



# Assemblée générale

Distr. limitée  
21 juillet 2014  
Français  
Original: espagnol

## Commission du droit international

### Soixante-sixième session

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

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

*Rapporteur:* M. Dire D. Tladi

### Chapitre IX Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

#### Additif

## Table des matières

|   | <i>Paragraphes</i> | <i>Page</i> |
|---|--------------------|-------------|
| C.2. Texte des projets d'articles, assortis des commentaires adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session ..... |                    |             |



## C.2. Texte des projets d'articles 2 e) et 5 adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session

1. Le texte des projets d'articles, assortis de commentaires, adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session est reproduit ci-dessous.

### Projet d'article 2

#### Définitions

Aux fins du présent projet d'articles:

...

e) On entend par «représentant de l'État» tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques.

#### Commentaire

1) L'alinéa *e* du projet d'article 2 a pour objet de définir les personnes qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir les «représentants de l'État». Les membres de la Commission estiment pour la plupart qu'il est utile d'avoir une définition du représentant de l'État aux fins du présent projet d'article car l'immunité de juridiction pénale étrangère s'applique à des personnes, qui constituent l'élément subjectif de l'immunité. En outre, le fait de définir la notion de représentant de l'État en distinguant clairement deux de ses éléments normatifs, à savoir, le sujet auquel l'immunité s'applique et les actes pouvant être couverts par l'immunité, contribue à bien faire comprendre la structure de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Certains membres de la Commission ont cependant exprimé des doutes quant à la nécessité de faire figurer cette définition dans le projet d'articles.

2) La définition de la notion de «représentant de l'État» à l'alinéa *e* du projet d'article 2 a un caractère général et s'applique à toute personne qui bénéficie de l'immunité de juridiction pénale étrangère, que ce soit l'immunité *ratione personae* ou l'immunité *ratione materiae*. Il ne faut donc pas confondre la nature et le but de ce projet d'article 2, alinéa *e*, avec la nature et l'objet des projets d'articles 3 et 5, qui ont pour objet de définir qui sont les bénéficiaires de chaque catégorie de l'immunité<sup>1</sup>. La détermination des bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* se fait à partir de la définition du «représentant de l'État» qui est commune aux deux catégories.

3) Le droit international ne donne pas de définition générale de la notion de «représentant» ou de «représentant de l'État», bien que ces termes figurent parfois dans certains traités et instruments internationaux<sup>2</sup>. En outre, la notion de «représentant de

<sup>1</sup> Le projet d'article 3 prévoit que «[l]es chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère» (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 48, p. 53). Le projet d'article 5 dispose que «[l]es représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère» (A/CN.4/L.850).

<sup>2</sup> Ces termes sont employés dans les traités multilatéraux suivants: Convention de Vienne sur les relations diplomatiques; Convention de Vienne sur les relations consulaires; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants; Convention des Nations Unies contre la corruption; Convention pénale sur la corruption (Conseil de l'Europe); Convention interaméricaine contre la corruption; Convention de l'Union

l'État» ou simplement de «représentant» peut avoir des sens ou une portée différents dans chaque ordre juridique interne. Par conséquent, la définition de «représentant de l'État» qui fait l'objet du présent commentaire est autonome et doit être entendue aux fins du présent projet d'articles.

4) La définition du «représentant de l'État» emploie le terme «individu» comme synonyme de personne physique pour indiquer que les bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale étrangère sont toujours des personnes physiques, cette immunité ne s'appliquant pas aux personnes dites morales quelle que soit leur forme. La Commission considère qu'à l'heure actuelle, rien dans la pratique ne permet de conclure que l'immunité visée dans le projet d'articles est applicable aux personnes morales, indépendamment du fait que celles-ci puissent être pénalement responsables dans certains systèmes juridiques nationaux.

5) Comme indiqué ci-dessus, le terme «représentant de l'État» doit s'entendre comme recouvrant à la fois les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* et les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*. À ce sujet, il convient de noter que, pour recenser les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*, la Commission a utilisé la technique consistant à dresser la liste des personnes mentionnées *eo nomine* dans le projet d'article 3, à savoir le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Cependant, elle a choisi de ne pas les mentionner expressément à l'alinéa e du projet d'article 2 parce que ces personnes sont *ipso facto* des représentants de l'État au sens du présent projet d'articles, et que – pour cette même raison – elles ne doivent pas être distinguées des autres représentants de l'État aux fins de la définition.

