



Assemblée générale

Distr. générale
24 mai 2011
Français
Original : russe

Commission du droit international

Soixante-troisième session

Genève, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011

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

Roman Kolodkin, Rapporteur spécial



Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Aspects procéduraux de l'immunité.....	7
A. Moment où la question de l'immunité est examinée	7
B. Invocation de l'immunité	8
C. Renonciation à l'immunité	21
D. L'État peut-il invoquer l'immunité de son représentant après y avoir renoncé?	33
III. Immunité du représentant de l'État et responsabilité de l'État du représentant	34
IV. Résumé.....	38

I. Introduction

1. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission du droit international (ci-après dénommée « la Commission ») a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé un rapporteur spécial¹. À cette même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet².

2. À sa soixantième session (2008), la Commission a examiné un rapport préliminaire sur le sujet (ci-après dénommé « le rapport préliminaire »)³. Elle était également saisie d'un mémorandum du Secrétariat⁴ (ci-après dénommé « le mémorandum du Secrétariat ») sur le sujet. À sa soixante et unième session (2009), n'ayant pas reçu de rapport, la Commission n'a pu examiner le sujet.

3. Le deuxième rapport établi par le Rapporteur spécial (ci-après dénommé « le deuxième rapport ») a été communiqué au Secrétariat durant la soixante-deuxième session (2010) de la Commission, qui n'a pu l'examiner⁵.

4. Le rapport préliminaire présentait un bref historique de l'examen du sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère auquel avaient procédé la Commission et l'Institut de droit international (ci-après dénommé « l'Institut »), et abordait une série de questions que la Commission devait examiner au stade préliminaire de ses travaux, parmi lesquelles les sources de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère; les notions d'« immunité », de « juridiction », de « juridiction pénale », d'« immunité de juridiction pénale » et le rapport entre immunité et juridiction; la typologie de l'immunité des représentants de l'État (immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*); la raison d'être de l'immunité des représentants de l'État et le rapport entre l'immunité de ces représentants et l'immunité des membres des missions spéciales⁶.

5. Par ailleurs, le rapport préliminaire mettait en évidence les questions que la Commission devait examiner de l'avis du Rapporteur spécial, pour délimiter le champ du sujet, à savoir la question de savoir si tous les représentants de l'État ou seulement certains d'entre eux (par exemple, les seuls chefs d'État ou de gouvernement et ministres des affaires étrangères) devaient être visés par les futurs projets de principes directeurs ou d'articles que la Commission pourrait élaborer à l'issue de l'examen du sujet; la définition du terme « représentant de l'État »; le rôle

¹ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 379). Au paragraphe 7 de sa résolution 62/66, du 6 décembre 2007, l'Assemblée générale a noté que la Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission l'a inscrit à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), suivant en cela la recommandation figurant à l'annexe A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 257).

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 386.

³ A/CN.4/601.

⁴ A/CN.4/596 et Corr.1.

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 343.

⁶ Rapport préliminaire, par. 27 à 101.

de la reconnaissance dans le contexte du sujet à l'étude et l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État⁷.

6. Le Rapporteur spécial estimait aussi qu'il faudrait, pour délimiter le champ du sujet, examiner la question de l'étendue de l'immunité dont devaient bénéficier les représentants et anciens représentants de l'État auxquels s'appliqueraient les futurs projets de principes directeurs ou d'articles et celle de la levée de l'immunité (et, le cas échéant, d'autres aspects procéduraux de l'immunité)⁸.

7. Les conclusions que le Rapporteur spécial a tirées de l'analyse conduite dans le rapport préliminaire figurent aux paragraphes 102 et 130⁹.

⁷ Ibid., par. 125 à 129.

⁸ Ibid., par. 4.

⁹ « 102. a) L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère trouve sa source principale dans le droit international, en particulier le droit international coutumier; b) Juridiction et immunité sont deux notions voisines mais différentes. Dans le contexte du sujet à l'étude, on s'intéressera ici à la seule question de l'immunité, à l'exclusion de celle de la juridiction en tant que telle;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Dans le deuxième rapport, le Rapporteur spécial s'est intéressé aux questions suivantes : l'étendue de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, en règle générale, y compris l'immunité *ratione materiae* dont bénéficient normalement tous les représentants et anciens représentants de l'État¹⁰, et l'immunité *ratione personae*, dont ne bénéficient que quelques hauts représentants en exercice¹¹; les actes de l'État du for auxquels l'immunité fait obstacle¹²; le champ d'application territoriale de l'immunité du représentant de l'État¹³; l'existence éventuelle d'exceptions à la règle consacrant l'immunité, en particulier dans le cas où le représentant de l'État commet des crimes graves au regard du droit international¹⁴.

9. Les conclusions générales que le Rapporteur spécial a tirées de l'analyse conduite dans le deuxième rapport figurent au paragraphe 94¹⁵.

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

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

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

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

¹⁰ Deuxième rapport, par. 21 à 34.

¹¹ Ibid., par. 35 à 37.

¹² Ibid., par. 38 à 51.

¹³ Ibid., par. 52 et 53.

¹⁴ Ibid., par. 54 à 93.

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

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

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

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

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

10. Par conséquent, ce sont des aspects substantiels, autrement dit de fond, de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère qui ont été examinés dans le rapport préliminaire et le deuxième rapport. Le troisième rapport s'intéresse aux aspects procéduraux du sujet. En outre, comme il ressort de l'étude

