



Assemblée générale

Distr. générale
12 juin 2018
Français
Original : espagnol

Commission du droit international

Soixante-dixième session

New York, 30 avril-1^{er} juin 2018

Genève, 2 juillet-10 août 2018

Sixième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par M^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale*

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-22	3
I. Aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État : introduction	23-44	12
A. Considérations d'ordre général	23-24	12
B. Les aspects procéduraux dans les travaux de la Commission du droit international sur le sujet	25-27	13
C. Le débat sur les aspects procéduraux à la Commission du droit international et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	28-34	14
D. Signification des aspects procéduraux pour l'examen de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	35-40	17
E. Portée des aspects procéduraux de l'immunité : questions à examiner	41-44	19
II. Notion de juridiction et aspects procéduraux	45-108	21
A. Considérations générales	45-48	21
B. Élément temporel : à quel moment la question de l'immunité doit-elle être traitée ?	49-63	22
C. Élément matériel : quelles catégories d'actes sont visées par l'immunité ?	64-96	27
1. Considérations d'ordre général	64-68	27
2. Détention	69-79	29

* Nous tenons à remercier M^{me} Soledad Román Pérez-Moreira, étudiante en maîtrise de diplomatie et relations internationales à l'École diplomatique d'Espagne, et M. Fernando Val Garijo, professeur de droit international public à l'Université nationale d'enseignement à distance.



3.	Convocation à témoin	80-89	33
4.	Mesures conservatoires	90-96	36
D.	Détermination de l'immunité	97-108	38
III.	Programme de travail futur	109-110	42
Annexe	Projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission		43

Introduction

1. À sa cinquante-huitième session, en 2006, la Commission du droit international a inscrit à son programme de travail à long terme un sujet intitulé « L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère » (reformulé par la suite en « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État »), sur la base d'une proposition formulée dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de cette session¹. À sa cinquante-neuvième session, en 2007, la Commission a décidé d'inscrire ce sujet à son programme de travail et nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet³.

2. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports⁴ sur le sujet, dans lesquels il a délimité le champ du sujet, analysé diverses questions de fond touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et examiné certains aspects procéduraux de sa mise en œuvre. La Commission a examiné les rapports du Rapporteur spécial à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008⁵ et 2011⁶. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le sujet dans le cadre de son examen des rapports de la Commission, en particulier en 2008 et 2011.

3. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission nous a nommée Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Roman Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission⁷.

4. Pendant cette même session, nous avons présenté un rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère⁸, dans lequel nous entendions contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors, recenser les principaux points de controverse qui subsistaient, ainsi que les questions méritant d'être examinées, et établir une méthode et un plan de travail aux fins de l'examen du sujet. Notre rapport préliminaire a été examiné par la Commission à sa soixante-quatrième session, en 2012⁹, et par la Sixième Commission à sa soixante-septième session¹⁰, et ces deux organes ont approuvé nos propositions.

¹ *Annuaire 2006*, vol. II (2^e partie), par. 257, et annexe I.

² *Annuaire 2007*, vol. II (2^e partie), par. 376.

³ *Ibid.*, par. 386. L'étude du Secrétariat figure dans le mémorandum publié sous la cote [A/CN.4/596](#) et Corr.1 (consultable sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session, 2008). Le texte définitif paraîtra sous forme d'additif à l'*Annuaire 2008*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ *Annuaire 2008*, vol. II (1^{re} partie), documents [A/CN.4/601](#) (rapport préliminaire), [A/CN.4/631](#) (deuxième rapport, 2010) et [A/CN.4/646](#) (troisième rapport, 2011).

⁵ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 266 à 311.

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 104 à 203.

⁷ *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 84.

⁸ [A/CN.4/654](#).

⁹ On trouvera un résumé du débat de la Commission sur le sujet dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 86 à 139. Voir également les comptes rendus analytiques provisoires des séances de la Commission publiés sous les cotes [A/CN.4/SR.3143](#) à [A/CN.4/SR.3147](#), consultables sur le site Web de la Commission.

¹⁰ La Sixième Commission a examiné le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État de la 20^e à la 23^e séance de sa soixante-septième session. En outre, deux États ont abordé le sujet à la 19^e séance. Les déclarations faites par les États dans le cadre de ces séances peuvent être consultées dans les comptes rendus analytiques publiés sous les cotes [A/C.6/67/SR.19](#) à [A/C.6/67/SR.23](#). Voir aussi le résumé thématique des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session dans le document publié sous la cote [A/CN.4/657](#), par. 26 à 38.

5. Nous avons présenté ensuite quatre autres rapports, en 2013, 2014, 2015 et 2016¹¹. Après avoir examiné ces rapports¹², la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'article suivants et les commentaires y relatifs : projet d'article 1 (Champ d'application du présent projet d'articles)¹³ ; projet d'article 2, alinéas e et f, portant définition des termes « représentant de l'État » et « acte accompli à titre officiel »¹⁴ ; les projets d'article 3 et 4, relatifs aux éléments normatifs de l'immunité *ratione personae*¹⁵ ; les projets d'article 5 et 6, relatifs aux éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae*¹⁶ ; et le projet d'article 7, relatif aux crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas et son annexe¹⁷. Le texte des projets d'article et de l'annexe du projet d'article 7 adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit à l'annexe du présent rapport.

6. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné les rapports de la Commission sur le sujet pendant ses sessions de 2013 à 2017¹⁸.

7. À sa soixante-huitième session, en 2016, la Commission était saisie de notre cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁹, qui traitait de la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et contenait un projet d'article. Bien qu'à la date de son examen par la Commission le rapport ne fût encore disponible que dans les langues espagnole et anglaise, la Commission a décidé de commencer le débat sur ledit rapport, afin que ceux de ses membres qui le souhaitaient pussent formuler leurs commentaires et observations, mais elle a également décidé que le débat resterait ouvert et qu'il ne serait pas mené à terme avant sa soixante-neuvième session, quand le rapport aurait été distribué dans toutes les langues officielles. C'est alors seulement que la Sixième Commission recevrait un rapport complet sur le débat, qui comprendrait le résumé établi par nos soins²⁰. À sa soixante-neuvième session, en 2017, après avoir repris le débat sur notre cinquième rapport, la Commission a décidé

¹¹ [A/CN.4/661](#) (deuxième rapport), [A/CN.4/673](#) (troisième rapport), [A/CN.4/686](#) (quatrième rapport) et [A/CN.4/701](#) (cinquième rapport).

¹² On trouvera un exposé détaillé de l'examen du sujet par la Commission dans ses rapports à l'Assemblée générale sur les travaux de ses soixante-cinquième à soixante-septième sessions : *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 126 à 132 ; et *ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 174 à 243. Le débat sur notre cinquième rapport est analysé dans le présent chapitre.

¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 49.

¹⁴ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 132 ; et *Ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 250.

¹⁵ *Ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 49.

¹⁶ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 132 ; et *Ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 250.

¹⁷ *Ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 141.

¹⁸ On trouvera dans les documents [A/CN.4/666](#), par. 10 à 30, [A/CN.4/678](#), par. 37 à 51 et [A/CN.4/689](#), par. 68 à 76 les résumés thématiques, établis par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à ses soixante-huitième à soixante-dixième sessions. Les débats de la Sixième Commission sont résumés dans les comptes rendus analytiques publiés sous les cotes [A/C.6/68/SR.17](#) à [SR.19](#), [A/C.6/69/SR.21](#) à [SR.26](#) et [A/C.6/70/SR.20](#) et [SR.22](#) à [SR.25](#). Le texte intégral des déclarations des délégations qui ont participé à ces débats peut être consulté aux adresses suivantes : [http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/68th session/agenda/](http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/68th%20session/agenda/), [http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/69th session/agenda/](http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/69th%20session/agenda/) et <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/70th-session/agenda/>. Le débat de la Sixième Commission sur notre cinquième rapport est analysé dans le présent chapitre.

¹⁹ [A/CN.4/701](#).

²⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 193.

de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction²¹, et l'a adopté ensuite à titre provisoire en même temps que le commentaire y relatif. Le projet d'article 7 a été adopté par 21 voix contre 8, avec 1 abstention, à l'issue d'un vote enregistré²². De plus, la Commission a adopté les notes de bas de page associées aux titres de la deuxième partie (Immunité *ratione personae*) et de la troisième partie (Immunité *ratione materiae*) du projet d'articles²³.

8. La question des limites et des exceptions à l'immunité est sans doute la plus controversée et la plus sensible politiquement de toutes celles que pose le sujet. On ne s'étonnera donc pas qu'elle ait suscité, tant à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission, un débat très vif qui reflétait les divergences de vues sur cette question existant à la fois entre les membres de la Commission et entre les États. Comme nous l'avons dit plus haut, ce débat s'est prolongé pendant les soixante-huitième et soixante-neuvième sessions, en 2016 et 2017, et s'est par conséquent déroulé à cheval sur deux périodes quinquennales. Étant donné l'importance des questions abordées au cours de l'examen de notre cinquième rapport, nous avons jugé utile d'inclure dans ces pages un résumé des commentaires et observations formulés à la Commission du droit international et à la Sixième Commission, sans préjudice du compte rendu des débats qui figure dans les rapports annuels de la Commission²⁴ et des utiles résumés thématique des débats de la Sixième Commission établis par le Secrétariat²⁵. Il convient par conséquent de lire les paragraphes ci-après en parallèle avec ces documents, ainsi qu'avec les comptes rendus analytiques des séances de la Commission du droit international²⁶ et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale²⁷ auxquels ils renvoient.

9. Le débat de la Commission sur notre cinquième rapport, la Commission peut s'analyser aussi bien d'un point de vue général et méthodologique que du point de vue spécifique du projet d'article 7.

10. En ce qui concerne les questions de méthode, le débat a porté principalement sur les points suivants : a) la portée du mandat de la Commission du point de vue de la codification et du développement progressif du droit international, et son application au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; b) la nécessité ou non de déterminer, pour chacun des projets d'article adoptés par la Commission, s'il constitue une codification ou un développement progressif du droit ; ou, le cas échéant, s'il peut être qualifié de « droit nouveau » selon une expression employée par certains membres alors qu'elle ne figure pas dans le Statut de la Commission ; c) la question de savoir si la Commission devrait examiner le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans une perspective de développement progressif du droit ou, au contraire, se limiter à reproduire la *lex lata* et, en conséquence, s'en tenir à la codification au sens strict ; d) la forme définitive à donner aux travaux sur le présent sujet, certains

²¹ Ibid., *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 73. Le rapport du président du Comité de rédaction peut être consulté en ligne sur le site Web de la Commission.

²² Ibid., *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 74 et 75, et compte rendu analytique de la 3378^e séance de la Commission publié sous la cote [A/CN.4/SR.3378](#).

²³ Ibid., par. 140.

²⁴ *Soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 190 à 250 ; *ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 68 à 141.

²⁵ [A/CN.4/703](#), par. 51 à 61, et [A/CN.4/713](#), par. 29 à 44.

²⁶ Voir les comptes rendus analytiques provisoires des séances de la Commission publiés sous les cotes [A/CN.4/SR.3328](#) à [SR.3331 \(2016\)](#), [A/CN.4/SR.3360](#) à [SR.3365](#), [SR.3378](#) et [SR.3387](#) à [SR.3389 \(2017\)](#).

²⁷ Voir les comptes rendus analytiques provisoires des séances de la Sixième Commission publiés sous les cotes [A/C.6/71/SR.20](#), [SR.24](#) à [SR.30 \(2016\)](#), [A/C.6/72/SR.18](#), [SR.19](#) et [SR.21](#) à [SR.26 \(2017\)](#).

membres de la Commission posant la question de la distinction entre un projet d'articles (qui devrait pour l'essentiel consister en une codification et se baser sur la pratique internationale) et l'élaboration d'un projet de convention (qui, de ce fait, ne serait pas assujéti aux mêmes contraintes méthodologiques) ; et enfin e) la nécessité ou non d'établir un lien et un rapport de conditionnalité entre les limites et exceptions à l'immunité et les garanties procédurales.

11. En ce qui concerne le projet d'article 7, les questions soulevées au cours du débat à la Commission peuvent être regroupées sous les rubriques suivantes : a) distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* du point de vue des limites et exceptions à l'immunité ; b) question de savoir si l'on peut dégager de la pratique une règle coutumière ou une tendance du droit international favorable à l'institution de limites et exceptions à l'immunité ; c) détermination des critères qui permettraient de définir les crimes à inclure dans l'article 7 et à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas ; d) les rapports entre immunité et impunité et les fondements des limites et exceptions à l'immunité ; et e) les incidences éventuelles sur le projet d'articles du régime des immunités applicable devant les tribunaux pénaux internationaux et, le cas échéant, les conséquences qui découleraient, pour le projet d'articles, de l'obligation faite aux États de coopérer avec ces tribunaux.

12. Toutes ces questions ont été débattues tant en 2016 qu'en 2017, dans une parfaite continuité entre les deux quinquennats et avec les mêmes arguments sur chacune d'elles d'une session à l'autre. L'existence de divergences manifestes de positions entre une large majorité de membres favorables à l'établissement de limites et exceptions à l'immunité *ratione materiae* et un nombre plus restreint de membres qui ont exprimé des réserves ou leur opposition à ces limites et exceptions s'est confirmée tout au long du débat. C'est pourquoi le projet d'article 7 et son commentaire ont été adoptés à l'issue d'un vote et non par consensus comme il est d'usage à la Commission.

13. La Sixième Commission a elle aussi examiné la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère en 2016 et 2017, la majeure partie des déclarations des États sur cette question ayant été faites en 2017. Ces déclarations ont reproduit les mêmes divergences de positions qui avaient caractérisé le débat à la Commission et mis en évidence le caractère particulièrement politique et sensible de la question.

14. Il convient de souligner en premier lieu que les États ont accueilli favorablement la conclusion voulant que les limites et exceptions à l'immunité ne s'appliquent qu'à l'immunité *ratione materiae*, l'immunité *ratione personae* restant pleine et entière²⁸. On notera en deuxième lieu qu'un certain nombre d'États ont appuyé l'établissement du régime de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae* proposé dans le projet d'article 7²⁹. Parmi les arguments en faveur du projet d'article 7, on mentionnera celui de la nécessité d'éviter une éventuelle contradiction entre le présent projet d'articles et les règles organisant la lutte contre l'impunité des crimes de droit international les plus graves, et celui de préserver dans tous les cas les progrès accomplis par la communauté internationale au cours des dernières décennies, et en

²⁸ Chili, Cuba, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Estonie, Fédération de Russie, République de Corée, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie et Slovénie.

²⁹ Afrique du Sud, Autriche, Chili, El Salvador, Grèce, Hongrie, Italie, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques), Nouvelle-Zélande (qui a cependant proposé de traiter le sujet sous un autre angle), Pays-Bas, Pérou, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Tchèque, Ukraine et Viet Nam.

particulier le Statut de Rome de la Cour pénale internationale^{30, 31}. Certes, quelques États ont conclu qu'une disposition portant sur les exceptions n'était guère nécessaire, mais ils ne sont parvenus à cette conclusion que parce que, selon eux, des crimes internationaux ne pouvaient en aucun cas être considérés comme des actes accomplis à titre officiel³², position qui ne saurait s'interpréter comme un rejet du projet d'article 7 sur le fond. Quoi qu'il en soit, on observera que les opinions qui se sont exprimées en faveur du projet d'article 7 ne s'appuyaient pas toutes sur les mêmes raisons, puisqu'un État a affirmé qu'il existait déjà une règle coutumière³³, tandis qu'un nombre important d'autres États disaient avoir constaté une tendance qui justifierait une proposition de développement progressif³⁴. Certains États ont ajouté que les limites et exceptions à l'immunité se justifiaient par la nécessité de préserver les valeurs fondamentales de la communauté internationale³⁵ et par l'existence de normes impératives³⁶. Pour ces États, la pratique exposée dans le cinquième rapport et l'analyse des fondements des limites et exceptions qu'il contient offraient des éléments suffisants à l'appui de leurs conclusions³⁷.

15. S'exprimant en sens contraire, un autre groupe d'États a soutenu que la pratique internationale ne permettait de conclure à l'existence ni d'une coutume³⁸ ni même d'une tendance³⁹ en faveur de limites et d'exceptions à l'immunité. Pour ces États, la pratique à laquelle renvoie le cinquième rapport n'est ni suffisante ni pertinente et sa présentation est viciée par des problèmes de méthode⁴⁰. Par conséquent, pour quelques-uns de ces États il serait actuellement impossible de procéder à une codification du droit international, seule option qui leur paraît acceptable pour le sujet à l'examen⁴¹. Quoi qu'il en soit, il convient de souligner que les États pour qui il n'existe pas une pratique suffisante pour se prononcer sur les limites et les exceptions à l'immunité ne semblent pas poursuivre tous les mêmes objectifs. Nous nous contenterons de rappeler que certains d'entre eux se limitent à conclure qu'il n'est pas possible d'établir l'existence d'une coutume et que toute proposition de la Commission devrait en conséquence se présenter comme *de lege ferenda* et en tant que telle relever du développement progressif; d'autres considèrent que notre cinquième rapport n'offre pas une base suffisamment solide pour adopter une disposition telle que le projet d'article 7 et qu'il faudrait donc que la Commission approfondisse, voire reprenne complètement son analyse de la pratique⁴²; un État a

³⁰ Autriche, El Salvador, Estonie, Norvège (au nom des pays nordiques) et Nouvelle-Zélande.

³¹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

³² Pays-Bas et Suisse.

³³ Italie. De son côté, le Viet Nam a affirmé que le projet d'article 7 correspondait à la pratique conventionnelle.