6) En ce qui concerne les «représentants de l'État» auxquels s'applique l'immunité *ratione materiae*, la Commission estime impossible d'utiliser la technique de la mention *eo nomine*. Compte tenu de la diversité des individus à qui cette immunité pourrait être appliquée et de la variété des systèmes juridiques des États qui définissent qui sont leurs représentants, la Commission considère qu'il est impossible d'établir une liste exhaustive incluant tous les individus bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Pour les mêmes raisons, elle n'a pas jugé possible ni approprié d'établir une liste indicative des individus à qui cette immunité peut être appliquée. Dans les deux cas, la liste serait nécessairement incomplète, parce qu'elle ne saurait énumérer les titres de tous les représentants de l'État envisagés par les droits internes, et devrait être mise à jour constamment, si bien qu'elle risquerait d'être source de confusion pour les organes de l'État chargés d'appliquer l'immunité de juridiction pénale étrangère. Par conséquent, il faut déterminer au cas par cas quels sont les individus ayant la qualité de «représentants de l'État» aux fins de l'immunité *ratione materiae*, en appliquant les critères énoncés dans la définition qui permettent de conclure à l'existence d'un lien entre l'État et le représentant – à savoir, représenter l'État ou exercer des fonctions de l'État.

7) Cependant, uniquement à des fins purement illustratives et sans que cela puisse être considéré comme une liste des bénéficiaires de l'immunité, on trouvera ci-dessous quelques références à des «représentants de l'État» pris en considération dans la jurisprudence interne et internationale. Par souci de clarté, ces exemples sont regroupés en quatre ensembles:

- i) Un ancien ministre de la défense, des militaires de rangs divers, un directeur d'une autorité maritime et divers membres des forces de police et de sécurité de l'État, dont le directeur de Scotland Yard, ont été considérés comme des

---

africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption. Pour l'analyse de ces instruments aux fins de la définition de «représentant de l'État», voir le *Troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* établi par Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale (A/CN.4/673), par. 51 à 97.

«représentants de l'État» par divers tribunaux internes qui leur ont reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae*<sup>3</sup>;

ii) Un vice-président et ministre des forêts, un ancien ministre de la défense, un chef de la sécurité nationale, des militaires de rangs divers, un ancien chef d'État, des gardes frontière et un employé du secteur public (militaire à la retraite) ont aussi été considérés comme des «représentants de l'État» par divers tribunaux internes, mais le bénéfice de l'immunité ne leur a pas été accordé<sup>4</sup>. Cependant, bien que