- f) L'immunité *ratione materiae* s'étend aux excès de pouvoir des représentants de l'État et à leurs actes illicites;
- g) L'immunité *ratione materiae* ne concerne pas les actes commis par un représentant de l'État avant son entrée en fonctions; elle protège les anciens représentants de l'État pour les actes qu'ils ont accomplis en qualité d'agent de l'État lorsqu'ils étaient en fonctions;
- h) La nature de la présence du représentant ou de l'ancien représentant de l'État à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'a guère d'incidence sur son immunité *ratione materiae*. Il semble qu'un représentant de l'État jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes qu'il a accomplis en qualité d'agent de l'État indépendamment du fait qu'il se trouve à l'étranger en visite officielle ou à titre personnel;
- i) L'immunité *ratione personae* dont bénéficie un cercle étroit de hauts représentants de l'État s'étend aux actes illicites accomplis par un représentant tant à titre officiel qu'à titre privé, y compris avant son entrée en fonctions. C'est ce qu'on appelle l'immunité absolue;
- j) Étant liée à une haute fonction déterminée, l'immunité personnelle est par essence temporaire et prend fin lorsque cette fonction n'est plus exercée. Ni le fait que le représentant ait accompli les actes à propos desquels la compétence est exercée en dehors de l'exercice de ses fonctions ni la nature de son séjour à l'étranger, notamment sur le territoire de l'État du for, n'ont d'incidence sur son immunité *ratione personae*;
- k) L'étendue de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère dépend du grade du poste occupé. Tous les représentants de l'État bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel. Seuls certains hauts représentants de l'État jouissent en outre de l'immunité pour les actes accomplis à titre personnel. L'étendue de l'immunité des anciens représentants de l'État est la même quel que soit le grade du poste qu'ils occupaient lorsqu'ils étaient en fonctions. Ils bénéficient de l'immunité pour les actes qu'ils effectuent à titre personnel pendant la durée de leur mandat;
- l) Lorsque des accusations sont portées contre un représentant étranger (auteur présumé d'une infraction, suspect, etc.), seules ne peuvent être prises à son encontre les mesures de procédure pénale restrictives qui l'empêchent de s'acquitter de ses fonctions en lui imposant une obligation juridique s'il jouit a) d'une immunité *ratione personae* ou b) d'une immunité *ratione materiae* si ces mesures concernent une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de fonctions officielles. De telles mesures ne peuvent être prises à l'encontre d'un représentant étranger cité comme témoin dans une procédure pénale si celui-ci jouit a) d'une immunité *ratione personae* ou b) d'une immunité *ratione materiae*, s'il est cité à comparaître en qualité de témoin à propos d'actions officielles qu'il aurait exécutées lui-même, ou d'actes dont il aurait eu connaissance du fait de l'exercice de ses fonctions officielles;
- m) L'immunité s'étend à la période pendant laquelle le représentant se trouve à l'étranger ainsi que pendant la durée de son séjour sur le territoire de l'État au service duquel il se trouve (trouvait). Les mesures de procédure pénale qui imposent une obligation à un représentant étranger enfreignent l'immunité dont il bénéficie, que celui-ci se trouve à l'étranger ou sur le territoire de son propre État. Il y a manquement à l'obligation de ne pas prendre ces mesures à l'encontre d'un représentant étranger dès lors qu'une telle mesure est prise et non pas uniquement si le représentant à l'encontre duquel elle a été prise se trouve à l'étranger;
- n) Les divers arguments avancés pour justifier les exceptions à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère ne sont pas suffisamment convaincants;
- o) On ne peut guère parler d'exceptions à l'immunité en tant que norme du droit coutumier de même qu'on ne peut pas formellement affirmer l'existence d'une tendance à l'émergence d'une telle norme;
- p) Le cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel l'infraction présumée a été commise et où cet État n'a consenti ni à l'accomplissement sur son territoire des actions à l'origine de l'infraction ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée constitue un cas particulier. Il semble dans ce cas qu'on dispose de motifs suffisants pour parler d'absence d'immunité. »

du sujet, la question de l'articulation entre le recours, par tel État, au principe d'immunité de son représentant et la responsabilité de cet État pour l'acte illicite commis par son représentant au sujet duquel la question de l'immunité est soulevée, mérite également attention et sera traitée dans le présent rapport.

II. Aspects procéduraux de l'immunité

A. Moment où la question de l'immunité est examinée¹⁶

11. Dans la pratique, les autorités de l'État doivent souvent examiner la question de l'immunité de juridiction pénale du représentant d'un autre État alors qu'elles envisagent uniquement de prendre des mesures le concernant. À ce moment, l'État au service duquel l'intéressé se trouve (ou se trouvait) n'est généralement pas encore au fait de la situation. Dans de nombreux cas, les premières mesures prises dans le cadre d'une instance pénale ne sont pas des mesures auxquelles l'immunité fait obstacle¹⁷. L'État du for n'est alors pas obligé d'examiner la question de l'immunité et ne saurait être tenu de le faire. Néanmoins, la question de l'immunité de juridiction pénale du représentant de l'État doit en principe être examinée soit au tout début de l'instance soit encore plus tôt, au stade précontentieux, lorsque l'État du for envisage de prendre, à l'endroit du représentant d'un autre État, des mesures auxquelles son immunité ferait obstacle. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en l'affaire *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit : « Les questions d'immunité sont des questions préliminaires qui doivent être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis*. C'est là un principe du droit généralement reconnu [...] »¹⁸. Appelé à émettre un mandat d'arrêt à l'encontre du général Shaul Mofaz, Ministre israélien de la défense, un juge de district britannique a déclaré ce qui suit : « Le requérant a avancé que si le général jouit d'une immunité quelconque [...], la question doit en être soulevée à la première audience qui suit la délivrance du mandat d'arrêt. Je ne suis pas de cet avis; j'estime en effet que l'immunité de l'État est l'une des questions que je dois examiner. »¹⁹ En principe,

¹⁶ Voir Mémoire du Secrétariat, par. 220 à 225.

¹⁷ Pour les actes relevant de l'exercice de la juridiction pénale auxquels l'immunité fait obstacle, voir Deuxième rapport, par. 38 à 51.

¹⁸ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif (plus bas – « Différend relatif à l'immunité de juridiction... »), Rapport de la CIJ, 1999, par. 63. La nécessité d'examiner la question de l'immunité le plus tôt possible est abordée dans le Rapport préliminaire, aux paragraphes 67 et 68.