³⁴ Afrique du Sud, Autriche, Chili, Espagne, Grèce, Pays-Bas, Pérou, Slovaquie, Slovénie et Tchéquie.

³⁵ El Salvador, Grèce, Portugal, Roumanie et Slovénie.

³⁶ Portugal et Slovénie. La Chine et la Fédération de Russie se sont exprimées en sens contraire. Les États-Unis d'Amérique, la République islamique d'Iran et Singapour ont affirmé que l'immunité de juridiction n'avait aucun rapport avec la gravité des crimes.

³⁷ Voir par exemple l'intervention du Mexique.

³⁸ Allemagne, Australie, Bélarus, Chine, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Irlande, Israël, Japon, Malaisie, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, République islamique d'Iran, Singapour, Sri Lanka et Suisse.

³⁹ Allemagne, Australie, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Irlande, Israël et Japon.

⁴⁰ Allemagne, Bélarus, Chine, Cuba, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Inde, Indonésie, Irlande, Israël, Malaisie, Pologne, République de Corée, République islamique d'Iran, Singapour, Sri Lanka et Suisse.

⁴¹ Fédération de Russie, Sri Lanka et Thaïlande.

⁴² La France a suggéré de constituer un groupe de travail chargé d'analyser la pratique.

suggéré de suspendre l'examen du sujet tant que la Commission ne serait pas parvenue à un consensus sur la question des limites et exceptions⁴³ ; et un autre État a suggéré que la Commission suspende définitivement son examen du sujet jusqu'à ce que la pratique des États ait suffisamment évolué et que l'on puisse déterminer clairement s'il existe ou non une coutume concernant les limites et les exceptions à l'immunité *ratione materiae*⁴⁴.

16. En ce qui concerne les crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas, un certain nombre d'États ont appuyé dans son intégralité la liste des crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7⁴⁵, tandis que d'autres souhaitaient que cette liste se limite aux crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre⁴⁶ et qu'une importante divergence d'opinions se manifestait sur l'opportunité d'y inclure le crime d'agression⁴⁷. Certains États ont évoqué la possibilité d'ajouter d'autres crimes à la liste⁴⁸, d'autres États ont appelé l'attention sur l'absence de critères qui permettraient de justifier d'y inclure tel ou tel crime⁴⁹. La corruption et l'exception territoriale qui figuraient dans la version originale du projet d'article 7 ont fait elles aussi l'objet d'interventions contradictoires⁵⁰. Si les États ont appuyé en général la formule d'une liste de crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas⁵¹, certains auraient préféré une formule plus souple qui se contenterait de renvoyer aux crimes de droit international⁵². Un État a proposé de renoncer à la formule de l'énumération des crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas et de la remplacer par une solution qui consisterait à se demander d'abord qui est habilité à décider s'il y a immunité, sur quel fondement juridique s'appuierait cette décision et quel serait le niveau de preuve

⁴³ États-Unis d'Amérique.

⁴⁴ Chine.

⁴⁵ Estonie et Tchéquie.

⁴⁶ Bélarus, Hongrie, Malaisie (contre l'inclusion de la torture et des disparitions forcées), Norvège (au nom des pays nordiques), République islamique d'Iran (qui, en tout état de cause, ne soutient pas le principe d'une liste) et Slovaquie.

⁴⁷ L'Estonie, le Portugal, la Slovénie et l'Ukraine se sont prononcés pour l'inclusion du crime d'agression dans la liste. Le Bélarus, la Hongrie, le Mexique et la Tchéquie se sont prononcés contre. El Salvador a suggéré que la Commission ne prenne aucune décision tant que l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale ne se serait pas prononcée sur l'activation de la compétence de la Cour pour ce crime, ce qu'elle a fait en décembre 2017.

⁴⁸ L'Allemagne et les Pays-Bas ont évoqué l'esclavage et la traite des personnes.

⁴⁹ Allemagne, États-Unis d'Amérique et Japon.

⁵⁰ Les États-Unis d'Amérique ont déclaré que les raisons pour lesquelles la corruption et l'exception territoriale n'avaient pas été incluses dans le projet d'article 7 n'avaient pas été clairement établies. Au sujet de la corruption, les États suivants ont approuvé qu'elle n'ait pas été incluse dans le paragraphe 1 du projet d'article 7, au motif que les faits de corruption ne sont pas des actes accomplis à titre officiel et ne sont par conséquent pas couverts par l'immunité : Autriche, Grèce, Hongrie, Italie, Mexique, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Tchéquie et Viet Nam. L'Allemagne et El Salvador ont déclaré que la notion de corruption n'était pas assez clairement définie pour être incluse dans la liste. L'Autriche, bien qu'elle considère que des actes de corruption ne sauraient être accomplis à titre officiel, a appelé l'attention sur la nécessité d'adopter des garanties de procédure afin d'éviter que les représentants de l'État ne puissent être exposés à des poursuites pour corruption abusives et politiquement motivées. Pour ce qui est de l'exception territoriale, le Viet Nam a estimé qu'il fallait l'analyser de plus près, tandis que le Mexique considèrerait qu'elle ne méritait pas d'être incluse dans la liste parce qu'elle constituait un simple cas d'application de la compétence territoriale. La Grèce, l'Italie et la Malaisie se sont elles aussi exprimé contre l'inclusion de l'exception territoriale, au motif qu'elle s'appliquait plutôt à l'immunité de juridiction civile.

⁵¹ Autriche, Cuba, Grèce, Hongrie, Italie, Roumanie et Slovaquie.

⁵² Pays-Bas et République islamique d'Iran.

requis pour conclure qu'une exception existe pour un crime particulier⁵³. On rappellera enfin que l'annexe à laquelle renvoie le paragraphe 2 du projet d'article 7 a reçu l'appui de plusieurs États⁵⁴, le débat le concernant ayant surtout porté sur le choix des traités énumérés dans cette annexe⁵⁵, le fait que les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux⁵⁶ n'y soit pas mentionnées comme sources de la définition des crimes de guerre⁵⁷, les disparités entre le nombre de ratifications obtenues par les divers traités énumérés⁵⁸ et les différentes qualifications données aux crimes en question dans les législations nationales⁵⁹.

17. Pour en finir avec les questions de fond, on soulignera que les États qui ont participé au débat ont très largement évoqué l'importance d'établir un équilibre entre d'une part la préservation de l'immunité comme garantie du principe d'égalité souveraine et d'autre part le soutien dû aux instruments permettant de lutter contre l'impunité des crimes de droit international les plus graves⁶⁰, ce qui leur a permis de déclarer en plusieurs occasions qu'« immunité ne veut pas dire impunité »⁶¹. Ce nonobstant, et alors même que cette formule a acquis le statut d'une déclaration de principe, les États en ont tiré des conclusions fort différentes sur l'effet que produirait l'équilibre ainsi recherché sur la détermination des limites et exceptions à l'immunité. On se bornera à rappeler que pour certains États cet équilibre n'est d'aucune conséquence pour l'immunité, puisque celle-ci est purement procédurale⁶², tandis que pour d'autres la consécration d'une immunité de juridiction illimitée risquerait d'aboutir dans la pratique à une forme d'impunité⁶³. D'autres États encore ont conclu que la Commission n'avait pas suffisamment défini cet équilibre⁶⁴ ou se sont contentés de déclarer que le principe d'égalité souveraine devait l'emporter en toutes circonstances⁶⁵.

18. Outre les questions mentionnées ci-dessus, la Sixième Commission s'est particulièrement intéressée, dans son débat, à trois questions de méthode. La première est celle des rapports entre développement progressif et codification dans les travaux de la Commission. Cette problématique s'est manifestée sous deux espèces dans les commentaires des États. Sous la première, certains États ont évoqué la distinction entre les deux catégories d'une façon qui excluait du présent sujet toute forme de développement progressif et qui le réduisait à la codification⁶⁶, tandis que pour un autre groupe d'États, la Commission devrait poursuivre ses travaux en conjuguant

⁵³ Singapour.

⁵⁴ Afrique du Sud, Hongrie, Norvège (au nom des pays nordiques) et Roumanie.

⁵⁵ Espagne, Hongrie et Slovaquie.

⁵⁶ Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 12 août 1949), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 75, n° 970 à 973.

⁵⁷ Slovaquie.

⁵⁸ République islamique d'Iran et Slovaquie.

⁵⁹ Malaisie et Slovaquie.

⁶⁰ Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Chili, El Salvador, Fédération de Russie, France, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Israël, Japon, Norvège (au nom des pays nordiques), Pérou, Pologne, Portugal, République islamique d'Iran, Slovaquie et Viet Nam.

⁶¹ Australie et Fédération de Russie.

⁶² Allemagne, Australie, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Israël, Pays-Bas, République de Corée et Suisse.

⁶³ Pérou et Portugal.

⁶⁴ Allemagne et Australie.

⁶⁵ Sri Lanka et République islamique d'Iran.

⁶⁶ Les États suivants ont appelé la Commission à se concentrer sur le droit en vigueur afin d'éviter d'éventuelles confusions, en particulier parce que les autorités nationales se serviraient du projet d'articles comme d'un guide : Allemagne, États-Unis d'Amérique, France, Irlande, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse.

codification et développement progressif⁶⁷. La seconde espèce, plus nuancée, est essentiellement le fait d'États qui voudraient que la Commission dise clairement si une disposition relève du développement progressif ou de la codification et qui ne s'opposent pas à la possibilité de formuler des propositions de développement progressif⁶⁸. Certains États ont parlé de « droit nouveau » pour désigner ce qu'ils considéraient comme un procédé différant aussi bien du développement progressif que de la codification et sont allés jusqu'à déclarer que la Commission utilisait un procédé qui n'était pas prévu dans son Statut⁶⁹. Quelques États se sont appuyés sur ces distinctions pour se prononcer sur la forme définitive à donner au projet de la Commission, qui devrait être selon eux celle d'un projet de traité⁷⁰. Étant donné que ces observations touchent directement la définition du mandat et les méthodes de travail de la Commission, celle-ci voudra peut-être y réfléchir dans ses travaux futurs.

19. On soulignera en deuxième lieu que les États ont également reproduit à la Sixième Commission le débat qu'avaient eu les membres de la Commission sur les garanties procédurales qui pourraient être nécessaires pour éviter les abus de droit et les poursuites à motivation politique contre des représentants de l'État étrangers. Ainsi, les délégations qui sont intervenues dans le débat à la Sixième Commission ont en général reconnu la nécessité de mettre en place des garanties de ce type, et quelques-unes ont même évoqué des mécanismes concrets. Quelques États seulement ont subordonné l'imposition de limites et d'exceptions à l'immunité à l'existence de garanties de ce type. Le lecteur est renvoyé au chapitre II du présent rapport, dans lequel il trouvera une analyse plus approfondie de la question.

20. Cela dit, la principale préoccupation d'ordre méthodologique qu'ont exprimée les États concernait la façon dont la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 7. Un bon nombre d'États se sont dit préoccupés de ce que la Commission ait eu recours au vote⁷¹, contrairement à sa pratique récente, et ont déclaré qu'elle devrait procéder par consensus⁷². Un État a cependant déclaré que même si le vote n'était pas le procédé le plus désirable, il n'en constituait pas moins une des solutions mises à la disposition de la Commission⁷³. Diverses raisons ont été avancées par les États pour justifier leur préoccupation face au fait que la Commission avait dû mettre le projet d'article 7 aux voix pour le faire adopter. Ainsi, selon certains États, cette mise aux voix mettrait en évidence l'absence de consensus entre les membres de la Commission sur un sujet particulièrement important et, partant, ne pouvait que compliquer la tâche des États lorsqu'ils auraient à prendre position à la Sixième Commission⁷⁴. Quelques États ont dit craindre que cette solution n'introduise le doute dans certains organes et institutions appelés à traiter les questions d'immunité, en

⁶⁷ Chili, El Salvador, Grèce, Mexique, Portugal, Roumanie et Slovénie.

⁶⁸ Allemagne (qui a déclaré qu'on affaiblirait, dans le cas contraire, la légitimité de la Commission), Australie, Autriche, Espagne, France, Inde, Irlande, Israël, Pologne, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et Suisse.

⁶⁹ Chine, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie et Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord.

⁷⁰ Allemagne, Australie, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Soudan.

⁷¹ Allemagne, Australie, Autriche, Chili, Chine, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Inde, Indonésie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Malaisie, Malawi, Norvège (au nom des pays nordiques), Pologne, République de Corée, République islamique d'Iran, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Slovénie et Sri Lanka.

⁷² Australie, Chine, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Irlande, Malawi, Norvège (au nom des pays nordiques), Slovaquie et Sri Lanka. L'Espagne, Sri Lanka et la Thaïlande ont déclaré que la Commission ne devrait procéder à des travaux de développement progressif du droit que s'il y avait consensus. La France a invité la Commission de se donner le temps de parvenir à un consensus sur le texte approuvé en première lecture.

⁷³ Portugal.

⁷⁴ France, Singapour et Slovaquie.

compliquant l'interprétation du droit international et en contribuant à sa fragmentation⁷⁵. Enfin, certains ont affirmé qu'une telle solution invitait à se demander sérieusement si la disposition proposée était une codification ou un développement progressif du droit⁷⁶. Quoi qu'il en soit, un seul État a conclu que le recours au vote portait atteinte au prestige de la Commission et compromettait ses travaux et leur impact futur⁷⁷. Comme les préoccupations des États ont un effet sur ses méthodes de travail, la Commission voudra peut-être examiner à un moment opportun la question des modalités d'adoption de ses décisions en général, et de ses décisions sur notre sujet en particulier. En tout état de cause, nous tenons à déclarer qu'il n'y a aucune raison de croire que le recours au vote compromettrait la légitimité des travaux et des décisions de la Commission, même s'il se produit rarement dans la pratique.

21. Pour terminer ce résumé du travail accompli sur notre sujet, nous rappellerons que depuis 2013, la Commission a invité les États à lui communiquer des informations sur différents points se rapportant à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En 2014, les États suivants ont communiqué les informations sollicitées : Allemagne, Belgique, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Mexique, Norvège, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse et Tchéquie⁷⁸. En 2015, les États suivants ont communiqué des informations : Allemagne, Autriche, Cuba, Espagne, Finlande, France, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse⁷⁹. En 2016, les États suivants ont communiqué des informations : Australie, Autriche, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse⁸⁰. En 2017, les États suivants ont communiqué des informations : Allemagne, Autriche, France, Mexique, Pays-Bas, Suisse et Tchéquie⁸¹. De plus, dans leurs déclarations à la Sixième Commission, plusieurs États ont répondu à certains volets des questions posées par la Commission. Nous remercions ces États de nous avoir communiqué des observations qui présentent la plus grande utilité pour les travaux de la Commission. De même, nous leur serions reconnaissante de toutes autres observations qu'ils pourraient nous communiquer dans le futur. Nous avons dûment tenu compte de ces observations et

⁷⁵ États-Unis d'Amérique et France.

⁷⁶ Pour les États-Unis d'Amérique, le recours au vote donne à entendre que le projet d'article 7 ne relève ni de la codification ni du développement progressif du droit international.

⁷⁷ Allemagne. Dans le même ordre d'idées, l'Allemagne a déclaré que la Commission n'était pas une organisation non gouvernementale et qu'elle devait se conformer aux normes les plus rigoureuses.

⁷⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 25. La Commission a demandé aux États « de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, reflétée en particulier dans des décisions de justice, en ce qui [concernait] la signification donnée aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁷⁹ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 28. La Commission a prié les États « de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, relativement aux questions suivantes : a) Le sens donné aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; et b) Les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁸⁰ *Ibid.*, *soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 29. La Commission a fait savoir qu'elle « apprécierait que les États lui fournissent des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, en ce qui [concernait] les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁸¹ *Ibid.*, *Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 35 ; *ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 30. On trouvera au paragraphe 42 du présent rapport le texte de la question posée aux membres de la Commission en 2016 et à nouveau en 2017.

des déclarations faites à la Sixième Commission de l'Assemblée générale dans la rédaction du présent rapport.

22. Conformément au plan de travail que nous avons proposé et que la Commission a adopté, le présent rapport est consacré aux aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Bien que nous ayons eu d'abord l'intention d'épuiser cette question dans notre sixième rapport, comme nous l'avions annoncé dans le rapport précédent, cela ne nous a pas été possible. Ce sixième rapport ne fait donc qu'entamer l'examen des aspects procéduraux de l'immunité, en analysant d'abord la façon dont ils ont été traités dans les travaux antérieurs de la Commission, la signification qui est la leur dans le cadre général du sujet et la méthode à suivre pour identifier ceux de leurs éléments constitutifs qui méritent selon nous d'être examinés (chap. I). Il traitera aussi de trois éléments de ces aspects procéduraux qui se caractérisent par les rapports étroits qu'ils entretiennent avec la notion de juridiction (chap. II), à savoir : le moment auquel les autorités de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité (sect. B), les actes des autorités du for visés par l'immunité (sect. C) et la détermination de l'immunité (sect. D).

Chapitre I

Aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État : introduction

A. Considérations d'ordre général

23. Comme il est dit à juste titre dans le mémorandum du Secrétariat de 2008, la doctrine consacrée à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'est intéressée essentiellement et traditionnellement aux aspects de fond de l'immunité et a relativement négligé ses aspects procéduraux⁸². Cette constatation est encore largement valide en 2018. Il suffit de passer en revue la bibliographie des ouvrages sur le sujet pour se rendre compte que les aspects procéduraux de l'immunité y tiennent une place toujours aussi réduite. Il en est de même des travaux privés de codification, et notamment de ceux de l'Institut de droit international qui, dans ses résolutions sur l'immunité des représentants de l'État, n'évoque directement que la question de la renonciation à l'immunité, et indirectement celle du moment auquel l'immunité doit être accordée au chef d'État (« dès l'instant où sa qualité [...] est connue [des autorités de l'État du for] »)⁸³.

