence d'un tribunal pénal international ou de la Cour pénale internationale, cette approche permettra alors de transmettre les pièces recueillies à la juridiction compétente en matière de droit pénal international. Enfin, une fois recueillis les éléments de preuve, l'État du for pourra, en renonçant à prendre toute mesure qui porterait atteinte à l'immunité de l'agent visé, attendre que celui-ci cesse ses fonctions pour engager des poursuites pénales à son encontre

---

À l'appui de cet argument de la Cour, on peut aussi citer, l'affaire *République du Congo c. France*, dans laquelle la Cour internationale, ayant examiné la question des mesures conservatoires, les a rejetées, au motif qu'il n'existait aucune circonstance de nature à exiger d'interdire à la France de poursuivre son enquête sur les agents publics congolais, y compris le Président du Congo. Cette conclusion se fondait, en particulier, sur le fait que le Congo n'avait pas apporté la preuve que l'enquête avait eu pour effet de porter atteinte à l'immunité du chef de l'État (dans les circonstances de l'espèce, où la France n'avait pris aucune mesure contraignante ou de nature à empêcher le Président de s'acquitter de ses fonctions). Alors que la décision en l'espèce ne préjuge en rien de la décision de la Cour quant au fond de l'affaire, on n'en relèvera pas moins qu'elle n'exclut pas la possibilité de poursuivre la procédure d'enquête. Voir *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 17 juin 2003.

Voir, toutefois, la position de A. Watts : « Un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères effectuant une visite officielle dans un autre État, qui ferait l'objet d'une procédure judiciaire dans ledit État, risquerait de voir sa capacité d'exercer ses fonctions gravement entravée. Le risque même, de par sa visite, d'ouvrir la voie à l'engagement de poursuites judiciaires à son encontre, pourrait le dissuader d'effectuer cette visite, au détriment de la façon dont il mène les affaires internationales de l'État qu'il représente. » A. Watts, *supra*, note 58, p. 106 à 108.

<sup>93</sup> K. O'Donnell, à propos de la décision de la Cour sur la question des mesures conservatoires en l'affaire *République du Congo c. France*, formule le commentaire suivant : « Tout en prenant soin de reconnaître que le chef d'État bénéficie d'une immunité de poursuites dans l'exercice de ses fonctions, la CIJ. augmente les chances pour les victimes de violations des droits de l'homme de constituer un dossier contre un agent public lorsque les éléments de preuve à son encontre sont encore récents et que les témoins sont encore en vie ou peuvent être localisés. Ainsi, une fois que l'agent public quitte ses fonctions et n'est plus protégé par une impénétrable immunité, il peut faire l'objet de poursuites, en fonction des requêtes et des éléments de preuve présentés », *op. cit.*, p. 396.

(dans le cas d'actes commis, à titre privé, par une personne jouissant de l'immunité personnelle avant ou pendant la période où elle exerçait ses fonctions).

44. Comme le relève, à juste titre, G. Buzzini, « le critère défini par la Cour semble convaincant »<sup>94</sup>. Tout aussi convaincant lui semble l'avis de la Cour, pour laquelle « la notion d'acte d'autorité contraignant recouvre non seulement les actes visant des représentants de l'État eux-mêmes accusés d'une infraction pénale, mais aussi certains actes – par exemple, convocations à témoin ou autres citations – qui peuvent être notifiés, dans le cadre d'une procédure judiciaire, à des personnes qui ne sont pas (ou pas encore) accusées d'une infraction pénale »<sup>95</sup>. Le critère formulé par la Cour internationale se révèle en fait pleinement convaincant, lorsqu'on est en présence d'agents publics jouissant de l'immunité *ratione personae* qui sont suspects ou convoqués pour témoigner dans une affaire pénale. Toutefois, dans le cas d'agents publics jouissant de l'immunité *ratione materiae*, la question requiert des précisions supplémentaires.

45. Un agent public qui jouit de l'immunité *ratione materiae* est protégé contre les mesures de procédure pénale pour les actes accomplis par lui à titre officiel. En conséquence, il est logique de penser que des mesures restrictives ne peuvent être prises à son encontre pour le seul fait d'avoir commis une infraction présumée dans l'accomplissement de ses fonctions.

46. Un ancien agent public n'exerce évidemment plus de fonctions officielles. À cet égard, il ne s'agit pas de savoir si l'immunité *ratione materiae* qu'il conserve le protège contre des mesures de procédure pénale qui, à cette période-là, l'empêchent de s'acquitter de ses fonctions. On peut seulement dire que l'absence d'une telle protection, après qu'il aurait quitté ses fonctions, l'empêcherait de s'acquitter en toute indépendance de ses responsabilités pendant la période où il exerce ses fonctions. On notera dans ce contexte que la Cour internationale précise qu'il s'agit d'une protection contre des mesures de procédure pénale imposant des *obligations à l'agent public* à l'égard duquel elles s'appliquent. Il importe, pour les États, en ce qui concerne la garantie de leur souveraineté et de l'égalité des droits, que leurs représentants ne fassent pas l'objet de mesures de procédure pénale de la part d'un État étranger, qui leur imposeraient des obligations en relation avec leurs fonctions officielles, non seulement pendant la période où ils les exercent, mais également par la suite. Ainsi, un ancien agent public qui, au même titre qu'un agent en exercice, jouit de l'immunité *ratione materiae*, est protégé contre des mesures contraignantes de procédure pénale imposant une obligation, engagées en relation avec l'infraction présumée commise par lui dans l'accomplissement de fonctions officielles. Il s'agit évidemment ici de l'immunité dispensant précisément de l'injonction de témoigner. L'invitation à témoigner qui, à la différence de la convocation à témoin, n'impose à l'agent public aucune obligation juridique et, de ce fait, peut être déclinée sans aucune conséquence juridique préjudiciable, ne porte pas atteinte à son immunité et représente une mesure procédurale licite<sup>96</sup>.

47. La situation de l'agent public jouissant de l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne la convocation à témoin exige des commentaires supplémentaires. En principe, il est manifestement possible de convoquer, aux fins de l'entendre en tant que témoin, un représentant de l'État bénéficiant de ce type d'immunité, si son

<sup>94</sup> G. Buzzini, *supra*, note 23, p. 476.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Voir *supra*, par. 41 et note 90.

témoignage est requis et porte sur des actes accomplis par des tiers ou par l'agent lui-même à titre privé (pour autant, bien entendu, que cette convocation n'entrave pas ledit agent dans l'accomplissement des actes de sa fonction). Mais que faire si les témoignages portent sur des actes accomplis par l'agent lui-même – en exercice ou dont les fonctions ont pris fin – ou par des tiers?

48. L'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* a permis d'examiner, notamment, la question de l'immunité en ce qui concerne une convocation à témoigner adressée à des fonctionnaires djiboutiens qui jouissaient de l'immunité *ratione materiae*<sup>97</sup>. Djibouti a indiqué que, pour déterminer si deux fonctionnaires djiboutiens avaient agi à titre officiel et, en conséquence, jouissaient de l'immunité à l'égard d'une convocation à témoigner sur des actes accomplis à ce titre, il importait effectivement de vérifier concrètement s'ils avaient agi *ès qualités* ou en leur capacité personnelle<sup>98</sup>. La Cour internationale a fait observer à ce sujet qu'« il n'avait pas été “concrètement vérifié” devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner adressées aux intéressés en qualité de témoins assistés par la France étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État »<sup>99</sup>. Ce critère est devenu l'une des raisons pour lesquelles la Cour n'a pas reconnu au Procureur de la République et au Chef de la sécurité nationale de Djibouti l'immunité à l'égard de la convocation à témoigner devant le tribunal français. Ainsi, si on suit la logique de la Cour en l'espèce, on peut parler d'immunité à l'égard de la convocation à témoigner adressée à un représentant de l'État jouissant de l'immunité *ratione materiae*, lorsque celui-ci est convoqué afin de témoigner sur des actes qu'il a accomplis à titre d'organe de l'État.

49. Ce critère est clair et suffisant dans les circonstances de l'affaire dont la Cour internationale était saisie. Mais serait-il suffisant dans le cas d'une convocation à témoigner devant un tribunal étranger adressée à un fonctionnaire jouissant de l'immunité *ratione materiae*, qui ne serait pas en relation avec des actes relevant de ses responsabilités, mais avec des actes *ultra vires* ou avec des actes accomplis par des tiers?

50. Le raisonnement applicable à la convocation adressée à l'agent public en question en tant que témoin en relation avec des actes *ultra vires* semble être le même que celui qui porte sur son immunité à l'égard de tels actes. En conséquence, on peut supposer que l'immunité doit protéger contre une telle injonction de témoigner.

51. Il apparaît, par ailleurs, que, s'agissant de la convocation à témoigner en relation avec des actes accomplis par des tiers, des événements et des faits dont l'agent public a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions officielles, l'immunité *ratione materiae* protège ce dernier en ce qui concerne l'imposition par un État étranger de toute obligation à cet égard<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Nous n'évoquons pas ici la question des spécificités de la législation française sur le sujet qui, en l'espèce, a été analysée en détail tant par les parties que par la Cour.

<sup>98</sup> *Djibouti c. France*, arrêt, par. 190.

<sup>99</sup> *Ibid.*, par. 191.

<sup>100</sup> G. Buzzini écrit : « Sans doute un critère plus approprié que celui qu'a utilisé la Cour internationale en l'affaire *Djibouti c. France* serait-il celui de savoir si le témoignage requis implique, le cas échéant, la communication d'éléments d'information ou de preuve sur des faits

## E. Champ d'application territoriale de l'immunité<sup>101</sup>

52. Dans sa décision en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale a établi qu'un ministre des affaires étrangères bénéficiait de l'immunité de juridiction pénale

dont l'agent de l'État aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'organe de l'État ». G. Buzzini, *supra*, note 23, p. 468. Dans la décision mentionnée dans le mémorandum du Secrétariat concernant une affaire civile, la Cour d'appel fédérale de la République fédérale d'Allemagne a refusé, en 1988, d'assigner le Ministre indien de la défense à comparaître en qualité de témoin sur une question portant sur des opérations lancées par les Forces armées indiennes contre des Tamouls à Sri Lanka, ayant conclu que l'immunité de l'État le protégeait, ainsi que ses agents en ce qui concerne toute convocation à témoigner sur les questions se rapportant aux actes souverains de l'État, dont participent les opérations de ses forces armées. Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 238, note 684. En l'affaire *Le Procureur c. Blaskic*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a adopté une position analogue, laquelle a décidé qu'on ne pouvait décerner au Ministre croate de la défense une injonction lui intimant de produire des documents officiels (injonction de produire ou *subpoena duces tecum*). *Le Procureur c. Blaskic*, affaire n° IT-95-14, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997 (l'arrêt peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). Comme il est indiqué dans le mémorandum du Secrétariat, « [e]ncore que l'espèce concerne l'immunité devant un tribunal international et non devant un tribunal pénal interne, la Chambre d'appel observe que l'exercice de la compétence judiciaire du Tribunal suit la même approche que celle adoptée normalement par un tribunal national » (voir par. 237, note 683). En l'affaire *Le Procureur c. Radislav Krstic*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international a tranché dans un autre sens, affirmant que l'immunité fonctionnelle d'un agent public, sur laquelle s'est fondée la Chambre d'appel en l'affaire *Blaskic* précitée, n'inclut pas l'immunité dispensant les représentants officiels « de devoir témoigner sur ce qu'ils ont vu ou entendu dans l'exercice de leurs fonctions », et que « [c]e type d'immunité n'existe pas ». *Le Procureur c. Radislav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt de la Chambre d'appel relatif à la demande d'injonctions, 1<sup>er</sup> juillet 2003, par. 27. Il ressort de la décision de la Cour que, « [à] la différence de la production de documents officiels, l'État ne peut lui-même produire les éléments de preuve que seul ce témoin peut fournir ». *Ibid.*, par. 24. Le raisonnement à l'origine de cette décision n'est pas entièrement clair. Plus convaincante semble l'opinion dissidente du juge Shahabuddeen, lequel a relevé en l'espèce que l'immunité d'un agent public à l'égard d'une injonction ne se limite pas à la situation exigeant la production de documents officiels, mais s'applique à toute l'information obtenue par lui dans l'exercice de ses fonctions officielles. « [...] Il n'est pas juste de restreindre la définition du terme "information" aux documents centralisés en un lieu sous l'autorité de l'État, comme les archives. Un État agit par l'intermédiaire de ses fonctionnaires; il dispose des informations qu'ils ont acquises dans tout le champ de son activité, nationale et internationale, y compris les informations sur ce qu'ils ont vu ou entendu ». Se référant à l'affaire *Blaskic*, il souligne que « le critère retenu est celui de savoir si les pièces ont été acquises par le témoin éventuel ès qualités ». *Le Procureur c. Radislav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt relatif à la demande d'injonctions, opinion dissidente du juge Shahabuddeen, 1<sup>er</sup> juillet 2003, par. 15 et 16. Comme l'écrit Buzzini, « il demeure difficile de comprendre pourquoi une injonction de témoigner sur des faits dont le représentant de l'État a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions doit être traitée différemment, à des fins d'immunité *ratione materiae*, d'une injonction de produire des documents officiels ». G. Buzzini, *op. cit.*, p. 468, note 79. Néanmoins, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, par exemple, en l'affaire *Le Procureur c. Bagosora et consorts*, renvoyant à la décision précitée en l'affaire *Krstic*, a constaté sans autres commentaires, lors de la décision relative à la demande d'injonction de témoigner, que « [l]es fonctionnaires ne bénéficiaient d'aucune immunité à l'égard d'une injonction de comparaître, même lorsque l'objet de leur témoignage avait été obtenu dans le cadre de leurs fonctions officielles », *Le Procureur c. Bagosora et consorts*, affaire n° ICTR-98-41-T, Chambre de première instance I, décision relative à la demande d'injonction décernée au major Jacques Biot, 14 juillet 2006.

<sup>101</sup> Voir par. 153 du mémorandum du Secrétariat.

étrangère lorsqu'il se trouvait à l'étranger<sup>102</sup>. Dans la même décision, la Cour a ajouté qu'il était « clairement établi en droit international 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, jouiss[ait] dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »<sup>103</sup>. La question de l'immunité des représentants de l'État en déplacement à l'étranger a également été évoquée par les parties dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>104</sup>, ainsi que dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*<sup>105</sup>. En ce qui concerne les circonstances des deux affaires, cette position était claire. Cela étant, dans quelle mesure, sur le principe, est-il exact d'affirmer que l'immunité ne s'applique que lorsque le fonctionnaire se trouve à l'étranger?

53. Certes, dans le cas d'agents publics représentant l'État dans les relations internationales, il importe que l'État étranger ne puisse entraver l'exercice de cette fonction spécifique. C'est pourquoi l'immunité est particulièrement importante lorsque le représentant de l'État se trouve à l'étranger. Qui plus est, c'est lorsqu'il se trouve hors de son propre État qu'il est le plus vulnérable, pouvant faire l'objet de mesures de procédure pénale de la part d'un État étranger. Néanmoins, il apparaît que l'immunité de juridiction étrangère s'applique également lorsque le fonctionnaire se trouve sur le territoire de l'État, au service duquel il est ou a été affecté. Il ressort de ce qui précède que l'immunité est une protection procédurale, fondée sur la souveraineté de l'État, contre les mesures de procédure pénale d'un État étranger imposant à son représentant une quelconque obligation. D'un point de vue juridique, on ne comprend pas très bien pourquoi cette protection prend effet lorsque le représentant de l'État se trouve à l'étranger. L'immunité, en tant que norme de droit, comprend l'obligation pour l'État du for de renoncer à (et, éventuellement, d'empêcher) l'adoption de mesures de procédure pénale, qui empêcheraient le représentant de l'État de s'acquitter de ses fonctions officielles en lui imposant une obligation. On voit mal pourquoi cette obligation ne prend effet ou ne peut être considérée comme violée que lorsque ce dernier se trouve hors des frontières du territoire de son propre État. Par ailleurs, les agents publics qui ne représentent pas leur État dans les relations internationales, ou exercent des fonctions ne concernant pas ce type de représentation, sont aussi couverts par l'immunité. Ainsi, un procureur, juge ou autre agent public exerçant uniquement des fonctions « internes » ne jouit-il pas, lorsqu'il se trouve sur le territoire de son propre État, de la même immunité *ratione materiae* à l'égard d'un mandat d'arrêt émis par un État étranger ou d'une convocation à témoigner dans une affaire pénale, que celle dont il bénéficierait s'il se trouvait à l'étranger? Il semble que les mesures de procédure pénale qui imposent une obligation à un agent public étranger portent atteinte à l'immunité dont il jouit et, partant, à la souveraineté de l'État qu'il

<sup>102</sup> « [L]es fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger » (non souligné dans l'original). Affaire relative au *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 54.

<sup>103</sup> Ibid., par. 51. Non souligné dans l'original. Cette disposition se retrouve également dans la décision de la Cour en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, par. 170. La Cour n'y parle pas de la « juridiction des autres États », mais de la juridiction « dans » les autres États.