¹⁹ Tribunal de district de Bow Street, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, 12 février 2004, par. 5, 53 ICLQ 772 (2004). Voir également G. P. Buzzini, « Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France Case* », *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), p. 473. La nécessité d'examiner la question de l'immunité au début de la procédure pénale a également été évoquée dans la décision sur l'immunité de juridiction rendue par la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. *Decision on Immunity from Jurisdiction, The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, affaire n° SCSL-2003-01-I, 31 mai 2004, par. 30. Voir également la décision de la United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit dans l'affaire *Belhas et al. v. Ya'alon* (Il incombe au tribunal de procéder, préalablement au procès, à un examen des faits et du droit qui lui permette de s'assurer qu'il peut connaître de l'affaire lorsqu'une partie prétend jouir de

l'immunité est une question qui doit être examinée le plus tôt possible pour lui conserver son principal objet, à savoir maintenir des relations normales entre les États et préserver leur souveraineté²⁰. La nécessité de trancher la question de l'immunité en début d'instance, *in limine litis*, tient également au fait que cette décision détermine si l'État du for peut continuer d'exercer sa juridiction pénale à l'égard de l'intéressé²¹. Si le tribunal n'examine pas cette question en début de procédure, les obligations que les règles régissant l'immunité imposent à l'État du for risquent d'être enfreintes. Du reste, le non-examen de la question de l'immunité *in limine litis* peut lui-même être considéré comme constitutif d'une telle violation. Dans l'avis consultatif cité *supra*, la Cour internationale a indiqué que les tribunaux malaisiens devaient obligatoirement traiter la question de l'immunité du Rapporteur spécial à titre préliminaire²².

12. Il en va de même de l'examen de la question de l'immunité au stade précontentieux lorsqu'il est envisagé de prendre des mesures incompatibles avec l'immunité (par exemple, la mise en détention d'une personne soupçonnée de crime). Dans ce cas, le non-examen de la question de l'immunité du représentant de l'État par les autorités compétentes risque d'entraîner une infraction aux obligations que l'immunité impose à l'État du for, et peut lui-même être considéré comme une telle infraction.

13. Les arguments exposés ci-dessus doivent toutefois être examinés à la lumière des questions de savoir si l'immunité doit être invoquée, et dans l'affirmative, par qui, lesquelles seront examinées ci-après. En particulier, si l'État dont le représentant jouit de l'immunité *ratione materiae* n'invoque pas l'immunité en début d'instance, celle-ci peut suivre son cours sans que la question du non-respect des obligations découlant de l'immunité ne se pose.

B. Invocation de l'immunité²³

14. Pour que la question de l'immunité du représentant d'un État étranger soit examinée par un tribunal ou toute autre autorité compétente de l'État du for, il faut

l'immunité de l'État souverain.), United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, 15 février 2008, p. 7. Disponible à l'adresse : <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>.

²⁰ Voir l'observation de A. Gattini selon laquelle l'immunité de l'État, élément indispensable au maintien de l'ordre procédural minimum requis pour garantir des échanges pacifiques entre États souverains et éviter d'éventuelles solutions inéquitables ou discriminatoires doit absolument être examinée *in limine litis* pour être efficace. Gattini A., « The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? », *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), p. 192.

²¹ À ce sujet, voir le commentaire de G. Verhoeven figurant au paragraphe 220 du Mémoire du Secrétaire. De fait, l'immunité, qui est l'un des éléments clefs pour déterminer si la juridiction pénale étrangère peut ou non être exercée, est vidée de son sens en tant que phénomène juridique si elle n'est pas traitée comme il convient au tout début de l'instance. Dans le même temps, comme indiqué dans le Deuxième rapport, le fait de reconnaître que le représentant d'un État jouit de l'immunité, aussi bien fonctionnelle que personnelle, ne fait pas obstacle à toutes les mesures susceptibles d'être prises dans le cadre de l'exercice de la juridiction pénale, n'empêchant que celles qui lui imposent une obligation juridique [voir Deuxième rapport, par. 38 à 51, 94 l)].

²² *Différend relatif à l'immunité de juridiction...*, op. cit., par. 67 2) b).

²³ Mémoire du Secrétaire, par. 215 à 229.

qu'elle soit soulevée. Il faut donc savoir à qui en revient la charge : à l'intéressé, à l'État au service duquel il se trouve (ou se trouvait), ou encore à l'État du for lui-même²⁴?

15. D'après le Rapport préliminaire, l'immunité appartient non au représentant de l'État en tant que tel mais à l'État au service duquel il se trouve (ou se trouvait)²⁵. Strictement parlant, le représentant de l'État n'a que la « jouissance » de cette immunité, laquelle appartient en droit à l'État. Par conséquent, les droits qui découlent de l'immunité sont des droits de l'État. En faisant valoir les droits attachés à l'immunité de son représentant, l'État fait valoir non pas les droits de celui-ci mais les siens propres²⁶. On peut affirmer à cet égard que l'invocation de l'immunité ou la déclaration d'immunité ne sont juridiquement valables, autrement dit n'emportent de conséquences juridiques, que si cette invocation ou cette déclaration émanent de l'État de l'intéressé. La déclaration du représentant de l'État, qui n'est que le bénéficiaire de l'immunité, n'a pas la même valeur juridique. Il ne s'ensuit pas qu'une telle déclaration soit dénuée de toute valeur dans le cadre d'une procédure judiciaire intentée contre ledit représentant. Il est peu probable que l'État auteur des poursuites la méconnaisse. La déclaration peut servir de point de

²⁴ Se posant la même question, G. P. Buzzini conclut qu'on ne peut probablement pas y répondre de façon catégorique. Buzzini G. P. op. cit., p. 473.

²⁵ « C'est en effet l'État que l'on retrouve derrière l'immunité de juridiction étrangère, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, de ses représentants. Il a d'ailleurs le droit de lever leur immunité, qu'il s'agisse des immunités *ratione personae* ou *ratione materiae* (dans le cas de représentants de haut rang) ou de la seule immunité *ratione materiae* (dans le cas de représentants qui n'exercent plus de fonctions publiques). En dernière analyse, l'immunité de juridiction étrangère du représentant de l'État appartient à l'État lui-même, et par conséquent la levée de cette immunité est une prérogative exclusive de cet État. » Rapport préliminaire, par. 94 (notes de bas de page omises).