24. Or il importe de ne pas ignorer les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et de ne pas sous-estimer leur pertinence. Il ne faut pas oublier en effet que l'immunité des représentants de l'État se joue devant les juridictions pénales de l'État du for et que, par conséquent, la définition du régime juridique applicable à cette immunité doit nécessairement tenir compte d'un large ensemble de questions, parmi lesquelles les suivantes : la détermination du moment où les tribunaux de l'État du for doivent traiter la question de l'immunité ; la détermination des actes juridictionnels et autres visés l'immunité ; la détermination de l'organe habilité à déterminer si l'immunité est valide ou non, et de la procédure qu'il doit suivre ; l'invocation de l'immunité et la forme qu'elle peut prendre ; la renonciation à l'immunité et la levée de l'immunité ; et les modalités de

⁸² A/CN.4/596 [et Corr.1] (voir *supra* note 3), par. 213.

⁸³ Institut de droit international, résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du Chef d'État et de gouvernement en droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 et suiv., en particulier les articles 6 et 7, consultable en ligne à l'adresse www.idi-iil.org, *Résolutions*.

la participation du représentant étranger et de son État à la procédure de détermination de l'immunité, ainsi que les droits de ce représentant et de son État. On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que les aspects procéduraux de l'immunité suscitent un intérêt croissant.

B. Les aspects procéduraux dans les travaux de la Commission du droit international sur le sujet

25. La Commission a toujours été consciente qu'il lui faudrait examiner les aspects procéduraux de l'immunité. C'est ainsi qu'après une première analyse qui figure dans le mémorandum du Secrétariat⁸⁴, notre prédécesseur, M. Kolodkin, a consacré une bonne partie de son troisième et dernier rapport à ces aspects⁸⁵. Il y a notamment analysé trois des questions évoquées plus haut, à savoir : le moment où la question de l'immunité doit être examinée par les tribunaux du for ; l'invocation de l'immunité ; et la renonciation à l'immunité. De plus, dans son deuxième rapport il avait traité des actes de l'État du for auxquels fait obstacle l'immunité⁸⁶.

26. Nous avons nous aussi été attentive à l'importance que revêtent les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En 2012, nous avons traité la question des aspects procéduraux dans notre rapport préliminaire et inclus ces aspects dans le plan de travail que nous avons présenté à la Commission⁸⁷ ; en 2013 nous avons analysé la notion de juridiction et évoqué les actes auxquels l'immunité est susceptible de faire obstacle⁸⁸ ; et en 2016 nous avons examiné la renonciation à l'immunité, les rapports entre les limites et les exceptions à l'immunité, et les garanties procédurales⁸⁹. De plus, en 2017 nous avons soumis à l'examen de la Commission un document de réflexion officieux intitulé *Concept paper for informal consultations on procedural provisions and safeguards* qui décrivait dans ses grandes lignes la façon dont nous entendions traiter cette question dans nos rapports ultérieurs⁹⁰ et qui a fait l'objet de consultations officieuses à participation non limitée, le 18 juillet 2017. Les membres de la Commission ont ainsi eu la possibilité de faire connaître leurs premières réactions à la méthode que nous avons l'intention de suivre dans le traitement de cette importante question⁹¹.

27. Enfin, l'importance des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère a convaincu la Commission, à sa session précédente, d'associer aux titres de la deuxième partie (Immunité *ratione personae*) et de la troisième partie (Immunité *ratione materiae*) du projet d'articles des notes de bas de page rédigées dans les termes ci-après : « La Commission examinera les dispositions et garanties

⁸⁴ A/CN.4/596 [et Corr.1] (voir *supra* note 3), par. 213 à 269.

⁸⁵ Voir A/CN.4/646, par. 11 à 57.

⁸⁶ Voir A/CN.4/631, par. 38 à 51.

⁸⁷ Voir notre rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, publié sous la cote A/CN.4/654, par. 69 et 70.

⁸⁸ Voir notre deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, publié sous la cote A/CN.4/661, par. 36 à 42.

⁸⁹ Voir notre cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, publié sous la cote A/CN.4/701, par. 245 et 247.

⁹⁰ En raison de sa longueur, il ne nous est pas possible d'insérer le texte complet de ce document de réflexion (*Concept Paper*) dans le présent rapport. On pourra le consulter en s'adressant au secrétariat de la Commission, où il est conservé.

⁹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 77 ; et compte rendu analytique provisoire de la Commission publié sous la cote A/CN.4/SR.3378.

procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session »⁹².

C. Le débat sur les aspects procéduraux à la Commission du droit international et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale

28. C'est en 2011 que la Commission a débattu pour la première fois des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en s'appuyant sur le troisième rapport de notre prédécesseur, M. Kolodkin⁹³. Bien que ce débat ait été moins vif que le débat sur le deuxième rapport qui avait eu lieu la même année, certains membres de la Commission ont exprimé l'opinion que le moment n'était pas encore venu de procéder à un examen approfondi de la question des aspects procéduraux de l'immunité, car la Commission devrait au préalable parvenir à un accord sur les éléments de fond abordés dans le deuxième rapport. Pour ces membres, les aspects procéduraux ne pouvaient être traités de façon approfondie qu'après que la Commission se serait prononcée sur les éventuelles exceptions à l'immunité, cette question étant à la fois un préalable nécessaire à tout développement ultérieur du sujet et l'objet de divergences de vues particulièrement importantes au sein de la Commission⁹⁴. De son côté, la Sixième Commission a examiné les aspects procéduraux de l'immunité à sa soixante-sixième session⁹⁵.

29. Pendant le quinquennat précédent, l'idée qu'il importait de prendre en considération les aspects procéduraux de l'indemnité a été exprimée à plusieurs reprises pendant les débats de la Commission du droit international et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il convient de noter cependant qu'après le débat de 2011, l'intérêt des membres de la Commission pour les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère a subi un certain déplacement vers la nécessité de prévoir des garanties procédurales pour éviter une politisation et des abus dans l'exercice de la juridiction pénale à l'égard des représentants de l'État étrangers. De ce point de vue, les aspects procéduraux à examiner devraient se limiter essentiellement (voire exclusivement selon certains membres) à des clauses de sauvegarde de la souveraineté de l'État étranger. Un déplacement similaire a pu être observé à la Sixième Commission. L'intérêt pour les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère y est devenu de plus en plus étroitement lié à la garantie et au renforcement de l'égalité souveraine des États et de l'immunité. Quoi qu'il en soit, le débat sur les aspects procéduraux de l'immunité est devenu de plus en plus nourri et intense au cours des deux dernières sessions de la Commission, au fur et à mesure que celle-ci progressait dans l'examen de notre cinquième rapport, consacré aux limites et exceptions à l'immunité⁹⁶.

⁹² Ibid., *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 140.

⁹³ Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 141 à 203. Voir également les comptes rendus analytiques provisoires publiés sous les cotes [A/CN.4/SR.3111](#) et SR.3113 à SR.3115.

⁹⁴ Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 160 et 161.

⁹⁵ Voir le résumé thématique des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session établi par le Secrétariat et publié sous la cote [A/CN.4/650](#) et Add.1, par. 13. Voir également les comptes rendus analytiques des séances de la Sixième Commission publiés sous les cotes [A/C.6/66/SR.18](#) à SR.28 et SR.30.

⁹⁶ Sur cette question, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-et-onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 190 à 248, en particulier le par. 247 ; voir également les comptes rendus analytiques provisoires des séances de la Commission publiés sous les cotes [A/CN.4/SR.3330](#) et SR.3331. Voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 68 à 141 ; et les comptes rendus

30. La question de la relation entre les exceptions et les aspects procéduraux qui s'était déjà posée d'une certaine façon en 2011 fait ainsi une nouvelle apparition, quoique dans une perspective entièrement différente. Si en 2011 un groupe de membres de la Commission avait insisté sur l'importance de parvenir à un consensus sur les exceptions à l'immunité avant de prendre quelque décision que ce soit sur les aspects procéduraux, en 2016 et 2017 un autre groupe de membres a insisté sur la nécessité de parvenir d'abord à un consensus sur les garanties procédurales. Il faut préciser que si, en 2011, les aspects procéduraux s'entendaient en leur sens général de procédures et mécanismes procéduraux associés à l'immunité, en 2016 et 2017 ils sont envisagés pour l'essentiel du point de vue des garanties procédurales qui doivent être offertes à l'État du représentant.

31. La nécessité d'analyser et d'adopter des garanties procédurales afin d'éviter les procès répondant à des motivations politiques et les abus de procédure n'est pourtant pas un phénomène nouveau, tant s'en faut. Cette préoccupation s'était faite jour dans des débats antérieurs et nous-même avons pu écrire ce qui suit dans notre cinquième rapport : « Enfin, nous tenons à souligner que l'application de ce projet d'article doit être comprise à la lumière des règles de procédure relatives à l'application de l'immunité qui pourront être établies à l'avenir. Bien que ces règles ne soient pas de nature à modifier la teneur du projet d'article pour ce qui est de déterminer les cas où l'immunité ne s'applique pas, des conditions procédurales spécifiques pourront être établies en vue d'assurer le respect de toutes les garanties procédurales protégeant tant les États que les personnes »⁹⁷. De même, bien que pendant les débats de 2016 et 2017 la majorité des membres de la Commission ait dit accorder une grande importance à l'examen des garanties procédurales, un nombre important de membres de la Commission ont déclaré qu'ils attendaient certes avec intérêt d'examiner plus tard ces garanties, mais sans faire de cet examen une sorte de condition à laquelle serait subordonnée l'adoption d'un projet d'article sur les limites ou les exceptions à l'immunité. Ces membres se sont également déclarés disposés à examiner d'autres aspects procéduraux associés à l'application et à la mise en œuvre de l'immunité.

32. Cette divergence des positions des membres de la Commission sur la façon dont il convient de traiter les aspects procéduraux et leur relation avec les exceptions à l'immunité reflète leurs divergences sur la question fondamentale de savoir s'il faut ou non prévoir des limites ou des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère, spécialement en ce qui concerne les crimes de droit international. Cette divergence s'est introduite jusque dans la procédure d'adoption du projet d'article 7 pour lequel – comme on l'a dit plus haut – il a fallu recourir à un vote enregistré. Les explications de vote données par un nombre élevé de membres de la Commission mettent clairement en évidence leurs différences d'opinion face à cette question controversée⁹⁸.

analytiques provisoires des séances de la Commission publiés sous les cotes [A/CN.4/SR.3360](#) à [SR.3365](#) et [SR.3378](#).

⁹⁷ [A/CN.4/701](#), par. 247.

⁹⁸ À l'occasion de l'adoption du rapport du Comité de rédaction à la 3378^e séance de la Commission, le 20 juillet 2017, plusieurs membres ont donné leur avis et expliqué leur vote avant et après le vote. Parmi les membres qui ont voté contre l'adoption, MM. Murphy, Wood, Huang, Rajput et Nolte ont déclaré qu'il était nécessaire d'adopter le projet d'article relatif aux limites et exceptions au même moment que les dispositions procédurales, arguant qu'il serait impossible de se prononcer sur les exceptions sans savoir quelles garanties de procédure seraient offertes à l'État du représentant pour éviter une politisation et un détournement de la juridiction pénale d'un État du for contre un représentant d'un État étranger. De leur côté, les membres de la Commission qui ont voté pour l'adoption du rapport n'ont, dans l'ensemble, fait aucune mention d'une quelconque nécessité de traiter conjointement la question des exceptions et les garanties de procédure, à ceci près que M. Hmoud a dit espérer que l'examen à venir des aspects procéduraux de l'immunité pourrait mettre un terme aux préoccupations exprimées par ceux qui avaient voté contre le projet

33. Le débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-douzième session a fait écho à celui de la Commission du droit international. Plusieurs États s'y sont exprimés de façon générale sur l'importance de la question des aspects procéduraux dans l'examen de l'immunité⁹⁹ ; plusieurs ont dit qu'il fallait éviter que l'exercice de la juridiction pénale contre un représentant d'un État étranger ne puisse ouvrir la voie à des procédures abusives et motivées par des considérations politiques¹⁰⁰ et dit qu'il fallait pour cela associer garanties procédurales aux limites et exceptions à l'immunité¹⁰¹, allant jusqu'à demander que ces deux questions soient examinées en parallèle¹⁰². D'autres États ont rappelé que la question avait été adéquatement traitée dans le troisième rapport de notre prédécesseur, M. Kolodkin¹⁰³ ; deux États ont préconisé de réfléchir à la proposition faite par un membre de la Commission au cours du débat d'établir un mécanisme imposant à l'État considéré soit de poursuivre lui-même son représentant soit de lever son immunité (« Poursuivre ou lever l'immunité »)¹⁰⁴ ; un État a recommandé de créer un mécanisme de règlement du différend entre l'État du for et l'État du représentant¹⁰⁵ ; et un État a préconisé d'adopter les garanties procédurales voulues pour que l'exercice éventuel de la juridiction ne porte pas atteinte au droit à un procès régulier¹⁰⁶. Un État a accueilli favorablement les consultations officielles organisées en juillet 2017 au sein de la Commission¹⁰⁷, et la plupart des États ont fait savoir qu'ils attendaient avec intérêt le rapport à venir sur les aspects procéduraux de l'immunité¹⁰⁸.

34. Nous rappellerons que les questions examinées dans le présent rapport ont été évoquées dans le cadre du dialogue interactif qui a lieu chaque année en marge de la « Semaine du droit international ». En effet, nous avons été invitée l'automne dernier à participer à ce dialogue, ce qui nous a permis de communiquer aux représentants des gouvernements les principaux éléments du document de réflexion (*Concept Paper*) qui avait servi de point de départ aux consultations officielles de la Commission et d'échanger avec eux des idées sur l'examen à venir de la question des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

d'article 7. Voir le compte rendu analytique provisoire de la 3378^e séance de la Commission (A/CN.4/SR.3378).

⁹⁹ Cuba, Espagne, Italie et Roumanie.

¹⁰⁰ Autriche, Chine, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques), Pérou, Singapour, Slovénie, Suisse.

¹⁰¹ Allemagne, Autriche, Cuba, États-Unis d'Amérique, Estonie, Grèce, Irlande, Israël, Japon, Malaisie, Mexique, Norvège (au nom des pays nordiques), Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour, Slovaquie et Sri Lanka.

¹⁰² Allemagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Israël, Pays-Bas et Sri Lanka.

¹⁰³ Italie et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

¹⁰⁴ Australie et Nouvelle-Zélande. Il s'agit de la suggestion de M. Nolte d'étudier la possibilité de créer un mécanisme qui permettrait à l'État du représentant de poursuivre ce dernier ou de lever son immunité afin qu'il puisse être poursuivi devant les tribunaux d'un autre État. Nous avons déjà pris en compte cette suggestion dans le document de réflexion (*Concept Paper*) que nous avons rédigé en juillet 2017 en vue des consultations.

¹⁰⁵ Autriche. Il s'agirait de mettre en place un mécanisme international visant à empêcher le déclenchement de poursuites abusives ou politiquement motivées contre un représentant de l'État étranger, sur le modèle des mesures conservatoires ou des procédures d'urgence qui existent déjà dans les cours et tribunaux internationaux.

¹⁰⁶ Mexique.

¹⁰⁷ Grèce.

¹⁰⁸ Autriche, Chili, États-Unis d'Amérique, France, Inde, Irlande, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, République de Corée, République islamique d'Iran, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Roumanie et Slovaquie.

D. Signification des aspects procéduraux pour l'examen de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

35. Si nous partons de l'idée que c'est devant une juridiction pénale étrangère qu'a vocation à être mise en œuvre l'immunité des représentants de l'État, il s'ensuit nécessairement que nous devons analyser les aspects procéduraux de cette mise en œuvre. On peut donc affirmer que ses travaux sur le sujet ne déploieront tous leurs effets que si la Commission apporte une réponse adéquate à un certain nombre de questions de caractère nettement procédural, parmi lesquelles les questions ci-après : Que faut-il entendre par « juridiction » ? Quelles catégories d'actes de l'État du for sont visées par l'immunité de juridiction pénale étrangère ? Quelle est l'instance habilitée à déterminer si l'immunité s'applique et quels sont les effets d'une telle détermination ? À quel moment l'immunité commence-t-elle à opérer devant la juridiction pénale étrangère ? Est-il nécessaire ou non d'invoquer l'immunité et qui est habilité à l'invoquer ? Comment la renonciation à l'immunité ou la levée de l'immunité peuvent-elles intervenir, qui est habilité à les prononcer et quels effets produisent-elles sur l'exercice de la juridiction ? Comment assurer la communication entre l'État du for et l'État du représentant et au moyen de quel dispositif peut-on l'organiser ? Existe-t-il des dispositions qui permettent à l'État du représentant de faire en sorte que les tribunaux du for soient informés de ses positions juridiques et en tiennent compte lorsqu'ils délibèrent sur l'applicabilité de l'immunité à une affaire concrète ? Comment faciliter la coopération et l'entraide judiciaire internationale entre l'État du for et l'État du représentant ? Dans quelle mesure et selon quelle procédure doit-il être tenu compte de l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international ? Ou encore comment procéder, le cas échéant, pour dépayser vers l'État du représentant mis en cause ou une cour ou un tribunal pénal international une instance engagée dans l'État du for ?