<sup>3</sup> En l'affaire *Association des familles des victimes du Joola*, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction pénale à un ancien ministre de la défense du Sénégal. Dans son arrêt du 19 janvier 2010, la Cour a conclu que «les États étrangers et les organismes ou personnes agissant par leur ordre et pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États»: voir *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 19 janvier 2010. En l'affaire *Jones c. Ministère de l'intérieur du Royaume d'Arabie Saoudite*, cette immunité fonctionnelle a été reconnue à un lieutenant-colonel de l'armée et à divers membres des forces et organes de sécurité saoudiens. La Chambre des Lords du Royaume-Uni a estimé dans son arrêt du 14 juin 2006 que toutes ces personnes étaient des représentants de l'État et avaient accompli les actes ayant donné lieu à l'action pénale dans l'exercice de fonctions publiques. Dans son analyse, la Chambre des Lords a commencé par reconnaître que «les défendeurs agissaient tous, à l'époque des faits (...), en qualité d'employés ou d'agents du Royaume»: voir *Jones c. Ministère de l'intérieur du Royaume d'Arabie saoudite, Chambre des Lords (Royaume-Uni)*, arrêt du 14 juin 2006 (Lord Bingham of Cornhill, par. 11 et 13). La version officielle en anglais de l'arrêt se lit comme suit: «all the individual defendants were at the material times acting (...) as servants or agents of the Kingdom». En l'affaire *Malta maritime authority et Carmel X...*, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a accordé le bénéfice de l'immunité de juridiction au directeur exécutif de la Malta Maritime Authority. Dans son arrêt du 23 novembre 2004, la Cour a fait porter son analyse tant sur le caractère officiel des actes accomplis par l'intéressé que sur le lien qui unissait celui-ci à l'État et, à la lumière des considérations antérieures, a conclu que l'intéressé était l'auteur «d'actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l'État de Malte»: voir *Malta maritime authority et Carmel X...*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 23 novembre 2004. En l'affaire *Norburt Schmidt c. Ministère de l'intérieur du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, la Cour Suprême irlandaise a aussi reconnu le bénéfice de cette immunité *ratione materiae* à un policier, dans son arrêt du 24 avril 1997. Elle a souligné le caractère fonctionnel de ce type d'immunité, indiquant que l'individu «avait l'intention de s'acquitter et, de fait, s'acquittait, des tâches et fonctions propres à son emploi»: voir *Norburt Schmidt c. Ministère de l'intérieur du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Cour Suprême (Irlande), arrêt du 24 avril 1997. La version officielle en anglais de l'arrêt se lit comme suit: «was purporting and intending to perform and in fact was performing the duties and functions of his office». Et, en l'affaire de *l'Église de scientologie*, la Cour suprême fédérale allemande s'est prononcée sur l'immunité de juridiction du directeur de Scotland Yard. Dans son arrêt du 16 septembre 1978, la Cour a accordé l'immunité après avoir admis que l'intéressé «agissait en tant qu'agent expressément désigné par l'État britannique» et que ses actes «constituaient un comportement direct de l'État»: voir *Église de scientologie*, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 16 septembre 1978 (reproduit en anglais dans *International Law Reports*, vol. 65, p. 198). La version en anglais de l'arrêt reproduit dans *International Law Reports* se lit comme suit: «Scotland Yard –and consequently its head– was acting as the expressly appointed agent of the British State (...). The acts of such agents constitute direct State conduct».

<sup>4</sup> En l'affaire *Teodoro Nguema Obiang Mangue et consorts*, la cour d'appel de Paris a rejeté la demande d'immunité de juridiction pénale d'un Vice-Président et Ministre des forêts dans son arrêt du 13 juin 2013, notant que l'octroi de ce type d'immunité de juridiction *ratione materiae* dans les affaires pénales «trouve ses limites dans l'exercice de fonctions étatiques». Cependant, elle n'a pas contesté qu'il s'agissait d'un représentant de l'État: voir *Teodoro Nguema Obiang Mangue et consorts*, cour d'appel de Paris, deuxième Chambre d'instruction (France), arrêt du 13 juin 2013. En l'affaire *Italie c. Inde et Massimiliano Latorre et consorts c. Inde*, la Cour Suprême de l'Inde a reconnu, dans son arrêt du 18 janvier 2013, que les autorités indiennes avaient compétence pour

l'exception d'immunité n'ait pas prospéré dans ces cas particuliers, cela ne signifie pas que les tribunaux internes ont considéré qu'il ne s'agissait pas de «représentants de l'État» au sens où ce terme est employé dans le présent projet d'articles. Au