²⁶ Ce principe s'applique également à l'immunité des anciens représentants de l'État. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Belgique a affirmé notamment qu'après que Yerodia eût cessé d'exercer les fonctions de Ministre des affaires étrangères, la République démocratique du Congo défendait non plus ses propres droits mais les droits de ce particulier; agissant dans le cadre d'une action en protection diplomatique, elle était donc tenue d'épuiser préalablement tous les recours internes (voir Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil*, 2002 (plus bas – « Mandat d'arrêt »), par. 37 et 38). La République démocratique du Congo considérait qu'elle n'agissait nullement dans le cadre d'une action en protection diplomatique mais défendait les droits de l'État congolais à raison de la violation de l'immunité de son ministre des affaires étrangères (*ibid.*, par. 39). La Cour s'est rangée à la position congolaise (*ibid.*, par. 40). Comme l'a constaté le Gouvernement des États-Unis dans l'affaire *Samantar*, l'immunité résiduelle de l'ancien représentant de l'État n'est pas un droit personnel; elle sert les intérêts de l'État de ce représentant. U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, *Bashe Abdi Yousouf, et al., v. Mohamed Ali Samantar*, Déclaration d'intérêt des États-Unis d'Amérique, 14 février 2011, par. 13, peut être consulté à l'adresse : http://www.cja.org/downloads/Samantar Stmt_of_Interest.pdf. (Dans le cadre de cette affaire, les tribunaux des États-Unis examinent depuis 2004 la question de savoir s'il est possible d'ouvrir, au nom de ressortissants somaliens, une procédure au civil contre l'ancien Ministre de la défense et Vice-Président de la Somalie, M. Samantar, pour tortures, exécutions extrajudiciaires et autres violations des droits de l'homme. Lire des commentaires sur cette affaire par exemple dans : Chatalova S. V. « Décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Samantar c. Yousouf* et immunités des représentants de l'État étranger », *Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo pravo*, n° 1 (81) (2011), p.111 à 130; B. Stephens, « The Modern Common Law of Foreign Official Immunity », *Fordham Law Review*, 79 (2011), p. 2669 à 2719).

départ à l'examen de la question de l'immunité. Mais n'étant pas confirmée par l'État de l'intéressé, elle n'a pas en droit assez de poids ou de valeur²⁷.

16. Pour que l'État puisse invoquer l'immunité d'un de ses représentants, il faut qu'il sache que tel autre État a pris ou envisage de prendre des mesures de procédure pénale à l'encontre de ce représentant. L'État qui prend ou envisage de prendre de telles mesures doit par conséquent en informer l'État de l'intéressé. Bien entendu, il ne peut le faire que lorsqu'il est établi ou qu'il existe des raisons de penser que la personne concernée est effectivement le représentant de tel ou tel État. Si l'intéressé déclare qu'il est (ou était) au service d'un État étranger, l'État du for doit alors informer cet État. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour internationale de Justice a notamment considéré qu'« à aucun moment les juridictions françaises (devant lesquelles on aurait pu s'attendre à ce que l'immunité de juridiction fût soulevée), ni d'ailleurs la Cour, n'ont été informées par le Gouvernement de Djibouti que les actes dénoncés par la France étaient des actes de l'État djiboutien, et que le Procureur de la République et le Chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution. L'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné »²⁸.

17. Ainsi, la Cour a déclaré qu'il incombait à l'État qui souhaitait mettre son représentant à l'abri de la juridiction pénale d'invoquer l'immunité. À défaut, l'État du for n'est pas tenu d'examiner d'office la question de l'immunité et peut par conséquent poursuivre l'action pénale²⁹. Néanmoins, l'État du représentant concerné peut aussi soulever l'immunité de l'intéressé en cours d'instance. Dans ce cas, les mesures que l'État du for a prises avant que l'immunité soit invoquée ne peuvent guère être considérées comme une atteinte à l'immunité (pour autant, bien entendu, que l'État dont le représentant est mis en cause ait su que l'État du for exerçait sa juridiction pénale à l'égard de ce représentant).

18. Le passage de l'arrêt de la Cour internationale de Justice cité au paragraphe 16 ci-dessus traite manifestement du cas des représentants de l'État jouissant de l'immunité fonctionnelle et non personnelle. Cela paraît logique dans le cas des personnes couvertes par l'immunité *ratione materiae*³⁰, qui protège les représentants de l'État dont le rang n'est pas élevé, ainsi que ceux qui ne sont plus en exercice, mais uniquement à raison des actes qu'ils auraient commis dans l'exercice de leurs

²⁷ Ce raisonnement vaut également pour la levée de l'immunité. Voir *infra*, par. 33. Voir également le Rapport préliminaire, par. 94. Pour expliquer devant un tribunal américain son non-respect de plusieurs ordonnances judiciaires, F. Marcos (ancien Président des Philippines), a déclaré qu'en tant que chef d'État, il bénéficiait de l'immunité de la juridiction correspondante. Le Département d'État américain a alors adressé à l'ambassade des Philippines une note indiquant les mesures que le tribunal pouvait décider de prendre à l'encontre de M. Marcos. En réponse, l'ambassade a indiqué dans une note que le Gouvernement philippin levait toutes les immunités de l'ancien Président (*In re Grand Jury Proceedings, Doe n° 700*, 5 mai 1987, 817 F.2d 1108, C.A.4 (Va.), 1987).

²⁸ *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, par. 196, *C.I.J. Recueil*, 2008.

²⁹ Les conséquences de la non-invoque de l'immunité sont examinées plus loin dans le présent rapport. Voir *infra*, par. 53 à 55.

³⁰ D. P. Buzzini récuse toutefois cette position de la Cour internationale de Justice. Voir Buzzini G. P., *op. cit.*, p. 472 et 473.

fonctions. Contrairement au cas de la « triade », dont il sera question plus loin, l'État du for n'est pas tenu de savoir ou de présumer dès le début de la procédure ni que les intéressés sont des représentants ou d'anciens représentants d'un autre État, ni qu'ils agissaient à titre officiel lorsqu'ils ont enfreint la loi³¹. L'État qui souhaite soustraire son représentant à une procédure pénale engagée par un autre État en invoquant l'immunité doit par conséquent informer cet autre État que l'intéressé est un de ses représentants et qu'il est protégé par l'immunité, ayant commis les actes qui lui sont reprochés dans l'exercice de ses fonctions³².

19. Si l'on applique ce raisonnement à l'exercice de la juridiction pénale étrangère à l'égard de la « triade » formée par les hauts responsables en fonctions, à savoir le chef d'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, qui bénéficient de l'immunité personnelle, la réponse à la question posée plus haut est évidemment différente. Tout d'abord, dans l'écrasante majorité des cas, l'identité des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères est connue de tous. Par conséquent, l'État exerçant sa juridiction pénale à l'égard d'une de ces personnes n'ignore généralement pas qu'il est en présence d'un haut représentant étranger³³. Ensuite, il est largement admis que ces hauts responsables

³¹ Dans la plupart des cas, toutefois, cet élément sera mis au jour par les pièces du dossier.