<sup>104</sup> Voir, par exemple, le mémoire présenté par la République démocratique du Congo (*Mandat d'arrêt*, Mémoire présenté par le Gouvernement de la République démocratique du Congo).

<sup>105</sup> Voir, par exemple, par. 164 de la décision, et par. 4.21 et 4.34 du contre-mémoire présenté par la France (*Djibouti c. France*, Contre-mémoire de la République française).

représente, que cet agent se trouve à l'étranger ou sur le territoire de son propre État. L'obligation de ne pas prendre de telles mesures à l'encontre d'un agent public étranger est violée dès qu'une mesure de ce type est adoptée, et non uniquement lorsque l'agent à l'encontre duquel elle est prise se trouve à l'étranger. Il est par conséquent justifié de poser la question de l'abrogation d'une telle mesure, au lieu de sa suspension pour la durée du séjour de l'agent public à l'étranger (ce qui serait plus logique, si cette mesure ne portait atteinte à son immunité que pendant la période de son séjour à l'étranger)<sup>106</sup>.

## F. Existe-t-il des exceptions à la règle consacrant l'immunité?<sup>107</sup>

### 1. Considérations préliminaires

54. Nous ferons, à titre de considérations préliminaires, les remarques suivantes. Tout d'abord, les exceptions à l'immunité envisagées sont celles qui sont fondées sur le droit international coutumier. En effet, il ne fait aucun doute que la levée ou l'exclusion de l'immunité peuvent être obtenues par la conclusion d'un accord international. Comme il est précisé au début de la présente partie du rapport, la règle consacrant l'immunité relève du droit international coutumier commun. Il convient donc de s'appuyer sur la pratique et l'*opinio juris* des États pour prouver la validité de la thèse selon laquelle il existe des exceptions à cette règle en droit international coutumier, autrement dit pour démontrer qu'une ou plusieurs normes de droit international coutumier en la matière existent ou tendent au moins à s'établir. En outre, le Rapporteur spécial part du principe que les exceptions à la règle de l'immunité ne sont pas synonymes d'absence normale d'immunité. Par exemple, le fait que l'ensemble des représentants de l'État qui ne jouissent pas de l'immunité *ratione personae* (soit la majorité écrasante des représentants et anciens représentants de l'État) ne sont pas couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère pour des infractions qu'ils ont commises alors qu'ils agissaient à titre privé est normal et ne saurait constituer une exception à la règle. Ainsi, si l'on sait (s'il est prouvé) qu'en accomplissant des actes criminels, un ancien représentant de l'État agissait à titre privé, la non-immunité va de soi et ne nécessite aucune preuve. En ce qui nous concerne ici, la notion d'exception à l'immunité renvoie à l'annulation, dans certaines circonstances, de l'immunité qui couvre en règle générale un représentant de l'État. À titre d'exemple, les représentants de l'État jouissent en règle générale de l'immunité pour les infractions qu'ils peuvent avoir commises dans l'exercice de leurs fonctions officielles; certains estiment toutefois qu'il ne saurait y avoir d'immunité de juridiction étrangère pour des infractions particulièrement graves et constitutives de crimes au regard du droit international.

<sup>106</sup> Lors de l'examen de cette question à la soixantième session de la Commission du droit international, M. G. Gaja a abordé un point touchant à l'immunité des agents publics à l'égard de la juridiction d'États tiers, espérant que la question serait examinée dans son prochain rapport (A/CN.4/SR.2983, p. 16 et 17). Le Rapporteur spécial n'est pour l'heure pas convaincu de la nécessité d'étudier séparément la question, car il ne voit pas – du moins pour le moment – de raison de supposer que l'immunité (le champ d'application de l'immunité) serait liée à la question de savoir si un agent public étranger se trouve sur le territoire de son propre État ou sur celui d'un État tiers. Il conviendrait plutôt d'examiner plus en détail le point de savoir si l'immunité est fonction du lieu où se trouve l'agent (ou de la commission par lui d'une infraction présumée) sur le territoire de l'État du for exerçant sa juridiction pénale. Cette question sera examinée plus avant.

<sup>107</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 141 à 153 et 180 à 212.

Dans le présent rapport, ce type de situation est considéré comme une exception à l'immunité.

55. La question des exceptions à la règle de l'immunité se pose principalement pour les représentants et anciens représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione materiae*. L'opinion qui prédomine est que, au moins en ce qui concerne les hauts représentants de l'État – chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères – qui sont en exercice, l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère n'est pas susceptible d'exceptions. L'immunité *ratione personae*, dite absolue, qui ne peut en aucun cas être levée, a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Mandat d'arrêt* et de *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*<sup>108</sup> dans les décisions de tribunaux nationaux<sup>109</sup> et dans les résolutions de l'Institut de droit international<sup>110</sup>. C'est le point de vue qui prévaut également dans la doctrine<sup>111</sup>. Comme le fait remarquer M. Frulli, la pratique des États montre invariablement qu'il est impossible de déroger aux règles concernant les immunités personnelles au niveau national<sup>112</sup>. Selon une autre opinion, la règle de l'immunité *ratione personae*

<sup>108</sup> *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 51, 54, 56, 58; *Djibouti c. France*, arrêt, par. 170 et 174.

<sup>109</sup> *Gaddafi*, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation 2001, p. 218; *Ariel Sharon*, Cour de cassation de Belgique, arrêt du 12 février 2003 (voir le site <http://www.indictsharon.net>); *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. Sept. 8, 2004); *Tachiona v. United States (Magabe case)*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2d Cir. Oct. 6, 2004); *W. v. Johannes (Hans) Adam, Furst von Liechtenstein*, Cour suprême d'Autriche, arrêt du 14 février 2001; *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya* (The Kingdom of Saudi Arabia), Court of Appeal du Royaume-Uni, arrêt du 28 octobre 2004, EWCA Civ 1394; *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya* (The Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords du Royaume-Uni, arrêt du 14 juin 2006, [2006] UKHL 26; *Tatchell v. Mugabe*, District Court du Royaume-Uni, arrêt du 14 janvier 2004, *Application for Arrest Warrant against general Shaul Mofaz*, District Court du Royaume-Uni, arrêt du 12 février 2004, tous deux cités dans *Current developments*, ICLQ, vol. 53, p. 769 à 774. Les procédures pour traduire Fidel Castro devant la justice pénale en Espagne et en Belgique ont également été suspendues lorsque son immunité a été confirmée (voir [http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/fidel\\_castro\\_425.html](http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/fidel_castro_425.html)).

<sup>110</sup> « En matière pénale, le chef d'État bénéficie de l'immunité de juridiction devant le tribunal d'un État étranger pour toute infraction qu'il aurait pu commettre, quelle qu'en soit la gravité. » (il s'agit en l'occurrence du chef d'État en exercice – R. K.). Résolution de l'Institut – 2001, *supra*, note 40, art. 2. « Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux. » (Il s'agit en l'occurrence de l'immunité de personnes agissant pour le compte d'un État – R. K.). Résolution de l'Institut – 2009, *supra*, note 22, art. III, par. 1.

<sup>111</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 137, note 375. A. G. Hamida « [...] même lorsqu'il a commis un crime de droit international alors qu'il était en exercice, un représentant de l'État peut jouir de l'immunité *ratione personae* (immunité personnelle ou statutaire) [...], conserve son inviolabilité et demeure à l'abri des poursuites pendant toute la durée de son mandat ». A. G. Hamida, K. M. Sein et H. A. Kadouf « Immunity Versus International Crimes: the Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* Cases », *Indian Journal of International Law*, 2006, vol. 46, n° 4, p. 511. K. Parlett : « Nul ne conteste que, pour les cas de torture, l'immunité s'applique dans les procédures engagées contre les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* » (« Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception », *European Human Rights Review*, 2006, n° 1, p. 60).

<sup>112</sup> M. Frulli, *Immunities of persons from jurisdiction*. In: *The Oxford companion to international criminal justice*, Editor-in-chief A. Cassese, 2009, p. 369.



doit être susceptible d'exceptions<sup>113</sup>. Cette thèse, qui a la faveur d'un certain nombre d'auteurs<sup>114</sup>, a par exemple été défendue par la Belgique devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>115</sup>. Elle a été soutenue dans les opinions dissidentes des juges en désaccord avec la décision adoptée à une grande majorité par la Cour<sup>116</sup>, puis reprise dans une certaine mesure dans l'opinion individuelle commune rédigée par trois juges dans cette affaire<sup>117</sup>.

## 2. Fondements des exceptions à l'immunité

56. Les exceptions à l'immunité sont tout particulièrement nécessaires parce qu'il est impératif de défendre les droits de l'homme contre les violations les plus graves et massives et de lutter contre l'impunité. Le fait est ici qu'il est nécessaire de défendre les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble et que, eu égard à ces intérêts et à la nécessité de lutter contre les crimes internationaux les plus graves, la responsabilité pénale de ceux qui les ont commis, lesquels sont le plus souvent des représentants de l'État, doit en conséquence être mise en jeu dans

<sup>113</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 151; le cinquième des Principes de Princeton sur la compétence universelle (« [...] la qualité officielle d'un accusé, qu'il s'agisse d'un chef d'État ou de gouvernement ou d'un haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un facteur d'atténuation de la peine ») a donné lieu au commentaire suivant : « Une immunité substantielle de poursuites exonérerait de toute responsabilité pénale les chefs d'État, les diplomates et d'autres fonctionnaires auteurs de crimes graves au regard du droit international lorsqu'ils ont commis ces crimes dans l'exercice de leurs fonctions. Le cinquième principe rejette cette immunité substantielle. » Voir *Commentary on the Princeton Principles*, prepared by S. W. Becker, in *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, p. 48 (disponible à l'adresse suivante : [http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)). Il est observé plus loin que ce précepte ne s'applique pas à l'immunité « procédurale », qui continue de protéger les chefs d'État ou les autres représentants de l'État tant qu'ils sont en exercice : « Aux termes du droit international en vigueur, tant qu'ils sont en exercice, les chefs d'État en fonction, les diplomates accrédités et d'autres fonctionnaires ne peuvent faire l'objet de poursuites pour des actes commis en leur qualité officielle », *ibid.*, p. 49.

<sup>114</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 151.

<sup>115</sup> Dans son contre-mémoire, la Belgique précise notamment que « ce ne sont pas les sources internationales qui manquent pour démontrer qu'un chef d'État ou un membre de son gouvernement ne bénéficient pas de l'immunité lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes de droit international humanitaire », *Mandat d'arrêt*, contre-mémoire du Royaume de Belgique, 28 septembre 2001, par. 3.5.13. Voir également *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 56.

<sup>116</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 149. Dans l'opinion dissidente qu'il a rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le juge Al-Khasawneh a fait la remarque suivante : « On peut arguer que la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir. » *Mandat d'arrêt*, arrêt, opinion dissidente de M. Al-Khasawneh, par. 7, p. 98. La juge van den Wyngaert a elle aussi pris fermement position, affirmant que « l'immunité ne devrait jamais s'appliquer aux crimes au regard du droit international, que ce soit devant des juridictions internationales ou nationales », *Mandat d'arrêt*, arrêt, opinion dissidente de M<sup>me</sup> van den Wyngaert, par. 36, p. 161.

<sup>117</sup> *Ibid.*, opinion individuelle commune de M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal. Dans leur opinion individuelle commune, les trois juges expriment leurs doutes quant aux cas de non-immunité que la Cour énumère au paragraphe 61 de son arrêt, regrettant en particulier que : « La seule alternative crédible semble donc être la possibilité d'engager une procédure devant un tribunal étranger après que la personne soupçonnée cesse d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères. », par. 78.

tout État compétent<sup>118</sup>. À cette fin, il est donc nécessaire que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État soit susceptible d'exceptions. Les exceptions à l'immunité des représentants en exercice et anciens représentants de l'État, qui jouissent de l'immunité *ratione materiae*, sont fondées sur des arguments divers, dont les principaux sont exposés ci-après. Premièrement, comme il a déjà été observé, certains sont d'avis que les actes criminels les plus graves au regard du droit international qui ont été commis par des représentants de l'État ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel<sup>119</sup>. Deuxièmement, des auteurs estiment que, étant donné qu'un crime international commis à titre officiel par un représentant de l'État est imputable non seulement à l'État concerné mais également au représentant lui-même, ce dernier n'est pas couvert par l'immunité *ratione materiae* dans une procédure pénale<sup>120</sup>. Troisièmement, d'autres affirment que les normes impératives du droit international, qui interdisent et criminalisent certains actes, priment la norme relative à l'immunité et l'annulent en cas de crimes de ce type<sup>121</sup>. Quatrièmement, l'opinion est avancée qu'une norme de droit coutumier s'est formée au plan international, selon laquelle l'immunité *ratione materiae* cesse de s'appliquer aux représentants de l'État lorsqu'ils ont commis un crime grave au regard du droit international<sup>122</sup>. Cinquièmement, certains établissent un lien entre l'exercice de la compétence universelle pour les crimes les plus graves et l'inapplicabilité de l'immunité en cas de crimes de ce type<sup>123</sup>. Sixièmement, d'autres enfin voient un lien analogue entre

<sup>118</sup> Voir, par exemple, K. O'Donnell : « Au moment où le mandat d'un chef d'État prend fin, l'État devrait pouvoir mettre en œuvre sa responsabilité au titre des crimes de droit international qu'il aurait commis. Il importe que les victimes de violations des droits de l'homme obtiennent réparation. En principe, le fait de savoir qu'ils perdront le bénéfice de l'immunité à l'issue de leur mandat aura sur les chefs d'État en exercice un effet suffisamment dissuasif pour qu'ils s'abstiennent de commettre des crimes de droit international. », op. cit., p. 416.

<sup>119</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 191 et 192, et *supra*, note 74.

<sup>120</sup> Par exemple, trois organisations non gouvernementales – Redress fund, Amnesty International, Justice – défendent cette position dans leurs observations écrites adressées en 2010 à la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Jones c. Royaume-Uni et Mitchell et autres c. Royaume-Uni* (document disponible sur : <http://www.interights.org/jones>, par. 10 à 17).

<sup>121</sup> Cette approche, fondée sur la théorie de la « hiérarchie normative », part du principe que les normes interdisant la torture et autres actes sont des normes de *jus cogens*, tandis que l'immunité de l'État et de ses représentants est dénuée de caractère impératif. Voir, par exemple, Bassiouni C., « Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability » in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17 au 21 septembre 1998*, dir. Ch. J. Joyner, Association Internationale de droit pénal, 1998 (« Les crimes contre l'humanité, le génocide, les crimes de guerre [...] et la torture constituent des crimes de droit international qui ont acquis rang de *jus cogens*. D'où les devoirs ci-après : obligation d'extrader ou de poursuivre, [...] de façon à supprimer l'immunité dont jouissent les hauts fonctionnaires, chefs d'État compris », p. 56).

<sup>122</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 197 à 204.

<sup>123</sup> Voir principe 5 des Principes de Princeton sur la compétence universelle, in *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (document disponible à l'adresse : [http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)). « De fait, il semblerait que la notion d'immunité de responsabilité pénale pour les crimes de droit international commis à titre officiel par des hauts fonctionnaires en exercice ou d'anciens hauts fonctionnaires est fondamentalement incompatible avec l'affirmation selon laquelle les violations flagrantes des droits de l'homme relèvent de la compétence universelle », Association de droit international, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence, session de Londres (2000), p. 14 (disponible sur le site :

l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et l'inapplicabilité de l'immunité pour les infractions soumises à cette obligation<sup>124</sup>. Tous ces arguments en faveur d'exceptions à l'immunité sont plus ou moins étroitement liés.

57. L'idée s'est assez largement répandue que les crimes les plus graves au regard du droit international<sup>125</sup> ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, et que l'immunité *ratione materiae* n'offre donc aucune protection contre l'exercice de la juridiction pénale étrangère pour ce type de crimes<sup>126</sup>. En conséquence, si l'on adopte ce point de vue, l'immunité ne protège de la juridiction pénale étrangère que les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*, autrement dit la « triade », et éventuellement certains autres hauts fonctionnaires pendant la durée de leur mandat. Autrement dit, les autres représentants de l'État en exercice et tous ceux qui ont cessé d'exercer leurs fonctions, y compris la « triade », sont soumis à la juridiction pénale étrangère lorsqu'ils ont commis un tel crime. C'est d'ailleurs ainsi que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* peut être interprétée. Dans son énumération des circonstances dans lesquelles l'immunité ne peut faire obstacle à l'exercice de la juridiction pénale étrangère, la Cour a en effet indiqué notamment qu'« à condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'*au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé* »<sup>127</sup>. Cette affirmation a permis aux trois juges globalement favorables à la décision de la Cour de souligner, dans leur opinion individuelle commune, que l'immunité ne protège un ministre des affaires étrangères après qu'il a quitté sa charge que pour les actes qu'il a commis à titre officiel, et de préciser plus loin : « On affirme maintenant de plus en plus en doctrine [...] que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) peut exercer [...]. Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État. La même

<http://www.ila-hq.org>).

<sup>124</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, note 26 et par. 205.