mener une enquête sur le comportement des marins italiens qui avaient tiré plusieurs coups de feu sur un bateau dans la zone contiguë de l'Inde alors qu'ils s'acquittaient d'une mission de surveillance et de protection contre le piratage, et poursuivre les auteurs, invoquant les engagements pris par l'Inde dans le cadre du droit de la mer, et, en particulier, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La qualité de représentants de l'État des marins n'a pas non plus été contestée dans cette affaire: voir *Italie c. Inde et Massimiliano Latorre et consorts c. Inde*, Cour Suprême (Inde), arrêt du 18 janvier 2013 (Altamas Kabir, par. 101). En l'affaire *A. c. le ministère public de la Confédération helvétique, B. et C.*, le Tribunal pénal fédéral de la Suisse n'a pas accordé l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* à un ancien Ministre de la défense pour les actes accomplis par celui-ci avant et après avoir cessé d'exercer des fonctions publiques. S'il n'a pas contesté la qualité de représentant de l'État du défendeur, le Tribunal, dans son arrêt du 25 juillet 2012, a tenu compte de la position relative à ce type d'immunité fonctionnelle qu'avait prise la Chambre des Lords en l'affaire *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, dans son arrêt du 24 mars 1999 concernant un ancien chef d'État, et a estimé qu'il y aurait contradiction si, d'un côté, «on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*)»: voir *A. c. le ministère public de la Confédération helvétique, B. et C.*, Tribunal pénal fédéral (Suisse), arrêt du 25 juillet 2012, par. 5.4.3. En l'affaire *Khurts Bat c. juge d'instruction de la Cour fédérale allemande*, un tribunal du Royaume-Uni n'a pas accordé l'immunité de juridiction pénale à un chef de la sécurité nationale, alors que dans son arrêt du 19 juillet 2011, il n'a pas contesté que l'intéressé puisse être un représentant de l'État: voir *Khurts Bat c. juge d'instruction de la Cour fédérale allemande*, Administrative Court, Haute Cour de justice (Royaume-Uni), arrêt du 29 juillet 2011, par. 99 à 101. En l'affaire *Ministère public c. Adler et consorts*, la Chambre pénale du Tribunal de Milan n'a pas reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction pénale à un colonel américain responsable d'une base militaire située en territoire italien, indiquant dans son arrêt du 1<sup>er</sup> février 2010 que les faits en cause ne relevaient pas du champ d'application de l'article VII.2 de la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces (conclue le 19 juin 1951), dont l'invocation avait été demandée par la partie défenderesse: voir *Ministère public c. Adler et consorts*, Tribunal de Milan, quatrième Chambre pénale (Italie), arrêt du 1<sup>er</sup> février 2010. En l'affaire *United States v. Noriega*, la Cour d'appel du onzième circuit a refusé le bénéfice de l'immunité de juridiction à un ancien commandant des forces armées. Il est intéressant de noter que dans son arrêt du 7 juillet 1997, la Cour n'a analysé que la question de savoir si l'intéressé bénéficiait de l'immunité de juridiction pénale *ratione personae*, rejetant la possibilité de faire valoir cette immunité du point de vue *ratione materiae*, alors qu'elle a reconnu sa qualité de représentant de l'État: voir *United States v. Noriega*, Cour d'appel, onzième circuit (États-Unis d'Amérique), arrêt du 7 juillet 1997. Dans le procès des gardes frontière, la Cour suprême fédérale allemande a rejeté les arguments présentés par les défendeurs en faveur de la reconnaissance de l'immunité de juridiction dans son arrêt du 3 novembre 1992, dans lequel elle a affirmé que les défendeurs ne pouvaient se considérer comme des représentants d'un État étranger puisque République démocratique allemande n'existait plus: voir procès des gardes frontière, Cour suprême fédérale (Allemagne), arrêt du 3 novembre 1992. En l'affaire *In re Doe*, la Cour d'appel du deuxième circuit des États-Unis d'Amérique n'a pas accordé l'immunité de juridiction pénale à un ancien chef d'État ni à son épouse. À la lumière de l'avis juridique transmis par les autorités américaines, la Cour a conclu dans son arrêt du 19 octobre 1988 que la levée de l'immunité de juridiction pénale des intéressés constituait un argument suffisant pour ne leur accorder aucun type d'immunité. À ce sujet, il importe de noter que dans leur avis juridique, les autorités n'ont pas nié catégoriquement qu'un ancien chef d'État et son épouse pouvaient bénéficier d'une certaine immunité résiduelle: voir *In re Doe*, Cour d'appel du deuxième circuit (États-Unis d'Amérique), arrêt du 19 octobre 1988. Et, en l'affaire *R. c. Lambeth Justices, ex-parte Yusufu*, un tribunal du Royaume-Uni a refusé, dans son arrêt du 8 février 1985, d'accorder l'immunité de juridiction pénale à un fonctionnaire en faisant valoir que, à la lumière des preuves examinées dans l'affaire, il ne pouvait pas lui accorder l'immunité diplomatique, car son statut de diplomate n'avait pas été suffisamment établi: voir *R. c. Lambeth Justices, ex-parte Yusufu*, tribunal divisionnaire (Royaume-Uni), arrêt du 8 février 1985.