36. Il ne fait aucun doute que toutes ces questions méritent d'être analysées. C'est en effet à une juridiction pénale étrangère qui exerce ses fonctions en appliquant des normes, des principes et des règles de procédure que l'on ne saurait ignorer qu'est opposable l'immunité des représentants de l'État. Inversement, il ne faut pas oublier que l'immunité de juridiction pénale visée par le présent sujet se caractérise par la présence d'un élément étranger – le représentant de l'État – que les tribunaux doivent nécessairement prendre en considération pour décider s'il leur est loisible ou non d'exercer leur juridiction. Pour cela, ils doivent apprécier des éléments tels que la qualité de « représentant de l'État » que peut avoir un individu, la qualité d'« acte accompli à titre officiel » attribuée à l'acte qui est à l'origine de l'exercice éventuel de la juridiction, ou encore le point de savoir si c'est ou non dans l'exercice de ses fonctions qu'a agi le représentant concerné de l'État à un moment donné. Aucun de ces éléments ne peut être pleinement apprécié sans tenir compte des informations pertinentes susceptibles d'être communiquées par l'État du représentant. De plus, les tribunaux de l'État du for doivent également se demander si l'État du représentant concerné a ou non intérêt à défendre l'immunité dudit représentant, et pour cela ils doivent analyser des institutions telles que l'invocation de l'immunité, la renonciation à l'immunité ou la levée de l'immunité, ainsi que leurs effets respectifs. Or rien de cela ne sera possible sans une communication adéquate entre l'État du représentant concerné et l'État du for.

37. À toutes ces questions doivent correspondre des solutions procédurales qui offrent une sécurité juridique tant à l'État du for qu'à l'État du représentant concerné et qui réduisent au maximum l'influence de facteurs politiques et le risque de voir l'exercice de la juridiction pénale à l'égard du représentant de l'État étranger se prêter à des abus ou répondre à des fins ou des motivations politiques. Une approche

procédurale des problèmes évoqués plus haut pourrait introduire un élément de neutralité dans le traitement de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle pourrait également faciliter une relation de confiance entre l'État du for et l'État du représentant et réduire un effet qui est souvent invoqué pour justifier le maintien d'une immunité sans limites ni exceptions : l'instabilité des relations internationales.

38. Le fait d'intégrer les aspects procéduraux dans l'examen de l'immunité de juridiction pénale étrangère présente également un intérêt certain quand on analyse l'immunité sous l'angle de l'égalité souveraine de deux juridictions susceptibles d'être saisies d'une même affaire et donc potentiellement concurrentes : la juridiction de l'État du for et celle de l'État du représentant. Pour peu que le sujet de l'immunité soit analysé sous cet angle, il est possible d'affirmer de façon générale la primauté de la juridiction de l'État du représentant par rapport à toute juridiction pénale étrangère, du fait même que l'État du représentant peut invoquer l'immunité de juridiction de ses représentants devant une juridiction pénale étrangère, cette immunité n'étant dans ce cas qu'un simple obstacle procédural. Cette formule, que l'on trouve déjà dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁰⁹, nous impose d'analyser les éventuels mécanismes qui permettraient de garantir le respect de cette primauté dans l'exercice de la juridiction.

39. Ceci dit, une telle analyse doit aussi être menée du point de vue de l'équilibre à maintenir entre le respect et la garantie du principe d'égalité souveraine des États d'une part et le respect des autres principes et valeurs juridiques de la société internationale d'autre part. Cette question est particulièrement importante du point de vue de l'inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae* aux crimes de droit international visés au projet d'article 7 et justifie d'ajouter une perspective procédurale à l'analyse envisagée. Il semble généralement admis que pour traiter le sujet de façon équilibrée, il faudrait pouvoir simultanément sauvegarder le principe de l'égalité souveraine et garantir que la lutte contre l'impunité continue d'être un objectif de la communauté internationale. Dans ces conditions en effet, rien ne devrait empêcher – en principe – de préserver l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et de garantir la primauté de la juridiction de l'État du fonctionnaire pour juger les crimes de droit international dont ce dernier est prévenu, à condition toutefois que l'exercice de cette juridiction soit effectif. Il nous suffira de dire, par exemple, que l'application des principes juridictionnels de territorialité et de personnalité considérés comme fondamentaux dans le système pénal international permettrait de faire en sorte que la lutte contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves ne soit pas compromise même en cas d'invocation de l'immunité, parce que, pour paraphraser la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, l'immunité agirait comme une simple barrière procédurale et la mise en cause de la responsabilité pénale du chef de ces crimes graves serait confiée à la juridiction pénale de l'État du représentant concerné. Toutefois il convient dans ce cas également d'analyser quels éléments et institutions de procédure permettraient d'atteindre ce double objectif.

40. Enfin, pour apprécier correctement la signification des aspects procéduraux du point de vue de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il faut répondre à une dernière préoccupation que plusieurs États ont exprimée : la nécessité de garantir que le représentant de l'État susceptible d'être visé par l'exercice d'une juridiction pénale étrangère bénéficie de toutes les garanties procédurales prévues par le droit international, et en particulier le droit international des droits de l'homme. Bien qu'il soit assuré que les garanties d'un procès équitable seront

¹⁰⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

normalement mises en œuvre dans les affaires auxquelles ne s'appliquerait pas l'immunité, il ne l'est pas moins que certains droits du représentant concerné pourraient être affectés, y compris avant que la juridiction étrangère compétente ait rendu sa décision sur l'applicabilité de l'immunité. Il importe donc d'inclure également à ce stade de l'examen du sujet la question des garanties procédurales dont doit pouvoir jouir le représentant sur qui un tribunal pénal étranger prétend exercer ou exerce sa juridiction.

E. Portée des aspects procéduraux de l'immunité : questions à examiner

41. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous estimons que l'analyse des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit suivre une approche large et exhaustive qui s'articule autour de quatre dimensions distinctes mais complémentaires :

a) Les conséquences que la notion de juridiction entraîne pour les aspects procéduraux de l'immunité, et en particulier la détermination du moment où la question de l'immunité doit être traitée ; la détermination des actes des autorités de l'État du for qui sont visés par l'immunité ; et les questions relatives à la détermination de l'immunité ;

b) Les éléments de procédure qui ont une signification procédurale autonome du fait de leur caractère opératoire et de leur lien direct avec l'application ou la non-application de l'immunité à telle ou telle affaire concrète, et qui, de plus, constituent une garantie de première ligne pour l'État du représentant, en particulier l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité ;

c) Les éléments qui constituent une forme de garantie procédurale pour l'État du représentant, en particulier les mécanismes qui facilitent la communication et les consultations entre l'État du for et l'État du représentant, les mécanismes assurant la transmission des informations de l'État du représentant à l'État du for et inversement et les instruments de coopération et d'entraide judiciaire internationale être d'application entre les deux États ;

d) Les garanties procédurales inhérentes à la notion de procès équitable.

42. Les deux premiers groupes de questions ont été analysés en leur temps dans le memorandum du Secrétariat et dans le troisième rapport de mon prédécesseur, M. Kolodkin, et il en a été tenu dûment compte dans le présent rapport. Par contre, la Commission n'a pas encore examiné les deux autres groupes de questions. Pour obtenir des informations de première main sur les aspects procéduraux susmentionnés, elle a demandé aux États, en 2016, « des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire et exécutive, relativement aux questions suivantes :

a) L'invocation de l'immunité ;

b) La renonciation à l'immunité ;

c) La question de savoir à quel stade les autorités nationales tiennent compte de l'immunité (enquête, mise en accusation, jugement) ;

d) Les instruments dont dispose l'exécutif pour transmettre aux tribunaux nationaux les informations, les documents ou les avis juridiques relatifs à une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée ;

e) Les mécanismes d'assistance, de coopération et de consultation juridiques internationales auxquels les autorités de l'État peuvent avoir recours dans une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée »¹¹⁰. Cette demande a été répétée en 2017¹¹¹. Avaient répondu par écrit à ces demandes, à la date de rédaction du présent rapport, l'Allemagne, l'Autriche, la France, le Mexique, les Pays-Bas, la Suisse et la Tchéquie¹¹². Nous remercions sincèrement ces pays et faisons savoir que nous accueillerons avec reconnaissance toutes autres informations que les États pourraient vouloir nous communiquer sur des questions qui sont éminemment importantes pour l'examen de notre sujet.

43. Outre les questions précitées, nous considérons que la Commission se doit d'analyser une ultime question qui présente, elle aussi, un caractère manifestement procédural, à savoir l'incidence que l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international pourrait avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et son articulation en termes de procédure. Bien que le sujet dont est saisi la Commission soit limité à l'immunité au regard de la juridiction pénale d'un État, la pratique qui s'est développée ces dernières années justifie d'examiner cette question. On se rappellera que celle-ci a déjà été abordée dans notre cinquième rapport, bien que ce fût exclusivement du point de vue des limites et exceptions à l'immunité¹¹³. Or pendant le débat à la Commission, plusieurs membres ont déclaré qu'il vaudrait mieux examiner la question d'un point de vue plus large et qui ne serait pas exclusivement restreint aux limites et exceptions à l'immunité. C'est en réponse à cette préoccupation que l'obligation de coopérer avec les tribunaux internationaux n'a pas été mentionnée dans le projet d'article 7 adopté à titre provisoire par la Commission en 2017¹¹⁴. Nous nous proposons d'analyser cette question dans le cadre des aspects procéduraux de l'immunité, en tenant tout particulièrement compte de l'étroite relation qui existe entre ladite question et les mécanismes de coopération et d'entraide judiciaire internationale.

44. Bien que, comme nous l'avons écrit plus haut, les divers aspects procéduraux de l'immunité soient liés les uns aux autres et doivent être appréhendés dans le cadre d'une analyse intégrale, le présent rapport se limitera à analyser exclusivement le premier groupe de questions susmentionné, à savoir les conséquences que la notion de juridiction entraîne pour les aspects procéduraux de l'immunité, et en particulier la détermination du moment où la question de l'immunité doit être traitée, les actes de l'État du for qui sont visés par l'immunité, et la détermination de l'immunité. C'est sur ces questions que portera le chapitre II du présent rapport.

¹¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 35.

¹¹¹ *Ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 30.

¹¹² Les observations écrites de ces pays peuvent être consultées sur le site Web de la Commission.

¹¹³ *A/CN.4/701*, par. 156 à 169.

¹¹⁴ Le projet d'article 7 que nous avons proposé dans notre cinquième rapport contenait une clause « sans préjudice » rédigée en ces termes : « Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice : a) De toute disposition d'un traité ayant force obligatoire pour l'État du for et l'État du représentant et en vertu de laquelle l'immunité ne serait pas applicable ; b) De l'obligation de coopérer avec une cour ou un tribunal international qui, dans chaque cas, peut être exigée de l'État du for. »

Chapitre II

Notion de juridiction et aspects procéduraux

A. Considérations générales

45. Comme on l'a vu plus haut, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est soulevée devant un tribunal de l'État du for qui a compétence générale pour exercer sa juridiction, y compris en ce qui concerne l'affaire susceptible d'être affectée par l'application de ladite immunité. C'est pour cette raison que nous avons examiné la notion de juridiction pénale dans notre deuxième rapport¹¹⁵, comme l'avaient fait avant nous notre prédécesseur, M. Kolodkin¹¹⁶, et avant lui le Secrétariat dans son mémorandum sur le sujet¹¹⁷.

46. Dans notre deuxième rapport, nous avons présenté un projet de définition de la juridiction¹¹⁸ qui a donné lieu à un intéressant débat en séance plénière. Ce débat a porté essentiellement sur l'opportunité et l'utilité d'inclure cette définition dans le projet d'articles, compte tenu notamment de ce que la Commission ne s'était jamais attachée à définir ladite notion dans ses travaux antérieurs sur des sujets qui avaient un rapport avec la juridiction et l'immunité de juridiction. Certains membres se sont cependant exprimés sur la notion de juridiction proprement dite et sur sa portée aux fins de notre sujet¹¹⁹. Le projet de définition de la juridiction a été transmis au Comité de rédaction¹²⁰, au sein duquel il a fait l'objet de quelques observations. Nous rappellerons cependant que le Comité de rédaction a décidé de reporter l'analyse de ce projet à un moment où les travaux de la Commission seraient plus avancés¹²¹.

47. En tout état de cause et indépendamment de la décision que pourra prendre le Comité de rédaction sur ce projet de définition, il est certain que l'on ne saurait examiner les aspects procéduraux de l'immunité sans évoquer la notion de juridiction. En effet, selon le sens que l'on donnera à cette notion, la portée de l'immunité pourra varier en fonction des deux éléments suivants : la détermination du moment où la question de l'immunité devrait être traitée ; et les actes des autorités de l'État du for qui sont visés par l'immunité. À cela s'ajoute que ces deux éléments ont un rapport étroit avec un troisième élément qui dépend lui-même de la notion de juridiction : la détermination de l'organe ayant compétence pour statuer sur l'immunité.

48. Il n'est pas question toutefois d'ouvrir dans le présent rapport un débat général sur la notion de juridiction, mais seulement d'analyser séparément les trois éléments que nous venons d'évoquer.

¹¹⁵ A/CN.4/661, par. 36 à 42.

¹¹⁶ *Annuaire ... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire), par. 43 à 55.

¹¹⁷ A/CN.4/596 [et Corr.1] (voir la note 3 *supra*), par. 7 à 13.

¹¹⁸ Le projet de définition de la notion de juridiction que nous avons proposé en 2013 se lisait comme suit : « On entend par « juridiction pénale » l'ensemble des compétences, formalités, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle de l'auteur à raison d'actes qualifiés de crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de « juridiction pénale », le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent » (A/CN.4/661, par. 42).

¹¹⁹ Comptes rendus analytiques provisoires des séances de la Commission publiés sous les cotes A/CN.4/SR.3164 à SR.3168.

¹²⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n°10* (A/68/10), par. 45.

¹²¹ La déclaration du président du Comité de rédaction sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État peut être consultée en ligne sur le site Web de la Commission.

B. Élément temporel : à quel moment la question de l'immunité doit-elle être traitée ?

49. Étant donné que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a pour effet de bloquer l'exercice de la juridiction, c'est à un stade précoce de l'instance que les organes compétents de l'État doivent décider si elle s'applique ou non. Il n'est cependant pas facile de définir ce qu'il faut entendre par « stade précoce », comme le montre bien l'absence d'une telle définition dans les divers instruments se rapportant à l'immunité de juridiction. On se bornera à rappeler que ni la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹²² ni la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹²³ ne contiennent de disposition sur la question. Le même silence caractérise la Convention sur les missions spéciales¹²⁴ et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel¹²⁵. Il en est de même des instruments relatifs à l'immunité de l'État, et l'on notera que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹²⁶ et la Convention européenne sur l'immunité des États¹²⁷, notamment, ne font nullement référence à cette question. De leur côté, les législations nationales relatives à l'immunité de juridiction de l'État et de certains de ses représentants ne précisent guère à quel stade de l'instance les tribunaux de l'État du for doivent traiter la question de l'immunité.

50. Le seul document où l'on trouve une mention – encore qu'indirecte – du moment où les tribunaux du for doivent traiter la question de l'immunité est la résolution de 2001 de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international¹²⁸. L'article 6 de cette résolution dispose en effet que « [l]es autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité leur est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit ». Or cette disposition concerne uniquement le chef d'État (et par extension le chef de gouvernement) et elle ne fournit aucune information sur la phase de la procédure pendant laquelle les tribunaux de l'État du for doivent traiter la question de l'immunité de juridiction, puisqu'elle évoque seulement l'instant où la qualité de chef d'État de l'intéressé leur est connue, instant qui peut survenir – au moins en théorie – à n'importe quel moment de la procédure pénale.

51. Or la détermination du moment où les tribunaux internationaux doivent traiter la question de l'immunité a son importance, en particulier pour répondre aux deux questions suivantes : a) l'immunité de juridiction pénale étrangère s'applique-t-elle ou non aux actes d'enquête préalables au déclenchement de la procédure ? ; et b) à quelle étape de la phase judiciaire *stricto sensu* la question de l'immunité doit-elle

¹²² Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 18 avril 1961), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 500, n° 7310, p. 95.

¹²³ Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 18 avril 1963), *ibid.*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

¹²⁴ Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969), *ibid.*, vol. 1400, n° 23431, p. 231.

¹²⁵ Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975), *A/CONF.67/16* ; ou *Annuaire juridique des Nations Unies, 1975* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.3), p. 91.

¹²⁶ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49, (A/59/49)*, vol. I, résolution 59/38, annexe.

¹²⁷ Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1495, n° 25699, p. 181.

¹²⁸ Voir *supra*, note 83.

être traitée ? La réponse à ces deux questions doit tenir compte de deux éléments au moins. Le premier élément est la diversité des législations nationales en matière de procédure, qui interdit de donner une réponse fondée exclusivement sur la désignation d'une phase particulière de la procédure au cours de laquelle il faudrait nécessairement et toujours traiter l'immunité (enquête, instruction, accusation, début de la phase orale du procès). Le deuxième est la nature de l'immunité et la finalité qu'elle poursuit, étant entendu que l'immunité s'applique devant une « juridiction » nationale aux fins de garantir le respect du principe d'égalité souveraine des États et le libre exercice de leurs fonctions par les représentants de l'État.

52. Au sujet de ces deux questions, on rappellera que la Cour internationale de Justice s'est prononcée expressément tant sur le caractère préliminaire de l'institution de l'immunité que sur les catégories d'actes des autorités du for auxquels l'immunité fait obstacle, ce qui nous indique indirectement la voie à suivre pour déterminer à quel stade de l'instance l'immunité doit être traitée.