<sup>125</sup> Si l'on ne peut guère parler d'une liste universellement admise des actes que les tenants de cette thèse comptent comme crimes ne pouvant être considérés comme des actes officiels, l'opinion générale est qu'entrent dans cette catégorie les crimes qui sont du ressort de la Cour pénale internationale, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression. Comme Joe Verhoeven l'a fait remarquer dans son Rapport définitif sur la question des immunités à la treizième Commission de l'Institut, « la difficulté reste de s'entendre sur les crimes qui autorisent une dérogation à l'immunité. Sur ce point, la Commission a préféré demeurer relativement vague. Ces crimes sont certainement ceux qui sont visés par le Statut de la Cour pénale internationale (agression, crime de guerre, génocide, crime contre l'humanité) ». Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, session de Vancouver, 2001, p. 594 et 595. « La Commission n'a pas souhaité reprendre à son compte une définition de ces crimes de manière à laisser la porte ouverte à des évolutions qui permettraient de considérer comme des crimes graves de droit international des infractions qui ne rentrent pas à l'heure actuelle dans la compétence des tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale. », *ibid.*, p. 615.

<sup>126</sup> Voir *supra*, note 119.

<sup>127</sup> *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 61. Non souligné dans l'original.

opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des États, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires »<sup>128</sup>.

58. Avant la décision rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, cette idée avait déjà été formulée par Lord Steyn et Lord Nicholls dans l'affaire *Pinochet I* et par Lord Hutton et Lord Phillips dans l'affaire *Pinochet III*<sup>129</sup>. En outre, la cour d'appel

<sup>128</sup> Ibid., opinion individuelle commune de M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, par. 85. Les juges se réfèrent à l'article d'Andrea Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227 et 228, à l'arrêt de la Cour suprême israélienne dans l'affaire *Eichmann*, Cour suprême, arrêt du 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312, et à l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2). Ils mentionnent également les opinions des juges des tribunaux nationaux exposées dans les affaires *Pinochet I* et *Pinochet III* (Lord Steyn et Lord Nicholls, Lord Hutton et Lord Phillips of Worth Matravers, respectivement).

<sup>129</sup> Lord Steyn : « Il est donc clair que l'immunité statutaire reconnue à un ancien chef d'État n'est pas absolue. Elle nécessite la réunion de deux conditions, à savoir : 1) le défendeur doit être un ancien chef d'État (*ratione personae* selon le droit international), 2) il doit être inculpé d'actes officiels commis alors qu'il exerçait ses fonctions de chef d'État (*ratione materiae*). S'agissant de la seconde condition, le fait qu'il s'agisse d'actes officiels ne suffit pas : ceux-ci doivent également avoir été accomplis par le défendeur dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État. » « L'évolution du droit international depuis la Deuxième Guerre permet de conclure qu'à l'époque du coup d'État de 1973 et certainement depuis lors, le génocide, la torture, la prise d'otages et les crimes contre l'humanité (pendant un conflit armé ou en temps de paix) étaient condamnés par le droit international en tant que crimes de droit international punissables. Au stade de l'évolution du droit international, il me semble difficile de soutenir que des crimes graves de ce type puissent être assimilés à des actes accomplis dans l'exercice des fonctions de chef d'État. » *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (n° 1) (ci-après « *Pinochet I* ») (disponible à l'adresse : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino09.htm>).

Lord Nicholls of Birkenhead : « À mon sens, l'article 39.2 de la Convention de Vienne, tel que modifié et appliqué aux anciens chefs d'État en vertu de la section 20 de la loi de 1978, tend à reconnaître l'immunité au titre d'actes accomplis dans l'exercice de fonctions que le droit international reconnaît être celles d'un chef d'État, quelles que soient les dispositions de la constitution nationale dudit État. [...] Le droit international ne requiert pas l'octroi d'une immunité plus étendue. Il va sans dire que le fait de soumettre à la torture ses propres citoyens ou des étrangers ne serait pas considéré par le droit international comme relevant des fonctions de chef d'État. [...] Le droit international a clairement établi que certains comportements, notamment la torture et la prise d'otages, sont inadmissibles, quel qu'en soit l'auteur. Ce principe s'applique tout autant, voire davantage, aux chefs d'État qu'au reste de la population; soutenir le contraire reviendrait à vider le droit international de tout son sens. », *ibid.*

Lord Hutton : « En conséquence, eu égard aux dispositions de la Convention contre la torture, j'estime que ni le Sénateur Pinochet ni le Chili ne peuvent prétendre que les actes de torture commis après le 29 septembre 1988 relevaient des fonctions de chef d'État. Si les actes de torture reprochés à M. Pinochet ont été commis sous le couvert de sa qualité de chef d'État, ils ne peuvent toutefois pas être considérés comme relevant des fonctions de chef d'État au regard du droit international, ce dernier interdisant expressément l'usage de la torture par un État en toutes circonstances et l'ayant érigé en crime de droit international. » « J'en conclus que M. Pinochet ne peut bénéficier de l'immunité, car la commission d'actes de torture n'entre pas dans les fonctions d'un chef d'État et, par conséquent, l'immunité qui peut lui être reconnue en l'occurrence en tant qu'ancien chef d'État ne s'applique pas pour les actes de torture. » (*Pinochet III*) (disponible à l'adresse : <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino6.htm>).

Lord Phillips of Worth Matravers : « Dans la mesure où la section III de la loi de 1978 stipule qu'un ancien chef d'État bénéficie de l'immunité pour les actes accomplis dans

d'Amsterdam a précisé, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2000 dans l'affaire *Bouterse*, que « la commission de très graves infractions pénales de cette nature ne [pouvait] être regardée comme relevant des fonctions officielles du chef d'État »<sup>130</sup>.

59. Il n'en reste pas moins que, comme constaté dans le mémorandum du Secrétariat, cette idée a été critiquée tant par les tribunaux nationaux que par la doctrine<sup>131</sup>. Lord Goff a notamment déclaré dans l'affaire *Pinochet III* qu'un acte commis à titre non privé par un chef d'État ne saurait perdre son caractère d'« acte de gouvernement » du fait de son caractère illicite, et ce, quelle que soit la nature des crimes en question<sup>132</sup>. L'arrêt rendu dans l'affaire *Bouterse*, évoqué plus haut, a été accueilli avec scepticisme par certains spécialistes<sup>133</sup>. Dans l'opinion dissidente qu'elle a rendue dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la juge ad hoc van den Wyngaert, tout en reprochant à la Cour internationale de Justice d'avoir considéré, dans son énumération des restrictions à l'immunité, que l'immunité d'un ancien ministre des affaires étrangères ne pouvait être levée au titre d'actes commis alors qu'il était en exercice que si ceux-ci l'avaient été à titre privé, a fait observer que, dans son arrêt, la Cour « aurait pu – et aurait même dû – ajouter que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne tombent jamais dans cette catégorie »<sup>134</sup>, et a ajouté : « Certains crimes de droit international (par exemple certains actes de génocide et d'agression) ne peuvent être commis, pour des raisons d'ordre pratique, qu'avec des moyens dont seul un État peut disposer et dans le cadre d'une politique adoptée par lui – en d'autres termes, vus sous cet angle, ces actes ne peuvent être

---

l'exercice de ses fonctions officielles, je ne crois pas que ces fonctions puissent, s'il l'on interprète la loi, englober des actes qui sont interdits car considérés comme criminels au regard du droit international. » (*Pinochet III*), *ibid.*

<sup>130</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, note 539 et par. 191. L'ancien dirigeant du Suriname a été inculpé pour le meurtre avec torture de 15 hommes en décembre 1982. Voir le commentaire de L. Zegveld sur cette affaire, the *Bouterse* case. Netherlands Yearbook of International Law, 2001, p. 97 à 120.

<sup>131</sup> Voir, dans le mémorandum du Secrétariat, la liste des décisions rendues par des tribunaux nationaux, par. 192, notes 540 à 545. Voir également R. van Alebeek, *supra*, note 51, p. 286 et suiv.

<sup>132</sup> Lord Goff of Chieveley : « Les fonctions d'un chef d'État, par exemple, constituent, contrairement aux actes accomplis à titre privé, des fonctions gouvernementales; et un acte criminel commis à titre non privé par un chef d'État n'en demeure pas moins un acte de gouvernement. Ce principe s'applique aussi bien pour un crime grave, tel qu'un meurtre ou un acte de torture, que pour un délit moindre. » (*Pinochet III*, disponible à l'adresse : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>). Lord Slynn, dans l'affaire *Pinochet I*, a également observé que : « À n'en point douter, le droit international ne reconnaît pas la commission d'actes de torture ou de génocide comme faisant partie des fonctions spécifiques d'un chef d'État. Néanmoins, le fait qu'un chef d'État commette un acte illicite dans l'exercice d'autres fonctions ne signifie pas qu'il n'est plus considéré comme s'acquittant d'une de ses fonctions. Si tel était le cas, l'immunité en matière d'actes criminels serait vidée d'une bonne part de son sens. J'estime donc qu'il ne convient pas d'établir à cette fin une distinction entre les infractions en fonction de leur caractère criminel et immoral. » (Lord Slynn of Hadley in *Pinochet I*, disponible à l'adresse : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino02.htm>).

<sup>133</sup> « À mon sens, aucun ordre donné à ses subordonnés par un chef d'État en sa qualité de commandant des forces armées ne peut être qualifié de « non officiel ». La décision de la cour d'appel d'Amsterdam, qui établit que les meurtres de décembre sont des actes « non officiels » et qu'ils échappent en conséquence à l'immunité, devrait donc être rejetée. », L. Zegveld. *op. cit.*, p.115.

<sup>134</sup> *Mandat d'arrêt*, arrêt, opinion dissidente de M<sup>me</sup> van den Wyngaert, par. 36, p. 161.

que des actes “officiels”»<sup>135</sup>. Ainsi que même ses détracteurs le reconnaissent, l’idée selon laquelle l’immunité fonctionnelle de représentants d’États étrangers protège les actes des États dont ils sont les agents « est de plus en plus prégnante dans la réflexion judiciaire et universitaire »<sup>136</sup>.

60. Certains estiment en outre que si les crimes de droit international commis par un représentant ou ancien représentant de l’État ne sont pas considérés comme des actes imputables à l’État dont cette personne est ou a été un agent, on ne pourra pas parler de responsabilité juridique internationale de cet État au titre de ces actes<sup>137</sup>. Bien que logique, voire pertinent, cet argument s’appuie davantage sur des considérations pragmatiques que sur des bases juridiques.

61. Si l’on envisage la situation d’un point de vue strictement juridique, les considérations ci-après s’imposent d’elles-mêmes. On ne voit pas bien pour quelle raison la gravité d’un acte criminel entraînerait un changement d’imputation tant aux fins de la responsabilité qu’aux fins de l’immunité. Si les actes illicites commis à titre officiel par un représentant de l’État sont généralement imputés à l’État et continuent d’être considérés comme actes de l’État, et donc comme actes officiels, pourquoi les plus graves d’entre eux cesseraient-ils d’être imputés à l’État et perdraient-ils leur caractère officiel? Et, par conséquent, pour quelle raison la gravité d’un acte supposément commis par un représentant d’un État étranger devrait invalider le principe de l’égalité souveraine des États, duquel procède l’immunité *ratione materiae* reconnue au représentant de l’État étranger? Certes, il arrive que des crimes internationaux graves soient commis par des personnes qui ne sont pas les agents d’un État (mais représentent par exemple une partie non gouvernementale dans un conflit armé non international). Toutefois, dans ces situations, la question de l’immunité ne se pose même pas. Elle ne se pose que dans le cas des représentants d’un État. D’ailleurs, ceux-ci ne peuvent en règle générale commettre des actes illicites de grande envergure que parce qu’ils sont soutenus par l’État, agissent en son nom, faisant appel à son appareil répressif, donnant des ordres, etc. Ainsi, affirmer que ces actes ont été accomplis à titre privé et non officiel revient, semble-t-il, à tenter, de manière artificielle et sans véritable fondement juridique, de contourner l’immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère des représentants de l’État.

62. Un autre fondement est que l’immunité *ratione materiae* n’est pas recevable du fait qu’un acte criminel commis par un représentant de l’État est imputé non seulement à l’État concerné mais également au représentant lui-même<sup>138</sup>. On peut noter à cet égard que le rapport préliminaire précise que le fait qu’un acte illicite accompli par un représentant de l’État agissant à titre officiel soit imputé à l’État n’exclut pas qu’il soit également imputé au représentant lui-même<sup>139</sup>. Cet acte n’en

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Voir par exemple R. van Alebeek, *supra*, note 51, p. 303 et 304. L’auteur n’est toutefois pas tenant de cette thèse.

<sup>137</sup> Voir par exemple D. S. Koller : « Tout d’abord, les actes de ce type constituent assez fréquemment des actes officiels en ce sens que les agents de l’État les accomplissent au nom de l’État. [...] Deuxièmement, cette fiction juridique aurait pour effet d’éliminer la responsabilité de l’État, étant donné qu’un acte, dès lors qu’il est accompli ès qualités, n’est plus imputable à l’État. », *op. cit.*, p. 29. Voir également S. Wirth, « Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in *Congo v. Belgium Case* », *EJIL* 13 (2002) 877, p. 891.

<sup>138</sup> Voir *supra*, note 120.

<sup>139</sup> Voir rapport préliminaire, par. 89.

conserve pas moins son caractère officiel. On ne voit donc pas bien pourquoi un représentant de l'État devrait être privé de l'immunité *ratione materiae*, qui est par définition l'immunité de l'État, lorsqu'il a commis un acte qui n'est pas seulement contraire au droit mais constitue un crime au regard du droit international<sup>140</sup>.

63. Ce qui justifie aussi la non-immunité *ratione materiae* des représentants en exercice et ex-représentants d'un État qui ont commis des crimes de droit international graves, c'est l'idée que ces violations graves des droits de l'homme sont criminalisées et interdites par les normes impératives du droit international commun. Dès lors, selon les tenants de ce point de vue, ces normes de *jus cogens* l'emportent sur la norme supplétive d'immunité *ratione materiae*<sup>141</sup>. C'est notamment cette position qu'a adoptée la minorité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani*<sup>142</sup>. Dans l'opinion dissidente des juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić, il est dit en particulier que « la norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des États étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des États se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique. De même, on ne peut invoquer le droit national, censé donner effet sur le plan interne aux règles internationales en matière d'immunité des États, pour l'ériger en obstacle à la compétence; on doit au contraire l'interpréter dans les limites et à la lumière des principes impératifs du *jus cogens* »<sup>143</sup>. C'est à peu près ce que disait Lord Millett dans l'affaire *Pinochet III*<sup>144</sup>. Dans l'affaire *Ferrini*, la Cour de cassation italienne a indiqué que le fait d'avoir commis des crimes internationaux constituait une violation grave des droits fondamentaux de l'homme et des valeurs universelles de la communauté internationale, et que ces valeurs étaient protégées par les normes impératives du droit international, ce qui avait pour conséquence que les tribunaux nationaux jouissaient d'une compétence civile et pénale universelle pour en connaître et que ces normes primaient sur le principe d'immunité<sup>145</sup>. Dans l'affaire

<sup>140</sup> En principe, si l'on suit la logique des tenants de cette thèse, l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État devrait non seulement être inapplicable en cas de crimes de droit international mais tout bonnement ne pas exister, étant donné que tout acte illicite (et pas seulement tout acte grave) commis à titre officiel par un représentant de l'État peut être imputé non seulement à l'État mais aussi au représentant lui-même.

<sup>141</sup> Bien que l'immunité découle du principe d'égalité souveraine des États, qui est un des principes fondamentaux du droit international, il semblerait que l'on puisse effectivement considérer la norme de l'immunité comme norme supplétive, dont les États peuvent s'écarter s'ils en décident ainsi.

<sup>142</sup> Jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 novembre 2001, affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (n° 35763/97), <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>143</sup> Affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, op. cit. Opinion dissidente commune à MM. les juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et M<sup>me</sup> Vajić, juges, par. 3 (disponible sur le site : <http://hudoc.echr.coe.int>).

<sup>144</sup> Lord Millett : « La communauté internationale avait créé une infraction pour laquelle il ne pouvait pas y avoir d'immunité *ratione materiae*. Le droit international ne peut être censé avoir défini un crime qui relève du *jus cogens* et en même temps avoir prévu une immunité qui couvre le même champ que l'obligation qu'il cherche à imposer. »

<sup>145</sup> *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, Corte di Cassazione, arrêt du 6 novembre 2003-11 mars 2004, n° 5044, par. 9 et 9.1. Dans cette affaire, comme dans l'affaire *Al-Adsani* devant la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agissait de l'immunité de l'État et non de ses représentants. En outre, la Cour a également examiné les décisions de certains autres tribunaux

*Lozano*, qui portait surtout sur la question de l'immunité de juridiction pénale italienne d'un militaire américain en relation avec un crime qui aurait été commis en Irak, la Cour de cassation a indiqué que, « selon une règle coutumière qui semble se dégager, l'immunité d'un État ne couvre pas des actes constitutifs de crimes aux termes du droit international. L'explication de cette exception d'immunité est que, en cas de conflit entre les règles d'immunité et les règles définissant les crimes internationaux, ces dernières, étant des règles de *jus cogens*, doivent prévaloir »<sup>146</sup>. Ce point de vue existe dans la doctrine<sup>147</sup>, et le juge Al-Kasawneh s'en est prévalu

---

nationaux dans des affaires criminelles concernant des représentants de l'État étrangers et a estimé qu'il en ressortait que l'immunité fonctionnelle de ces personnes ne pouvait être invoquée si elles étaient accusées de crimes internationaux. Cet avis de la Cour suprême d'Italie a trouvé un développement avec la décision dans une affaire civile, l'affaire *Middle* (Corte di Cassazione – arrêt du 21 octobre 2008-13 janvier 2009, n° 1072) (voir l'affaire *F. Moneta*, State immunity for international crimes: The case of Germany versus Italy before the ICJ, disponible sur le site : [www.haguejusportal.net](http://www.haguejusportal.net). Voir également l'affaire *Préfecture de Voiotia c. Allemagne* devant la Cour suprême de Grèce, n° 11/2000 du 4 mai 2000, [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Greece/Voiotia\\_SupremeCourt\\_4-5-2000.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Greece/Voiotia_SupremeCourt_4-5-2000.pdf); *AJIL*, vol. 85, p. 198).

