



Assemblée générale

Distr. limitée
29 juillet 2015
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-septième session

Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2015

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

Rapporteur : M. Marcelo Vázquez-Bermúdez

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

Table des matières

	Paragraphes	Page
A. Introduction	1–3	
B. Examen du sujet à la présente session	4–6	
1. Présentation par la Rapporteuse spéciale du quatrième rapport.	7–18	
2. Résumé du débat	19–55	
a) Observations générales	19–24	
b) Méthodologie.	25–27	
c) Projet d'article 2 f) : Définition de l'expression « acte accompli à titre officiel »	28–51	
i) « Acte accompli à titre officiel » par opposition à « acte accompli à titre privé »	29–30	
ii) Nature pénale de l'acte	31–38	
iii) Attribution de l'acte à l'État	39–46	
iv) Souveraineté et exercice de prérogatives de puissance publique	47–51	
d) Projet d'article 6 : Portée de l'immunité <i>ratione materiae</i>	52–53	
e) Futur programme de travail	54–55	
3. Observations finales de la Rapporteuse spéciale	56–...	



Chapitre IX

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

1. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet¹. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session².

2. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)³. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)⁴.

3. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin qui n'était plus membre de la Commission. Elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), son deuxième rapport à la soixante-cinquième session (2013)⁵ et son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014). Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième et troisième rapports, la Commission a jusqu'à présent adopté provisoirement cinq projets d'article et les commentaires y relatifs, le projet d'article 2 relatif aux définitions étant encore en cours d'élaboration⁶.

B. Examen du sujet à la présente session

4. La Commission était saisie du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/686). Elle a examiné le rapport de sa 3271^e séance à sa 3278^e séance, tenues le 16 juillet et du 21 au 24 juillet 2015.

¹ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 376. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 en date du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 257.

² Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr.1.

³ A/CN.4/601 (rapport préliminaire); A/CN.4/631 (deuxième rapport); et A/CN.4/646 (troisième rapport).

⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 207; et *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 343.

⁵ A/CN.4/654 (rapport préliminaire) et A/CN.4/661 (deuxième rapport).

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 48 et 49. À sa 3174^e séance, le 7 juin 2013, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et de sa 3193^e séance à sa 3196^e séance, tenues les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 48 et 49. À sa 3231^e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e) et 5, et de sa 3240^e séance à sa 3242^e séance, tenues les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs.

5. À sa 3278^e séance, le 24 juillet 2015, la Commission a décidé de renvoyer le projet d'article 2 f) et le projet d'article 6 proposés par la Rapporteuse spéciale au Comité de rédaction.

6. À la ... séance, le ... juillet 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport intérimaire du Comité sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », contenant les projets d'articles ... provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-septième session. Le rapport, avec les projets d'article, a été présenté à ce stade pour information seulement, et a été placé sur le site Web de la Commission⁷.

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale du quatrième rapport

7. Le quatrième rapport constituait la suite de l'analyse, entreprise dans le troisième rapport (A/CN.4/646), des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*. La portée subjective de cette immunité (détermination des personnes bénéficiaires de cette immunité) ayant été traitée dans le troisième rapport, le quatrième rapport était consacré à l'examen de sa portée matérielle (un « acte accompli à titre officiel ») et à sa portée temporelle. Comme suite à cette analyse, le rapport contenait aussi un projet d'article 2 f) définissant, aux fins générales de l'immunité, un « acte accompli à titre officiel »⁸, et un projet d'article 6 relatif à la portée matérielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae*⁹, visant expressément l'application de l'immunité *ratione materiae* aux anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères.

8. En présentant le rapport, la Rapporteuse spéciale a fait observer qu'il convenait de le rapprocher des rapports précédents avec lesquels il constituait un tout. Comme cela avait été le cas pour l'examen de l'immunité *ratione personae*, le présent rapport ne traitait pas directement la question des limites et exceptions à l'immunité, que la Rapporteuse spéciale traiterait dans son cinquième rapport en 2016. La Rapporteuse spéciale a signalé certains problèmes de traduction du rapport dans les différentes versions linguistiques à partir de l'original espagnol, en indiquant qu'elle avait fait distribuer aux membres de la Commission un rectificatif concernant les modifications à apporter. Elle a prié le secrétariat d'élaborer un rectificatif qui serait distribué comme document officiel de la présente session.

9. Dans son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale, en traitant des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, mettait tout d'abord en évidence les

⁷ Consultable à l'adresse : <http://www.un.org/law/ilc>.

⁸ Le texte proposé par la Rapporteuse spéciale, tel que corrigé, se lisait ainsi :

Projet d'article 2 **Définitions**

Aux fins du présent projet d'articles :

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend d'un acte accompli par un agent de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et qui, de par sa nature, constitue un crime au regard duquel l'État compétent peut exercer sa compétence pénale.

⁹ Le texte proposé par la Rapporteuse spéciale, tel que corrigé, se lisait ainsi :

Projet d'article 6 **Portée de l'immunité *ratione materiae***

1. Les agents de l'État agissant en leur qualité officielle bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pendant qu'ils sont en fonctions et postérieurement.
2. L'immunité *ratione materiae* s'étend uniquement aux actes accomplis à titre officiel par les agents de l'État au cours de l'exercice de leurs fonctions.
3. Les anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae* aux conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 du présent article.