53. Le moment où la question de l'immunité doit être traitée a été analysé par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. Dans cet avis, la Cour a éclairé les conditions d'application des privilèges et immunités prévus par la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies¹²⁹, en rapport avec les poursuites engagées en Malaisie contre le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, qui était poursuivi pour des propos qu'il avait tenus au cours d'une interview. Dans ce contexte, en réponse à une question que lui avait posée le Conseil économique et social des Nations Unies, la Cour a donné un avis consultatif dans lequel elle a opiné que « les questions d'immunité sont des questions préliminaires qui doivent être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis* » et que c'était là « un principe de droit procédural généralement reconnu » qui avait pour finalité de ne pas « priv[er] de sa raison d'être la règle relative à l'immunité¹³⁰ ». En conséquence de quoi la Cour s'est dite d'avis, par quatorze voix contre une, « [q]ue les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis* »¹³¹.

54. La Cour internationale de Justice s'est à nouveau prononcée, quoique de manière indirecte, sur le moment où la question de l'immunité doit être traitée lorsqu'elle a analysé les types d'actes visés par l'immunité dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Dans la première affaire, elle a conclu 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 totale à l'étranger. Cette 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 »¹³². La Cour établit ainsi un lien entre l'application de l'immunité et la préservation des fonctions, de sorte que c'est seulement au moment où l'exercice de la juridiction pénale risque de porter atteinte à

¹²⁹ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.

¹³⁰ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J Recueil 1999*, p. 62 et suiv., en particulier p. 88, par. 63.

¹³¹ *Ibid.*, p. 90, par. 67.

¹³² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 22, par. 54.

l'exercice desdites fonctions que l'immunité doit être traitée¹³³, et elle définit en même temps la nature des actes auxquels l'immunité peut faire obstacle. Dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour a tiré la conséquence la plus claire de cette approche quand elle 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 déterminant¹³⁴ ».

55. De son côté, le Tribunal spécial pour la Sierra-Leone a adopté une position similaire dans l'affaire *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*. Ainsi, dans sa décision du 31 mai 2004, la Chambre d'appel a conclu que la question de l'immunité de juridiction devait être traitée dès le moment où était décerné un mandat d'arrêt contre l'accusé, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le début de la phase orale du procès ou que l'accusé ait comparu à l'audience. Pour le Tribunal, « insister pour qu'un chef d'État en exercice se soumette à l'incarcération avant même de pouvoir soulever la question de son immunité non seulement va sérieusement à l'encontre de la finalité même de l'immunité souveraine, mais présuppose aussi, abstraction faite du fond, des questions d'exceptions à l'immunité qui doivent normalement être tranchées après qu'il aura été statué sur l'invocation de l'immunité »¹³⁵.

56. Des tribunaux nationaux se sont eux aussi prononcés sur ce point. Et bien que les précédents ne soient pas très nombreux, on peut d'ores et déjà constater qu'en règle générale ces tribunaux ont traité l'immunité au début de l'instance et avant l'adoption de mesures contraignantes contre le représentant de l'État étranger. C'est ainsi par exemple que l'immunité a été traitée dès le dépôt de la plainte contre un représentant de l'État dans les affaires *Rey de Marruecos*¹³⁶, *Fidel Castro*¹³⁷, *M^{me} Lydienne X...*, *partie civile*¹³⁸, et *M. Michel X...*, *partie civile*¹³⁹ ; au stade de la mise en accusation d'un représentant de l'État dans les affaires *Ruanda*¹⁴⁰ (Rwanda)

¹³³ Le raisonnement de la Cour sur ce point est particulièrement éclairant : « [...] 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 fonctions » (ibid., par. 55).

¹³⁴ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *CIJ Recueil 2008*, p. 177 et suiv., en particulier p. 237, par. 170.

¹³⁵ Tribunal spécial pour la Sierra Leone, chambre d'appel, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, affaire SCSL-2003-01-I, décision sur l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, par. 30.

¹³⁶ Audiencia Nacional (Espagne), décision de la chambre pénale du 23 décembre 1998. L'Audiencia Nacional a déclaré irrecevable un recours contre le Roi du Maroc.

¹³⁷ Audiencia Nacional (Espagne), décision de la chambre pénale du 23 décembre 1998. L'Audiencia Nacional a déclaré irrecevable un recours contre le Président de Cuba, Fidel Castro, au motif qu'il bénéficiait de l'immunité. L'Audiencia Nacional s'était déjà prononcée sur deux recours introduits contre Fidel Castro en 1998 et 2005.

¹³⁸ Cour de cassation (France), chambre criminelle, arrêt du 19 mars 2013, n° de pourvoi 12-81676. La Cour de cassation, chambre criminelle, a cassé l'arrêt de la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris du 17 janvier 2012 qui avait infirmé l'ordonnance du juge d'instruction et dit n'y avoir lieu à informer, et a ordonné le retour du dossier au juge d'instruction afin d'informer.

¹³⁹ Cour de cassation (France), chambre criminelle, arrêt du 17 juin 2014, n° de pourvoi 13-80158. La Cour de cassation, chambre criminelle, a cassé l'arrêt de la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris du 8 novembre 2012 qui avait déclaré irrecevable la plainte avec constitution de partie civile de M. Michel X..., et a ordonné le retour du dossier au président du tribunal de grande instance de Paris afin d'informer.

¹⁴⁰ Audiencia Nacional (Espagne), chambre d'instruction n° 4, acte d'accusation du 6 février 2008. Lorsqu'il a dressé l'acte d'accusation dans l'affaire *Ruanda* (Rwanda), le juge d'instruction en a exclu le Président Kagame motif pris de l'immunité de juridiction dont il jouissait à raison de ses fonctions.

et *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C.* (affaire *Nezzar*)¹⁴¹ ; en réponse à une requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Application for Arrest Warrant against General Shaul Mofaz*¹⁴² ; ou en réponse à une requête aux fins d'extradition dans les affaires *Pinochet (No. 3)*¹⁴³, *Peter Tatchell c. Robert Mugabe*¹⁴⁴ et *Khurts Bat*¹⁴⁵. Dans certains cas, la question de l'immunité a été traitée en phase d'appel, comme dans les affaires *Kadhafi*¹⁴⁶ et *Ariel Sharon et autres*¹⁴⁷. Il ressort de ces décisions que le moment où la question de l'immunité de juridiction d'un représentant d'un État étranger est traité par le tribunal de l'État du for est directement lié au moment où ce tribunal doit adopter une décision contraignante à l'égard de l'intéressé. Le seul arrêt qui semble ne pas suivre cette approche est celui qui a conclu l'affaire *Re Honecker*, puisqu'il affirmait que « toute mesure de police, y compris toute mesure d'enquête, peut être considérée comme contraire au respect de l'immunité de juridiction »¹⁴⁸.

57. Étant donné ce qui précède, on doit conclure en premier lieu que l'immunité doit être traitée par les tribunaux de l'État du for dès le moment où ils commencent à exercer leur juridiction, le plus tôt possible, et, en tout état de cause, avant de prendre quelque décision que ce soit sur le fond de l'affaire. En observant cette règle générale, on évitera d'adopter des actes juridictionnels qui risqueraient d'être contraires au principe d'égalité souveraine des États, d'empêcher l'exercice par le représentant de l'État étranger de ses fonctions étatiques et, le cas échéant, de priver d'effet l'immunité de juridiction alors même qu'elle s'appliquerait. Il en ressort manifestement que l'application des critères précités aboutit nécessairement à une obligation de traiter la question de l'immunité au moins dès l'acte d'accusation ou la mise en examen de l'intéressé, et au plus tard au moment où s'ouvre le procès, puisqu'à toutes ces étapes les tribunaux du for exercent déjà leur juridiction de façon au moins implicite. Tous les États qui ont répondu en 2017 aux questions de la Commission sur le sujet ont déclaré dans leurs observations écrites que la question de l'immunité du représentant de l'État étranger devrait être traitée par les tribunaux dès

¹⁴¹ Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (Suisse), *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C. A.* Après la décision du ministère public de la Confédération suisse de poursuivre l'instruction, le prévenu a introduit le 12 décembre 2011 un recours devant la Cour des plaintes, qui a traité la question de l'immunité et rejeté les prétentions du recourant par sa décision du 25 juillet 2012 (n° de dossier : BB.2011.140). Voir également les observations écrites formulées en 2017 par la Suisse en réponse aux questions de la Commission.

¹⁴² Bow Street Magistrates' Court (Royaume-Uni), District Judge Cl. Pratt, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, décision du 12 février 2004 (reproduite dans *l'International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 771 et suiv.).

¹⁴³ Chambre des Lords (Royaume-Uni), *Regina c. Bartle and Commissioner of Police for the Metropolis and Other Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet n° 3)*, arrêt du 24 mars 1999 (reproduit dans *International Legal Materials*, 38 (1999)). Dans ce cas, la décision a été prise en rapport avec le mandat d'arrêt décerné en réponse à une demande d'extradition.

¹⁴⁴ Bow Street Magistrates' Court (Royaume-Uni), Senior District Judge Tim Workman, décision du 14 janvier 2004 (reproduite dans *l'International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 770).

¹⁴⁵ High Court (Royaume-Uni), *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court* [2011] EWHC 2029 (Admin), arrêt du 29 juillet 2011. La Cour s'est prononcée dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen.

¹⁴⁶ Cour de cassation (France), chambre criminelle, *Khadafi*, arrêt du 13 mars 2001 (n° de pourvoi : 00-87215).

¹⁴⁷ Cour de cassation (Belgique), *H.S.A. et consorts c. S.A. et Y.A.*, arrêt du 12 février 2003.

¹⁴⁸ Cour suprême fédérale, deuxième chambre criminelle (République fédérale d'Allemagne), *Re Honecker*, arrêt du 14 décembre 1984 (affaire n° 2 ARs 252/84) (version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 80, p. 366).

la phase initiale de la procédure et avant que puisse être adoptée une décision contraignante qui imposerait une mesure coercitive à l'intéressé¹⁴⁹.

58. La question de savoir si l'immunité s'applique dès la phase de l'enquête préliminaire ou de l'instruction et, par conséquent, si les tribunaux nationaux sont tenus de traiter la question de l'immunité dès cette phase suscite des doutes plus sérieux. Elle ne saurait recevoir une réponse uniforme, compte tenu notamment de la diversité des formes que revêtent les procédures d'enquête et d'instruction pénale dans les systèmes judiciaires nationaux et de la diversité des organes qui en sont chargés. Ce qui est certain, c'est que pendant cette phase de nombreux actes sont réalisés, qui se caractérisent par une grande diversité, qui ne sont pas tous des actes de contrainte, qui ne peuvent pas toujours être qualifiés d'actes juridictionnels et qui, en outre, ne concernent pas le principe d'égalité souveraine des États et ne compromettent pas l'exercice de fonctions étatiques par le représentant de l'État étranger. C'est ainsi qu'il faut entendre l'opinion individuelle commune que les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, dans laquelle ils déclarent qu'« ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas en soi [l]es principes [d'immunité et d'inviolabilité du Ministre des affaires étrangères] »¹⁵⁰.

59. L'enquête préliminaire et l'instruction ont pour unique objet d'établir les faits et d'identifier les individus susceptibles d'être, le cas échéant, renvoyés devant la juridiction pénale de l'État du for. Ce renvoi ne peut se produire qu'au stade de l'acte d'accusation ou de l'imputation à un ou plusieurs suspects des faits reprochés, ce qui, en règle générale, ne se produit qu'à la fin de la phase d'enquête ou d'instruction, ou du moins à un moment très avancé de cette phase.

60. Il faut également tenir compte de ce que l'enquête ou l'instruction peut concerner une pluralité d'actes et de personnes, dont peut-être une seule justifie de la qualité de représentant de l'État au sens du présent projet d'articles. Par conséquent, exiger l'application intégrale et automatique de l'immunité (en tant qu'elle fait obstacle à la juridiction) dès la phase de l'enquête risque de restreindre de façon disproportionnée et sans aucun fondement l'exercice de la compétence de l'État du for ; il s'ensuivrait une situation paradoxale puisque les autorités de l'État du for se verraient empêcher de mener une enquête sur une situation générale (susceptible de concerner plusieurs personnes) par le simple fait qu'apparaît dans ladite enquête un représentant de l'État étranger dont la participation aux faits en cause reste – en outre – à démontrer. Il s'y ajoute enfin que la possibilité de réaliser des actes d'enquête sans préjuger de l'immunité pose un problème particulier dans le cas d'une immunité *ratione materiae*, dans la mesure où les autorités du for, pour décider si cette immunité s'applique ou non, devront au préalable établir la qualité de représentant de l'État de l'intéressé et déterminer si les actes en cause ont été accomplis à titre officiel, ce qui suppose une enquête minimale sans laquelle cela leur serait impossible.

61. Il ne semble par conséquent guère possible de conclure que l'immunité de juridiction devrait être examinée et appliquée automatiquement dès l'ouverture d'une enquête préliminaire, y compris si ladite enquête risque de mettre en cause un représentant d'un État étranger. C'est à peu près ce que disait mon prédécesseur, M. Kolodkin, dans son troisième rapport où il écrivait que « [d]ans de nombreux cas, les premières mesures prises dans le cadre d'une instance pénale ne sont pas des mesures auxquelles l'immunité fait obstacle. L'État du for n'est alors pas obligé

¹⁴⁹ Voir les observations de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France, du Mexique, des Pays-Bas, de la Suisse et de la Tchéquie.

¹⁵⁰ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2002 (cf. *supra* note 109), p. 80, par. 59.

d'examiner la question de l'immunité et ne saurait être tenu de le faire »¹⁵¹. Plusieurs des États qui ont adressé des observations écrites à la Commission partagent cette position¹⁵².

62. Cette position ne peut cependant pas être soutenue de façon absolue. Premièrement parce qu'il faudra de toute façon poser la question de l'immunité lorsque l'on voudra dresser un acte d'accusation ou mettre en examen un représentant d'un État étranger, ces deux actes constituant à la fois une forme d'exercice de la juridiction pénale et une mesure coercitive auxquelles l'immunité fait nécessairement obstacle. Et cela indépendamment de la question de savoir si, dans le droit de l'État du for, l'acte d'accusation ou la mise en examen sont l'acte ultime qui clôt la phase de l'enquête préliminaire ou de l'instruction. À cela s'ajoute qu'il est possible qu'au cours de l'enquête ou de l'instruction les tribunaux de l'État du for soient amenés à prendre des mesures conservatoires à l'égard d'un représentant de l'État étranger, en lui adressant une citation à comparaître ou en décernant contre lui un mandat d'arrêt. Dans de tels cas, la question de l'immunité de juridiction devrait être traitée dès la phase de l'enquête ou de l'instruction, puisque les actes de procédure susmentionnés, bien qu'ils soient adoptés avant l'acte d'accusation au sens strict ou avant le début des audiences, constituent des formes d'exercice de la juridiction, imposent des obligations au représentant d'un État étranger, ont un caractère manifestement coercitif et peuvent avoir des effets sur le libre exercice de ses fonctions étatiques.

63. Pour résumer, les observations formulées jusqu'ici permettent de conclure que les tribunaux de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État aux moments ci-après : a) avant de parvenir à une phase de la procédure susceptible de mettre en cause un représentant d'un État étranger ; b) avant de dresser un acte d'accusation contre ce représentant ou de le mettre en examen ; et c) avant de prendre toutes mesures visant directement ledit représentant qui lui imposeraient des obligations susceptibles de l'exposer à des mesures de contrainte s'il y manquait et qui auraient vraisemblablement pour effet de l'empêcher d'exercer correctement ses fonctions étatiques, y compris des mesures ayant un caractère conservatoire et susceptibles d'être adoptées au cours de la phase d'enquête ou d'instruction. En tout état de cause, rien n'interdit aux tribunaux de l'État du for d'examiner l'exception d'immunité à un stade ultérieur, et notamment en appel.

C. Élément matériel : quelles catégories d'actes sont visées par l'immunité ?

1. Considérations d'ordre général

64. La notion de juridiction a également une incidence sur la détermination des actes des autorités de l'État du for à l'égard desquels l'immunité peut être invoquée et

¹⁵¹ A/CN.4/646, par. 11.

¹⁵² Ainsi, pour l'Autriche, « [l]es enquêtes préliminaires tendant à clarifier les circonstances d'une affaire, à identifier le suspect en cause et à établir les faits qui ont amené à le soupçonner ne constituent pas encore des actes de poursuite et l'immunité ne peut donc pas être invoquée contre elles ». De son côté, la France a fait valoir que « la juridiction devant laquelle l'immunité est invoquée est parfois dans la nécessité d'en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige. Le juge du for doit en effet pouvoir vérifier si les faits allégués, à supposer qu'ils soient établis, ouvrent ou non droit à l'immunité ». Les Pays-Bas, quant à eux, considèrent que le procureur et les tribunaux peuvent examiner la question de l'immunité à n'importe quel stade de la procédure (enquête, mise en examen, jugement). La Tchèque fait savoir que son Code de procédure pénale dispose que s'il apparaît au cours d'une enquête que la personne visée peut bénéficier de l'immunité, l'enquête ne pourra être poursuivie ou devra être suspendue.

auxquels cette institution pourrait faire obstacle (les « actes visés par l'immunité »). La détermination de ces actes présente des éléments communs avec la détermination du moment où la question de l'immunité doit être traitée et, peut-être pour cette raison, est souvent analysée en même temps qu'elle. Ceci dit, la question de la détermination des actes des autorités de l'État du for visés par l'immunité présente des caractères propres et des problèmes distincts qui justifient qu'elle soit examinée séparément, au moins pour ce qui est de ceux de ces actes dont le statut par rapport à l'immunité de juridiction pénale étrangère est plus controversé.