Selon l'opinion de Lord Bingham de Cornhill, « la décision dans l'affaire *Ferrini* ne peut [...] être comprise comme une déclaration de droit international précise au sens où on l'entend généralement » (*Jones c. Ministère de l'intérieur Al-Mamlaka Al-Arabiya As Saudiya* (Royaume d'Arabie saoudite), Opinions of Lords of Appeal, 14 juin 2006, par. 22, disponible sur le site : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>).

<sup>146</sup> *Lozano c. Italie*, Jugement d'appel, affaire n° 31171/2008. On a utilisé un exposé de l'arrêt en anglais, que l'on trouvera dans les *Oxford Reports on International Law*, ILDC 1085 (IT 2008), disponibles à l'adresse <http://ildc.oxfordlawreports.com>. Dans cet arrêt, la Cour, en dépit de ce qui avait été dit, a reconnu que les tribunaux italiens ne pouvaient connaître du crime qu'aurait commis Lozano dans la mesure où ce n'était pas un crime de guerre et que, par conséquent, il n'entraînait pas l'exception en question, un militaire étranger jouissant de l'immunité *ratione materiae* dont jouissent aussi, conformément au droit international coutumier, les agents d'un État. En ce qui concerne l'immunité *ratione materiae* dans l'arrêt, (à en juger d'après la version utilisée), il est dit ce qui suit : « Selon une règle bien établie du droit international coutumier, qui était universellement acceptée à la fois dans la littérature juridique généralement admise et dans la jurisprudence nationale et internationale, [...] les *acta iure imperii* commis par des agents d'un État dans l'exercice de leurs fonctions étaient couverts par l'immunité et ne pouvaient donc pas être soumis à la juridiction civile ou pénale d'un État étranger. La règle de l'immunité *ratione materiae*, qui devait être distinguée de la règle de l'immunité *ratione personae* dont jouissent certains représentants de l'État, était simplement un corollaire de la règle internationale coutumière établissant l'immunité d'un État de la juridiction d'un État étranger s'agissant des *acta iure imperii* de ses agents. Étant donné que chaque État souverain était libre de déterminer sa structure interne et de désigner les particuliers appelés à être ses agents, il s'ensuivait que les actes accomplis par des agents de l'État revenaient à l'exercice de fonctions étatiques et devaient donc être attribués à l'État. Par conséquent, seul l'État pouvait être tenu responsable de pareils actes. », *ibid.*

<sup>147</sup> Voir, par exemple R. Taylor : « Dès lors que la torture viole les normes de *jus cogens*, on peut penser qu'elle lève l'immunité. Les normes de *jus cogens* sont les règles de conduite acceptées sur le plan international pour les États souverains. Elles sont en droit international d'une importance éminente. L'immunité souveraine, d'autre part, découle du droit international coutumier et n'est pas une norme de *jus cogens*. L'immunité souveraine peut donc ne pas pouvoir être invoquée par les violateurs du *jus cogens* – en effet, les violations peuvent être comprises comme renoncement implicite à l'immunité. » Taylor R. H. « Pinochet, Confusion and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State », *Thomas Jefferson Law Review* 24 (Automne 2001), p. 114. K. Parlett explique en ces termes le fondement de cette approche : « Bien que l'argument majeur n'ait pas été retenu de



dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>148</sup>.

64. Dans les affaires *Al-Adsani, Kalogeropoulou et al. c. Grèce et Allemagne* devant la Cour européenne des droits de l'homme, la majorité des juges se sont cependant déclarés en désaccord avec ce point de vue. Dans l'appréciation de la Cour dans l'affaire *Al-Adsani*, il était dit à cet égard : « Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture »<sup>149</sup>. La position de la Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire a trouvé un appui dans la doctrine<sup>150</sup>. En même temps, il faut savoir que, dans les affaires susmentionnées, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie de la question de l'immunité de l'État d'une action civile et non pas de l'immunité des agents de cet État d'une juridiction pénale étrangère. Dans le mémorandum du Secrétariat il est dit : « il peut en effet ne pas sembler évident qu'une règle de droit international érigeant certains comportements en infraction soit incompatible avec une règle interdisant, dans certaines circonstances, l'exercice de poursuites à raison de ces comportements devant une juridiction pénale étrangère »<sup>151</sup>. Il semblerait toutefois que la situation soit plus nette. Les normes impératives qui criminalisent les crimes internationaux relèvent du droit substantiel. La norme d'immunité, comme on l'a noté ci-dessus, a un caractère procédural et n'exerce aucune influence sur la criminalisation des actes en question, elle ne supprime pas la responsabilité et n'exclut pas même entièrement la compétence pénale pour ces actes lorsqu'ils ont été commis par un représentant étranger

---

façon générale, le raisonnement qui le sous-tend a quelque validité. Premièrement, les effets d'une norme de *jus cogens* ne sont pas limités aux traités mais s'étendent au droit international coutumier ainsi qu'au droit et à la jurisprudence au niveau national. Deuxièmement, pour donner pleinement effet à une norme de *jus cogens*, elle doit prévaloir non seulement sur les règles fondamentales en sens contraire mais sur les règles qui empêchent son application. Dans le cas de la torture, cela voudrait dire que l'interdiction de *jus cogens* prime non seulement le droit interne permettant la pratique de la torture mais qu'elle l'emporte aussi sur le fonctionnement de l'immunité pour empêcher la jouissance de droits liés à la norme elle-même. Comme les règles d'immunité ne sont pas de *jus cogens*, elles doivent céder devant l'effet d'une norme hiérarchiquement supérieure. » in « Immunity in Civil Proceedings for Torture: the Emerging Exception », *European Rights Review*, 2006, n° 1, p. 51.

<sup>148</sup> *Mandat d'arrêt*, Jugement, Opinion dissidente de M. Al-Khasawneh, par. 7, p. 98. (« La lutte effective contre des crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la connaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir. »)

<sup>149</sup> *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 21 novembre 2001, par. 61. Cette position s'est également reflétée dans la décision sur l'affaire *Kalogeropoulou* : « La Cour n'estime pas qu'il soit cependant établi qu'il y ait à l'heure actuelle acceptation en droit international de la proposition selon laquelle les États ne jouissent pas de l'immunité s'agissant d'actions civiles en réparation engagées contre eux dans un autre État pour des crimes contre l'humanité. »

<sup>150</sup> Voir, par exemple, L. M. Caplan, *infra*, note 152; Markus Rau, « After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case, 3 *German Law Journal* n° 6 (2002) » (accessible à l'adresse <http://www.germanlawjournal.com>).

<sup>151</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 195.

(l'immunité ne protège que dans le cas de certains actes). Dans la mesure où la norme en matière d'immunité, d'une part, et les normes qui criminalisent un comportement donné ou qui déterminent la responsabilité de cet acte, d'autre part, s'appliquent à des questions diverses et relèvent de domaines différents du droit (à savoir, respectivement, le droit procédural et le droit substantiel), elles ne peuvent guère entrer en conflit, même si ces dernières sont impératives et la première est supplétive<sup>152</sup>.

65. L'idée selon laquelle la norme impérative interdisant la torture prévaut sur la norme d'immunité de l'État étranger n'a pas été retenue par l'instance judiciaire suprême du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord dans l'affaire *Jones* (dans cette affaire, il s'agissait de l'immunité de juridiction étrangère d'un État aussi bien que d'un de ses agents)<sup>153</sup>. À cette occasion, Lord Hoffman a fait notamment remarquer : « Le *jus cogens* porte interdiction de la torture. [...] Pour qu'il y ait conflit avec l'immunité d'un État, il faut [...] montrer que l'interdiction de la torture a entraîné une règle secondaire de procédure qui, à titre d'exception de l'immunité des États, permet aux États, et peut-être même exige d'eux, d'exercer une juridiction civile sur d'autres États en cas d'allégation de torture. Pareille règle peut sembler désirable et, puisque le droit international évolue, il peut y avoir eu développement en ce sens. Mais, contrairement à ce qu'affirme la minorité dans l'affaire *Al-Adsani*, elle ne découle pas de l'interdiction de la torture. »<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> A. Zimmermann, par exemple, note à cet égard qu'« il semble plus judicieux de considérer que les deux problèmes mettent en jeu deux ensembles de règles différentes qui sont sans interaction » Zimmermann A., *Sovereign immunity and violations of international jus cogens – some critical remarks*, 16 *Michigan Journal of International Law* 433, 438 (1995). Il serait peut-être aussi indiqué de renvoyer, par analogie, à l'avis de la Cour internationale lors de l'affaire du *Timor Oriental*. Le Portugal, dans cette affaire, soutenait l'argument selon lequel « les droits que l'Australie aurait violés étaient opposables *erga omnes* et selon lequel, par conséquent, le Portugal pouvait exiger de l'Australie, prise individuellement, le respect de ces droits, qu'un autre État ait ou non adopté un comportement illicite analogue ». Ce à quoi la Cour a fait observer que « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction étaient deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes* ». *Timor oriental c. Australie*, arrêt, *Rapports de la CIJ*, 1995, par. 29. C'est cet avis de la Cour que, dans un même contexte, invoque B. Stern. Voir B. Stern, *supra*, note 70, p. 546 et 547. Critiquant lui aussi la théorie de « hiérarchie normative », quoique sous un angle quelque peu différent, L. M. Caplan écrit : « Essentiellement, les normes en matière de droits de l'homme et d'immunité des États, tout en se renforçant mutuellement, régissent des aspects distincts et exclusifs de l'ordre juridique international. D'une part, les normes en matière de droits de l'homme protègent les "droits inaliénables et ayant force obligatoire" de l'individu [...] contre l'intervention de l'État et l'abus de pouvoir des gouvernements. D'autre part, les normes en matière d'immunité des États permettent aux fonctionnaires "de s'acquitter de leurs fonctions" de façon efficace et [...] de veiller au bon fonctionnement des relations internationales. Pour donner la preuve d'un conflit de normes juridiques internationales, la théorie de la hiérarchie normative doit prouver l'existence d'une norme de *jus cogens* qui interdise d'accorder l'immunité en cas de violation des droits de l'homme par des États étrangers. Or, la théorie de la hiérarchie normative ne donne aucune preuve de norme inconditionnelle de ce type ». L. M. Caplan, « State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory », *AJIL*, vol. 97, n° 4 (octobre 2003), 741, p. 772.

<sup>153</sup> *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia As Saudiya* (The Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords Judgment 14.06.2006, [2006] UKHL 26.

<sup>154</sup> *Ibid.*, Lord Hoffman, par. 44 et 45.

66. L'Allemagne a jugé que la décision qui la visait dans l'affaire *Ferrini*, ainsi que d'autres décisions de tribunaux italiens allant dans le même sens, comme des initiatives de l'Italie qui violaient son immunité et, par conséquent, étaient contraires au droit international; elle s'est donc tournée vers la Cour internationale. Dans sa requête à la Cour, l'Allemagne indique notamment : « Dans l'affaire *Ferrini* et dans d'autres affaires ultérieures, la *Corte di Cassazione* a ouvertement reconnu qu'elle n'avait pas appliqué le droit international actuellement en vigueur mais qu'elle souhaitait développer le droit en se fondant sur une règle "en formation", à savoir une règle qui n'existe pas comme norme du droit international positif. Dans ses propres formulations, elle a donc admis que, avec l'interprétation restrictive qu'elle donnait de l'immunité juridictionnelle, c'est-à-dire en élargissant la juridiction de l'Italie, elle violait les droits que l'Allemagne tirait du principe fondamental d'égalité souveraine. »<sup>155</sup>. La cour suprême de l'Ontario (Canada), dans sa décision sur l'affaire *Bouzari*, a indiqué en 2002 : « L'examen des décisions des tribunaux nationaux et internationaux, ainsi que de la législation des États en matière d'immunité souveraine, fait ressortir qu'il n'y a pas de principe de droit international coutumier qui prévoit une exception de l'immunité de l'État lorsqu'un acte de torture a été commis en dehors de l'État du for, même pour des actes contraires au *jus cogens*. Effectivement, il ressort de la pratique des États, telle qu'elle apparaît notamment dans ces sources, que l'on peut conclure qu'il existe une règle de droit international coutumier en vigueur qui prévoit l'immunité des États pour des actes de torture commis en dehors de l'État du for. »<sup>156</sup>. Or, dans les affaires *Ferrini* et *Bouzari*, c'est une juridiction civile que les tribunaux ont exercée. En outre, dans l'affaire *Bouzari*, la distinction a été faite entre les situations d'immunité de juridiction étrangère pour les crimes de torture, selon qu'il s'agissait d'une juridiction civile ou d'une juridiction pénale. En confirmant l'immunité de l'État dans le premier cas, la Cour d'appel a fait observer qu'une personne pouvait être traduite devant une instance criminelle pour des actes de torture commis à l'étranger sans qu'un État soit soumis à la juridiction d'un autre<sup>157</sup>. Cette décision donne de bonnes raisons de penser que la traduction en justice d'un agent d'une puissance étrangère au Canada pour actes de torture est possible du fait des obligations du Canada au titre de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants ou – de façon, du reste, très hypothétique – du fait que la torture ne saurait être considérée comme une fonction de l'État, mais, dans un cas comme dans l'autre, non en raison de l'existence d'une norme coutumière impérative de droit international qui prévaudrait sur la norme supplétive en matière d'immunité<sup>158</sup>. La question qui se pose alors, c'est de savoir si l'on peut dire en principe que les conséquences de l'interdiction des crimes internationaux graves par des normes de *jus cogens* en manière d'immunité peuvent différer selon le type de juridiction qui s'exerce, à savoir si elle est civile ou pénale.

<sup>155</sup> Affaire concernant les immunités de juridiction (*République fédérale d'Allemagne c. République italienne*), Requête de la République fédérale d'Allemagne, 2008, par. 13, disponible sur le site : [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

<sup>156</sup> *Bouzari c. Iran* [2002] O. J. n° 1624, cour supérieure de justice de l'Ontario, jugement, par. 63 (disponible sur le site : [www.haguejusticeportal.net](http://www.haguejusticeportal.net)). Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de l'Ontario en 2004. *Bouzari c. Iran* [2004], cour d'appel de l'Ontario (disponible sur le site : <http://www.canlii.org>). Cette affaire avait pour objet une procédure civile intentée à l'Iran pour qu'il compense le tort causé à la suite des tortures dont un de ses citoyens aurait été victime sur le territoire iranien.

<sup>157</sup> *Bouzari c. Iran* [2004], cour d'appel de l'Ontario, jugement, par. 91 et 93.

<sup>158</sup> Voir, en particulier, les paragraphes 69 à 81 et 89 à 91 de la décision de la cour d'appel, *ibid*.

Il semblerait que ni la pratique ni la logique n'indiquent qu'une distinction soit faite entre ces conséquences<sup>159</sup>.

67. Une autre question se pose encore à propos des raisons de l'exception d'immunité. Si les normes qui criminalisent et interdisent certains actes, en tant que ce sont des normes de *jus cogens*, l'emportent sur l'immunité d'un État et/ou d'un agent d'un État, pourquoi ne prévalent-elles que sur l'immunité *ratione materiae*? L'immunité *ratione personae* a elle aussi un caractère supplétif<sup>160</sup>. On pourrait logiquement supposer qu'elle devient également caduque sous l'effet d'une norme impérative qui entre en conflit avec elle. Cependant, même ceux qui défendent la thèse selon laquelle l'immunité *ratione materiae* disparaît lorsqu'il s'agit de crimes internationaux graves, se refusent en règle générale à aller « aussi loin » et ne contestent pas la validité de l'immunité personnelle des plus hauts représentants de l'État lorsqu'ils sont en exercice<sup>161</sup>.

68. Ce qui justifie aussi l'exclusion d'immunité *ratione materiae*, c'est l'idée que s'est constituée une norme coutumière du droit international selon laquelle cette immunité est sans effet si le représentant de l'État a commis un crime grave aux

<sup>159</sup> Par nature, les deux types de juridiction sont semblables, puisqu'il s'agit de la réalisation par l'État de ses prérogatives de pouvoir. Si la norme impérative l'emporte sur l'immunité, peu importe de quelle juridiction – civile ou pénale – vient l'immunité. Et vice versa. C'est d'autant plus vrai qu'il arrive que les deux formes de juridiction exercées soient très proches, par exemple quand une requête civile est présentée et examinée dans le cadre d'une affaire criminelle.