éléments caractéristiques de ce type d'immunité, à savoir qu'elle était reconnue à tous les représentants de l'État, qu'elle ne s'appliquait qu'aux « actes accomplis à titre officiel » et qu'elle n'était soumise à aucune limite temporelle. S'agissant de ces critères normatifs, la portée subjective ayant été traitée dans le troisième rapport, le quatrième rapport était axé sur la portée matérielle et temporelle, comme indiqué précédemment. La notion d'« acte accompli à titre officiel » donnait d'abord lieu à quelques considérations générales qui faisaient ressortir l'importance qu'elle revêtait dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Cette importance résultait du caractère fonctionnel de ce type d'immunité. Le rapport abordait ensuite la distinction entre « actes accomplis à titre officiel » et « actes accomplis à titre privé », dont l'étude faisait ressortir, entre autres choses, qu'elle n'était pas l'équivalent de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, ni de la distinction entre actes licites et actes illicites. Le rapport s'attachait ensuite à établir des critères permettant de déterminer ce qui constituait un « acte accompli à titre officiel », ce qui supposait qu'il soit procédé successivement à une analyse de la jurisprudence (internationale et nationale), de la pratique conventionnelle et des travaux antérieurs de la Commission. L'analyse de la jurisprudence internationale mettait l'accent sur l'importance que revêtaient plusieurs décisions rendues par la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. L'étude de la jurisprudence interne était fondée sur un grand nombre de décisions rendues par des juridictions nationales à propos de différents aspects de l'immunité *ratione materiae*, et prenait en considération des affaires tant pénales que civiles, étant donné que les formes de comportement susceptibles d'être qualifiées d'« actes accomplis à titre officiel » se manifestaient dans les deux types de procédure et qu'il était possible d'en déduire des éléments communs à ces actes. L'analyse de la pratique conventionnelle portait sur plusieurs conventions des Nations Unies mentionnant directement ou indirectement les immunités, et sur des instruments internationaux de droit pénal (de caractère universel ou régional) visant le caractère officiel d'actes qualifiés de comportements interdits par le droit pénal international. S'agissant de l'analyse des travaux antérieurs de la Commission du droit international, l'accent était mis sur les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, les Principes de Nuremberg, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 et les articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011. Au terme de cette analyse, la Rapporteuse spéciale s'employait à dégager les caractéristiques d'un « acte accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir la nature pénale de l'acte, l'attribution à l'État de cet acte et l'exercice de la souveraineté et de prérogatives de puissance publique au moment où l'acte était accompli. La référence à la nature pénale de l'acte permettait de mettre en évidence le lien entre la juridiction pénale et les situations dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* pouvait être invoquée. Cela conduisait à un modèle de relation entre la responsabilité individuelle et la responsabilité de l'État que la Rapporteuse spéciale désignait par la formule « un acte, deux responsabilités », et dont plusieurs scénarios étaient exposés dans le rapport. L'examen de la question de l'attribution de l'acte à l'État était indispensable puisque l'immunité *ratione materiae* n'était justifiée que s'il existait un lien entre l'État et l'acte accompli par son représentant. À cet égard, la conclusion selon laquelle certains critères d'attribution figurant dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne présentaient pas d'utilité aux fins de l'immunité était particulièrement intéressante. Enfin, un troisième élément de nature téléologique caractérisait les « actes accomplis à titre officiel », à savoir le fait que ces actes constituaient une manifestation de souveraineté et une forme d'exercice de prérogatives de puissance publique. Des exemples étaient donnés dans le rapport. Cette section se terminait par un examen de la relation entre crimes internationaux et

actes accomplis à titre officiel. La notion d'« acte accompli à titre officiel » faisait l'objet d'une définition, en conclusion de la sanction B du rapport. La section C du rapport présentait une brève analyse de la portée temporelle reflétant le consensus existant sur la durée indéfinie de l'immunité *ratione materiae* et l'intérêt de la distinction à opérer entre le moment où l'acte était accompli et celui où l'immunité était invoquée. La section D du rapport était axée sur la portée de l'immunité *ratione materiae* et se terminait par le projet d'article 6 que proposait la Rapporteuse sur cette question. En conclusion du quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale abordait la question du futur programme de travail sur ce sujet et annonçait un cinquième rapport consacré aux limites et exceptions à l'immunité.

10. La Rapporteuse spéciale a indiqué que le rapport suivait le même modèle que le troisième rapport quant à l'approche méthodologique, consistant à se fonder, pour l'analyse des questions, sur la jurisprudence (internationale et nationale) et la pratique conventionnelle, ainsi que sur les travaux antérieurs de la Commission. Il était aussi fait référence aux observations reçues des gouvernements en 2014 et 2015, lesquelles avaient été dûment prises en considération lorsqu'elles avaient été communiquées, ainsi qu'aux observations ressortant des interventions orales faites par les délégations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La Rapporteuse spéciale a aussi appelé l'attention des membres de la Commission sur les observations des Pays-Bas et de la Pologne, qui avaient été reçues après l'achèvement du quatrième rapport.