65. Parmi les actes qu'un tribunal pénal peut adopter dans l'exercice de sa juridiction et qui sont susceptibles d'être adressés à un représentant d'un État étranger ou de le viser directement, on citera en premier lieu l'acte d'accusation, la citation à comparaître en tant que mis en examen ou pour une audience de confirmation des charges, la décision de confirmation des charges ou l'ordonnance de renvoi à une juridiction de jugement, la citation à comparaître en tant que témoin assisté devant un tribunal ou une cour pénale, le mandat d'arrêt et la demande d'extradition ou de remise d'un représentant d'un État étranger. Tous ces actes ont un caractère juridictionnel évident et répondent à une même finalité, qui est de permettre aux tribunaux du for d'exercer leur juridiction sur une personne déterminée (en l'occurrence un représentant d'un État étranger) afin de pouvoir, le cas échéant, établir sa responsabilité pénale. De même, l'exercice de la juridiction y est toujours présent, avec pour conséquence que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État y fait nécessairement obstacle.

66. Cette interprétation est confirmée par divers instruments internationaux qui déclarent expressément que les représentants de l'État dont ils traitent ne sauraient être soumis à des mesures d'exécution et que leur inviolabilité doit être respectée. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques offre un bon exemple de ces traités, puisqu'elle stipule que « [l]a personne de l'agent diplomatique est inviolable [et] ne peut être soumis[e] à aucune forme d'arrestation ou de détention »¹⁵³ et qu'« [a]ucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique »¹⁵⁴. La résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international¹⁵⁵ va dans le même sens. Quoi qu'il en soit, on se rappellera que les exemples cités renvoient uniquement à des hypothèses d'immunité *ratione personae*.

67. Néanmoins, comme nous l'avons mentionné dans notre deuxième rapport¹⁵⁶, on peut rencontrer dans la pratique des actes présentant des caractères différents mais qui peuvent avoir une incidence sur le représentant de l'État étranger et sur l'immunité de juridiction pénale étrangère dont il jouit. Ces actes peuvent être classés en trois groupes :

a) Des actes qui présentent un caractère essentiellement exécutif et dont le lien avec l'activité de la juridiction ne peut pas toujours être considéré comme allant de soi. À ce groupe appartiennent, par exemple, l'arrestation d'un représentant d'un État étranger dans le cadre d'une opération de police sur le territoire de l'État du for

¹⁵³ Article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. L'article 29 de la Convention sur les missions spéciales et les articles 28 et 58 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel contiennent des stipulations similaires. Les par. 1 et 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires apportent des tempéraments à ces stipulations.

¹⁵⁴ Par. 3 de l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Les articles 28 et 58 de la Convention sur les missions spéciales ainsi que l'article 30 et le par. 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel contiennent des stipulations similaires.

¹⁵⁵ Voir la note 83 *supra* (et en particulier les articles 1 et 4 de la résolution).

¹⁵⁶ A/CN.4/661, par. 37 et 38.

ou en exécution d'un mandat d'arrêt international ; ou encore l'enregistrement d'un mandat de perquisition ou d'arrêt dans les systèmes internationaux de coopération policière;

b) Des actes qui, bien qu'il s'agisse d'actes de procédure et qu'ils soient réalisés par un organe judiciaire, tendent normalement à exercer la juridiction pénale sur un tiers plutôt que sur le représentant de l'État étranger. On signalera dans ce groupe la convocation à témoin et les injonctions de communiquer au tribunal du for des informations qui sont en la possession du représentant de l'État étranger;

c) Des actes que les tribunaux du for peuvent réaliser à l'égard d'une personne (le cas échéant un représentant d'un État étranger) dans l'exercice de leur juridiction, mais qui n'ont pas en eux-mêmes pour objet d'établir la responsabilité de l'intéressé. Il s'agit de mesures conservatoires qui peuvent avoir diverses finalités. La première est de garantir que l'intéressé restera à la disposition de la justice tout au long du procès. La deuxième est de garantir que si la responsabilité pénale de l'intéressé venait à être établie, le tribunal aurait accès à des avoirs suffisants pour couvrir les dommages-intérêts découlant d'une condamnation pénale en cas d'action civile. Et la troisième est de garantir que soient placés sous main de justice les instruments et les éléments essentiels du crime, dont le tribunal a par ailleurs le pouvoir de disposer.

68. La réponse à la question de savoir si ces actes sont visés par l'immunité de juridiction pénale étrangère n'est pas aussi simple et automatique que dans le cas des actes examinés dans les paragraphes précédents. Elle dépend en effet d'un certain nombre d'éléments qui doivent être considérés au cas par cas et qui sont les suivants : a) la distinction entre immunité de juridiction et inviolabilité ; b) la distinction entre la personne du représentant de l'État étranger et les biens qu'il est envisagé de saisir ; et c) le caractère obligatoire et coercitif de la mesure et son incidence sur l'exercice de ses fonctions par le représentant de l'État étranger. Tous ces éléments doivent en outre être appréhendés sous l'angle de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*.

2. Détention

69. Compte tenu des critères susmentionnés, il convient d'examiner d'abord les actes qui tendent à obtenir l'arrestation ou la détention d'un représentant d'un État étranger, et particulièrement quand la détention se produit en l'absence d'une procédure pénale engagée devant les tribunaux du for et qu'elle résulte d'un acte exécutif. Le problème qui se pose dans un tel cas ne concerne pas à strictement parler l'immunité de juridiction pénale mais l'inviolabilité de certains représentants de l'État. Cette inviolabilité est consacrée par de nombreux traités internationaux et s'applique essentiellement à des personnes qui jouissent – conformément au droit international – d'un type ou un autre d'immunité personnelle. Tel est le cas, en particulier, des agents diplomatiques, des membres de missions spéciales et des représentants auprès d'organisations internationales ou des personnes qui représentent un État auprès d'un organe ou d'une conférence internationale¹⁵⁷. En outre, la même inviolabilité et la même protection contre l'arrestation ou la détention sont reconnues au représentant de l'État qui exerce les fonctions de « courrier

¹⁵⁷ Voir l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'article 29 de la Convention sur les missions spéciales et les articles 28 et 58 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel. Voir aussi les par. 1 et 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, dont la formulation comporte cependant des tempéraments.

diplomatique »¹⁵⁸, avec pour évidente finalité de garantir le libre exercice desdites fonctions. Dans tous les cas susmentionnés, la protection contre la détention découle de l'inviolabilité de la personne et non de son immunité de juridiction pénale. Il nous suffira de rappeler à ce propos que jusqu'à maintenant tous les instruments qui encadrent cette question ont traité séparément l'inviolabilité et l'immunité de juridiction¹⁵⁹.

70. On peut en conclure, par extension, que ladite inviolabilité s'applique également aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. C'est ce qui ressort de la Convention sur les missions spéciales, en vertu de laquelle le chef de l'État, le chef du gouvernement et les autres personnalités de rang élevé, quand elles prennent part à une mission spéciale, jouissent des privilèges et immunités accordés par cette convention, parmi lesquelles l'inviolabilité et la protection contre toute forme d'arrestation ou de détention¹⁶⁰. À cela s'ajoute que l'inviolabilité du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères est en elle-même une règle de droit coutumier. C'est ce que semble avoir reconnu elle aussi la résolution de l'Institut de droit international de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international¹⁶¹.

71. Par-dessus tout, l'inviolabilité du ministre des affaires étrangères a été expressément reconnue par la Cour internationale de Justice qui a conclu, dans son arrêt en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, 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. Cette 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 »¹⁶².

¹⁵⁸ Voir le par. 5 de l'article 27 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, le par. 6 de l'article 28 de la Convention sur les missions spéciales et le par. 5 de l'article 27 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁵⁹ Il en est ainsi de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui traite de l'inviolabilité de la personne de l'agent diplomatique en son article 29 et de l'immunité du même en son article 31. La distinction entre ces deux notions est particulièrement manifeste dans la formulation du par. 3 de l'article 31, qui stipule qu'« [a]ucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique, sauf dans les cas prévus aux alinéas a), b) et c) du par. 1 du présent article, et pourvu que l'exécution puisse se faire sans qu'il soit porté atteinte à l'inviolabilité de sa personne ou de sa demeure ». Voir, dans le même sens, les art. 29 et 31 de la Convention sur les missions spéciales; les art. 28, 30, 58 et 60 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel; et les art. 41 et 43 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. La distinction entre inviolabilité et immunité de juridiction se retrouve également dans la résolution de l'Institut de droit international de 2001 (voir la note 83 *supra*), qui évoque séparément ces deux notions en ses articles 1, 2 et 3. De plus, la même distinction est clairement faite au par. 1 de l'article 15 de la résolution, qui stipule que « [l]e chef de gouvernement d'un État étranger bénéficie de l'inviolabilité et de l'immunité de juridiction qui sont reconnues, dans la présente Résolution, au chef d'État. Cette disposition ne préjuge pas de l'immunité d'exécution qui pourrait lui être reconnue ».

¹⁶⁰ Convention sur les missions spéciales, art. 21.

¹⁶¹ Voir la note 83 *supra*. Aux termes de l'article 1 de la résolution, « [l]a personne du chef d'État est inviolable sur le territoire d'un État étranger. Elle ne peut y être soumise à aucune forme d'arrestation ou de détention ». Aux termes du par. 1 de son article 15, « [l]e chef de gouvernement d'un État étranger bénéficie de l'inviolabilité et de l'immunité de juridiction qui sont reconnues, dans la présente Résolution, au chef d'État ».

¹⁶² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 22, par. 54.

72. Dans cette affaire, la Cour a clairement établi que l'inviolabilité en question est requise par les fonctions particulières qu'exerce un ministre des affaires étrangères dans la conduite et le développement des relations internationales, et dont il ne pourrait s'acquitter s'il était détenu ou si pesait sur lui la menace d'une détention pendant qu'il se déplacerait à l'étranger. L'impératif de libre exercice de leurs fonctions apparaît donc ainsi comme le fondement ultime de l'inviolabilité qui protège le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères en exercice contre toute forme d'arrestation et de détention par des autorités étrangères, que leurs voyages soient effectués à titre officiel ou à titre privé. Cette référence à la nécessité de garantir le libre exercice des fonctions est si importante que la Convention de Vienne sur les relations consulaires elle-même, dans les cas où un fonctionnaire consulaire ou d'autres membres du personnel consulaire ne bénéficient pas de façon générale de l'inviolabilité et ne sont pas protégés de façon absolue contre l'arrestation et la détention¹⁶³, prévoit qu'une éventuelle procédure pénale engagée contre eux doit être conduite de manière à gêner le moins possible l'exercice de leurs fonctions¹⁶⁴ et que leur détention éventuelle doit être notifiée immédiatement aux autorités de l'État d'envoi¹⁶⁵.

73. Il est cependant impossible de trouver des règles de droit international, conventionnel ou coutumier, qui reconnaissent l'inviolabilité des représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione materiae*. De même, la jurisprudence internationale ne s'applique pas directement à ces représentants de l'État, puisque les conclusions de la Cour internationale de Justice, en particulier en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, concernent un cas typique d'immunité *ratione materiae*. On peut donc en conclure que l'immunité *ratione materiae* ne protégerait le représentant de l'État étranger contre la détention que si celle-ci résultait de la délivrance d'un mandat d'arrêt émis par une autorité judiciaire, ce qui, comme nous l'avons dit plus haut, constituerait un cas d'exercice de la juridiction et serait par conséquent concerné par l'immunité de juridiction pénale. Dans un tel cas, le tribunal compétent devrait examiner et trancher la question de l'immunité avant d'émettre ledit mandat d'arrêt.

74. Par contre, lorsque la détention est un acte purement exécutif accompli hors l'exercice de la juridiction pénale par un tribunal de l'État du for, les règles de l'immunité ne s'appliquent pas. On pourrait bien sûr dénoncer le caractère inamical d'une telle mesure et critiquer l'effet qu'elle risque de produire sur la qualité des relations entre l'État du for et l'État du représentant, on devrait même poser la question de savoir si la détention du représentant de l'État étranger n'a pas violé d'autres règles de droit international (en particulier, mais non pas exclusivement, les règles du droit international des droits de l'homme), il n'en reste pas moins que le régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État entendu au sens strict n'aurait aucun rapport avec ce type de détention. En tout état de cause, cette conclusion ne préjuge nullement d'un examen ultérieur de la question de l'immunité dans le cadre de l'exercice de la juridiction. Il faut donc garder à l'esprit qu'une fois que le représentant de l'État étranger détenu aura été produit devant le juge ou qu'une éventuelle demande d'*habeas corpus* aura été formée, le juge devra nécessairement examiner la question de savoir si l'immunité s'applique en l'espèce, puisqu'il est en présence d'un acte contraignant qui impose une mesure coercitive à un représentant d'un État étranger.

¹⁶³ Les règles relatives à l'inviolabilité de ces fonctionnaires et à leur protection contre l'arrestation et la détention sont clairement exposées aux par. 1 et 2 de l'article 41 et aux articles 71 et 72 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

¹⁶⁴ Voir le par. 3 de l'article 41, le par. 2 de l'article 44 et les articles 63 et 71 de la Convention.

¹⁶⁵ Voir l'article 42 de la Convention.

75. La situation est plus compliquée dans le cas d'une détention ne faisant pas suite à un mandat émis par un tribunal de l'État du for mais à une demande de coopération et d'entraide judiciaire internationale ou à un mandat d'arrêt international enregistré dans un système international de coopération policière. Dans ce cas, l'inviolabilité des personnes jouissant d'une forme ou d'une autre d'immunité personnelle ne fait pas de doute et reste indépendante de la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère. La réponse n'est toutefois pas aussi simple quand le représentant de l'État étranger ne jouit que de l'immunité *ratione materiae* et que la détention fait suite à un mandat d'arrêt émis par un organe judiciaire compétent d'un État tiers.

76. Bien qu'il soit très difficile d'imaginer que dans ce dernier cas il puisse y avoir détention sans la participation des tribunaux de l'État du for, la seule possibilité que se produise une telle situation – que l'on pense par exemple à une arrestation à la frontière – oblige à réfléchir à la question de l'enregistrement d'informations dans les bases de données internationales des organisations de coopération policière et à la mesure dans l'immunité de juridiction peut faire obstacle à cet enregistrement. C'est en particulier ce qui a motivé l'intérêt de l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) pour le sujet à l'examen, intérêt qu'elle a exprimé dans une lettre que le Directeur du service juridique de cette organisation a adressée à la Division de la codification¹⁶⁶.

77. Pour s'acquitter de ses fonctions, INTERPOL administre un réseau de communication sécurisé entre son Secrétariat général et des Bureaux centraux nationaux. Ce réseau diffuse des « notices rouges » (demandes d'arrestation d'une personne recherchée fondées sur un mandat d'arrêt ou une décision judiciaire délivrés par les autorités judiciaires du pays concerné), « notices bleues » (demandes de renseignements permettant de localiser ou d'identifier une personne et des renseignements complémentaires) et « diffusions » (informations générales sur des enquêtes en cours qui ne sollicitent pas de mesures spécifiques visant une personne donnée). Dans la lettre susmentionnée, INTERPOL dit s'être trouvée dans l'obligation de tenir compte dans ses opérations de la problématique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et en particulier de l'immunité du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères. Elle l'a fait à la lumière des règles et de la jurisprudence internationales et en application de l'article 3 de son propre statut¹⁶⁷, qui lui prescrit de mener ses activités de façon apolitique. Sa pratique en la matière semble varier en fonction du type d'enregistrement opéré dans ses bases de données (notices rouges, notices bleues et diffusions) et tenir compte de la distinction entre les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, ainsi que de la nature de l'acte ou de la décision des autorités nationales qu'il lui est demandé d'enregistrer.

78. Ainsi, en ce qui concerne notre sujet, INTERPOL s'abstiendrait de procéder à l'enregistrement – ou supprimerait l'enregistrement s'il a déjà été fait – de mandats d'arrêt visant un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères en exercice, dans la mesure où ces mandats entraînent l'adoption de mesures de contrainte contre un représentant de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae*. Bien que les informations communiquées par INTERPOL n'évoquent pas expressément la pratique suivie par cette organisation en ce qui concerne les représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione materiae*, nous devons mentionner que, selon des informations provenant de l'État intéressé, INTERPOL

¹⁶⁶ Cette lettre a été reçue le 7 mai 2010 et déposée dans les archives du secrétariat de la Commission.

¹⁶⁷ Statut de l'Organisation Internationale de police criminelle-Interpol (Vienne, 1956), I/CONS/GA/1956 (2017), consultable en ligne à l'adresse <https://www.interpol.int/fr/Media/Files/Legal-material/Reference-Documents/Statut-et-R%C3%A8glement-g%C3%A9n%C3%A9ral-de-l%E2%80%99O.I.P.C.-INTERPOL>.

aurait retiré de son fichier des mandats d'arrêt internationaux, le mandat précédemment émis par les tribunaux français contre M. Teodoro Nguema Obiang Mangue, vice-président de la Guinée équatoriale¹⁶⁸. Cette organisation aurait donc appliqué la règle qu'elle s'impose de ne pas inclure dans ses notices rouges – ou de supprimer si elles y figurent déjà – des informations relatives à une personne au sujet de laquelle il existe un différend entre les États intéressés sur la question de savoir si elle jouit de l'immunité ou non. Cela dit, il semble qu'INTERPOL conserve dans ses fichiers à vocation d'information (« diffusions ») des données concernant des représentants de l'État qui pourraient alimenter l'échange d'informations policières à des fins d'enquête.