<sup>160</sup> On rencontre également l'opinion selon laquelle l'immunité d'un chef d'État en exercice, c'est-à-dire son immunité personnelle, a un caractère impératif (c'est par exemple l'opinion de Lord Hope évoquée dans la note suivante), mais on ne saurait guère l'admettre. Les États, semble-t-il, peuvent évidemment conclure un accord international aux termes duquel leurs chefs en exercice ne jouiront pas de l'immunité de juridiction pénale de n'importe quelle partie audit accord. Il semblerait qu'il n'y ait aucune raison de penser qu'un traité de ce type ne soit pas valide. Voir l'article 8 i) de la résolution de 2001 de l'Institut, *supra*, note 40, « Les États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes ».

<sup>161</sup> Il est intéressant à cet égard de citer le passage ci-après de l'article de B. Stern : « Une autre interrogation concerne le statut du chef d'État en exercice, dont l'immunité absolue en matière pénale a été réaffirmée. Si la solution adoptée pour l'ancien chef d'État est fondée sur la nature de *jus cogens* de l'interdiction d'un crime qui prévaut sur toute règle accordant l'impunité pour un tel crime, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne s'appliquerait pas également aux chefs d'État en exercice, à moins que leur immunité absolue ne soit également considérée comme une règle de *jus cogens*, ce qui est loin d'être évident. C'est pourtant la position adoptée par Lord Hope dans la deuxième décision (il s'agit ici de l'affaire *Pinochet* – R. K.), puisqu'il a invoqué "the *jus cogens* character of the immunity enjoyed by serving heads of states" précisément pour dire qu'il n'est pas évident que l'immunité ayant cette place dans la hiérarchie des normes doive être facilement enlevée aux chefs d'État en fonction.

Mais le raisonnement inverse est aussi possible et déjà certains considèrent que puisque l'immunité a été levée pour certains actes commis par d'anciens chefs d'État, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas également pour les chefs d'État en exercice. Bien sûr, le recul de l'impunité doit être encouragé, mais pas à n'importe quel prix. Personnellement, je pense que la prochaine étape, demandée par certaines ONG, autorisant la poursuite de chefs d'État en exercice devant n'importe quelle juridiction nationale exerçant une compétence universelle ne devrait pas être franchie. L'exemple d'une cour de Belgrade condamnant, le 21 septembre 2000, 14 leaders occidentaux parmi lesquels Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, à 20 ans d'emprisonnement pour les actions de l'OTAN en Yougoslavie, montre certains des possibles effets contreproductifs qu'il y aurait à ouvrir trop largement cette voie. » B. Stern, *supra*, note 70, p. 525 et 526.

termes du droit international<sup>162</sup>. La preuve qui est alléguée de l'existence d'une norme de ce type, ce sont les dispositions de documents constitutifs de tribunaux pénaux internationaux, à commencer par le Tribunal de Nuremberg ou celui de Tokyo, ainsi que leurs décisions<sup>163</sup> et les accords internationaux qui criminalisent des actes comme, par exemple, le génocide et l'apartheid. Ces arguments sont exposés de façon assez détaillée dans le mémorandum du Secrétariat<sup>164</sup>. Ils ont été invoqués aussi par la Belgique devant la Cour internationale dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>165</sup>. Comme on le sait, la Cour internationale n'a pas retenu cette argumentation ni s'agissant de l'immunité *ratione personae* d'un ministre des affaires étrangères en exercice (et d'autres fonctionnaires jouissant de cette immunité)<sup>166</sup>, ni s'agissant de l'immunité *ratione materiae* d'anciens représentants de l'État, tout en reconnaissant l'existence de cette argumentation<sup>167</sup>. Néanmoins, la thèse de l'existence de ladite norme coutumière continue d'être mise en avant. L'un des principaux arguments en sa faveur, en dehors de ceux qui ont été cités, consiste à invoquer tout un ensemble de décisions de tribunaux nationaux qui, selon les

<sup>162</sup> Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 197 à 204. En somme, la Cour de cassation italienne, dans les arrêts déjà mentionnés, parle déjà de norme coutumière énonçant la dérogation à l'immunité *ratione materiae*, mais c'est dans un sens plus étroit. Il s'agit là d'une norme du droit international qui, selon elle, est en voie de formation, et aux termes de laquelle les normes impératives interdisant les crimes internationaux l'emportent sur l'immunité *ratione materiae*.

<sup>163</sup> Parmi les décisions relativement récentes des tribunaux internationaux citées à cette occasion, il convient de relever la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Blaskic*, où il est dit en particulier que les exceptions à la norme coutumière du droit international relative à l'immunité fonctionnelle des représentants d'un État « découlent des normes du droit pénal international qui interdisent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. Au titre de ces normes, les personnes responsables de pareils crimes ne peuvent invoquer l'immunité de juridiction nationale ou internationale même si elles ont perpétré ces crimes dans l'exercice de leurs fonctions officielles. » *Prosecutor v. Blaskic*, case n° IT-95-14, Appeals Chamber Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (Issuance of Subpoenae Duces Tecum), 29 October 1997, par. 41 (disponible à l'adresse <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). Dans cette décision, il n'est pas dit que s'est constituée une norme internationale du droit coutumier énonçant l'exclusion d'immunité *ratione materiae* et, de manière générale, aucune explication n'est donnée à l'existence d'exceptions. Si l'on souhaite trouver de quelle justification se rapproche le plus cette opinion du Tribunal, ce serait sans doute l'explication examinée plus haut selon laquelle les normes interdisant les crimes mentionnés dans la décision ont un caractère de *jus cogens*. Sinon, il est difficile de comprendre à partir de cette décision pourquoi ces normes prévalent sur l'immunité.

<sup>164</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 197 à 204.

<sup>165</sup> Voir l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, Contre-mémoire de la Belgique, par. 3.5.13 et suiv. Il convient de remarquer qu'au paragraphe 3.5.84 du Contre-mémoire, la partie belge, répondant à d'éventuelles objections, fait au fond équivaloir les conséquences de l'application de la norme qu'elle entend démontrer sur l'exclusion d'immunité *ratione materiae* et l'exclusion d'immunité *ratione personae*, adoptant à ce titre une position radicale (« d'autres juges [...] dans l'arrêt du 24 mars 1999 (dans l'affaire *Pinochet III* – R. K.), tout en estimant que M. Pinochet ne jouissait pas de l'immunité *ratione materiae* ont néanmoins exprimé des réserves sur le cas d'immunité *ratione personae*, puisqu'il s'agissait d'immunité d'un chef d'État dans l'exercice de ses fonctions. En Belgique, cette réserve n'est pas fondée, étant donné les règles internationales rappelées ci-dessus, relatives à l'exclusion d'immunité pour des crimes relevant du droit humanitaire international, règles qui ne font aucune distinction entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae* »).

<sup>166</sup> *Mandat d'arrêt*, arrêt, par. 58.

<sup>167</sup> *Ibid.*, par. 61. La Cour internationale, naturellement, avait connaissance de la décision mentionnée ci-dessus (voir note 163) du TPIY dans l'affaire *Blaskic*.

tenants de ce point de vue, montrent que l'immunité n'est pas un obstacle pour exercer une compétence pénale à l'égard d'agents d'un État étranger. Au nombre des derniers arguments avancés en ce sens, on citera les observations adressées à la Cour européenne des droits de l'homme par trois organisations non gouvernementales – à savoir Redress Trust, Amnesty international et l'International Centre for the Legal Protection of Human Rights – dans les affaires *Jones c. Royaume-Uni* et *Mitchell et autres c. Royaume-Uni*<sup>168</sup>. Dans ces observations, il est fait référence à toute une série de décisions de tribunaux nationaux allant dans le sens dont il a été question. Elles concernent en particulier des poursuites engagées contre des agents d'États étrangers qui ont commis des crimes au cours de la Seconde Guerre mondiale, l'affaire *Pinchet* et des affaires de représentants d'États étrangers en France, en Italie, aux Pays-Bas, en Espagne, en Suède, au Sénégal et aux États-Unis<sup>169</sup>. Pour évaluer dans quelle mesure ces décisions peuvent être considérées comme preuves de l'existence de ladite norme de droit coutumier international, il faut les examiner de plus près, ainsi qu'étudier la réaction des États intéressés après certaines de ces décisions.

69. « Les milliers d'anciens fonctionnaires des États de l'Axe condamnés pour des crimes au cours de la Seconde Guerre mondiale » dont il est question dans les observations<sup>170</sup> ont été condamnés sur la base du « droit de Nuremberg » (l'article 7 du statut du Tribunal de Nuremberg, comme on le sait, stipulait que « La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'États, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine »<sup>171</sup>. Le statut du Tribunal de Tokyo et la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié contenaient des dispositions analogues<sup>172</sup>, que l'on retrouve dans les législations nationales adoptées dans leur prolongement. Les documents dont le Rapporteur spécial a eu connaissance concernant des procédures pénales engagées contre des fonctionnaires ayant commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité au cours de la Seconde Guerre mondiale ne font pas apparaître que les États dont ils étaient les agents aient défendu leur immunité d'anciens fonctionnaires au regard d'une juridiction pénale étrangère<sup>173</sup>. On peut y voir le témoignage d'un consensus entre les États exerçant une juridiction et les États dont ces personnes étaient les agents sur le fait que, s'agissant des crimes commis par des agents de pays de l'Axe, l'immunité ne pouvait s'appliquer. Il ne semble pas

<sup>168</sup> *Jones c. Royaume-Uni* [(n° 34356/06), *Mitchell et autres c. Royaume-Uni* (n° 40528/06), observations écrites de Redress, Amnesty International et Interights and Justice, présentées à la Cour les 14 et 25 janvier 2008, disponibles à l'adresse <http://www.interights.org/jones>, notes 40 et 41].

<sup>169</sup> *Ibid.*, par. 18 à 21.

<sup>170</sup> *Ibid.*, note 37.

<sup>171</sup> Statut du Tribunal militaire international, 8 août 1945 (disponible à l'adresse : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>).

<sup>172</sup> Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié du 20 décembre 1945 (disponible à l'adresse : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>). Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (disponible à l'adresse : [http://www.unifi.it/off\\_form/allegati/uploaded\\_files/2009/200011/B009965/Tokyo%20Statute.pdf](http://www.unifi.it/off_form/allegati/uploaded_files/2009/200011/B009965/Tokyo%20Statute.pdf)).

<sup>173</sup> La question de l'immunité a été soulevée par la défense lors du procès *Eichmann*. Cependant, il s'agissait non pas de l'immunité du fonctionnaire mais de l'immunité qui découlait du séjour de A. Eichmann en Argentine en tant que réfugié, concernant des actes qui ne tombaient pas sous l'acte formel d'extradition (« immunité d'un criminel réfugié » compte tenu du « principe de spécialité »). Voir l'adresse : <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment>.

toutefois que cela puisse confirmer la présence d'une norme coutumière générale du droit international concernant la non-immunité de juridiction pénale étrangère s'agissant de crimes commis par d'autres représentants d'un État après la Seconde Guerre mondiale<sup>174</sup> :

a) Dans l'affaire *Ben Saïd* (ex-agent consulaire de la Tunisie) en France en 2008, rien ne prouve que la question de son immunité *ratione materiae* ait été examinée (en tant que commissaire de police, il était accusé d'avoir commis le crime de torture). Le jugement a été rendu *in absentia* et l'affaire n'a pas eu de suites pratiques<sup>175</sup>;

b) En Italie, les affaires de 2000-2001 concernant sept anciens militaires argentins, dont le général G. Suarez, accusés d'avoir enlevé et assassiné des citoyens italiens, portaient sur la période de la « Sale guerre ». L'Argentine n'a pas exigé de l'Italie qu'elle s'abstienne d'exercer sa juridiction pénale concernant ces personnes en invoquant leur immunité<sup>176</sup>. Comme on le sait, l'Argentine entendait traduire devant ses tribunaux les militaires qui avaient trempé dans la « Sale guerre » et c'est pourquoi les lois pertinentes en matière d'amnistie avaient été levées; dans les procès de ces personnes, la question qui se pose maintenant est plutôt une affaire de prépondérance de juridiction que d'immunité<sup>177</sup>;

c) Dans l'affaire de l'ancien chef des services de renseignement afghans et de l'ancien vice-ministre afghan chargé de la sécurité (affaire du directeur du service du renseignement militaire KhAD-e-Nezami) aux Pays-Bas en 2008<sup>178</sup>, la question de l'immunité s'est effectivement posée (l'acte d'accusation mentionnait des crimes de guerre)<sup>179</sup>. Cependant, il convient de relever que les accusés avaient

<sup>174</sup> Comme l'écrit R. van Alebeek : « La législation promulguée par certains États après la Seconde Guerre mondiale se limitait aux crimes commis pendant cette guerre et ne prévoyait pas de tribunaux dotés d'une compétence générale pour être saisis de crimes contre le droit international commis à l'étranger. C'est seulement dans un très petit nombre de cas que des tribunaux nationaux ont dans les faits exercé une juridiction universelle, et ces procès – comme l'affaire *Eichmann* en Israël, l'affaire *Barbie* en France, l'affaire *Finta* au Canada et l'affaire *Polyukhovitch* en Australie – concernaient tous des crimes nazis. » R. Van Alebeek, *supra*, note 51, p. 279.

<sup>175</sup> Voir Khaled Ben Saïd, sur le site Trial Watch ([http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/khaled\\_ben-said\\_449.html](http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/khaled_ben-said_449.html)).

<sup>176</sup> Voir « Disappeared, but not forgotten », *Guardian.co.uk*, 15 juin 2006 (<http://www.guardian.co.uk/world/2006/jun/15/worlddispatch.argentina>).

<sup>177</sup> Voir, par exemple, « Argentina holds “Dirty War” trial », *BBC News*, 21 juin 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5099028.stm>).

<sup>178</sup> LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E), jugement d'appel avec traduction en anglais, <http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=bg1476>.

<sup>179</sup> La défense a notamment fait valoir que le tribunal « avait omis de considérer (*ex proprio motu*) que l'action pénale [...] était irrecevable faute de juridiction compétente étant donné que le défendeur jouissait de l'immunité en tant que personne exerçant ses fonctions à cette époque en Afghanistan (par. 7.1) ». La Cour suprême des Pays-Bas a fait valoir à ce sujet : « Les moyens d'appel ne peuvent aboutir pour la simple raison que l'accusé ne jouit pas de l'immunité de juridiction ainsi qu'il est indiqué précédemment au paragraphe 6.6 [au paragraphe 6.6 il est dit notamment : « bien que l'article 8 du Code pénal [des Pays-Bas] dispose effectivement que l'applicabilité des dispositions néerlandaises en matière de juridiction se trouve limitée par les exceptions reconnues en droit international, cela ne signifie pas autre chose [...] qu'une reconnaissance légale, d'immunité de juridiction ayant sa source dans le droit international »] ni en sa qualité d'ancien chef des services de renseignement afghans ni en sa qualité de vice-ministre chargé de la sécurité publique. [par. 7.2] », *ibid.*

commis leurs actes dans les années 80 alors que les opérations militaires se poursuivaient encore, et l'actuel Gouvernement afghan n'a pas défendu leur immunité. L'affaire *Scilingo* en Espagne (*Mise en cause de l'ancien capitaine de corvette argentin Adolfo Scilingo*) a déjà été abordée dans le présent rapport<sup>180</sup>. On peut dire qu'il y a eu là, de la part de l'Argentine, refus d'immunité<sup>181</sup>.

70. En ce qui concerne les mandats d'arrêt mentionnés dans la communication adressée par trois organisations non gouvernementales à la Cour européenne des droits de l'homme<sup>182</sup>, on peut relever ce qui suit :

a) Les mandats d'arrêt français et espagnol concernant un groupe de hauts fonctionnaires rwandais ont suscité des protestations du Rwanda et de l'Union africaine. En particulier, dans une décision du onzième Sommet de l'Union africaine, il est dit que ces mesures violaient la souveraineté et l'intégrité territoriale du Rwanda et constituaient un abus de compétence universelle<sup>183</sup>. En novembre 2006, en liaison avec cet incident, le Rwanda a rompu ses relations diplomatiques avec la France (elles ne seront rétablies qu'en novembre 2009)<sup>184</sup> et a menacé en représailles de traduire en justice des ressortissants français<sup>185</sup>. Jusqu'à présent, ces mesures n'ont fait qu'envenimer les relations internationales<sup>186</sup>, et les parties s'efforcent d'apaiser les tensions (ce dont témoignent les déclarations du Président français, M. Sarkozy, lors de sa visite officielle au Rwanda en février 2010)<sup>187</sup>. En France, les poursuites engagées contre la Chef du protocole du Président rwandais,

<sup>180</sup> Voir ci-dessus, par. 16.