11. Le rapport s'articulait autour de l'analyse de la notion d'« acte accomplis à titre officiel ». La Rapporteuse spéciale a expliqué la brièveté de l'analyse de l'élément temporel par le fait que cette question ne suscitait pour l'essentiel aucune controverse; il existait un large consensus dans la pratique et la doctrine sur le caractère « indéfini » ou « permanent » de l'immunité *ratione materiae*. Elle a néanmoins souligné qu'il fallait analyser quelle était la nature de cet élément (limite ou condition), ainsi que les dates critiques à prendre en considération aux fins de déterminer s'il était satisfait au critère temporel; s'agissait-il de la date à laquelle l'acte était commis ou de celle où l'immunité était invoquée? La Rapporteuse spéciale a aussi appelé l'attention sur le projet d'article proposé.

12. La Rapporteuse spéciale a souligné que l'analyse de la portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* était au cœur du rapport. Celui-ci consistait donc en une étude de l'« acte accompli à titre officiel », qui passait par l'examen de la distinction entre « actes accomplis à titre officiel » et « actes accomplis à titre privé », présentait les critères d'identification d'un « acte accompli à titre officiel » et les caractéristiques de celui-ci, et se concluait par un projet d'article portant sur la définition de cette catégorie d'acte. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 disposait quant à lui que seuls les actes accomplis à titre officiels par les agents de l'État étaient couverts par l'immunité *ratione materiae*.

13. La notion d'« acte accompli à titre officiel », qui était essentielle pour le sujet dans son ensemble, revêtait un intérêt particulier pour l'immunité *ratione materiae*; seuls les actes accomplis par les représentants de l'État en leur qualité officielle étaient couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère. Plusieurs formules servaient à désigner cette notion mais, en l'occurrence, l'expression « acte accompli à titre officiel », qui suivait la terminologie employée par la Cour internationale de justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, permettait d'assurer la continuité de l'emploi des termes au sein de la Commission.

14. La Rapporteuse spéciale a fait observer que l'expression n'avait pas été définie dans le droit international contemporain et était souvent interprétée par opposition à un « acte accompli à titre privé », une catégorie elle-même non définie. En se fondant sur une analyse de la pratique pertinente, la Rapporteuse spéciale proposait néanmoins d'en dégager certains critères permettant d'identifier les actes accomplis à titre

officiel. En particulier, il ressortait de l'observation que : a) les actes étaient, entre autres, liés à un nombre limité d'infractions, dont les crimes de droit international, des violations systématiques et graves des droits de l'homme, certains actes commis par les membres des forces armées et de la police et des actes liés à la corruption; b) divers traités multilatéraux reliaient la commission de certains actes à la qualité officielle des auteurs de tels actes; c) un acte était considéré comme ayant été accompli à titre officiel lorsqu'il avait été commis par un représentant de l'État agissant au nom de l'État, exerçant des prérogatives de puissance publique ou accomplissant des actes de souveraineté; d) l'immunité était généralement refusée par les juridictions nationales dans des affaires liées à la corruption, au motif que des représentants de l'État ne pouvaient bénéficier de l'immunité pour des activités étroitement liées à des intérêts privés et ayant pour objectif l'enrichissement personnel de l'intéressé et non le bénéfice du souverain; e) il n'était pas facile de déterminer ce que l'on entendait pas « exercice des prérogatives de puissance publique » ou « actes souverains ». Néanmoins, les tribunaux avaient considéré comme relevant de cette catégorie des activités comme les activités de maintien de l'ordre des forces de sécurité et des forces armées, les affaires étrangères, les actes législatifs, l'administration de la justice et les actes administratifs de différents contenus; e) la notion d'acte accompli à titre officiel ne correspondait pas automatiquement à celle d'acte *jure imperii*. Bien au contraire, un « acte accompli à titre officiel » pouvait excéder les limites d'un acte *jure imperii*, et pouvait aussi s'entendre de certains actes *jure gestionis* accomplis par des représentants de l'État dans le cadre de leurs responsabilités et dans l'exercice de fonctions étatiques; f) cette notion n'avait aucun lien avec la licéité ou l'illicéité de l'acte considéré; et g) aux fins de l'immunité, la détermination d'un tel acte était toujours effectuée au cas par cas.

15. Compte tenu des critères ci-dessus énoncés, la Rapporteuse spéciale a mis en évidence les caractéristiques suivantes d'un acte accompli à titre officiel : a) il s'agissait d'un acte de nature pénale; b) l'acte était accompli au nom de l'État; et c) il supposait l'exercice de la souveraineté et de prérogatives de puissance publique.

16. Le caractère pénal de l'acte accompli à titre officiel avait des conséquences au regard de l'immunité puisqu'il était susceptible de donner lieu à deux formes différentes de responsabilité, l'une, pénale, attribuable à l'auteur, et l'autre, civile, imputable à l'auteur ou à l'État. La Rapporteuse spéciale a particulièrement insisté sur le fait que le modèle « un acte, deux responsabilités » pouvait conduire à plusieurs scénarios relatifs à l'immunité, dont les suivants : a) responsabilité exclusive de l'État lorsque l'acte ne pouvait être attribué à la personne qui l'avait commis; b) responsabilité de l'État et responsabilité pénale individuelle de la personne, lorsque l'acte était attribuable à l'un et à l'autre; c) responsabilité exclusive de la personne lorsque l'acte était seulement attribuable à celle-ci, bien qu'elle ait agi en qualité de représentant de l'État. La Rapporteuse spéciale a aussi indiqué que, sur la base des trois scénarios possibles, l'immunité pouvait être invoquée sur le fondement de : a) l'immunité de l'État, dans le cas où l'acte ne pouvait être attribué qu'à l'État et l'État seul pouvait être tenu responsable; b) l'immunité de l'État et l'immunité *ratione materiae* du représentant de l'État, lorsque l'acte était attribuable à la fois à l'État et à la personne.

17. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère dont bénéficiaient les représentants de l'État était autonome et distincte de l'immunité de l'État au sens strict. Cette distinction produisait un effet maximum dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État puisque le fondement de la responsabilité était différent, de caractère civil pour l'État et de caractère pénal pour le représentant. De plus, la nature de la juridiction à l'égard de laquelle l'immunité était invoquée était différente. La Rapporteuse spéciale a fait observer que cette distinction n'était pas toujours opérée

de manière suffisamment nette dans la doctrine et la pratique, en grande partie parce que l'accent était généralement mis sur le fait que c'était l'État (et ses droits et intérêts) qui bénéficiait de la protection résultant de l'immunité. Elle a expliqué que l'immunité *ratione materiae* était reconnue dans l'intérêt de l'État, dont il fallait protéger la souveraineté, mais que c'était le représentant qui en bénéficiait directement lorsque son acte était la manifestation de cette souveraineté. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, pour que l'application de l'immunité *ratione materiae* soit justifiée, il devait exister un lien entre l'État et l'acte accompli par son représentant. Ce lien supposait la possibilité d'attribuer l'acte à l'État. La Rapporteuse spéciale a néanmoins estimé que tous les critères d'attribution énoncés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'étaient peut-être pas utiles aux fins de l'immunité, les critères énoncés aux articles 7, 8, 9, 10 et 11 étant particulièrement inappropriés à cet égard.

18. La Rapporteuse spéciale a indiqué que bien qu'il ne soit pas facile de déterminer l'existence d'un lien entre l'acte et le souverain, il ressortait de la pratique judiciaire que certaines activités qui, par nature, étaient considérées comme exprimant la souveraineté de l'État ou étant inhérentes à celle-ci (police, administration de la justice, activités des forces armées, ou affaires étrangères), ainsi que des activités menées dans l'exercice des fonctions en application de politiques et décisions de l'État impliquant l'exercice de la souveraineté, étaient censées satisfaire au critère de l'existence d'un lien. La Rapporteuse spéciale soutenait une stricte interprétation de la notion d'« acte accompli à titre officiel » qui conférerait à l'immunité son juste rôle, à savoir protéger la souveraineté de l'État. Elle estimait que la qualification de crimes internationaux d'actes accomplis par des représentants de l'État à titre officiel, une question qui ferait l'objet d'une étude approfondie dans le cinquième rapport, ne devait pas se traduire par la reconnaissance automatique et mécanique de l'immunité de juridiction pénale étrangère à l'égard de cette catégorie d'actes.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

19. Les membres ont dans l'ensemble accueilli le quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale avec satisfaction, soulignant l'abondance des exemples bien documentés et systématiques de pratique conventionnelle et l'analyse de la jurisprudence internationale et nationale que la Rapporteuse spéciale avait réunis tout en établissant un lien clair entre cette analyse et les projets d'article proposés. Ce rapport brossait ainsi un tableau complet des différentes considérations pertinentes pour déterminer la portée matérielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae*, contribuant ce faisant à mieux expliquer un élément essentiel du sujet. Pour la majorité des membres, il s'agissait d'un sujet juridiquement complexe et qui soulevait des questions politiquement délicates et importantes pour les États. De surcroît, la direction que prenait la pratique des États était dans un tel « état de flux » qu'il n'était pas facile de déterminer les règles claires et non ambiguës qui étaient applicables. La Commission devait faire face non seulement à des questions théoriques et doctrinales en relation avec d'autres branches du droit international, mais aussi, du point de vue de la codification et du développement progressif, à des choix difficiles qui contribueraient à faire progresser le droit international tout en préservant la stabilité des relations interétatiques. Dans de telles circonstances, la transparence et un débat éclairé sur les choix qui pourraient être faits et la direction que devaient prendre les travaux étaient essentiels.

20. Certains membres ont noté que le rapport offrait la possibilité d'une approche théorique du sujet partant de l'hypothèse qu'il existait des limitations ou exceptions à la portée de l'immunité *ratione materiae*, par opposition à celle consistant à

considérer tous les actes, y compris les crimes internationaux, comme des actes accomplis à titre officiel. D'autres membres ont estimé qu'une possibilité de développement progressif s'offrait ainsi à la Commission, étant donné la faveur dont jouissait actuellement l'immunité restreinte dans la pratique des États concernant leurs immunités juridictionnelles.

21. Dans l'ensemble, les membres se sont déclarés favorables au renvoi des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale au Comité de rédaction. Certains ont fait des commentaires et des observations, notamment sur l'analyse et les conclusions figurant dans le rapport.