³² Israël a ainsi invoqué l'immunité de A. Dichter, ancien Directeur du Service de sécurité, dans l'affaire *Matar and ors v. Dichter*. (« En février 2006, Dichter a demandé le non-lieu, aux motifs suivants : 1) la *Foreign Sovereign Immunities Act* lui donnait l'immunité; 2) le procès portait sur une question politique non justiciable des tribunaux; et 3) le procès faisait intervenir la théorie de l'acte de gouvernement. À peu près au même moment, l'Ambassadeur d'Israël aux États-Unis, Daniel Ayalon, a déclaré, dans une lettre adressée au Département d'État des États-Unis, que tout ce qu'avait fait M. Dichter dans le cadre des faits en cause, il l'avait fait dans l'exercice de ses fonctions et en application des politiques de l'État d'Israël. » Le tribunal de district a invité le Département d'État à lui « faire part de ses vues éventuelles » sur les arguments avancés dans la demande de non-lieu ou sur toute autre question qu'il jugerait pertinente en l'espèce. Dans la déclaration d'intérêt qu'il a déposée en novembre 2006, le Département d'État a fait valoir que la *Foreign Sovereign Immunities Act* accordait l'immunité aux États et non aux personnes, mais a requis le non-lieu au motif qu'en droit commun Dichter jouissait de l'immunité en tant que représentant d'un État étranger. *Matar and ors v. Dichter*, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, décision d'appel, 563 F3d 9 (2d Cir 2009); ILDC 1392 (US 2009) 16 avril 2009, par. 6). Disponible à l'adresse suivante : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002600.html>). L'Ambassadeur d'Israël aux États-Unis a fait exactement la même déclaration au sujet de M. Ya'alon, ancien général des Forces de défense israéliennes (et ancien chef du renseignement militaire) dans l'affaire *Belhas v. Ya'alon*. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, 15 février 2008, disponible à l'adresse : <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>. Dans sa déclaration concernant l'affaire *Samantar* relative à l'invocation de l'immunité, mentionnée plus haut, le Département d'État des États-Unis a indiqué ce qui suit : « Le Département d'État a établi que le défendeur ne pouvait se prévaloir de l'immunité de juridiction civile. Les arguments suivants sont particulièrement convaincants dans les circonstances de l'espèce et décisifs pour la présente déclaration d'intérêt : 1) Samantar est un ancien représentant d'un État qui n'a pas actuellement de gouvernement reconnu qui puisse demander l'immunité en son nom, notamment en indiquant s'il estime que les actes en cause ont été commis dans l'exercice de fonctions officielles; et 2) le pouvoir exécutif a établi qu'il a lieu en l'espèce de donner effet à la thèse selon laquelle les personnes, comme Samantar, qui résident aux États-Unis et jouissent des protections offertes par la législation du pays, devraient normalement être soumises à la juridiction des tribunaux américains, en particulier lorsqu'ils sont poursuivis en justice par des résidents des États-Unis (op. cit., voir *supra*, note 26, par. 9).

³³ Les relations internationales étant telles aujourd'hui que l'identité des membres de la « triade » de l'État est connue des autorités de tous (ou presque tous) les autres États, il ne paraît pas

en exercice jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, c'est-à-dire pour tout acte commis tant à titre officiel qu'à titre personnel. Partant, l'État du for n'a nul besoin de savoir ni d'établir à quel titre le responsable étranger concerné a agi pour trancher la question de son immunité. Ainsi, en présence d'un membre de la « triade », l'État du for doit soulever lui-même la question de l'immunité de l'intéressé et décider des mesures qu'il peut prendre au regard du droit international. Il semblerait alors bon de ne s'adresser à l'État du représentant que pour demander la levée de l'immunité. Il s'ensuit que ce n'est pas à l'État du représentant qu'il revient de soulever la question de l'immunité devant les autorités de l'État du for³⁴.

20. Au cours de la procédure orale tenue en l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, A. Pellet, conseil de la France, a fait valoir que la présomption d'immunité de juridiction pénale étrangère était « absolue et, sans doute, irréfragable » dans le cas du chef d'État et du ministre des affaires étrangères, alors que pour les autres représentants de l'État, cette présomption ne s'appliquait pas et la question de l'immunité devait être réglée cas

vraiment opportun d'exiger que l'État du for soit informé du statut juridique de la personne concernée et des immunités qui en découlent. L'État qui pose cette exigence comme condition de la reconnaissance de l'immunité alors qu'il connaît objectivement la qualité du chef d'État étranger concerné (ou du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères) ne peut guère être considéré comme s'acquittant de bonne foi de ses obligations internationales.

La question peut d'ailleurs être envisagée sous un autre angle. Lors de l'élaboration de la résolution de l'Institut de droit international intitulée « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international » (2001), la question a été posée de savoir s'il était utile d'ajouter une disposition sur la présentation au juge étranger de pièces prouvant la qualité du chef d'État ou de gouvernement. Les membres de l'Institut ont considéré que cela n'était pas nécessaire, principalement parce que la pratique en la matière n'est pas identique dans tous les systèmes juridiques nationaux. (Voir *Institut de droit international, Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, session de Vancouver, 2001, Travaux préparatoires et délibérations de l'Institut, p. 452 à 485.) En conséquence, l'article 6 de la résolution dispose que « [les] autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit ». Autrement dit, le fait que la qualité officielle d'un chef d'État soit connue des autorités de l'État du for est suffisant pour que cet État soit considéré comme lié par les obligations découlant de l'immunité du chef d'État étranger. Notons toutefois que, dans le commentaire qu'il a formulé sur l'un des projets de résolution, J.-Y. Morin, membre de l'Institut, a constaté ce qui suit : « [I]l me semble que la pratique démontre que l'immunité doit être plaidée. ». Ibid., p. 584.