<sup>181</sup> « Dans une interview accordée à IPS, le Secrétaire argentin aux droits de l'homme, M. Eduardo Duhalde, a déclaré que les tribunaux espagnols étaient compétents pour juger l'ancien capitaine de corvette argentin Adolfo Scilingo, traduit devant la justice espagnole pour génocide et torture », voir *Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser*, IPS Inter Press Service, 18 avril 2005 (<http://ipsnews.net>).

<sup>182</sup> *Jones c. Royaume-Uni* [(n° 34356/06), *Mitchell et autres c. Royaume-Uni* (n° 40528/06), observations écrites de Redress, Amnesty International et Interights and Justice, soumises à la Cour les 14 et 25 janvier 2010, disponibles à l'adresse <http://www.interights.org/jones>, note 41].

<sup>183</sup> « La nature politique et l'utilisation abusive du principe de compétence universelle par des juges d'États non africains contre des dirigeants africains, en particulier du Rwanda, constituent une violation flagrante de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de ces États », Décision sur le rapport de la Commission relatif au recours abusif au principe de compétence universelle Doc. Assembly/AU/14 (XI), par. 5(III) (Assembly/AU/ Dec.199(XI), disponible à l'adresse : <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/2008/june/summit/summit.htm#>). On peut penser que cette situation a été une des causes à l'origine des discussions entre l'Union africaine et l'Union européenne au sujet du principe de compétence universelle. Voir aussi « African Presidents Condemn Western Indictments », *Radio Nederland Wereldomroep*, 2 juillet 2008 (<http://static.rnw.nl/migratie/www.rnw.nl/internationaljustice/specials/Universal/080702-rwanda-redirected>).

<sup>184</sup> Voir « On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits "Grave Errors" in 1994 Genocide », *The New York Times*, 25 février 2010 (<http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>).

<sup>185</sup> « Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest », [guardian.co.uk](http://www.guardian.co.uk), 12 novembre 2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>).

<sup>186</sup> Voir <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>; <http://hungryoftruth.blogspot.com/2009/10/smeared-against-rwanda-unfounded-spanish.html>; [http://www.expatica.com/be/news/community\\_focus/Rwanda-and-spain-discuss-genocide-warrants\\_57334.html](http://www.expatica.com/be/news/community_focus/Rwanda-and-spain-discuss-genocide-warrants_57334.html).

<sup>187</sup> <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>.



M<sup>me</sup> Rose Kabuye, mentionnées dans les observations des organisations non gouvernementales<sup>188</sup>, ont été levées<sup>189</sup>;

b) La mise à exécution des mandats délivrés en Espagne concernant d'anciens agents de l'Argentine, du Guatemala et d'autres pays accusés de crimes graves aux termes du droit international<sup>190</sup> se heurte non pas à la question de l'immunité mais à des problèmes complexes de conflits de compétences;

c) La Suède a lancé un mandat d'arrêt contre l'Argentin A. Astiz, ex-capitaine des services de renseignement militaires argentins, accusé de crimes commis pendant la période de la « Sale guerre », et qui a été condamné en France à la réclusion à perpétuité<sup>191</sup>. L'Argentine a refusé de le livrer à la France<sup>192</sup> et à la Suède<sup>193</sup>. Elle entend le juger en toute indépendance et la question de l'immunité dans cette affaire n'entre pas en jeu. Dans l'ensemble, en ce qui concerne les crimes commis pendant la période de la « Sale guerre », si on les considère dans divers États, il semble que la première question qui se pose soit celle de la compétence prépondérante<sup>194</sup>;

d) Aux États-Unis, l'affaire *Alvarez* (*Sosa c. Alvarez-Machain*) mentionnée dans les observations des organisations non gouvernementales, ne concernait pas l'immunité d'agents d'un État étranger et, dans l'affaire *H. Habré* au Sénégal, comme on l'a vu ci-dessus (par. 16), il y a eu renoncement à l'immunité.

71. Certes, les résultats que l'on vient de donner de l'étude des affaires pénales qu'invoquent les trois organisations non gouvernementales dans leurs observations à la Cour européenne des droits de l'homme n'épuisent en rien la question. Cependant (et surtout si l'on y ajoute les décisions des tribunaux nationaux et des organismes de défense des droits de l'homme, où l'immunité a été pleinement confirmée, ainsi que les réactions des États intéressés), ils donnent de bonnes raisons de douter sérieusement que ces affaires confirment l'existence d'une norme du droit international coutumier qui consacre l'exclusion d'immunité *ratione materiae*. Il faut plutôt y voir une confirmation des efforts entrepris pour exercer une juridiction pénale universelle ou une juridiction nationale extraterritoriale pour certains crimes aux termes du droit international, efforts qui, par ailleurs, sont loin de toujours porter fruit.

<sup>188</sup> *Jones c. Royaume-Uni* [(n° 34356/09), *Mitchell et autres c. Royaume-Uni* (n° 40528/06), Observations écrites de Redress, Amnesty International et Interights and Justice, présentées à la Cour les 14 et 25 janvier 2010, disponibles à l'adresse : <http://www.interights.org/jones>, note 47].

<sup>189</sup> Voir *supra*, note 19.

<sup>190</sup> « Spanish courts have issued Arrest Warrants for current and former officials from Argentina, Chile, Guatemala, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instruccion Uno, D. Previas 331/1999 (2008) », note 41.

<sup>191</sup> Voir Alfredo Astiz, Wikipedia ([http://en.wikipedia.org/wiki/Alfredo\\_Astiz](http://en.wikipedia.org/wiki/Alfredo_Astiz)).

<sup>192</sup> Voir « Argentina rejects French Astiz bid », BBC News, 21 septembre 2003 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/31260.stm>).

<sup>193</sup> Voir « Astiz Freed: Extradition bid fails », MercoPress, 29 janvier 2002 (<http://en.mercoPress.com/2002/01/29/astiz-freed-extradition-bid-fails>).

<sup>194</sup> Par exemple, il est remarquable que l'affaire de l'officier argentin Cavallo ait été examinée en Espagne (il était accusé de crimes de génocide et de terrorisme). Or, le 31 mars 2008, il a été extradé vers l'Argentine, voir [http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/ricardo-miguel\\_cavallo\\_48.html](http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/ricardo-miguel_cavallo_48.html).

72. Néanmoins, on fait aussi valoir que l'immunité *ratione materiae* d'un agent de l'État est sans effet dans le cas d'un crime dans lequel un État étranger exerce une compétence pénale nationale universelle – ou, semblablement, une compétence extraterritoriale<sup>195</sup>. Il n'existe pas de définition généralement admise de la compétence universelle. Aux fins du présent rapport, il n'apparaît pas nécessaire d'étudier et de définir en quoi consiste la compétence pénale nationale universelle ni de savoir si elle se distingue, et comment, de la compétence nationale extraterritoriale. Il semble suffisant de partir d'une des définitions que l'on trouve dans la doctrine ou dans les documents d'organisations non gouvernementales. Par exemple, dans une résolution de 2005, l'Institut donne la définition suivante : « La compétence universelle en matière criminelle, en tant que titre additionnel de compétence, comprend la compétence d'un État de poursuivre tout suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes, et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive ou à d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international. »<sup>196</sup>. Il est dit en outre dans la résolution que la compétence universelle est fondée en premier lieu sur le droit international coutumier et qu'elle s'exerce en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme génocide, crimes contre l'humanité, violations graves du droit humanitaire international, s'il n'y a pas accord sur d'autres points<sup>197</sup>. Il s'agit donc des mêmes crimes pour lesquels on apporte d'autres justifications des exclusions d'immunité *ratione materiae*.

73. D'aucuns affirment que la compétence universelle ou extraterritoriale pour les crimes internationaux les plus graves et l'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient les représentants de l'État sont incompatibles. Lords Philips, Brown-Wilkinson et Hope en ont parlé dans l'affaire *Pinochet III* (s'agissant de la compétence fondée sur la Convention contre la torture de 1984)<sup>198</sup>. On trouve ce

<sup>195</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 205 à 207.

<sup>196</sup> Institut de droit international, session de 2005, Cracovie, dix-septième Commission, La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, résolution, par. 1, disponible à l'adresse : [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org). Les experts de l'Union africaine et de l'Union européenne ont donné en 2009 la définition suivante : « La compétence universelle en matière pénale est l'affirmation par un État de sa compétence pour juger d'infractions pénales qui auraient été commises sur le territoire d'un autre État par des ressortissants d'un autre État contre des ressortissants d'un autre État, lorsque l'infraction alléguée ne constitue pas une menace directe pour les intérêts vitaux de l'État qui affirme sa compétence. En d'autres termes, la compétence universelle équivaut à la revendication, par un État, du droit d'engager des poursuites dans des circonstances où aucun des liens traditionnels que constituent la territorialité, la nationalité, la personnalité passive ou le principe de compétence réelle (ou de protection), n'est présent qu'au moment où l'infraction alléguée est commise. » Rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc Union Africaine-Union européenne, *supra*, note 14, par. 8.

<sup>197</sup> Voir résolution de l'Institut, 2005, par. 2 et 3 a), note 196 ci-dessus. La question de l'extension universelle de la compétence pénale pour ces crimes ainsi que pour la piraterie est abordée dans le rapport déjà mentionné des experts de l'Union africaine et de l'Union européenne (rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, par. 9). Comme le fait observer F. Jessberger, « Le nombre de crime susceptibles d'entraîner des poursuites au titre du principe d'universalité peut, tout au moins sur le plan théorique, aller bien au-delà des grands crimes répertoriés dans le droit international ». Jessberger, F., Universal jurisdiction, dans *The Oxford companion to international criminal justice*, sous la direction de A. Cassese, 2009, p. 556. On trouve dans le même ouvrage, à la page 558, une liste non exhaustive de la littérature sur la compétence universelle.

<sup>198</sup> Voir mémorandum du Secrétariat, par. 205, note 590.

point de vue dans la doctrine<sup>199</sup>. Il figure dans le rapport final établi en 2000 par l'Association de droit international sur l'exercice de la compétence universelle en cas de violations flagrantes des droits de l'homme (« Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences »). On y lit en particulier ce qui suit : « il semblerait que la notion d'immunité pénale pour les crimes de droit international commis à titre officiel, que ce soit par de hauts responsables ou d'anciens hauts responsables, est fondamentalement incompatible avec la proposition selon laquelle les violations massives des droits de l'homme sont assujetties à la compétence universelle »<sup>200</sup>. (On remarquera à propos de cette citation du rapport de l'Association que la question qu'elle soulève n'est pas celle de l'immunité en matière de *responsabilité* pénale, laquelle n'existe pas à proprement parler. L'immunité, comme cela a déjà été noté, ne constitue qu'un obstacle procédural pour certaines mesures de procédure pénale).

74. Au premier abord, la possibilité d'exercer une compétence universelle pour les crimes internationaux graves est inscrite dans la législation de nombreux pays. En même temps, si l'on examine la question plus en détail, on s'aperçoit qu'il ne s'agit pas d'une compétence réellement universelle dans la mesure où l'exercice de cette compétence suppose un lien avec l'État du for<sup>201</sup>. Des dispositions législatives sont adoptées en ce sens, en particulier aux fins de l'application du Statut de la Cour pénale internationale et pour garantir le respect du principe de complémentarité. En outre, dans certains cas – il est vrai peu nombreux –, la législation rejette catégoriquement l'immunité des représentants étrangers<sup>202</sup>. (La question qui se pose

<sup>199</sup> Ibid., note 593.

<sup>200</sup> Voir Association de droit international, Comité des normes et pratiques internationales relatives aux droits de l'homme, « Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences », Session de Londres (2000), p. 14 (disponible sur le site <http://www.ila-hq.org>).

<sup>201</sup> Par exemple, à propos de la législation des États membres de l'Union africaine et des États membres de l'Union européenne relative à la compétence pénale universelle et à ses limites, voir le rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, par. 16 à 18 et 22 à 25. Comme le note K. Ambos, à propos de l'étude de l'Institut Max-Planck de droit pénal étranger et international (voir *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen* (Éditions Albin Eser et al., 2003-2006), « la compétence extraterritoriale fondée sur la compétence universelle » est « pratiquement toujours limitée d'une façon ou d'une autre ». Soit elle dépend du devoir international d'entamer des poursuites (consacré par des traités) (en Angleterre et au Pays de Galles, en Autriche, au Bélarus, en Chine, en Croatie, en Estonie, en Grèce, en Pologne et en Russie), soit de la présence du suspect dans l'État du for (au Canada, en Croatie, en Espagne, aux États-Unis, aux Pays-Bas, en Serbie [, Monténégro] et Suisse). La compétence universelle ne s'applique que dans des cas exceptionnels à tous les crimes internationaux les plus graves (en Australie, en Allemagne et en Slovénie) ou à certains d'entre eux (en Finlande, en Italie, en Israël et en Suède) ». K. Ambos, *Prosecuting Guantanamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the "Torture Memos" Be held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?* 42 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009, p. 445 et 446, note 230.

<sup>202</sup> D'après le paragraphe 17 du rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, *supra*, note 14, au moins trois États sont dans ce cas en Afrique, à savoir la République démocratique du Congo, le Niger et la République d'Afrique du Sud. Le Rapporteur spécial ne dispose pas d'information concernant l'application de cette législation et la réaction à ce sujet des États concernés. La loi belge de 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire disposait en son article 5 3) que « L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi ». Elle a toutefois été modifiée en 2003, à la suite de l'arrêt rendu par la Cour internationale dans l'affaire relative au mandat d'arrêt. Le nouvel article 5 3) se lisait alors comme suit :

est de savoir dans quelle mesure la législation qui rejette l'immunité est conforme au droit international.) La législation qui rejette l'immunité n'a pourtant pas toujours résisté à l'épreuve de la pratique. En Belgique, par exemple, elle a été modifiée, notamment pour tenir compte de l'immunité des représentants étrangers conformément au droit international<sup>203</sup>. Non seulement dans le droit belge, mais aussi dans celui de plusieurs autres pays, l'immunité que le droit international confère aux représentants de l'État constitue un obstacle à l'exercice de la compétence pénale universelle<sup>204</sup>.

75. Nous avons déjà examiné plusieurs affaires pénales nationales résultant de l'exercice de la compétence pénale universelle ou extraterritoriale, qui viennent confirmer la thèse de l'existence d'une norme conventionnelle du droit international prévoyant des exceptions à l'immunité. Le rapport d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de la compétence universelle évoque plusieurs autres affaires dans lesquelles la compétence universelle a été exercée à l'égard de représentants étrangers<sup>205</sup>. L'une d'elles concernait des personnes bénéficiant d'une immunité personnelle, d'autres – des personnes bénéficiant d'une immunité fonctionnelle (y compris des chefs d'État et de gouvernement, des ministres des affaires étrangères, de la défense, etc., et d'anciens représentants de l'État). Le rapport note que : « Ces procédures ont connu des issues diverses : certaines ont abouti à des condamnations, mais la plupart ont pris fin pour divers motifs, notamment la reconnaissance d'immunités accordées par le droit international »<sup>206</sup>.

76. Il n'est pas difficile de constater que la majorité absolue des tentatives visant à exercer une compétence pénale universelle sont effectuées dans des pays développés à propos d'anciens représentants de l'État ou de représentants en poste dans des pays en développement. Ces derniers y voient non la mise en œuvre de la justice mais un outil politique utilisé pour résoudre divers problèmes en appliquant deux

---

« L'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international » (voir Pierre d'Argent, Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003, <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40nl/dargent.html>). La même année, cette loi a été supprimée, mais ses dispositions ont été intégrées au Code pénal et au Code de procédure pénale belges. L'article 1 *bis* de ce dernier comportait dorénavant la disposition suivante relative à l'immunité : « Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard : des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leurs fonctions, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international; des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique. » (Voir : <http://www.ejustice.just.fgov.be>).

<sup>203</sup> Voir note précédente.

<sup>204</sup> Rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, par. 18 à 25. Le mandat d'arrêt européen de 2002, dont le champ d'application couvre notamment des infractions qui relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale, comporte également un article sur les privilèges et immunités et la levée de ceux-ci. Article 20 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002.584/JHA, <http://www.eur-lex.europa.eu>). La législation de la Fédération de Russie garantit aussi directement l'immunité des représentants des États étrangers pour les actions de procédure pénale (art. 3 2) du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie. Voir par. 38 du rapport préliminaire).

<sup>205</sup> Rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, *supra*, note 14, par. 24 et 26.

<sup>206</sup> *Ibid.*, par. 26.

poinds, deux mesures, qui ne produit pas tant les résultats escomptés par la justice que des complications dans les relations entre États<sup>207</sup>. C'est précisément ce qui a conduit l'Union africaine et l'Union européenne à entamer un dialogue sur la compétence universelle, qui a notamment abouti à l'établissement du rapport mentionné dans la présente section. D'après l'une des recommandations formulées dans ce rapport, « Les autorités judiciaires nationales compétentes en matière pénale qui envisagent d'exercer la compétence universelle à l'égard de personnes soupçonnées de crimes graves de portée internationale sont juridiquement tenues de prendre en compte toutes les immunités dont peuvent jouir les responsables d'État étrangers en vertu du droit international et ont par conséquent l'obligation de s'abstenir de poursuivre les responsables qui bénéficient de telles immunités. »<sup>208</sup>. Cette recommandation élude la question de savoir si un représentant de l'État poursuivi par une juridiction pénale étrangère conserve une immunité *ratione materiae*. Cependant, ni la teneur du rapport qui résume les pratiques et préoccupations de nombreux États africains et européens, ni cette recommandation n'indique que la compétence pénale universelle exclut cette immunité.