22. Des membres ont souligné que la distinction entre l'immunité *ratione personae*, fondée sur la qualité, et l'immunité *ratione materiae*, fondée sur le comportement, demeurait pertinente. Pour certains, ces deux immunités comportaient des éléments fondamentaux communs et, plus important, leur fondement juridique était le même, à savoir le principe de l'égalité souveraine des États. On a de même noté que s'il convenait de tenir compte des différences entre l'immunité de la juridiction civile et l'immunité de la juridiction pénale, ces deux formes d'immunité avaient également le même fondement. Dans le même temps, il fallait être prudent et ne pas surestimer le principe de l'égalité souveraine des États s'agissant d'expliquer les questions complexes, comme celle de l'immunité juridictionnelle restreinte, que soulevait le sujet et que ce principe n'expliquait pas pleinement. Si certains membres ont reconnu qu'il existait une asymétrie entre les diverses règles et régimes régissant le système juridique international, une mise en garde a été émise quant à la direction que semblait prendre l'ensemble des travaux sur le sujet : la Commission risquait de créer un régime diamétralement opposé au régime institué par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à l'élaboration duquel elle avait elle-même contribué. On a d'autre part rappelé qu'à la différence du sujet à l'examen, qui reposait sur une « relation horizontale » entre les États, la compétence pénale internationale établissait entre ceux-ci une « relation verticale ». Cette considération fondamentale renvoyait à différents facteurs appelant un examen critique.

23. On a dit par exemple, s'agissant de déterminer la portée de l'immunité *ratione materiae*, que certains actes pouvaient aller au-delà du bénéfice de l'immunité *ratione materiae* parce qu'ils n'entraient pas facilement dans les catégories analytiques classiques. Tel était le cas des actes impliquant des allégations de crimes internationaux graves, des actes *ultra vires*, des *acta jure gestionis*, des actes accomplis à titre officiel mais exclusivement pour en tirer un avantage personnel ainsi que des actes accomplis sur le territoire de l'État du for sans son consentement.

24. Selon certains membres de la Commission, il existait deux possibilités s'agissant de ces actes : soit adopter une approche inclusive et affirmer qu'un acte constituant un crime était un acte accompli à titre officiel, et être confronté à la question de savoir si ces actes étaient officiels, privés ou les deux, ou envisager ces questions comme des limitations ou exceptions. Comme il était difficile de considérer les crimes internationaux graves, les actes *ultra vires* et les *acta jure gestionis* comme des actes accomplis à titre privé, on a dit qu'il était préférable de les envisager dans le cadre des limitations ou exceptions plutôt que dans celui d'une définition des actes accomplis à titre officiel. Cette approche semblait présenter l'avantage d'avoir déjà été suivie par la pratique en ce qui concerne les immunités juridictionnelles des États. Elle permettrait aussi de trouver des solutions associant l'acceptation des limitations et exceptions à des garanties procédurales et droits de la défense appropriés.

b) Méthodologie

25. L'approche méthodique adoptée par la Rapporteuse spéciale dans l'analyse systématique de la pratique pour déterminer la portée de l'immunité *ratione materiae*

a d'une manière générale fait l'objet d'éloges pour l'abondance du matériel examiné et la pertinence de l'analyse effectuée. Certains membres ont toutefois relevé que parfois le rapport ne faisait que citer des affaires sans les analyser dans leur contexte. De plus, la Rapporteuse spéciale procédait dans certains cas par affirmations catégoriques excessives ou injustifiées et, dans d'autres parties de son rapport, le lien entre les matériels visés et les formulations proposées n'était pas toujours clairs.

26. Certains membres ont aussi noté qu'était surtout invoquée la jurisprudence de certains pays ou certaines, de même que la jurisprudence relative à l'exercice de la juridiction civile, alors que le sujet était celui de l'immunité de la juridiction pénale. Il a été suggéré à la Rapporteuse spéciale d'élargir le champ de ses recherches afin de tenir compte de la jurisprudence de toutes les traditions juridiques et des diverses régions du monde. On a fait observer qu'il fallait être prudent lorsqu'on invoquait la jurisprudence, car s'il était concevable qu'il n'y avait pas de différence notable entre la juridiction civile et la juridiction pénale s'agissant de déterminer ce qui constituait un acte accompli à titre officiel, dans certaines situations il pouvait être essentiel d'analyser le contexte dans lequel l'immunité avait été accordée ou refusée; l'immunité pouvait être différente selon que l'instance était engagée contre un souverain étranger, contre un particulier dans un contexte civil ou contre un particulier dans un contexte pénal.

27. Certains membres ont aussi contesté l'affirmation figurant dans le rapport selon laquelle le droit interne n'était pas pertinent pour déterminer les actes accomplis à titre officiel, soulignant que ce droit constituait une pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier, et que la Rapporteuse spéciale avait, de fait, évoqué dans son analyse la jurisprudence interprétant et appliquant le droit interne. On a également dit qu'il fallait mettre davantage l'accent sur l'analyse de la pratique législative et exécutive des États, et accorder plus d'importance à l'analyse de la jurisprudence internationale, et notamment tenir compte de toutes les implications des arrêts rendus par les juridictions internationales dans des affaires comme celle du *Mandat d'arrêt*¹⁰ et celle relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*¹¹, dont on a dit qu'ils avaient traité certaines des questions se posant avec quelque cohérence.

c) Projet d'article 2 f) : Définition de l'expression « acte accompli à titre officiel »

28. Le projet d'article 2 f) est une définition dont le libellé est bref, mais il a suscité des observations eu égard à l'analyse approfondie présentée par la Rapporteuse spéciale dans son rapport pour le justifier.