79. En tout état de cause, nous tenons à souligner l'importance de ces procédures d'enregistrement d'informations pour la question de la coopération judiciaire internationale entre l'État du for et l'État du représentant qui sera examinée dans notre septième rapport.

3. Convocation à témoin

80. Comme dans le cas de l'arrestation ou de la détention d'un représentant d'un État étranger, le droit international conventionnel ne s'est intéressé, dans le cas de la convocation à témoin, qu'à la définition du régime applicable aux représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione personae*. Ainsi, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques stipule expressément, au paragraphe 2 de son article 31, que « [l]'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage », cette stipulation étant reprise telle quelle dans la Convention sur les missions spéciales¹⁶⁹ et dans la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel¹⁷⁰. Quant à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, s'il est vrai qu'elle envisage que les membres d'un poste consulaire puissent être appelés à répondre comme témoins¹⁷¹, elle n'en définit pas moins un modèle de défense de la fonction consulaire qui s'appuie essentiellement sur trois éléments : a) les membres du poste consulaire « ne sont pas tenus de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leurs fonctions et de produire la correspondance et les documents officiels y relatifs »¹⁷² ; b) s'ils déposent en qualité de témoins, « [l]'autorité qui requiert le témoignage doit éviter de [les] gêner dans l'accomplissement de [leurs] fonctions »¹⁷³ ; et c) si un fonctionnaire consulaire « refuse de témoigner, aucune mesure coercitive ou autre sanction ne peut lui être appliquée »¹⁷⁴.

81. Il est impossible cependant de trouver des normes internationales – conventionnelles ou coutumières – qui énoncent des règles générales concernant la convocation en qualité de témoin d'un représentant de l'État qui n'est pas protégé par les conventions précitées, pas même dans le cas du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères. De leur côté, les législations

¹⁶⁸ C'est ce qui ressort du mémoire de la République de Guinée équatoriale en l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)* qui est en cours devant la Cour internationale de Justice (voir le mémoire de la Guinée équatoriale, vol. I, p. 37, par. 3.44, et vol II, annexe 17).

¹⁶⁹ Article 31, par. 3.

¹⁷⁰ Article 30, par. 3, et article 60, par. 3.

¹⁷¹ Article 44, par. 1.

¹⁷² Article 44, par. 3. Ils ont également le droit de refuser de témoigner en tant qu'experts sur le droit national de l'État d'envoi.

¹⁷³ Article 44, par. 2.

¹⁷⁴ Article 44, par. 1. La Convention prévoit également que le fonctionnaire consulaire donne son témoignage à sa résidence ou au poste consulaire, ou encore par écrit, toutes les fois que cela est possible.

nationales relatives à l'immunité ne contiennent pas non plus, en règle générale, de dispositions spécifiques sur ce point¹⁷⁵.

82. Cela n'a pas empêché la Cour internationale de Justice de se prononcer sur ce point dans les affaires *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* et *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*.

83. La première de ces affaires correspond à une instance introduite par la République du Congo au sujet d'actes d'instruction et de poursuite accomplis en France dans le cadre d'une procédure engagée contre un ministre de l'intérieur accusé d'avoir commis diverses infractions à l'occasion de l'exercice de ses attributions relatives au maintien de l'ordre public dans son pays. Dans ce contexte, le juge d'instruction français avait demandé que le président Sassou Nguesso dépose comme témoin, ce à quoi la République du Congo s'était opposée en invoquant son immunité de juridiction. Bien que la Cour n'ait pas eu à se prononcer sur le fond en raison du désistement de la République du Congo, elle n'en a pas moins rendu une ordonnance dans laquelle elle a rejeté la mesure conservatoire demandée par ce pays, au motif que la demande de déposition écrite formulée par le juge d'instruction ne causait pas un préjudice irréparable à l'immunité de juridiction du président de la République du Congo¹⁷⁶. Il convient également de souligner qu'au cours de la procédure sur la demande de mesure conservatoire, tant la France que la République du Congo ont admis qu'une convocation à témoin n'était pas nécessairement contraire aux règles qui gouvernent l'immunité. La République du Congo en particulier a déclaré que « le juge d'instruction est libre d'entendre toute personne qui selon lui semble en mesure de fournir des éléments de preuve, et que ne saurait donc être exclue une initiative du juge tendant à étendre son instruction au président Sassou Nguesso, étant donné en particulier que celui-ci est visé dans les pièces qui sont à l'origine du réquisitoire »¹⁷⁷.

84. Plus claire encore est la conclusion à laquelle est parvenue la Cour en l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Là encore, se prononçant sur une convocation à témoin adressée au président de la République de Djibouti, la Cour « constate que la convocation adressée par le juge d'instruction français, le 17 mai 2005, 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 de l'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* »¹⁷⁸. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'est appuyée sur son arrêt précité en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, dans lequel, pour apprécier s'il y avait eu atteinte ou non à l'immunité de juridiction du Chef de l'État congolais, elle s'était imposé de vérifier si les autorités judiciaires de l'État du for l'avait soumis à un acte d'autorité contraignant.

¹⁷⁵ La loi espagnole relative aux privilèges et immunités accordés aux États étrangers, aux organisations internationales ayant leur siège ou des bureaux en Espagne et aux conférences et réunions internationales se tenant en Espagne (loi organique 16/2015 du 27 octobre 2015) dispose cependant que le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères en exercice ne sont pas obligés de déposer comme témoins devant les tribunaux espagnols (art. 22, par. 2).

¹⁷⁶ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, demande en indication de mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 102 sqq., en particulier les p. 109 et 110, par. 30 à 35.

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 32.

¹⁷⁸ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (voir la note 134 *supra*), p. 237, par. 171.

85. Comme on peut le constater, la solution retenue par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* a consisté non pas à reconnaître le droit abstrait d'un chef d'État à ne pas être convoqué comme témoin, mais à reconnaître qu'en l'espèce, aucune obligation de témoigner n'avait été imposée à l'intéressé. En conséquence, l'immunité de juridiction pénale étrangère ne fera obstacle à la convocation à témoin adressée à un chef d'État que dans la mesure où elle aura un caractère obligatoire et où le défaut de comparution exposerait le chef d'État intéressé à des mesures de contrainte. Dans le même arrêt, la Cour a souligné la situation spécifique dans laquelle se trouve le chef d'État en tant qu'il est investi d'une dignité particulière et qu'il représente l'État sur le plan international, si bien qu'il ne semble pas y avoir de raisons de ne pas étendre la même règle au chef de gouvernement et au ministre des affaires étrangères. On peut donc en conclure que tout acte d'autorité contraignant par lequel un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères est convoqué pour témoigner appartient à la catégorie des actes visés par l'immunité.

86. Par contre, il ne semble pas que cette conclusion puisse être étendue de façon automatique aux convocations à témoin adressées aux représentants de l'État étrangers qui ne jouissent que d'une immunité *ratione materiae*. Dans leur cas en effet, il faudra examiner également l'objet de la déposition sollicitée. Comme cette catégorie d'immunité est étroitement liée aux « actes accomplis à titre officiel », elle ne fera obstacle à la convocation à témoin du représentant d'un État étranger que si elle est obligatoire et que la déposition demandée concerne des actes de ce type.

87. Il existe un rapport étroit entre l'acte par lequel un témoignage est sollicité et la demande adressée au représentant d'un État étranger tendant à lui faire remettre ou communiquer à un tribunal des informations ou des documents qui se trouvent en sa possession. Dans ce cas également, l'acte du tribunal du for adressé au bénéficiaire d'une immunité *ratione personae* se heurtera automatiquement à ladite immunité, pour les mêmes raisons qui ont été exposées plus haut. Par contre, si l'acte du tribunal du for est adressé au bénéficiaire d'une immunité *ratione materiae*, la remise audit tribunal de documents qui sont en la possession d'un représentant de l'État étranger ne se heurtera en principe à l'immunité de juridiction pénale étrangère que s'il s'agit de documents de l'État du représentant et que ce dernier les a en sa possession en sa qualité de représentant. En effet, il est évident qu'il s'agit en l'espèce d'informations ou de documents de l'État qui, dans certains cas, peuvent même être protégés par les règles internationales de l'inviolabilité¹⁷⁹ et dont la qualité de documents officiels (et assimilables par conséquent, *mutatis mutandis*, à des « actes accomplis à titre officiel ») est incontestable. Néanmoins, même quand le document demandé n'est pas protégé par ces règles, l'immunité de juridiction *ratione materiae* peut faire obstacle à la demande adressée à un représentant d'un État étranger et tendant à lui faire remettre des documents ou communiquer des informations sur lesdits documents, si l'acte qui la contient revêt un caractère obligatoire et peut entraîner des mesures de contrainte contre le représentant de l'État ou si la demande d'informations ou de remise de documents porte sur des actes accomplis par ce représentant de l'État à titre officiel¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Ainsi, aux termes de l'article 24 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, « [I]es archives et documents de la mission sont inviolables à tout moment et en quelque lieu qu'ils se trouvent ». Voir de même la Convention sur les missions diplomatiques (art. 26) ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 25 et 55) ; et la Convention de Vienne sur les relations consulaires (art. 33 et 61).

¹⁸⁰ Sur cette question, on rappellera utilement qu'un certain nombre de lois relatives à l'immunité de l'État prévoient qu'un État étranger ne peut faire l'objet de sanctions au motif qu'il se serait refusé à remettre des documents qu'un tribunal de l'État du for lui aurait demandés, à lui ou à un de ses

88. Même si elle est liée à l'activité d'un tribunal international, la conclusion à laquelle est parvenue le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Blaškić*, en ce qui concerne la demande adressée à la Croatie et à son Ministre de la défense de fournir des informations et produire des documents concernant l'affaire et l'ordonnance enjoignant ensuite au Ministre de la défense de comparaître devant le Tribunal (*subpoena duces tecum*), présente un intérêt. En réponse à l'appel interjeté par la Croatie, la Chambre d'appel a déclaré que « d'après le droit international général aussi bien que d'après le Statut [du Tribunal] lui-même, les Juges ou les Chambres de première instance ne peuvent décerner d'ordonnances contraignantes aux responsables officiels des États » aux fins de la production de tels documents¹⁸¹. Après avoir souligné qu'il appartenait à l'État de déterminer sa structure interne¹⁸², elle a ajouté : « il est indéniable que les États, qui sont destinataires de telles obligations [de coopérer avec le Tribunal], disposent pour s'y conformer d'une relative liberté au plan du choix des personnes responsables et des modalités d'exécution. Il appartient à chaque État concerné de déterminer les organes internes pertinents et compétents pour l'exécution de l'ordonnance¹⁸³ » Cela ne l'a toutefois pas empêché de conclure que le Tribunal pouvait aussi notifier aux responsables officiels l'ordonnance adressée à l'État aux fins de la production de documents, pour information¹⁸⁴.

89. Enfin, il convient de souligner que les questions de comparution d'un représentant de l'État en tant que témoin et de demande de production de documents (ou d'informations à leur sujet) faite par un tribunal étranger suscitent également des questions touchant la coopération entre l'État du for et l'État du représentant et les garanties d'un procès équitable, qui devront être examinés dans le septième rapport.

4. Mesures conservatoires

90. La dernière catégorie d'actes à examiner est celle des mesures de nature conservatoire que prend un tribunal dans le cadre d'un procès pénal, notamment avant qu'une personne ne soit mise en accusation ou poursuivie. Normalement, de telles mesures peuvent entraver la liberté de mouvement du représentant étranger (saisie du passeport ou d'autres documents de voyage, ordre de se présenter régulièrement devant les tribunaux ou autorités de l'État du for) ou la saisie de ses biens se trouvant sur le territoire de l'État du for. Là encore, la question de l'incidence de l'immunité sur ces actes appelle une réponse différente selon que nous pensons être en présence d'une immunité *ratione personae* ou *ratione materiae*.

91. En ce qui concerne les mesures conservatoires touchant la personne, il n'est pas possible de trouver de règles spéciales ni de pratique des États. On pourrait cependant appliquer à ces mesures, *mutatis mutandis*, les considérations émises précédemment

représentants. Voir *State Immunity Act* (Royaume-Uni, 1978), art. 13, par. 1; *State Immunity Ordinance* (Pakistan, 1981), art. 14, par. 1; *Foreign States Immunities Act* (Australie, 1985), art. 39; *State Immunity Act* (Canada, 1985), art. 13; *State Immunity Act* (Singapour, 1979, 2014), art. 15, par. 1; *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State* (Japon, 2009), art. 22; Loi organique 16/2005 (Espagne, 2009), art. 56, par. 1.

¹⁸¹ *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, affaire n° IT-95-14, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, du 29 octobre 1997, par. 43.

¹⁸² *Ibid.*, par. 41.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 43. Le Tribunal appelle l'attention non seulement sur le fondement juridique de sa décision mais aussi sur ses raisons pratiques, notamment les difficultés dues au fait que l'État peut interdire au responsable officiel assigné à comparaître de se présenter devant le Tribunal et le risque que ce responsable refuse de comparaître alors même que ses autorités entendent coopérer avec le Tribunal (*ibid.*, par. 44).

¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 45.

à propos de la détention ou de l'arrestation car même si ces mesures n'entraînent manifestement pas de privation de la liberté du représentant de l'État, elles ont un effet similaire, dans la mesure où elles réduisent considérablement sa liberté de mouvement et lui ôtent la possibilité de quitter le territoire de l'État du for.

92. En revanche, l'analyse des mesures conservatoires de saisie même provisoire des biens du représentant étranger est plus complexe. Là encore, il convient d'établir une distinction selon que s'applique l'immunité *ratione personae* ou l'immunité *ratione materiae*.

93. Dans le cas de l'immunité *ratione personae*, il faut d'abord garder à l'esprit que les conventions régissant tout type d'immunité personnelle contiennent généralement une interdiction de prendre des mesures d'exécution à l'encontre des personnes jouissant de cette immunité et notamment de saisir les biens du représentant étranger. Ainsi, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose, au paragraphe 3 de son article 31, qu'« [a]ucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique, sauf dans les cas prévus aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 du [même] article, et pourvu que l'exécution puisse se faire sans qu'il soit porté atteinte à l'inviolabilité de sa personne ou de sa demeure¹⁸⁵ ». Elle consacre également l'inviolabilité de la résidence personnelle du représentant de l'État, de son courrier et de ses biens¹⁸⁶.

94. Même si les dispositions susmentionnées concernent des régimes spéciaux d'immunité *ratione personae* qui sortent du champ d'application du présent projet d'articles, rien ne semble empêcher que la même règle s'applique aux biens du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères. À cet égard, l'Institut de droit international a pris position sur la question dans sa résolution de 2001, intitulée « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », dans laquelle elle a reconnu « l'immunité d'exécution »¹⁸⁷, tout en établissant un régime spécial applicable aux biens du chef d'État ou de gouvernement, en vertu duquel « [l]es avoirs personnels du chef d'État qui sont localisés dans le territoire d'un autre État ne peuvent y être saisis ni y faire l'objet d'une quelconque mesure d'exécution forcée, sauf pour donner effet à un jugement prononcé contre lui et passé en force de chose jugée. Toutefois, ces avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie ou mesure d'exécution lorsque ce chef d'État se trouve sur le territoire du for dans l'exercice de ses fonctions officielles¹⁸⁸ ». Ce régime conservatoire n'empêche cependant pas l'État du for « de prendre à [l']égard [de ces biens] les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit¹⁸⁹ ». En revanche, il convient également de souligner que plusieurs lois sur l'immunité de l'État comportent des dispositions similaires sur l'inviolabilité des biens ou l'immunité d'exécution des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères¹⁹⁰.

¹⁸⁵ On trouve des dispositions similaires dans la Convention sur les missions spéciales (art. 31) et dans la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 30 and art. 60, par. 2).

¹⁸⁶ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 30) ; la Convention sur les missions spéciales (art. 30) ; et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 29 et 59).

¹⁸⁷ Voir *supra* note 83 (art. 6 de la résolution).

¹⁸⁸ *Ibid.*, art. 4, par. 1.

¹⁸⁹ *Ibid.*, art. 4, par. 2.

¹⁹⁰ Voir *Foreign States Immunities Act* (Afrique du Sud, 1981), art. 14, par. 1; *Foreign States Immunities Act* (Australie, 1985), art. 30; *State Immunity Act* (Canada, 1985), art. 12; Loi organique 16/2015 (Espagne, 2015), art. 21, par. 2, et art. 22, par. 1.

95. Toutefois, dans le cas de personnes jouissant de l'immunité *ratione materiae*, la réponse doit être beaucoup plus nuancée. Tout d'abord, en ce qui concerne les mesures touchant la liberté de mouvement, il ne fait en principe aucun doute qu'elles imposent des obligations au représentant étranger et qu'elles constituent des mesures coercitives. Elles peuvent donc être affectées par l'immunité de juridiction pénale si leur exécution empêche le représentant étranger de s'acquitter de ses fonctions étatiques. Il convient toutefois de procéder à une analyse au cas par cas.