contraire, le refus de l'immunité était fondé sur d'autres raisons que celle de la qualité de représentant de l'État et dans l'exposé des raisons pour lesquelles ils refusaient d'accorder le bénéfice de l'immunité, ces tribunaux ont examiné la question de savoir si les personnes poursuivies satisfaisaient aux critères du représentant;

iii) Un Procureur général d'un État, un ancien chef d'un service de renseignement, un ancien chef de la sécurité nationale, un ancien chef d'État, un Procureur général d'un État fédéré (Floride) et divers agents de rang subalterne de ce même État (un procureur, ses substituts, un détective du Bureau du Procureur et un avocat d'un organisme public) et un membre d'un gouvernement ont été considérés comme des représentants de l'État dans le cadre de la procédure civile dans laquelle la question de l'immunité de juridiction a été soulevée<sup>5</sup>. Bien que ces exemples n'aient pas expressément trait à l'immunité de juridiction pénale, ils n'en sont pas moins utiles aux fins de la réflexion, car dans toutes ces décisions les juridictions internes ont statué sur le statut de «représentant de l'État» des personnes pour lesquelles le bénéfice de l'immunité de juridiction civile était demandé ou accordé;

iv) Un Procureur de la République, un chef de la sécurité intérieure, un ministre de l'intérieur, un lieutenant-colonel, le directeur adjoint d'un centre pénitentiaire, deux policiers, un ministre de la défense et un responsable des archives de l'État ont été considérés comme des représentants de l'État au sens du présent projet d'articles, par la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>6</sup>.

8) En tout état de cause, il convient d'appeler l'attention sur le fait que le chef d'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères peuvent bénéficier à la fois de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, conformément aux dispositions énoncées dans le présent projet d'articles. Le premier cas est expressément prévu dans le projet d'article 3, adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-cinquième session. Le second est envisagé dans le paragraphe 3 du projet d'article 4, également adopté provisoirement par la Commission à la même session, aux termes duquel «[l']extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*»<sup>7</sup>. Les conditions dans lesquelles le chef d'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae* dépendent

<sup>5</sup> *Succession de Zahra Kazemi et Stephan Hashemi c. République islamique d'Iran, Ayatollah Ali Khamenei, Saeed Mortazari et Mohammad Bakhshi*, Cour supérieure, Chambre commerciale (Canada), arrêt du 25 janvier 2011, par. 153; *Ali Saadallah Belhas et consorts c. Moshe Ya'aalon*, Cour d'appel du circuit du District de Columbia (États-Unis d'Amérique), arrêt du 15 février 2008; *Ra'ed Mohamad Ibrahim Matar et consorts c. Avraham Dichter*, Tribunal de district, District sud de New York (États-Unis d'Amérique), arrêt du 2 mai 2007; *A, B, C, D, E, F et consorts dans une situation identique, Wei Ye et Hao Wang c. Jiang Zemin et Falun Gong Control Office (également connu sous le nom d'Office 6/10)*, Tribunal du District Est de l'Illinois (États-Unis d'Amérique), arrêt du 8 septembre 2004; *Jaffe c. Miller et consorts*, Cour d'appel de l'Ontario (Canada), arrêt du 17 juin 1993; et *Rukmini S. Kline et consorts c. Yasuyuki Kaneko et consorts*, Cour suprême de l'État de New York (États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 octobre 1988.

<sup>6</sup> Cour internationale de Justice: *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008. Cour européenne des droits de l'homme: *Jones et autres c. Royaume-Uni* (requêtes n° 34356/06 et 40528/06), arrêt du 14 janvier 2014. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel: *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-AR 108, arrêt du 29 octobre 1997.

<sup>7</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 48, p. 53.

des règles applicables à chacune de ces catégories d'immunité qui figurent dans d'autres dispositions du présent projet d'articles<sup>8</sup>.

9) Il convient de noter que la définition de «représentant de l'État» renvoie uniquement au bénéficiaire de l'immunité, sans que cela ne préjuge de la question de savoir quels actes peuvent être couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère, ni ne donne aucune indication à ce sujet. De ce point de vue, l'élément essentiel dont il faut tenir compte pour considérer un individu comme un représentant de l'État aux fins du présent projet d'articles est l'existence d'un lien entre cette personne et l'État. Ce lien est évoqué à l'alinéa *e* du projet d'article 2 qui prévoit que la personne en question «représente l'État ou [...] exerce des fonctions étatiques». C'est une formule simple et claire qui capture l'essence de la proposition faite par la Rapporteuse spéciale au sujet des critères permettant de déterminer ce qu'est un représentant de l'État<sup>9</sup>, et qui réaffirme l'approche que la Commission a déjà adoptée en 2013 lorsqu'elle a déclaré que le présent projet d'articles est circonscrit à l'«immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier les personnes qui représentent l'État ou agissent en son nom»<sup>10</sup>. Enfin, il faut souligner qu'un représentant de l'État peut satisfaire aux deux conditions ou à l'une d'elles uniquement.