i) « Acte accompli à titre officiel » par opposition à « acte accompli à titre privé »

29. On a souligné que la doctrine de l'« acte de gouvernement » (« *act of state* ») était une notion juridique totalement différente de l'immunité *ratione materiae*. D'une manière générale, l'idée qu'un « acte accompli à titre officiel » se définissait et s'évaluait par opposition à un « acte accompli à titre privé » a été largement acceptée. Il a également été convenu que les actes accomplis à titre privé n'étaient pas nécessairement identiques aux *acta jure gestionis*, pas plus que les actes accomplis à titre officiel ne coïncidaient avec les *acta jure imperii*. De plus, la distinction entre un « acte accompli à titre officiel » et un « acte accompli à titre privé » était sans lien aucun avec la distinction entre acte licite et illicite. On a toutefois fait observer que ces oppositions n'en fournissaient pas moins des éléments utiles susceptibles d'aider à

¹⁰ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 3.

¹¹ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, CIJ Recueil 2008, p. 177.

comprendre si un acte était accompli à titre officiel ou à titre privé, ou si un acte était licite ou illicite. Des commentaires mûrement réfléchis rendant compte des diverses nuances pourraient faciliter la compréhension de ce qui constituait un acte accompli à titre officiel.

30. Certains membres étaient loin d'être convaincus de la nécessité de définir l'expression « acte officiel » ou « acte accompli à titre officiel » aux fins du présent sujet. On a dit que les notions juridiques correspondantes semblaient indéterminées et ne se prêtaient pas toujours à une définition juridique. Il n'était pas certain qu'il fût utile d'élaborer une définition allant au-delà de la distinction entre actes accomplis à titre officiel et actes accomplis à titre privé. Toute tentative de ce type serait vouée à l'échec. On a estimé que la distinction entre actes accomplis à titre officiel et actes accomplis à titre privé était générale et suffisante pour procéder à une détermination au cas par cas compte tenu des circonstances de l'espèce. Cette opposition binaire était confirmée par la pratique et par la jurisprudence internationale et nationale. Certains membres doutaient de l'utilité de réunir de nombreux exemples de cas dans lesquels des expressions comme « acte officiel » ou « acte accompli à titre officiel » étaient employées, une telle compilation ne pouvant être exhaustive et appelant une analyse plus approfondie pour comprendre le contexte. On a dit que la Rapporteuse spéciale aurait dû analyser plus avant la mesure dans laquelle un État pouvait décider des activités qu'il considérait comme constituant les actes accomplis à titre officiel. D'autres membres ont toutefois maintenu qu'une définition, si elle était judicieusement élaborée, pouvait être nécessaire ou utile. On a également proposé que le commentaire cite des exemples d'actes accomplis à titre officiel.

ii) Nature pénale de l'acte

31. Certains membres ont fait observer qu'il existait une pratique consistant à considérer l'intervention d'un représentant de l'État comme faisant partie de la définition d'une infraction, alors que dans d'autres cas la qualité du représentant n'était pas un élément constitutif de l'infraction même si ceci n'excluait pas nécessairement qu'un représentant de l'État puisse être impliqué en cette qualité dans la commission de celle-ci. Toutefois, le caractère prescriptif ou descriptif de la qualification particulière d'une infraction n'était pas nécessairement pertinent s'agissant de savoir si la personne concernée avait agi à titre officiel.

32. La question centrale qui déterminait le caractère officiel d'un acte aux fins de l'immunité n'était pas la nature de cet acte mais la qualité en laquelle il avait été accompli. En d'autres termes, il s'agissait d'une détermination factuelle, à savoir si l'acte allégué, par opposition à sa qualification juridique, était accompli à titre officiel.

33. Il a été noté que qualifier d'infraction un acte accompli à titre officiel, ce que semblait faire la définition proposée, aboutirait à un résultat surprenant, à savoir que tout acte accompli à titre officiel serait considéré comme une infraction. Ceci revenait à dire que chaque « acte accompli à titre officiel » constituait par définition une infraction et, nécessairement, que les représentants de l'État commettaient toujours des infractions lorsqu'ils agissaient à titre officiel. Un acte était une infraction non de par sa nature, mais parce qu'il était réprimé à tous les niveaux du droit pénal national et international. (...)

34. On a rappelé que tout l'objet du droit international de l'immunité était de permettre aux tribunaux de l'État du for de déterminer, au stade procédural, si tel ou tel acte accompli par le représentant d'un État étranger relevait de sa compétence. Ces questions étaient examinées *in limine litis*. Si la licéité de l'acte devait en tant que telle être un critère pertinent pour déterminer si le tribunal était compétent, le droit de l'immunité *ratione materiae* serait dans cette mesure rendu superflu. Une telle approche aurait également des conséquences sur la présomption d'innocence.

35. Pour certains membres, la référence à la « nature pénale » de l'acte n'avait qu'un caractère descriptif aux fins du projet d'articles. Il ne s'agissait pas de dire que tous les actes officiels étaient « criminels ». Des membres ont fait observer qu'ils ne comprenaient pas la logique selon laquelle l'immunité existait parce que l'acte avait été accompli à titre officiel et non parce qu'il comportait un élément pénal. À cet égard, on a rappelé qu'il avait été proposé par le passé de définir l'expression « comportement délictueux ». On a aussi demandé pourquoi arrêter un représentant de l'État si ce n'était parce qu'il était accusé d'avoir commis une infraction, et on a dit douter qu'à ce stade la présomption d'innocence fût engagée.