³⁴ S'appuyant sur des arguments quelque peu différents, G. P. Buzzini parvient à la même conclusion. Il écrit en effet qu'en ce qui concerne l'immunité de l'État et l'immunité *ratione personae*, plusieurs éléments tendraient à confirmer que, le cas échéant, les autorités de l'État du for devraient donner effet à cette immunité, qu'elle soit ou non expressément invoquée. En ce qui concerne les immunités personnelles reconnues aux agents diplomatiques et aux membres des missions spéciales, les conventions pertinentes ne traitent que de la levée de ces immunités (qui doit toujours faire l'objet d'une décision expresse) et non de leur invocation. C'est ce que paraît indiquer également la résolution que l'Institut de droit international a adoptée à sa session de Vancouver, en 2001 (voir Buzzini G. P., op. cit., p. 470 et 471). Notons toutefois que la résolution de l'Institut peut aussi être interprétée autrement (voir *supra*, note 33). Pour renforcer encore son argument, G. P. Buzzini fait valoir que, dans son jugement en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a considéré que la Belgique avait violé l'immunité du Ministre des affaires étrangères du Congo sans se demander si cette immunité avait été correctement invoquée devant les autorités belges, par le Congo ou le Ministre lui-même. Ibid., p. 471.

par cas³⁵. L. Condorelli, conseil de la partie djiboutienne, estimant que la thèse de la présomption ne pouvait être appliquée à l'immunité personnelle, a noté ceci en particulier : « Il faut souligner, d'abord, qu'aucune "présomption" au sens propre ne saurait être pertinente pour les chefs d'État étrangers en fonctions, puisque ceux-ci se trouvent tout simplement sous le couvert d'une immunité totale pour l'ensemble de leurs actes, y compris ceux à caractère privé. »³⁶

21. Ainsi, tant en cette espèce qu'en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'immunité personnelle du chef d'État (*Djibouti c. France*) et de l'ensemble de la « triade » (*Mandat d'arrêt*) existait simplement en dehors de toute présomption et que l'État du for devait s'acquitter des obligations qu'elle faisait naître. Si elle considère, en ce qui concerne deux représentants de l'État djiboutien ne bénéficiant pas de l'immunité personnelle, que Djibouti aurait dû notifier les autorités françaises³⁷, elle ne dit nulle part, dans la partie de l'arrêt consacrée au Président djiboutien, que Djibouti aurait dû d'une manière ou d'une autre soulever la question de l'immunité (même si Djibouti a rappelé à la France le principe de l'immunité du chef d'État lorsqu'il a appris que les autorités françaises s'apprétaient à lui demander de témoigner³⁸). En l'espèce, comme elle l'avait déjà rappelé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour s'est bornée à retenir que, « il est clairement établi en droit international que [...] certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État [...], jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales » et que le « chef d'État jouit en particulier d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale »³⁹. Elle n'a pas dit non plus dans le jugement en l'affaire du *Mandat d'arrêt* que les autorités congolaises auraient dû informer les autorités belges du fait que leur ministre des affaires étrangères bénéficiait de l'immunité pour que la question de l'immunité soit examinée⁴⁰.

22. De fait, on voit mal pourquoi l'on parlerait de présomption d'immunité et non tout simplement d'immunité. Mais en tout état de cause, que les membres de la « triade » bénéficient d'une présomption « absolue et, sans doute, irréfragable » d'immunité personnelle ou d'immunité personnelle proprement dite, on peut, semble-t-il, affirmer que l'État qui exerce sa juridiction pénale à l'égard d'une de ces personnes doit conclure de lui-même à son immunité et décider des mesures qu'il lui est loisible de prendre à son endroit compte tenu des restrictions découlant

³⁵ « [D]ans le cas d'un chef de l'État en fonctions (ou d'un ministre des affaires étrangères), la "présomption d'immunité" est absolue et, sans doute, irréfragable. Il est couvert par les immunités, un point c'est tout; par contre, pour les autres fonctionnaires de l'État, cette présomption ne joue pas et l'octroi (ou le refus) des immunités doit être décidé au cas par cas, en fonction de tous les éléments de l'affaire. Ceci suppose que c'est aux juges nationaux qu'il appartient d'apprécier si l'on se trouve face à des actes accomplis – ou non – dans le cadre des fonctions officielles. » *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Procédure orale, CR 2008/5, 25 janvier 2008, p. 51, par. 77.

³⁶ Ibid., Procédure orale, CR 2008/6b, 28 janvier 2008, p. 52, par. 7.

³⁷ Voir *supra*, par. 16.

³⁸ *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, par. 32.

³⁹ Ibid., par. 170.

⁴⁰ Voir l'opinion de G. P. Buzzini, *supra*, note 34.

de cette immunité⁴¹, sans qu'il soit nécessaire que l'État dont le représentant est couvert par l'immunité personnelle l'en informe.

23. Il ressort du Rapport préliminaire que certains hauts représentants de l'État autres que les membres de la « triade » jouissent de l'immunité *ratione personae*⁴². Le droit international ne les identifie pas. Le Rapporteur spécial a proposé, dans le Rapport préliminaire, d'examiner la question des critères sur lesquels se fonder pour déterminer si tel ou tel haut fonctionnaire ne faisant pas partie de la « triade » bénéficie de l'immunité personnelle⁴³. En particulier, la question était de savoir si l'importance des fonctions exercées du point de vue de la souveraineté de l'État, et non seulement de la participation de l'État aux relations internationales pouvait justifier que l'immunité *ratione personae* soit accordée à un représentant de rang élevé⁴⁴. L'État qui a commencé à exercer sa juridiction pénale à l'égard du haut représentant d'un autre État n'appartenant pas à la « triade » n'est pas tenu de savoir ni de présumer que cette personne répond auxdits critères et bénéficie donc de l'immunité personnelle. Il doit uniquement informer l'État de l'intéressé des mesures qu'il a prises. On peut logiquement présumer que, si celui-ci considère que son représentant répond aux critères et jouit donc de l'immunité personnelle, c'est à lui qu'il incombe d'invoquer cette immunité. Sur le plan de la procédure, l'immunité personnelle des hauts fonctionnaires ne faisant pas partie de la « triade » s'apparente à l'immunité *ratione materiae*.