77. Si l'on fait valoir l'incompatibilité de l'immunité avec la compétence universelle, on ne voit pas très bien pourquoi cela ne devrait pas s'appliquer non seulement à l'immunité fonctionnelle mais aussi à l'immunité personnelle. Pour examiner le rapport de la compétence universelle à l'immunité dans son ensemble ou uniquement à l'immunité *ratione materiae*, il convient de rappeler la position de la Cour internationale à cet égard, déjà citée dans le rapport préliminaire présenté à la soixantième session de l'Assemblée, mais importante dans ce contexte précis : « les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées : la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions »<sup>209</sup>.

78. Compte tenu de ce qui précède, il semble que l'on manque d'arguments satisfaisants pour juger convaincants les motifs examinés en faveur de l'exception à l'immunité. Au moins, dans la résolution qu'il a adoptée en 2005 (c'est-à-dire quatre ans après avoir adopté une résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, conformément à laquelle les anciens chefs d'État et de gouvernement ne peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction étrangère *ratione materiae* s'ils ont commis des crimes graves au regard du droit international)<sup>210</sup> à propos de la compétence universelle en matière pénale à

<sup>207</sup> Voir par exemple la section « Préoccupations de l'Afrique » dans le rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, par. 33 à 38, ainsi que les notes 14, 196 plus haut; K. Ambos, *supra*, note 201, p. 444 et 445.

<sup>208</sup> Rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, par. 46, R.8.

<sup>209</sup> Arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, par. 59.

<sup>210</sup> Résolution de l'Institut, 2001, *supra*, note 40, art. 13 et 16 :  
« Article 13

l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, l'Institut de droit international s'est-il limité à déclarer, dans le dernier paragraphe : « Les dispositions qui précèdent sont sans préjudice des immunités établies par le droit international »<sup>211</sup>.

79. Les arguments en faveur de l'exception à l'immunité qui sont examinés à propos de la compétence universelle sont semblables à d'autres, il est vrai moins répandus, selon lesquels l'immunité ne vaut pas, si le principe *aut dedere aut judicare* s'applique au crime imputé au représentant étranger. Dans son mémorandum, le Secrétariat a noté que cette thèse avait été défendue par Lord Saville dans l'affaire *Pinochet III*<sup>212</sup>. Dans le Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) qu'il a présenté à la Commission du droit international en 2006, le Rapporteur spécial Zdzislaw Galicki assimilait les immunités à l'un des obstacles au fonctionnement effectif des dispositifs visant à poursuivre les crimes de droit international qui ne convenait pas à de tels crimes<sup>213</sup>. Parallèlement, lors de l'examen de cette question à la sixième Commission, l'Assemblée générale a fait observer que l'application de cette obligation « ne devrait pas [...] porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État »<sup>214</sup>. Le Rapporteur spécial ne dispose d'aucune indication concernant des pratiques répandues parmi les États, notamment des pratiques judiciaires, ou leur *opinio juris*, qui confirmerait la présence d'exceptions à l'immunité des représentants étrangers lorsqu'une juridiction nationale exerce sa compétence à leur encontre conformément à la règle *aut dedere aut judicare*. La position de la Cour internationale sur la question de la compétence universelle (énoncée plus haut, par. 77) que l'on retrouve dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* à propos de la relation existant entre l'immunité, la compétence universelle et aussi l'obligation *aut dedere aut judicare*, semble tout à fait convaincante.

1. Le chef d'État qui n'est plus en fonction ne bénéficie d'aucune inviolabilité sur le territoire d'un État étranger.

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

3. Il n'y bénéficie d'aucune immunité d'exécution. »

Conformément à l'article 16, les dispositions de l'article 13 sont applicables aux anciens chefs de gouvernement.

<sup>211</sup> Institut de droit international, session de 2005, Cracovie, *supra*, note 196, par. 6.

<sup>212</sup> Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 259 : Lord Saville a notamment fait observer : « En ce qui concerne les États parties à la Convention, je ne vois pas en quoi, s'agissant de torture, cette immunité cadrerait avec les dispositions de cette Convention. Chaque État partie est convenu que les autres États parties peuvent exercer leur compétence à l'égard de tortionnaires présumés ayant qualité officielle présents sur leur territoire, en les extradant ou en les déférant auprès de leurs propres autorités compétentes aux fins de poursuites; par suite, à mon avis, cet État peut difficilement invoquer en même temps l'immunité d'extradition ou de poursuites qui est nécessairement fondée sur la nature officielle de la torture alléguée », *Pinochet III* : (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>).

<sup>213</sup> A/CN.4/571, par. 14.

<sup>214</sup> A/CN.4/588, par. 161.

80. Dans la pratique, lorsqu'elle est formulée dans le cas d'un crime grave de droit international, l'argumentation en faveur d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale élargie des représentants de l'État fait généralement intervenir plusieurs motifs évoqués plus haut, sans doute parce qu'aucun n'est irréfutable. D'autant plus que les partisans des exceptions sont loin d'être toujours d'accord entre eux sur le bien-fondé d'un motif ou d'un autre. Pour plusieurs juristes et organisations non gouvernementales, la question des exceptions à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes graves au regard du droit international reste posée. Cette thèse apparaît dans deux résolutions de l'Institut. Comme indiqué plus haut, les articles 13 et 16 de la résolution de 2001 prévoient de telles exceptions pour les anciens chefs d'État et de gouvernement. D'après la résolution que l'Institut a adoptée en 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et des personnes agissant au nom de l'État en cas de crimes internationaux, aucune immunité, hormis l'immunité personnelle dont elles bénéficieraient en vertu du droit international, n'est appliquée, en cas de crimes internationaux, aux personnes agissant au nom de l'État et l'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire<sup>215</sup>. Cependant, comme nous pouvons le constater, non seulement ce point de vue n'est pas prédominant dans la doctrine, mais il semble par ailleurs qu'il n'exerce pas une influence décisive sur la pratique et la position des États.

81. La question de l'absence d'immunité *ratione materiae* en cas d'infraction commise sur le territoire de l'État du for constitue un cas particulier<sup>216</sup>. En l'occurrence, il ne s'agit pas nécessairement de crimes internationaux graves. Un facteur supplémentaire est susceptible d'intervenir en faveur de la compétence prioritaire de l'État sur le territoire duquel l'infraction est commise : conformément au principe de souveraineté, un État détient le pouvoir et la compétence absolue et suprême sur son territoire. Il convient toutefois de rappeler que l'exercice de cette suprématie tient compte des exceptions instituées par le droit international et, en l'occurrence, de l'immunité de l'État étranger et de ses représentants<sup>217</sup>.

82. Comme indiqué dans le mémorandum du Secrétariat, « On a fait valoir que, pour déterminer si tels actes accomplis par tel représentant de l'État sur le territoire

<sup>215</sup> Résolution de l'Institut – 2009, *supra*, note 22, art. III.

(« Article III : Immunités des personnes agissant au nom d'un État

1. Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux.

2. L'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire. »)

Par ailleurs, conformément à l'article IV de cette résolution, les dispositions qui précèdent « ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet État peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre État. ».

Au moment où le présent rapport a été établi, l'annuaire de l'Institut dans lequel figuraient des documents qui auraient clairement montré comment la résolution de 2009 avait été élaborée, n'avait pas encore été publié.

<sup>216</sup> Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 162 à 165. Pour l'analyse de la question de l'immunité de l'État devant la juridiction civile de l'État sur lequel est commise l'action à l'origine d'un préjudice, voir par exemple, Yang X., « State immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and misconceptions », *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), p. 375 à 408.

<sup>217</sup> Voir le projet de déclaration sur les droits et les devoirs des États. L'article 2 de ce projet dispose que : « Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes [...] qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international. » La Commission du droit international et son œuvre, 6<sup>e</sup> éd., vol., p. 262.

d'un État étranger sont couverts par l'immunité *ratione materiae*, la considération décisive serait de savoir si l'État du territoire avait ou non consenti à l'accomplissement sur son territoire de fonctions officielles par un organe d'un État étranger »<sup>218</sup>. L'accord de l'État d'accueil non seulement en ce qui concerne l'accomplissement des fonctions, mais aussi le séjour même du représentant étranger sur son territoire peut être important. Dans le contexte de la question examinée, on peut distinguer plusieurs types de situations<sup>219</sup>. Par exemple, il est possible que le représentant étranger se trouve et accomplisse l'action à l'origine de l'infraction sur le territoire de l'État du for, en accord avec ce dernier. On peut aussi imaginer la même situation mais sans que l'État d'accueil n'ait consenti à l'activité à l'origine de l'infraction. Enfin, il existe des cas où non seulement l'activité, mais la présence même du représentant étranger sur le territoire de l'État du for ne recueillent pas l'accord de cet État.

83. La première catégorie de situations ne semble pas présenter de problèmes particuliers. En substance, l'État sur le territoire duquel a eu lieu l'infraction présumée a accepté d'avance l'immunité du représentant étranger se trouvant et opérant sur son territoire pour les actes que celui-ci effectue à titre officiel. Ainsi, si le représentant étranger est venu assister à des négociations et qu'en chemin, il a commis une infraction au Code de la route passible d'une sanction pénale dans l'État d'accueil, ce représentant semble devoir bénéficier de l'immunité.

84. Dans la deuxième situation, il s'agit apparemment de savoir si l'immunité intervient dans le cas où le domaine d'activité du représentant étranger était défini d'avance et où l'État y avait consenti mais n'avait pas donné son accord pour l'activité à l'origine de l'infraction. Ainsi, si un représentant est venu assister à des négociations sur l'agriculture, mais que, sous couvert de ces négociations, il fait de l'espionnage ou mène des activités terroristes, on peut alors douter qu'il bénéficie de l'immunité de juridiction pénale de l'État d'accueil pour ces activités illicites. Dans ce cas, ce qui semble important, c'est plutôt dans quelle mesure l'activité à l'origine de l'infraction est liée à l'activité à laquelle l'État a consenti. Dans cette situation, d'un côté, les actions du représentant revêtent un caractère officiel, sont attribuées à l'État au service duquel se trouve (se trouvait) la personne; il existe en conséquence, des raisons de s'interroger sur l'immunité de cette personne compte tenu de la souveraineté de cet État. De l'autre côté, en la personne de son représentant, cet État a accompli une action sur le territoire d'un autre État sans l'accord de celui-ci et donc en portant atteinte à sa souveraineté<sup>220</sup>.

<sup>218</sup> Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 163.

<sup>219</sup> Soulignons qu'il ne s'agit pas seulement de l'immunité *ratione materiae* du représentant. Les immunités des officiers consulaires ou du personnel des missions spéciales ne sont pas concernées par cette question. Certaines analogies peuvent pourtant être utiles.

<sup>220</sup> D'après R. van Alebeek, pour évaluer la situation du représentant étranger en matière d'immunité, il est important de savoir si son activité est passible de sanctions pénales au regard du droit de l'État sur le territoire duquel elle a été accomplie. Un représentant étranger est ou non effectivement appelé à rendre compte de sa conduite selon qu'un acte particulier constitue de fait une infraction à la législation nationale de l'État à la souveraineté duquel il a été porté atteinte ou que seule une norme interétatique a été enfreinte. (Voir R. van Alebeek, *supra*, note 51, p. 181 à 183. On y cite, p. 167 à 183, des exemples d'arrêts rendus par des tribunaux nationaux dans des affaires concernant des représentants étrangers qui avaient commis des infractions sur le territoire de l'État du for.)



85. Si l'État n'a pas consenti au séjour du représentant étranger et à l'activité qui l'a conduit à commettre un acte passible de sanction pénale sur son territoire, il semble que l'on dispose de raisons suffisantes pour penser que ce représentant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction *ratione materiae* à l'égard de cet État. Dans la situation examinée aux paragraphes précédents, en acceptant la présence et l'activité du représentant étranger sur son territoire, l'État a accepté d'avance l'immunité de cette personne dans l'exercice de ses fonctions. En l'absence de cet accord, non seulement la personne agit, mais se trouve sur le territoire de cet État illégalement; il est alors difficile d'invoquer son immunité. Les situations de ce type concernent notamment l'espionnage, les actes de sabotage et les enlèvements. Dans les procédures judiciaires concernant ce type d'affaires, soit l'immunité a été invoquée, mais n'a pas été prise en considération<sup>221</sup>, soit elle n'a même pas été invoquée<sup>222</sup>. Il convient de souligner ici que, dans des affaires telles que les affaires *Distomo*<sup>223</sup> et *Ferrini*<sup>224</sup>, dans lesquelles les cours allemande et grecque n'ont pas reconnu l'immunité de l'Allemagne à l'égard de la juridiction italienne, il était question d'infractions commises sur le territoire de l'État du for<sup>225</sup>. L'arrêt rendu dans l'affaire *Bouzari*, dans laquelle la cour canadienne a reconnu l'immunité, alors que l'interdiction des tortures est une norme impérative, comporte des passages dont l'interprétation *a contrario* permet de conclure que l'issue de cette affaire aurait pu être différente si les tortures avaient été pratiquées sur le territoire de l'État du for<sup>226</sup>.

86. Les situations évoquées peuvent concerner n'importe quels représentants de l'État, y compris des militaires. Par ailleurs, la question de la poursuite pénale et de l'immunité des militaires pour les infractions commises lors d'un conflit armé sur le

<sup>221</sup> Voir l'affaire de l'agent de la Central Intelligence Agency (CIA) des États-Unis, arrêté en Italie pour enlèvement en 2003 (mémoire du Secrétaire, note 466).

<sup>222</sup> Voir par exemple l'affaire du *Rainbow Warrior* (ibid., note 465). Il peut d'ailleurs exister des cas où un représentant de l'État se trouve sur le territoire d'un État étranger dans l'exercice de fonctions officielles sans le consentement de celui-ci, mais sans que ce soit intentionnel. Le seul acte du représentant passible de sanctions pénales est alors le passage illégal de la frontière. Il semble dans ce cas qu'il soit fondé de soulever la question de l'immunité. Ainsi, en 2005, lors d'un exercice, un avion de guerre russe est entré par inadvertance dans l'espace aérien lituanien et s'est écrasé. Une action pénale a été engagée en Lituanie à l'encontre du pilote rescapé. La Fédération de Russie a soulevé la question de l'immunité de juridiction du pilote vis-à-vis de l'État sur le territoire duquel il était entré par inadvertance. (Voir le commentaire du Ministère russe des affaires étrangères à propos de cette affaire en date du 19/09/2005 : [http://www.mid.ru/brp\\_4.nsf/](http://www.mid.ru/brp_4.nsf/)).

<sup>223</sup> *Préfecture de Voïotia c. Allemagne* in Cour suprême de Grèce, n° 11/2000 du 4 mai 2000, ibid.

<sup>224</sup> *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, sections conjointes, arrêt du 6 novembre 2003-11 mars 2004, n° 5044.

<sup>225</sup> On trouve dans la doctrine l'opinion selon laquelle cette circonstance précise est devenue une raison justifiant la non-reconnaissance de l'immunité de l'Allemagne dans ces affaires (voir X. Yang, *jus cogens* et immunité de l'État, *Annuaire néo-zélandais de droit international*, 2006, p. 164 à 169).

<sup>226</sup> Par exemple : « Il n'existe aucun principe de droit international coutumier qui institue une exception à l'immunité de l'État lorsqu'un acte de torture a été commis en dehors de l'État du for, même pour les actes contraires au *jus cogens*. À telle enseigne que les informations concernant la pratique des États [...] conduisent à conclure qu'une règle du droit coutumier international garantit toujours l'immunité des États pour les actes de torture commis hors de l'État du for ». *Bouzari c. Iran* [2002] *Journal officiel*. n° 1624, dossier du tribunal n° 00-CV-201372, Cour suprême de justice de l'Ontario, arrêt, par. 63.

territoire de l'État du for semble relever, en premier lieu, du droit humanitaire; c'est un cas particulier qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici.