36. Pour d'autres membres, par contre, le projet d'article 1, relatif au champ d'application, provisoirement adopté par la Commission en 2013 indiquait déjà que le projet d'articles était axé sur la juridiction pénale.

37. Diverses propositions ont été faites visant à supprimer ou nuancer, dans le texte de la définition proposée, tout ce qui donnait à penser qu'un acte accompli à titre officiel était en soi une infraction. On a en particulier proposé de remanier le projet d'article 2 f) pour qu'il n'exige plus que l'acte soit de nature pénale.

38. S'agissant de la proposition selon laquelle un même acte donnait naissance à deux formes de responsabilité, elle était pour certains membres bien établie en droit international. Il était clair que tout acte accompli à titre officiel par un représentant de l'État était attribuable non seulement à celui-ci (aux fins de sa responsabilité pénale individuelle) mais aussi à l'État (aux fins de la responsabilité de l'État). D'autres membres, même s'ils n'étaient pas opposés à cette proposition, considéraient que le lien entre l'idée qu'un même acte donnait naissance à deux formes de responsabilité et la conclusion selon laquelle les actes accomplis à titre officiel devaient être de nature pénale n'était pas totalement apparent. Il semblait exister une confusion entre la question de la juridiction et de l'immunité, deux notions elles-mêmes différentes mais liées, et celle de la responsabilité, qu'il s'agisse de la responsabilité pénale de l'individu ou de la responsabilité internationale de l'État.

iii) Attribution de l'acte à l'État

39. Pour certains membres, il était important que la Rapporteuse spéciale ait traité la question de l'attribution, contribuant ainsi à clarifier certaines questions concernant la portée de l'immunité *ratione materiae*.

40. Pour d'autres membres, l'assimilation pour l'immunité *ratione materiae* des règles d'attribution régissant la responsabilité de l'État s'inscrivait dans la logique, puisque, selon eux, l'immunité en question était exclusivement celle de l'État. Ils ont donc mis en doute l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle « l'infraction susceptible d'être couverte par l'immunité *ratione materiae* n'[était] pas à strictement parler commise par l'État mais par son représentant », estimant qu'elle créait une confusion et compliquait les choses.

41. On a également rappelé que les règles de l'immunité de l'État étaient de nature procédurale et avaient pour seul objet de déterminer si l'État du for devait ou non exercer sa juridiction à l'égard d'un autre État, et non si le comportement ayant motivé l'exercice de l'action pénale était licite ou illicite.

42. Plusieurs membres n'étaient pas prêts à admettre que l'immunité d'un représentant de l'État de la juridiction pénale d'un autre État fût alignée sur l'immunité de l'État. Selon eux, la distinction était utile et devait être examinée plus avant; comme le montrait l'évolution du droit pénal international, en particulier depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'immunité *ratione materiae* n'était pas nécessairement alignée sur l'immunité de l'État.

43. Certains membres pensaient également avec la Rapporteuse spéciale que les critères d'attribution énoncés aux articles 4 à 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'étaient pas tous pertinents aux fins de l'immunité. Ainsi, le comportement de certaines personnes attribué à l'État dans certaines circonstances en application des articles 7, 8, 9, 10 et 11 des articles susvisés ne relevait pas des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité des personnes concernées.

44. Plusieurs membres se sont demandés, eu égard à la rareté de la pratique des États et de la jurisprudence en la matière, sur quelle base la Rapporteuse spéciale affirmait que le terme « représentant de l'État » ne s'entendait pas, aux fins de l'immunité, des personnes généralement considérées comme des représentants de facto. Il fallait, pour certains membres, adopter une approche plus large de manière à ce que soient considérés comme officiels les actes accomplis par une personne agissant sur instructions ou sous le contrôle d'un gouvernement. On a aussi dit que les accords conclus et les principes élaborés récemment en ce qui concerne les entrepreneurs privés avaient tendance à restreindre l'immunité dont ceux-ci pouvaient bénéficier ou à la leur refuser.

45. Selon une autre opinion, le droit de l'immunité et le droit de la responsabilité de l'État étaient des régimes différents, dont les raisons d'être étaient différentes et qu'il en découlait, dans un système juridique international asymétrique, qu'ils prévoyaient des solutions et des recours différents.

46. En ce qui concerne spécifiquement le projet de définition proposé, certains membres se sont réjouis que la Rapporteuse spéciale n'ait pas fait figurer l'attribution de l'acte à l'État dans le texte, estimant qu'il ne s'agissait pas d'un critère utile pour déterminer ce qui constituait un acte accompli à titre officiel.

iv) Souveraineté et exercice de prérogatives de puissance publique

47. Pour certains membres, il importait, comme l'indiquait la Rapporteuse spéciale dans son rapport, de distinguer les actes qui étaient accomplis à titre officiel au sens où ils relevaient de l'exercice d'une fonction publique, ou de la prérogative souveraine de l'État, de ceux qui n'étaient accomplis que pour servir un intérêt privé. Ils ont estimé que les extrapolations des aspects « représentatifs » et « fonctionnels » du fonctionnement de l'État étaient bien reflétées dans les formulations de la Rapporteuse spéciale. On a relevé avec approbation que l'expression « prérogatives de puissance publique » était utilisée dans les articles sur la responsabilité de l'État. Pour d'autres membres, cette expression était dans ces articles utilisée dans un autre contexte. Plusieurs membres ont fait observer qu'il était difficile de définir la souveraineté et l'exercice de prérogatives de puissance publique.