24. Dans le cas du chef d'État ou de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, pour lesquels la question de l'immunité *ratione personae* doit être soulevée par l'État du for lui-même, il est logique de supposer que l'État de l'intéressé n'est pas tenu de rapporter la preuve de l'immunité, autrement dit de la justifier. Il lui suffit de confirmer la qualité de son représentant si elle n'est pas évidente⁴⁵, ce qu'il peut faire par la voie diplomatique, même si la question est

⁴¹ C'est ce qui se passe habituellement dans la pratique. Ou bien les tribunaux examinent indépendamment la question de l'immunité du chef d'État étranger, ou bien ils adressent une demande à ce propos aux organes du pouvoir exécutif de l'État dont ils relèvent, lesquels peuvent émettre une conclusion ou une recommandation assortie d'une description des privilèges et des immunités dont bénéficie l'intéressé. *Cour de Cassation, Affaire Ghaddafi*, arrêt n°1414, 13 mars 2001, Cass Crim.1. Voir, par exemple, l'arrêt rendu sur la question de la délivrance, aux Pays-Bas, d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Président indonésien S. Yudhoyono (le tribunal a établi indépendamment qu'en tant que chef d'État, le Président indonésien était protégé par l'immunité, et a refusé d'émettre un mandat d'arrêt à son encontre. *Rechtbank s'Gravenhage, Sector civiel recht, 377038/KG ZA 10-1220*, 6 octobre 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://www.rechtspraak.nl>). Voir également le passage concernant A. Sharon de l'arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique dans l'affaire *A. Sharon, A. Yaron et consorts*. *Cour de cassation de Belgique : H. S. A. et consorts. c. S. A. et consorts. (Décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts)*, 12 février 2003, 42 ILM (2003) 596.

⁴² Rapport préliminaire, par. 117 à 121.

⁴³ *Ibid*, par. 121.

⁴⁴ *Ibid*.

⁴⁵ La question du rôle de la reconnaissance mise à part (on trouvera les considérations du Rapporteur spécial à ce propos au paragraphe 124 du Rapport préliminaire), on peut imaginer qu'il y ait incertitude quant à la qualité du haut représentant, par exemple en période de transition (lorsqu'un nouveau chef de gouvernement a été nommé mais que l'ancien continue d'exercer) ou à la suite de réformes constitutionnelles entraînant une importante redistribution des responsabilités entre les postes clés de l'administration.

examinée par un tribunal⁴⁶. L'État qui invoque l'immunité fonctionnelle d'un de ses représentants ou l'immunité personnelle d'un de ses hauts représentants ne faisant pas partie de la « triade » doit-il intervenir dans l'instance engagée devant un tribunal étranger pour voir examiner la question de l'immunité, et rapporter la preuve de l'immunité?

25. En l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la France a affirmé que la question de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État appelait une décision au cas par cas du tribunal étranger. « Une solution contraire aurait selon la France “une portée dévastatrice et signifierait qu'il suffit à tout fonctionnaire, quels que soient son grade et ses fonctions, d'affirmer qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions pour échapper à toute poursuite pénale dans un État étranger”. Les immunités fonctionnelles n'étant pas absolues, c'est, selon la France, à la justice de chaque pays qu'il appartient d'apprécier, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'une personne, si celle-ci, du fait des actes de puissance publique accomplis par elle dans le cadre de ses fonctions, devrait bénéficier, en tant qu'agent de l'État, de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux États étrangers. »⁴⁷ La Cour internationale de Justice a considéré à cet égard que les juridictions françaises n'avaient pas été informées par le Gouvernement djiboutien que les actes accomplis par les intéressés étaient des actes de l'État djiboutien lui-même, et que, d'une manière plus générale, l'État « qui [entendait] invoquer l'immunité pour l'un de ses organes [était] censé en informer les autorités de l'autre État concerné »⁴⁸. Ainsi, l'arrêt de la Cour parle d'un devoir d'« information », non d'un quelconque devoir de « justification » de l'immunité ou d'explication des raisons permettant d'affirmer que les intéressés ont accompli les actes en question dans l'exercice de leurs fonctions, en tant qu'organes de l'État. Dans l'avis consultatif rendu en l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice ne dit pas non plus que l'ONU aurait dû rapporter la preuve de l'immunité fonctionnelle de son représentant⁴⁹. En outre, dans l'arrêt

⁴⁶ Les modes d'invocation de l'immunité sont exposés aux paragraphes 27 et 28 du présent rapport.

⁴⁷ *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, par. 189, op. cit.

⁴⁸ Ibid., par. 196. Dans sa déclaration en l'affaire *Samantar*, le Département d'État américain indique qu'il est de pratique courante qu'un État étranger lui demande une déclaration d'immunité pour un de ses représentants. Étant donné que l'immunité appartient à l'État et non à l'intéressé lui-même, et que seuls les actes accomplis par l'ancien représentant dans l'exercice de ses fonctions sont couverts par l'immunité en droit international coutumier, le pouvoir exécutif cherche à savoir si, dans l'esprit de l'État étranger, son représentant a agi à titre officiel pour décider si l'ancien représentant bénéficie ou non de l'immunité (op. cit., voir *supra*, note 26, par. 11). Autrement dit, d'une part, il s'agit pour l'État de l'intéressé d'« apprécier », et non de démontrer, le caractère officiel des actes de son représentant et, d'autre part, cette « appréciation » est prise en compte par les autorités américaines lorsqu'elles tranchent la question de l'immunité, bien qu'elle n'ait à l'évidence rien de contraignant.

⁴⁹ Dans l'avis consultatif, la Cour se contente de préciser que le Secrétaire général de l'ONU, le plus haut fonctionnaire de l'Organisation, doit informer le gouvernement de l'État du for que la personne se trouvant au service de l'Organisation a agi dans le cadre de ses fonctions et est donc couverte par l'immunité. Cette information suffit à faire naître une situation juridique créant des obligations déterminées pour l'État du for, situation qui, reconnue par la Cour comme relevant de la « présomption », n'a pas besoin d'être démontrée et ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux. Voir *Différend relatif à l'immunité de juridiction...*, op. cit., par. 60 et 61.

qu'elle a rendu en l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, elle a noté « qu'il n'[avait] pas été “concrètement vérifié” devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner adressées aux intéressés en qualité de témoins assistés par la France étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État »⁵⁰.