10) L'expression «qui représente» doit être entendue au sens large, y compris au sens de tout «représentant» qui exerce des fonctions de représentation. La référence à la représentation revêt une importance particulière en ce qui concerne le chef d'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, car, comme il est indiqué dans le commentaire du projet d'article 3, «ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques»<sup>11</sup>. Toutefois, la référence à la représentation de l'État peut également être appliquée à d'autres représentants de l'État autre que ceux qui constituent la «troïka», en vertu de règles ou d'actes propres aux États. C'est donc au cas par cas qu'il convient de déterminer si une personne représente ou non l'État. Enfin, il convient de souligner que la référence autonome à la «représentation de l'État» comme l'un des critères de l'existence d'un lien avec l'État permet de couvrir certaines catégories de personnes, en particulier les monarques parlementaires, au sujet desquelles il est difficile de dire qu'elles exercent des fonctions étatiques au sens strict, mais qui représentent néanmoins clairement l'État.

11) On entend par «fonctions étatiques», au sens large, les activités qui sont propres à l'État. Cette expression recouvre les fonctions législatives, judiciaires, exécutives ou autres qui sont propres à l'État. En conséquence, le «représentant de l'État» est la personne qui exerce ou peut exercer ces fonctions étatiques. La référence à l'exercice des fonctions étatiques permet de définir plus précisément le lien qui doit exister entre le représentant et

<sup>8</sup> À ce sujet, il faut garder à l'esprit que le paragraphe 7) du commentaire du projet d'article 4 indique ce qui suit: «La Commission comprend la clause «sans préjudice» comme laissant simplement ouverte la possibilité que l'immunité *ratione materiae* s'applique à des actes accomplis par un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères en leur qualité officielle et pendant leur mandat, lorsque cela est possible en vertu des règles régissant cette catégorie d'immunité. Le paragraphe 3 ne préjuge pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*, qui sera développé dans la Troisième partie du présent projet d'articles.» (Ibid., par. 49, p. 72).

<sup>9</sup> Voir A/CN.4/673, par. 111, p. 42, ainsi que le projet d'article proposé initialement par la Rapporteuse spéciale (Ibid., par. 143, p. 56).

<sup>10</sup> Voir le paragraphe 4) du commentaire du projet d'article 1, adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-cinquième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 49, p. 55).

<sup>11</sup> Voir le paragraphe 2) du commentaire du projet d'article 3, adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-cinquième session (Ibid., par. 49, p. 60).

l'État, en évitant une interprétation large de la notion de représentant ne prenant pas suffisamment en considération le fait que l'immunité est accordée à l'individu dans l'intérêt de l'État et en vue de préserver la souveraineté de celui-ci. Bien que des termes différents aient été envisagés pour rendre cette idée, notamment «prérogatives de la puissance publique», «fonctions publiques», «autorité souveraine», «autorité gouvernementale» ou «fonctions inhérentes à l'État», la Commission a retenu le terme «fonctions étatiques» comme étant le plus approprié à ce stade des travaux. Ce choix est dû à deux raisons: d'une part, ce terme rend suffisamment compte de l'existence d'un lien entre l'État et le représentant, qui a un rapport avec ses activités propres; et, d'autre part, en employant le terme «fonction» et non l'expression «actes accomplis au nom de l'État», on évite la confusion possible entre l'élément subjectif (représentant) et l'élément substantiel (acte) de l'immunité. En tout état de cause, à ce stade des travaux de la Commission, ces termes doivent être entendus au sens le plus large possible, en tenant compte du fait que la teneur précise des «fonctions étatiques» dépend dans une large mesure de la situation et de la capacité de l'État à s'auto-organiser. Certains membres de la Commission ont cependant indiqué que le terme retenu n'était pas heureux.

12) Il convient de noter que l'emploi des verbes «représente» et «exerce» au présent ne doit pas être interprété comme une prise de position au sujet de la portée temporelle de l'immunité. L'emploi de ce temps répond à la volonté de viser de manière générique le lien qui unit l'État et le représentant et n'indique pas si le représentant de l'État doit toujours assumer cette fonction au moment où l'immunité est demandée. La portée temporelle de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* est traitée dans d'autres projets d'article.