48. Pour certains membres, l'argument selon lequel un crime international était contraire au droit international ne fournissait aucun élément pertinent supplémentaire pour la qualification d'un acte accompli à titre officiel, et pourtant la proposition selon laquelle un acte accompli à titre officiel était de nature pénale donnait à penser que la Rapporteuse spéciale avait effectivement pris position sur la question alors que les limitations et exceptions ne seraient examinées que dans son cinquième rapport, en 2016. D'autres membres ont considéré avec la Rapporteuse spéciale qu'étant donné la nature des crimes internationaux et leur gravité, force était d'en tenir compte pour définir la portée de l'immunité de la juridiction pénale étrangère.

49. Certains membres estimaient, à la différence de la Rapporteuse spéciale, que la question de la relation entre actes accomplis à titre officiel et crimes internationaux n'était pas réglée. Ils citaient à cet égard l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, dans laquelle

ceux-ci disaient douter que « les crimes internationaux graves [puissent] être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspond[aient] ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) [pouvait] exercer »¹². D'autres membres ont fait observer que la Rapporteuse spéciale s'était concentrée sur la question de savoir si les crimes internationaux ne pouvaient jamais être des « actes accomplis à titre officiel » sans examiner celle des limitations ou exceptions. On a dit que les commentaires de cette disposition devraient être élaborés de manière à ne pas préjuger le débat sur les immunités en relation avec les crimes internationaux.

50. Certains membres ont néanmoins affirmé, en invoquant l'affaire du *Mandat d'arrêt*, que l'« exception de crime international » n'était pas applicable à l'immunité *ratione personae*. D'autre part, on a noté que l'arrêt rendu dans cette affaire laissait ouverte la question des exceptions possibles à l'immunité *ratione materiae* car lorsque la Cour internationale de Justice déclarait qu'elle n'était pas parvenue à déduire de la pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, elle limitait sa conclusion à l'immunité *ratione personae*.

51. Certains membres, contestant qu'une définition fût nécessaire, ont dit douter de l'utilité de la formule « acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique », estimant que le mot « prérogatives » n'était pas clair et que le mot « publique » éludait la question. Une autre solution consistait à utiliser la formule figurant à l'alinéa e) du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission en 2014, la définition visant alors un « acte accompli par un représentant de l'État lorsqu'il représente l'État ou exerce des fonctions étatiques ». On a rappelé que lorsque la Commission avait adopté cette disposition, elle avait débattu de l'expression « prérogatives de puissance publique » et s'était délibérément abstenue de l'utiliser. Pour d'autres membres, par contre, cette expression était utile dans le cadre du sujet.

d) **Projet d'article 6 : Portée de l'immunité *ratione materiae***

52. Le projet d'article 6 a été jugé généralement acceptable. On a toutefois proposé de remanier les paragraphes 1 et 2 pour ne pas donner l'impression qu'il ne visait que les représentants élus, ce en utilisant la formule « *lorsqu'ils représentent l'État ou exercent des fonctions étatiques, et postérieurement* ». La possibilité d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 a aussi été évoquée, l'idée étant de distinguer clairement l'immunité *ratione materiae* de l'immunité *ratione personae*. On a aussi dit que si le projet de paragraphe 2 était acceptable, son acceptation ne préjugerait pas la question des exceptions possibles.

53. Selon une opinion, le paragraphe 3 était superflu car il traitait d'une question déjà envisagée au paragraphe 3 du projet d'article 4 et dans le commentaire de cette disposition, adoptée provisoirement par la Commission en 2013. Cette question devait être traitée dans le commentaire mais, si l'on décidait de conserver ce paragraphe 3, il fallait supprimer le mot « anciens » puisque l'immunité *ratione materiae* protégeait également les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères en exercice.

e) **Futur programme de travail**

54. On a dit que les limitations et exceptions à l'immunité étaient un aspect fondamental du sujet. À cet égard, des membres ont souligné qu'il importait

¹² <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>, par. 85.

d'analyser les commentaires reçus des gouvernements de manière approfondie, non seulement pour en tirer des éléments sur la pratique des États mais aussi pour dégager les nuances dans les positions prises, notamment sur la question de savoir si les États considéraient que le droit international dans ce domaine était généralement fixé. D'autres membres ont regretté que l'analyse des limitations et des exceptions ne soit pas prévue avant 2016, alors même que dans les rapports antérieurs cette question avait été souvent mentionnée sans guère être examinée.

55. Certains membres ont invité la Rapporteuse spéciale à traiter la question des limitations et des exceptions avec les questions de procédure non seulement parce que ces deux aspects du sujet étaient liés mais parce qu'une telle approche pourrait aider la Commission à répondre à certaines des questions épineuses que soulevait le sujet dans son ensemble. On a même suggéré d'examiner les questions de procédure en premier. Pour d'autres membres, il était prématuré de traiter des limitations et exceptions l'année suivante car il restait encore des questions générales à examiner.