96. En ce qui concerne la saisie conservatoire, il convient de déterminer si les biens visés appartiennent au représentant de l'État ou sont des biens de l'État dont il a la garde et, dans ce second cas, s'ils sont couverts par l'immunité de l'État. S'il s'agit de biens de l'État, il ne fait aucun doute en principe qu'une ordonnance de saisie de ces biens (même à titre conservatoire) pourrait porter atteinte à l'immunité de l'État, que ce soit en termes généraux ou au regard de dispositions spéciales portant inviolabilité et immunité des locaux diplomatiques et des biens afférents. Cependant, s'il s'agit de biens appartenant au représentant de l'État, on peut difficilement affirmer qu'une ordonnance de saisie ou de confiscation des biens serait affectée par l'immunité, puisqu'on peut difficilement conclure qu'il s'agit d'une mesure coercitive prise contre le représentant de l'État ou qu'elle l'empêche de bien s'acquitter de ses fonctions étatiques. À cet égard, nous tenons à souligner que dans son deuxième rapport, notre prédécesseur, M. Kalodkin, répondant à la question « la saisie de [...] biens personnels – tels que [des] comptes bancaires (si, par exemple, ils sont utilisés dans des opérations illicites) ou [d'une] automobile (si, par exemple, elle a servi à commettre une infraction présumée) – est-elle licite ? », a déclaré que « de tels actes sont licites¹⁹¹ ».

D. Détermination de l'immunité

97. La dernière question de portée générale à examiner en ce qui concerne la notion de juridiction est la détermination de l'immunité, en particulier la désignation de l'organe compétent dans l'État du for pour décider si un représentant d'un État étranger peut jouir de l'immunité de juridiction pénale.

98. Pour commencer, étant donné que l'application de l'immunité de juridiction aura pour conséquence de paralyser la juridiction compétente, il paraît évident d'en conclure que cette compétence revient aux organes judiciaires de la juridiction concernée¹⁹². Ce sont donc les tribunaux de l'État du for qui seront compétents pour rendre une décision finale sur la question, même s'il est également envisageable que d'autres magistrats que des juges, notamment des procureurs, puissent prendre cette décision s'ils sont chargés de l'enquête ou de l'instruction et si dans ce cadre la

¹⁹¹ A/CN.4/631, par. 42, note 92.

¹⁹² C'est ce qu'on déduit, par exemple, des observations écrites de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France, du Mexique, des Pays-Bas, de la Suisse et de la Tchèque. Pour l'Allemagne, c'est la conséquence logique du fait que tout organe judiciaire doit s'assurer de sa compétence concernant une affaire donnée avant d'exercer sa juridiction. La France a exprimé la même opinion dans l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* note 134), affirmant qu'il revenait « à la justice de chaque pays » de se prononcer au cas par cas (par. 189). La Cour internationale de Justice ne s'est pas prononcée expressément sur cette affirmation, elle a noté, en rejetant les prétentions de Djibouti concernant l'immunité du Procureur général et du Chef de la sécurité nationale, qu'il « n'a[vait] 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 » (par. 191). On peut en déduire que la Cour a reconnu la compétence de la juridiction concernée (la Cour elle-même) pour ce qui est de déterminer si les conditions nécessaires à l'application de l'immunité de juridiction sont remplies.

question de l'immunité se pose à propos de certains des actes visés à la section précédente¹⁹³. Quoiqu'il en soit, il convient de garder à l'esprit que la décision rendue par ces autres magistrats sera le plus souvent susceptible de recours devant les tribunaux, qui devront donc rendre la décision finale¹⁹⁴. En tout état de cause, la désignation des tribunaux de l'État du for comme organes compétents doit s'entendre de manière générale car la compétence pour statuer dans une affaire donnée dépendra exclusivement de l'organisation judiciaire de l'État du for (appareil judiciaire) et du système de recours prévu dans ses lois de procédure.

99. Cependant, même si la compétence des tribunaux de l'État du for en matière d'immunité est établie, cela ne signifie pas nécessairement que d'autres entités ou autorités de l'État ne puissent formuler des avis à ce sujet et contribuer ainsi avec les tribunaux à la détermination de l'immunité. Cette coopération peut prendre diverses formes, qu'il s'agisse de recourir à des mécanismes généraux ou à des instruments ad hoc créés spécialement aux fins d'examiner l'immunité de juridiction.

100. L'instrument le plus connu est sans aucun doute le système des « recommandations d'immunité », appliqué aux États-Unis en tant qu'institution de *common law* dans le cadre de la détermination de l'immunité des représentants d'un État étranger¹⁹⁵. Il permet au Département d'État de savoir aux tribunaux des États-Unis, par l'intermédiaire du Département de la justice, s'il estime qu'un représentant d'un État étranger doit ou non bénéficier de l'immunité¹⁹⁶. En général,

¹⁹³ La possibilité que le procureur détermine l'immunité semble avoir amené les Pays-Bas à affirmer dans leurs observations écrites qu'il y avait peu de pratique pertinente concernant l'invocation de l'immunité car le procureur commençait en principe par déterminer si une forme d'immunité s'appliquait avant d'engager l'action pénale. L'Allemagne et le Mexique font également référence à la prise en considération de l'immunité par le procureur. Dans le cas de l'Autriche, si le procureur général, à l'issue de l'enquête préliminaire, aboutit à la conclusion qu'il peut exister une forme d'immunité applicable, il doit informer le Ministère de la justice des faits de l'espèce et des mesures qu'il compte prendre.

¹⁹⁴ Voir par exemple l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C* (*supra* note 141), dans laquelle la décision du Ministère public d'engager des poursuites contre M. Nezzar a fait l'objet d'un recours devant le Tribunal pénal fédéral suisse (BB 2011.140). Dans le cas de la Tchéquie, le Code de procédure pénale dispose qu'en cas de doute sur la compétence d'un tribunal, la question est tranchée par la Cour suprême à l'initiative de l'intéressé, du procureur ou du tribunal compétent (voir observation).

¹⁹⁵ L'application du système de la « recommandation d'immunité » dans les procédures visant des représentants d'État étrangers s'est renforcée à partir de l'affaire *Samantar v. Yousuf*, États-Unis, 130 S Ct. 2278 (2010). En ce qui concerne la position adoptée antérieurement par les tribunaux des États-Unis, voir l'affaire *Chuidian v. Philippine National Bank*, États-Unis, 912 F.2d 1095 (neuvième circuit, 1990), *International Law Reports*, vol. 92, p. 480. En ce qui concerne les changements intervenus dans la manière dont les tribunaux américains traitent l'immunité des représentants de l'État, voir, entre autres, J. B. Bellinger III, « The dog that caught the car: observations on the past, present, and future approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, n° 4 (octobre 2011), p. 819 à 835 ; H. Hongju Koh, « Foreign official immunity after *Samantar*: a United States Government perspective », *ibid.*, vol. 44, n° 5 (novembre 2011), p. 1141 à 1161 ; C. I. Keitner, « Annotated brief of professors of public international law and comparative law as Amici Curiae in support of respondents in *Samantar v. Yousuf* », *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, n° 3 (quatrième trimestre 2011), p. 609 à 632 ; C.D. Totten, « Head-of-State and foreign official immunity in the United States after *Samantar*: a suggested approach », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n° 2 (janvier 2011), p. 332 à 383 ; C. de Castro Sánchez et T. Marcos Martín, « A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el asunto *Yousef v. Samantar*? », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 507 à 524.

¹⁹⁶ À propos de la pratique du Département d'État concernant les recommandations d'immunité, voir E.E. Smith, « Immunity games: how the State Department has provided courts with a post-*Samantar* framework for determining foreign official immunity », *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, n° 2 (mars 2014), p. 569 à 608.

les tribunaux acceptent ces recommandations, considérant qu'interviennent dans la détermination de l'immunité de certains représentants d'États étrangers, en particulier les chefs d'État, des éléments de politique étrangère qu'il appartient au pouvoir exécutif d'apprécier. Ce n'est que si le Département d'État ne formule pas de recommandation que les tribunaux examinent sur le fond la question de l'immunité.

101. Toutefois, même si les tribunaux suivent souvent les recommandations d'immunité, on ne saurait dire que cette institution les prive de toute compétence de se prononcer sur l'immunité des représentants d'États étrangers, premièrement parce qu'au sens strict la recommandation ne remplace pas formellement la décision judiciaire, qui consiste alors en l'acceptation par les tribunaux de l'appréciation faite par le Département d'État, et deuxièmement parce que même si les tribunaux acceptent généralement le bien-fondé de la « recommandation d'immunité », cela ne les empêche pas d'apprécier parfois eux-mêmes si les conditions de fond sont réunies pour accorder qu'un représentant d'État étranger bénéficie de l'immunité¹⁹⁷.

102. Outre le système de la « recommandation d'immunité », il convient de souligner que d'autres mécanismes existent en particulier dans les pays de *common law*, permettant au ministre des affaires étrangères de produire des certificats qui doivent être considérés comme décisifs par les tribunaux appelés à se prononcer sur l'immunité dans un cas précis. Ces certificats contiennent notamment la confirmation qu'une personne jouit du statut de chef d'État ou de chef de gouvernement¹⁹⁸. On notera cependant que les tribunaux sont uniquement tenus d'accepter la validité de cette confirmation mais que celle-ci n'a aucun autre effet sur la détermination de l'immunité de juridiction.

103. Enfin, notons qu'il existe d'autres règles permettant aux tribunaux de demander l'avis d'organes de l'administration afin de se prononcer sur l'immunité. En Autriche, le règlement sur l'extradition et l'entraide en matière pénale impose au tribunal ayant des doutes sur l'immunité de juridiction pénale d'une personne de demander l'avis du Ministère de la justice, qui précise le statut de l'intéressé en consultation avec le Ministère des affaires étrangères¹⁹⁹. En Espagne, le Ministère des affaires étrangères et de la coopération peut établir des rapports sur des questions relatives à l'immunité de juridiction des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères à la demande des tribunaux compétents, qui doivent à cette fin l'informer de toute procédure engagée contre un État étranger²⁰⁰.

104. Cela étant, il convient de souligner que dans certains États, les organes de l'Administration ne sont pas habilités à communiquer leur avis aux tribunaux ou ne peuvent le faire que sur demande, la transmission de toute autre information ou opinion pouvant être considérée comme une ingérence non autorisée²⁰¹.

¹⁹⁷ Voir à cet égard *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (quatrième circuit, 2012). Bien que dans cette affaire le Département d'État se soit prononcé contre l'immunité, le tribunal a déclaré que la recommandation n'était pas contraignante et a examiné l'affaire quant au fond, concluant qu'il y avait une tendance croissante, en droit international, à ne pas accorder l'immunité à un représentant de l'État ayant commis des actes contraires aux normes de *jus cogens*, indépendamment du fait que ces actes puissent également être attribués à l'État.

¹⁹⁸ Voir *State Immunity Act* (Royaume-Uni, 1978), art. 21 *a* ; *State Immunity Act* (Singapour, 1979, 2014), art. 18 ; *Foreign States Immunities Act* (Afrique du Sud, 1981), art. 17 ; *State Immunity Ordinance* (Pakistan, 1981), art. 18 ; *Foreign States Immunities Act* (Australie, 1985), art. 40 ; Loi sur l'immunité des États (Canada, 1985), art. 14.

¹⁹⁹ Voir la section 57 du Règlement.

²⁰⁰ Cette communication aura pour seule fin de lancer l'élaboration du rapport. Voir la loi organique 16/2015, art. 52, faisant référence à la loi 29/2015 sur la coopération juridique internationale en matière civile, art. 27, par. 2.

²⁰¹ Voir à cet égard les observations écrites de l'Allemagne.

105. Cependant, il est évident que dans certains cas la détermination de l'immunité peut se heurter à des difficultés pratiques, en particulier dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, puisque le juge doit confirmer que sont réunis les critères normatifs de son application, à savoir : que l'intéressé est un représentant d'un État étranger, qu'il a accompli les actes concernés à titre officiel et qu'il les a accomplis pendant son mandat. Parfois, le tribunal de l'État du for ne peut apprécier seul ces éléments car il lui faut des informations complémentaires que peuvent lui fournir les autorités mêmes de l'État du for ou l'État du représentant. Les informations reçues de l'État du représentant sont évidemment utiles mais on ne saurait en conclure qu'elles lient le tribunal chargé de se prononcer sur l'immunité.

106. La question de la validité de l'information fournie par l'État du for en ce qui concerne le statut de représentant de l'État et le caractère officiel des actes accomplis n'est régie par aucune norme internationale et n'a pas fait l'objet de décisions de juridictions internationales. Cependant, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion d'émettre un avis dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. En l'espèce, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a affirmé qu'en vertu de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, lui seul avait seul qualité pour déterminer si le rapporteur spécial était un expert en mission et si l'entretien qui avait mené à son procès devait être qualifié d'acte réalisé dans l'exercice de ses fonctions²⁰². Bien qu'ayant déclaré ne pas pouvoir se prononcer sur ce point, qui ne figurait pas dans la question posée par le Conseil économique et social, la Cour a conclu que : « le Secrétaire général, en sa qualité de plus haut fonctionnaire de l'Organisation, a la responsabilité principale de la protection des intérêts de celle-ci ; à ce titre, il lui incombe d'apprécier si ses agents ont agi dans le cadre de leurs fonctions et, lorsqu'il conclut par l'affirmative, de protéger ces agents, y compris les experts en missions, en faisant valoir leur immunité »²⁰³. Elle n'en a toutefois pas conclu au caractère absolu de la compétence du Secrétaire général ni à l'opposabilité absolue de ses avis face aux actes des tribunaux d'un État membre. Elle s'est limitée à qualifier cet avis de « présomption qui ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux » et d'affirmer que « les tribunaux nationaux doivent donc lui accorder le plus grand poids »²⁰⁴, établissant ainsi un équilibre entre les intérêts de l'État du for et ceux de l'Organisation.

107. Cette position peut aisément s'appliquer au sujet qui nous intéresse. Nous concluons donc (comme notre prédécesseur, M. Kolodkin) que « le tribunal étranger (pas plus que les autres autorités de l'État du for) n'est en effet pas tenu d'« accepter aveuglément » la déclaration de l'État de l'intéressé. Cependant, à moins que le contraire ne découle à l'évidence des circonstances de l'espèce, il ne peut pas méconnaître une telle déclaration »²⁰⁵. Il ne fait aucun doute que l'information fournie par l'État du représentant aura une grande importance dans la détermination de l'immunité et devra donc également être examinée dans le septième rapport, sous l'angle de la coopération.

108. Au vu de ce qui précède, nous devons pour terminer examiner la détermination de l'immunité d'un point de vue technique. À cet égard, notons que le tribunal de l'État du for doit prendre en considération différents éléments pour se prononcer, selon qu'il s'agit d'une immunité *ratione personae* ou d'une immunité *ratione materiae*. Dans le cas de l'immunité *ratione personae*, il suffit qu'il détermine si la

²⁰² *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (voir *supra* note 130), p. 80, par. 33.

²⁰³ *Ibid.*, p. 87, par. 60.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 61.

²⁰⁵ [A/CN.4/646](#) (troisième rapport, 2011), par. 30.

personne sur laquelle s'exercerait la juridiction pénale appartient à la catégorie des chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères et si elle était en fonctions au moment où il se prononce. Par contre, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, il doit déterminer en premier lieu si l'intéressé est un représentant de l'État (ou ancien chef d'État, ancien chef de gouvernement ou ancien ministre des affaires étrangères) et s'il a accompli les actes en cause à titre officiel et alors qu'il était en fonctions. En outre, le tribunal doit déterminer si ces actes relèvent de l'une des catégories de crimes de droit international auxquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ne s'applique pas. Ce n'est qu'après avoir examiné ces éléments que le tribunal de l'État du for pourra déterminer si le représentant d'État étranger bénéficie ou non de l'immunité de juridiction pénale.

Chapitre III

Programme de travail futur

109. Comme nous l'avons dit plus haut, nous nous proposons de présenter en 2019 un septième rapport dans lequel nous terminerons l'examen des questions de procédure. Ce rapport portera en particulier sur les questions touchant plus directement ce que l'on peut considérer comme des garanties de procédure concernant tant l'État du représentant que le représentant lui-même. Nous devons donc y examiner les questions suivantes : invocation de l'immunité, renonciation à l'immunité, communication entre l'État du for et l'État du représentant, transmission d'informations par l'État du représentant, coopération et entraide judiciaire internationale entre l'État du représentant et l'État du for, et garanties et droits reconnus au représentant d'État étranger en matière de procédure. Nous devons y examiner également les questions relatives à la coopération des États avec les juridictions pénales internationales et à l'incidence que cette coopération pourrait avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère. Enfin, nous nous proposons de présenter dans le septième rapport les projets d'article issus de l'examen effectué dans le présent rapport et de celui qui le sera dans le septième rapport, afin que la Commission puisse les examiner ensemble compte tenu du lien étroit entre eux.

110. Sauf imprévu, avec ce septième rapport, nous terminerons l'examen des questions figurant au programme de travail original concernant le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Nous espérons que la Commission sera en mesure de conclure l'examen de ce sujet et d'approuver le projet d'articles en première lecture en 2019.

Annexe

Projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission

Première partie Introduction

Projet d'article 1. Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.
2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

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 ;
- f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.

Deuxième partie* Immunité *ratione personae*

Projet d'article 3. Bénéficiaires de l'immunité ratione personae

Les 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.

Projet d'article 4. Portée de l'immunité ratione personae

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.
3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

* La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session.

Troisième partie*
Immunité *ratione materiae*

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.

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

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Projet d'article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :
 - a) Crime de génocide ;
 - b) Crimes contre l'humanité ;
 - c) Crimes de guerre ;
 - d) Crime d'apartheid ;
 - e) Torture ;
 - f) Disparitions forcées.
2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

* La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session

Annexe

Liste des traités auxquels il est fait référence au paragraphe 2 du projet d'article 7

Crime de génocide

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 6 ;
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948), article II.

Crimes contre l'humanité

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 7.

Crimes de guerre

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 8, paragraphe 2.

Crime d'apartheid

- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973), article II.

Torture

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984), article 1, paragraphe 1.

Disparitions forcées

- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), article 2.