13) Aux fins de la définition de «représentant de l'État», c'est l'existence d'un lien entre l'individu et l'État qui importe, quelle que soit la forme que prend ce lien. À ce sujet, la Commission estime qu'un tel lien peut prendre de multiples formes, en fonction du droit et de la pratique nationales de chaque État. Cependant, la plupart des membres de la Commission estiment que la notion de lien ne peut pas être interprétée au sens large pour inclure tout représentant *de facto*, y compris les contractants. Le terme représentant *de facto* est employé pour désigner des réalités très diverses et en fonction de chaque cas individuel, on pourra ou non considérer l'intéressé comme un représentant de l'État aux fins du présent projet d'articles. En particulier, la plupart des membres de la Commission estime qu'il n'existe pas de pratique suffisante pour conclure que les «contractants» qui agissent en dehors du territoire de l'État avec lequel ils sont liés peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère en vertu des règles générales du droit international. Dans tous les cas, il convient de tenir compte du fait que les questions ayant trait aux représentants *de facto* peuvent être traitées de façon plus appropriée dans le contexte de la définition de l'«acte accompli à titre officiel».

14) Étant donné que le terme «représentant de l'État» dépend uniquement du fait que la personne en question représente l'État ou exerce des fonctions étatiques, le rang hiérarchique qu'elle occupe n'est pas pertinent aux seules fins de la définition. Ainsi, bien qu'il ressorte de la pratique que dans la plupart des cas, les personnes qui ont reconnues comme des représentants de l'État aux fins de bénéficier de l'immunité sont de rang hiérarchique supérieur ou intermédiaire, il est possible de trouver aussi quelques exemples de personnes de rang subalterne. Le rang hiérarchique n'est donc pas un élément faisant partie intégrante de la définition de représentant de l'État, même s'il peut être un indice permettant d'identifier une personne en particulier en tant que représentant aux fins du présent projet d'articles.

15) Enfin, il convient de noter que la définition de «représentant de l'État» ne fait pas référence au type d'actes couverts par l'immunité. En conséquence, les termes «représente» et «exerce des fonctions étatiques» ne sauraient être interprétés comme définissant d'une



quelconque façon le champ d'application substantiel de l'immunité. De même, la définition de «représentant de l'État» ne saurait être interprétée comme impliquant une prise de position sur les exceptions à l'immunité. Ces deux questions seront traitées ultérieurement.

16) En ce qui concerne la question de la terminologie, à ce stade de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Commission n'a pas jugé nécessaire de modifier la terminologie employée pour désigner les bénéficiaires de l'immunité. Par conséquent, l'on continue à utiliser les termes «*funcionario del Estado*» en espagnol, «*State official*» en anglais, «représentant de l'État» en français, «...» en arabe, «...» en chinois et «...» russe (INSÉRER LES TERMES DANS CES TROIS LANGUES). Si elle comprend que ces termes n'ont pas la même signification et ne sont interchangeables, la Commission a jugé préférable de continuer à les employer, d'autant que le terme anglais «*State official*», qui est abondamment employé dans la pratique, convient pour se référer à toutes les catégories de personnes visées par le présent projet d'articles. Il convient néanmoins de souligner que l'emploi de termes différents dans chaque version linguistique n'a pas de valeur sémantique. Au contraire, les différents termes employés dans chacune des versions linguistiques ont la même signification aux fins du présent projet d'articles et n'ont aucun rapport avec le sens que chacun peut avoir dans les systèmes juridiques nationaux. La Commission examinera en temps opportun s'il est nécessaire de procéder à des modifications ou d'insérer une clause concernant l'emploi de ces termes dans les droits internes ou dans des instruments internationaux, afin d'éviter que les organes chargés de la mise en œuvre de l'immunité au niveau national ne fasse une interprétation erronée du terme «représentant de l'État» au sens que celui-ci revêt dans le projet d'articles.