87. Conformément à la résolution que l'Institut a adoptée en 2001, des poursuites pénales peuvent être engagées contre un ancien chef d'État (et, par voie de conséquence, contre un ancien chef de gouvernement) si ses actes sont « accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État »<sup>227</sup>. De ce fait, deux cas supplémentaires dans lesquels les anciens chefs d'État (et donc de gouvernement) ne bénéficient pas de l'immunité *ratione materiae* ont été ajoutés à la perpétration des crimes internationaux les plus graves. Ainsi, de l'avis des auteurs de la résolution, même si un représentant protégé par l'immunité personnelle agissait à titre officiel, mais à des fins d'enrichissement personnel, il perdrait la protection de l'immunité *ratione materiae* en quittant son poste. Un point de vue similaire a été exprimé dans la doctrine par certains auteurs à propos de modalités analogues d'enrichissement personnel lors de l'exercice de fonctions officielles<sup>228</sup>. Si ce type d'acte de la part de représentants de l'État n'était pas assimilé à un acte officiel, cette thèse serait claire. Cependant, puisqu'on considère toujours qu'il s'agit de l'acte officiel d'un représentant et, donc, d'un État, on peut douter de la validité de cette thèse. Toute une série de traités internationaux sont consacrés à la lutte contre la corruption et à l'acquisition illicite de biens personnels par des représentants de l'État<sup>229</sup>. Ils criminalisent ces actes (notamment ceux qui ne peuvent être accomplis que dans le cadre de l'exercice d'une fonction officielle) et définissent les droits et obligations des États en ce qui concerne l'établissement et l'exercice de la compétence pénale applicable à ces actes. Certains traités n'abordent pas la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants étrangers<sup>230</sup>. D'autres comportent des réserves précisant que leurs dispositions sont sans préjudice de celles des autres traités internationaux pour ce qui concerne la levée de l'immunité de ces représentants<sup>231</sup>. La solution la plus simple pour trancher la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère de représentants ayant commis des infractions à des fins d'enrichissement personnel semblerait être d'inclure les dispositions correspondantes dans un traité international consacré à la répression de ces infractions. Ce n'est toutefois pas ce qui se produit, à moins, bien sûr, qu'on ne considère que ces traités prévoient implicitement de rejeter l'immunité.

<sup>227</sup> Art. 13 2) de la résolution. Voir note 210 plus haut.

<sup>228</sup> Voir le mémorandum du Secrétariat, par. 211.

<sup>229</sup> Par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 (voir : [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf)), la Convention interaméricaine contre la corruption de 1996 (<http://www.oas.org/juridico/fran%C3%A7ais/b-58.htm>), la Convention pénale de 1999 sur la corruption (Série des traités européens, n° 173), la Convention de l'Union africaine de 2003 sur la prévention et la lutte contre la corruption (voir [http://www.africa-union.org/Official\\_documents/Treaties\\_Conventions\\_fr/Convention%20sur%20la%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf](http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Convention%20sur%20la%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf)).

<sup>230</sup> Certaines dispositions concernent cependant l'immunité des représentants de l'État du for (voir, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies contre la corruption; le paragraphe 5 de l'article 7 de la Convention de l'Union africaine de 2003 sur la prévention et la lutte contre la corruption).

<sup>231</sup> Voir par exemple l'article 16 de la Convention pénale de 1999 sur la corruption; l'article 4 4) de la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne (<http://eur-lex.europa.eu/>).

88. Apparemment, pour décider si un représentant de l'État jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère dans les cas examinés, il faut tout de même déterminer dans chaque cas concret si le représentant a accompli à titre officiel ou personnel l'acte qui l'a notamment conduit à s'enrichir illicitement. Il y a eu des cas où une juridiction étrangère a exercé sa compétence pour ce type d'infractions et où l'État n'a pas invoqué l'immunité de son représentant. C'est notamment ce qui s'est produit aux États-Unis dans l'affaire *Marcos*, du nom de l'ancien président des Philippines<sup>232</sup>. En même temps dans l'affaire *Adamov*, la question de l'extradition de l'ex-ministre russe de l'industrie nucléaire aux États-Unis ou en Fédération de Russie a été examinée par le Tribunal fédéral suisse et la Fédération de Russie a insisté pour que son ancien représentant bénéficie de l'immunité vis-à-vis de la juridiction pénale des États-Unis, en faisant notamment observer que l'enrichissement illicite dont était accusé Adamov s'était produit en Fédération de Russie à la suite de l'activité qu'il avait exercée à titre officiel (abus de fonctions)<sup>233</sup>.

89. Les faits exposés ne donnent pas de raison d'affirmer que les dispositions susmentionnées de la résolution adoptée par l'Institut en 2001 sont représentatives d'une norme du droit international coutumier<sup>234</sup>. Parallèlement, il semble que l'immunité *ratione materiae* ne protège pas le représentant contre les mesures de procédure pénale engagées par un État étranger à l'encontre de ses biens personnels (par exemple, de ses avoirs dans des banques étrangères) dans le cadre de procédures pénales engagées parce qu'il aurait commis une infraction à des fins d'enrichissement personnel. On ne saurait considérer que de telles mesures restreignent ses activités officielles.

<sup>232</sup> Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Marcos* (Tribunal fédéral, affaire *Marcos*, 2 novembre 1989, ref. ATF 115 Ib 496 consid 5 b), la Cour suprême suisse n'a pas analysé en détail la nature de l'activité de cette personne, estimant qu'elle ne bénéficiait pas de l'immunité car les Philippines avaient refusé de reconnaître qu'elle agissait à titre officiel. Une situation analogue s'est produite lors de l'arrêt rendu dans cette affaire aux États-Unis (*In re Grand Jury Proceedings*, 817 F.2d at 1111) : le Gouvernement des Philippines a informé le département d'État des États-Unis de la levée de l'immunité de Marcos dans le cadre de cette affaire. Dans l'affaire *États-Unis c. Noriega* (117 F.3d 1206; 1197 U.S. app. LEXIS 16493, voir le mémorandum du Secrétariat, par. 211, note 605), la cour des États-Unis a levé l'immunité de M. Noriega, ancien chef d'État du Panama, en se fondant sur le fait que le Gouvernement des États-Unis ne reconnaissait pas en lui un chef d'État au moment où il a accompli les actes concernés. Panama n'a pas invoqué l'immunité de Noriega. En d'autres termes, dans cette affaire, les actes accomplis ne revêtaient pas un caractère déterminant. Si le pouvoir exécutif des États-Unis avait reconnu le caractère légitime du mandat de Noriega, l'immunité de ce dernier aurait sans doute aussi été reconnue. Voir par exemple, Heidi Altman, *The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon*, avril 2002, p. 6, <http://www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf>.

<sup>233</sup> *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, Urteil vom 22. Dezember 2005, 1. Offentlchrechtllche Abteilung (1A.288/2005/gij), par. 3.4.2; voir aussi les commentaires du Département de l'information et de la presse du Ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie en date du 18/05/2005, [http://www.mid.ru/Brp\\_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument](http://www.mid.ru/Brp_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument).

<sup>234</sup> Voir l'opinion de H. Foks exposée dans le mémorandum du Secrétariat (art. 209) à propos de la formulation des dispositions de l'article 13 de la résolution *de lege ferenda*.

### 3. Conclusions à propos des exceptions

90. De l'avis du Rapporteur Spécial, les faits exposés témoignent de ce que, examinés plus en détail, les divers arguments avancés en faveur d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont pas suffisamment convaincants. Ces arguments demeurent sujets à controverses dans la doctrine. La pratique des États est loin d'être uniforme à cet égard. L'arrêt rendu dans l'affaire *Pinochet*, qui a suscité des débats sur cette question, n'a pas conduit à la constitution d'une jurisprudence homogène. À cet égard, on ne peut guère parler des exceptions à l'immunité comme d'une norme constituée du droit international coutumier, non plus qu'on ne saurait d'ailleurs affirmer positivement qu'il existe une tendance à l'émergence d'une telle norme. Le cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel a été commise l'infraction présumée et où cet État n'a consenti ni à la conduite sur son territoire des activités à l'origine de l'infraction, ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée est un cas particulier. Il semble dans ce cas que l'on dispose de raisons suffisantes pour parler de l'absence d'immunité.

91. On peut se demander à quel point il est souhaitable d'instituer d'ultérieures restrictions à l'immunité *de lege ferenda*. Rappelons à cet égard plusieurs recommandations, dont certaines ont été mentionnées plus haut, qui figurent dans le rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne : « Lorsqu'ils exercent la compétence universelle à l'égard de crimes graves de portée internationale, [...] les États devraient ne pas perdre de vue qu'il est nécessaire d'éviter de mettre en péril les relations amicales entre États. [...] Les autorités judiciaires nationales compétentes en matière pénale qui envisagent d'exercer la compétence universelle à l'égard de personnes soupçonnées de crimes graves de portée internationale sont juridiquement tenues de prendre en compte toutes les immunités dont peuvent jouir les responsables d'État étrangers en vertu du droit international et ont par conséquent l'obligation de s'abstenir de poursuivre les responsables qui bénéficient de telles immunités [...] Dans le cadre des poursuites pour des crimes graves de portée internationale, les États devraient avoir pour politique d'accorder la priorité au critère territorial comme base de compétence, car ces crimes, s'ils nuisent à la communauté internationale dans son ensemble en bafouant des valeurs universelles, portent principalement atteinte à la communauté au sein de laquelle ils ont été perpétrés et violent non seulement les droits des victimes mais vont également à l'encontre du besoin général d'ordre et de sécurité de ladite communauté. En outre, c'est sur le territoire de l'État où les faits sont présumés avoir été commis qu'on trouvera habituellement le plus grand nombre d'éléments de preuve »<sup>235</sup>.

92. Il n'est pas certain que l'émergence de telles exceptions dans le droit international général et, en conséquence, de la possibilité d'exercer la compétence pénale nationale à l'égard de représentants étrangers soit souhaitable pour lutter contre l'impunité en complétant la compétence pénale internationale ou la compétence de l'État au service duquel se trouve (se trouvait) le représentant si cet État n'engage pas de poursuites pénales<sup>236</sup>. La législation de certains États prévoit

<sup>235</sup> Rapport du Groupe d'experts de l'Union africaine et de l'Union européenne, *supra*, note 14, p. 39.

<sup>236</sup> Voir les interventions à la soixantième session de la Commission du droit international de Donald M. McRae (A/CN.4/SR.2984, p. 9), Edmundo Vargas Carreño (A/CN.4/SR.2987, p. 11) et M. Jacobsson (A/CN.4/SR.2985, p. 5 et 6).

cet exercice subsidiaire de la compétence pénale<sup>237</sup>. Cependant l'inscription dans la législation de la possibilité d'exercer cette compétence n'équivaut pas encore, comme expliqué plus haut, à des exceptions à l'immunité des représentants étrangers.

93. Que les États aient incontestablement le droit d'imposer des restrictions à l'immunité de leurs représentants vis-à-vis de la juridiction pénale d'autres États en concluant un accord international est une autre question<sup>238</sup>. À cet égard, la Commission pourrait envisager, parallèlement à la codification du droit international coutumier actuellement en vigueur, la question de l'élaboration d'un protocole facultatif ou de clauses types concernant la limitation ou la levée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

## G. Résumé

94. Les thèses formulées dans le présent rapport peuvent être résumées comme suit :

a) Dans l'ensemble, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, à l'instar des États eux-mêmes, constitue la règle générale; l'absence d'immunité dans des situations particulières relève de l'exception;

b) Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère, c'est-à-dire de l'immunité pour les actes qu'ils commettent à titre officiel, dans la mesure où ces actes sont assimilés à des actes de l'État au service duquel ils se trouvent;

c) Il n'existe pas de raisons objectives d'établir une distinction entre l'attribution de la conduite aux fins de la responsabilité et aux fins de l'immunité. Il n'y a guère de raison d'affirmer qu'un même acte commis par un représentant soit attribué à l'État et considéré comme étant l'acte de celui-ci aux fins de l'établissement de la responsabilité de l'État et qu'il ne soit pas attribué à l'État et soit considéré comme étant le seul acte du fonctionnaire aux fins de l'immunité de juridiction. Il convient logiquement de déterminer d'abord la nature – officielle ou personnelle – de la conduite d'un représentant de l'État et, en conséquence,

<sup>237</sup> Voir K. Ambos, *supra*, note 23, p. 414, 423 et 440.

<sup>238</sup> Le Protocole de 2006 pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination définit en son article 12 l'application aux « instances officielles » de ses dispositions relatives à la répression du génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. Ces dispositions « s'appliquent 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. » Conférence internationale sur la région des Grands Lacs. Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination, <http://www.icglr.org/key-documents/0of%20the%20Crime%20of%20Genocide,%20War%20Crimes%20and%20Crimes%20against%20Humanity%20and%20All%20forms%20of%20Discrimination.pdf>.

Les parties au Protocole considèrent probablement que cet article lève l'immunité de leurs représentants vis-à-vis de la juridiction pénale de chacun d'entre eux, bien qu'il ne soit directement question ni de restrictions ni d'exceptions à l'immunité dans le Protocole (le Rapporteur spécial n'a malheureusement pas connaissance de la pratique de l'application de ces dispositions du Protocole par les tribunaux de ses États parties).

d'attribuer ou non cette conduite à l'État avant de se pencher sur la question de l'immunité du représentant en ce qui concerne cette conduite;

d) On ne considère pas qu'un représentant de l'État agit à titre officiel en fonction de ses motifs ou du caractère de sa conduite. Le facteur déterminant semble être de savoir si ce représentant agit en qualité d'agent de l'État. Il convient de distinguer la notion d'« acte accompli par un représentant de l'État en qualité de représentant », c'est-à-dire d'« acte officiel », de la notion d'« acte relevant de fonctions officielles ». La première est plus large et englobe la seconde;

e) L'étendue de l'immunité de l'État et celle de l'immunité de ses représentants ne sont pas identiques, même s'il s'agit en fait d'une seule et même immunité. Un représentant de l'État qui accomplit un acte de nature commerciale bénéficie de l'immunité de juridiction pénale étrangère si cet acte est attribué à l'État;

f) L'immunité *ratione materiae* s'étend aux excès de pouvoir des représentants de l'État et à leur actes illicites;

g) L'immunité *ratione materiae* ne concerne pas les actes commis par un représentant de l'État avant son entrée en fonctions; elle protège les anciens représentants de l'État pour les actes qu'ils ont accomplis en qualité d'agent de l'État lorsqu'ils étaient en fonctions;

h) La nature de la présence du représentant ou de l'ancien représentant de l'État à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for n'a guère d'incidence sur son immunité *ratione materiae*. Il semble qu'un représentant de l'État jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes qu'il a accomplis en qualité d'agent de l'État indépendamment du fait qu'il se trouve à l'étranger en visite officielle ou à titre personnel;

i) L'immunité *ratione personae* dont bénéficie un cercle étroit de hauts représentants de l'État s'étend aux actes illicites accomplis par un représentant tant à titre officiel qu'à titre privé, y compris avant son entrée en fonctions. C'est ce qu'on appelle l'immunité absolue;

j) Étant liée à une haute fonction déterminée, l'immunité personnelle est par essence temporaire et prend fin lorsque cette fonction n'est plus exercée. Ni le fait que le représentant ait accompli les actes à propos desquels la compétence est exercée en dehors de l'exercice de ses fonctions ni la nature de son séjour à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'ont d'incidence sur son immunité *ratione personae*;

k) L'étendue de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dépend du grade du poste occupé. Tous les représentants de l'État bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel. Seuls certains hauts représentants de l'État jouissent en outre de l'immunité pour les actes accomplis à titre personnel. L'étendue de l'immunité des anciens représentants de l'État est la même quel que soit le grade du poste qu'ils occupaient lorsqu'ils étaient en fonctions. Ils bénéficient de l'immunité pour les actes qu'ils effectuent à titre personnel pendant la durée de leur mandat;

l) Lorsque des accusations sont portées contre un représentant étranger (auteur présumé d'une infraction, suspect, etc.), seules ne peuvent être prises à son encontre les mesures de procédure pénale restrictives qui l'empêchent de s'acquitter

de ses fonctions en lui imposant une obligation juridique s'il jouit : a) d'une immunité *ratione personae* ou b) d'une immunité *ratione materiae* si ces mesures concernent une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de fonctions officielles. De telles mesures ne peuvent être prises à l'encontre d'un représentant étranger cité comme témoin dans une procédure pénale si celui-ci jouit a) d'une immunité *ratione personae* ou b) d'une immunité *ratione materiae*, s'il est cité à comparaître en qualité de témoin à propos d'actions officielles qu'il aurait exécutées lui-même, ou d'actes dont il aurait eu connaissance du fait de l'exercice de ses fonctions officielles;

m) L'immunité s'étend à la période pendant laquelle le représentant se trouve à l'étranger ainsi que pendant la durée de son séjour sur le territoire de l'État au service duquel il se trouve (trouvait). Les mesures de procédure pénale qui imposent une obligation à un représentant étranger enfreignent l'immunité dont il bénéficie, que celui-ci se trouve à l'étranger ou sur le territoire de son propre État. Il y a manquement à l'obligation de ne pas prendre ces mesures à l'encontre d'un représentant étranger dès lors qu'une telle mesure est prise et non pas uniquement si le représentant à l'encontre duquel elle a été prise se trouve à l'étranger;

n) Les divers arguments avancés pour justifier les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont pas suffisamment convaincants;

o) On ne peut guère parler d'exceptions à l'immunité en tant que norme du droit coutumier de même qu'on ne peut pas formellement affirmer l'existence d'une tendance à l'émergence d'une telle norme;

p) Le cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel l'infraction présumée a été commise et où cet État n'a consenti ni à l'accomplissement sur son territoire des actions à l'origine de l'infraction, ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée constitue un cas particulier. Il semble dans ce cas qu'on dispose de motifs suffisants pour parler d'absence d'immunité<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Le Rapporteur spécial souhaiterait exprimer sa gratitude à M<sup>me</sup> S. S. Sarenkova et à M. V. Musikhin pour leur contribution à l'établissement du présent rapport.