#### **Projet d'article 5**

##### **Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae***

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

#### **Commentaire**

1) Le projet d'article 5 est le premier du projet d'articles qui porte sur l'immunité *ratione materiae*; il a pour objet de définir le champ d'application subjectif de cette catégorie de l'immunité de juridiction pénale étrangère. En conséquence, ce projet d'article est parallèle au projet d'article 3 traitant des personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, suit la même structure et reprend, *mutatis mutandis*, le même libellé et la terminologie déjà adoptés par la Commission dans ledit projet d'article. Seule a été modifiée la référence aux bénéficiaires concrets de l'immunité qui, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, sont définis comme «[l]es représentants de l'État agissant à ce titre».

2) Le terme «représentants de l'État» employé dans ce projet d'article doit être entendu dans le sens qui lui est donné à l'alinéa *e* du projet d'article 2, à savoir une «personne qui représente l'État ou exerce des fonctions étatiques». Contrairement à ce qu'elle a fait pour les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*, la Commission n'a pas jugé possible de dresser une liste des bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*. Ceux-ci doivent être identifiés au cas par cas à l'aide des critères énoncés à l'alinéa *e* du projet d'article 2, qui font apparaître l'existence d'un lien entre le représentant et l'État. Le commentaire de l'alinéa *e* du projet d'article 2 doit être dûment pris en considération pour l'application du présent projet d'article<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Voir, *supra*, par....., p...

3) L'expression «agissant à ce titre» fait référence au caractère officiel des actes des représentants, mettant ainsi l'accent sur le caractère fonctionnel de l'immunité *ratione materiae* et marquant la différence avec l'immunité *ratione personae*. Compte tenu du caractère fonctionnel de l'immunité *ratione materiae*, certains membres de la Commission ont exprimé des doutes quant à la nécessité de définir ses bénéficiaires, estimant que l'élément essentiel de l'immunité *ratione materiae* est la nature des actes accomplis et non la personne qui les accomplit. Cependant, la plupart des membres ont jugé utile d'identifier d'abord les bénéficiaires de cette catégorie d'immunité, parce que l'immunité de juridiction pénale étrangère s'applique aux personnes. En tout état de cause, il convient de noter que l'indication que les «représentants de l'État» doivent «[agir] à ce titre» pour bénéficier de l'immunité *ratione materiae* ne saurait être interprétée comme une prise de position sur les actes qui peuvent être couverts par l'immunité, lesquels feront l'objet d'un projet d'article distinct. Pour la même raison, on n'a pas employé l'expression «agissant à titre officiel», pour éviter toute confusion avec la notion d'«acte accompli à titre officiel».

4) Conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 4, adopté provisoirement par la Commission en 2013<sup>13</sup>, l'immunité *ratione materiae* s'applique également aux anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères, «[ayant agi] à [...] titre [de représentant de l'État]». La Commission ne voit cependant pas la nécessité de mentionner expressément les titulaires de ces fonctions dans le présent projet d'article, car l'immunité *ratione materiae* ne leur est pas reconnue en raison de leur statut, mais en vertu de leur qualité de représentants de l'État ayant agi à ce titre durant leur mandat. Bien que la Commission considère que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères ne bénéficient de l'immunité *ratione materiae* au sens strict qu'une fois qu'ils ne sont plus en fonctions, elle n'a pas jugé nécessaire de l'indiquer dans le projet d'article 5. Cette question sera traitée de manière plus appropriée dans un futur projet d'article sur le champ d'application matériel et temporel de l'immunité *ratione materiae*, sur le modèle du projet d'article 4.

5) Le projet d'article 5 est sans préjudice des exceptions applicables à l'immunité *ratione materiae*, qui seront elles aussi analysées ultérieurement.

6) Enfin, il convient d'appeler l'attention sur le fait que dans le projet d'article 5, l'expression «à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère» est employée de la même manière que dans le projet d'article 3 en ce qui concerne les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. Cette expression montre bien la relation entre l'immunité et la juridiction pénale étrangère et souligne le caractère essentiellement procédural de l'immunité qui joue par rapport à l'exercice du pouvoir de juridiction pénale à l'égard d'un comportement donné<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Conformément au principe cité: ««[L']extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*» (Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10), par. 48, p. 55). En ce qui concerne le champ d'application de cette clause «sans préjudice», voir le paragraphe 7) du commentaire relatif au projet d'article 4 (Ibid., par. 49, p. 72).

<sup>14</sup> Voir le paragraphe 13) du commentaire relatif au projet d'article 3 (Ibid., par. 49, p. 68).