26. Nous ferons à cet égard les remarques ci-après. Tout d'abord, dans le passage sus-évoqué, la Cour internationale de Justice se borne à dire que le caractère officiel des actes accomplis par les fonctionnaires djiboutiens concernés n'a pas été « concrètement vérifié » devant elle, sans faire mention des tribunaux français. Ensuite, strictement parlant, même si elle évoque l'absence de « vérification concrète », la Cour, répétons-le, ne dit nullement que Djibouti devait prouver l'immunité ou le caractère officiel des actes de ses représentants. Comme l'écrit G. P. Buzzini dans son commentaire sur ce passage, on peut avancer, en particulier s'agissant d'immunité testimoniale présumée, que l'État qui entend invoquer une telle immunité ne peut être réputé tenu d'étayer sa prétention en communiquant des renseignements détaillés ou des éléments de preuve qui pourraient priver l'immunité de son objet même⁵¹. Il s'agit là d'une considération applicable, semble-t-il, non seulement à l'immunité testimoniale mais également à l'immunité fonctionnelle en général. Pour démontrer, devant le tribunal étranger ou le représentant d'un autre organe de l'État étranger, le caractère officiel des actes accomplis par ses représentants, l'État pourrait avoir à présenter des informations particulièrement sensibles et à divulguer des renseignements touchant à ses affaires intérieures et souveraines, que l'immunité de juridiction pénale étrangère a justement pour objet de protéger⁵².

27. Notons également qu'en l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice évoque la nécessité d'informer les « autorités » de l'État du for, sans parler des tribunaux. Le fait qu'elle mentionne la possibilité d'informer les « autorités » de l'État du for, et pas seulement les tribunaux, montre que selon elle, l'État étranger n'est pas tenu d'informer le tribunal de l'État du for lui-même de l'immunité de son représentant pour que ledit tribunal examine la question de l'immunité. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant par la voie diplomatique, et informer ainsi l'État du for, ce qui est suffisant pour que le tribunal soit tenu d'examiner la question de l'immunité⁵³. Le fait que l'État n'ait pas l'obligation de se présenter directement

⁵⁰ *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, par. 191.

⁵¹ Buzzini J. P., op. cit., p. 467.

⁵² Suivant le même raisonnement, dans l'affaire *Belhas et al. v. Ya'alon*, la United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (examinant le recours formé par le demandeur contre le rejet de l'action civile par le tribunal de district au motif que le défendeur bénéficiait de l'immunité fonctionnelle) indique que la communication de documents (« discovery ») confirmant que le défendeur était dûment habilité par l'État d'Israël à accomplir les actes qui lui sont reprochés irait à l'encontre de l'objet même de l'immunité (comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *El-Fadl*, à la lumière des preuves présentées au tribunal de district par le défendeur et étant donné que le demandeur n'avait fourni aucun élément indiquant que le défendeur n'avait pas agi à titre officiel, la communication de documents compromettrait le principe de l'immunité de juridiction et les avantages en découlant). *Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, op. cit. (voir plus haut, note 32).

⁵³ La Cour internationale aboutit à la même conclusion dans son avis consultatif en l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des*

devant le tribunal étranger procède du principe de la souveraineté et de l'égalité souveraine des États⁵⁴.

28. Dans la pratique, l'État dispose de plusieurs options⁵⁵. Il a, s'il le souhaite, la faculté d'invoquer l'immunité de leurs représentants devant les juridictions

droits de l'homme (op. cit., par. 60 et 61). En outre, on pourrait peut-être affirmer qu'ayant reçu cette information, les autorités doivent la porter à la connaissance du tribunal national saisi de l'affaire. En tout état de cause, la Cour a indiqué dans son avis consultatif que « [les] autorités gouvernementales d'une partie à la [Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies] sont donc tenues de communiquer cette information aux tribunaux nationaux concernés car l'application correcte de la Convention par ces derniers en dépend ». Ibid., par. 61. Dans cette affaire, l'obligation correspondante des autorités de l'État du for découle des principes régissant l'immunité des représentants de l'ONU, consacrée dans la Convention internationale. L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère est fondée sur le droit international général. C'est donc également sur le droit international général que doit se fonder ladite obligation du gouvernement de l'État du for.

⁵⁴ Dans le commentaire relatif à l'article 6 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, il est précisé que « [le] fait de se présenter devant les tribunaux étrangers pour invoquer l'immunité aura nécessairement des incidences financières importantes pour l'État qui conteste l'exercice de la juridiction et il ne faudra donc pas en faire nécessairement le préalable à l'établissement de l'immunité de l'État. Mais la présente disposition ne vise pas non plus à dissuader l'État qui conteste l'exercice de la juridiction de se présenter devant les tribunaux, car c'est pour lui la façon la plus sûre d'obtenir satisfaction. » Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, 1991. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 24.

⁵⁵ Les diverses pratiques relatives à l'invocation de l'immunité sont bien illustrées par un passage de l'arrêt de la Cour suprême des Philippines concernant l'examen d'une demande du Saint-Siège tendant à l'annulation de décisions de refus de reconnaissance de l'immunité souveraine du Vatican, contre lequel une action civile avait été engagée. Examinant la question de savoir si le Département des relations internationales des Philippines pouvait intervenir en l'espèce en tant que tiers, la Cour expose la pratique relative à l'invocation de l'immunité de l'État devant la juridiction étrangère : l'État ou l'organisme international qui souhaite invoquer la souveraineté ou l'immunité diplomatique devant un tribunal étranger demande au ministère des affaires étrangères de l'État dans lequel il est poursuivi de faire savoir audit tribunal que le défendeur est couvert par l'immunité. Puis, après avoir brièvement évoqué certaines particularités américaines et britanniques, elle dit qu'aux Philippines, la pratique veut que l'État ou l'organisation internationale concerné s'adresse d'abord à l'exécutif pour qu'il avalise l'invocation de l'immunité souveraine ou diplomatique. Le Ministère des affaires étrangères peut toutefois donner son aval aux tribunaux de diverses façons. En l'affaire *Commission internationale catholique pour les migrations c. Calleja*, le Ministre des affaires étrangères s'est contenté d'adresser directement une lettre au Ministre du travail et de l'emploi, l'informant que le défendeur (l'employeur) ne pouvait être poursuivi car il jouissait de l'immunité diplomatique. Dans l'affaire *Organisation mondiale de la Santé c. Aquino*, le Ministre des affaires étrangères a envoyé un télégramme au tribunal. En l'affaire *Baer c. Tizon*, l'ambassade des États-Unis a prié le Ministre des affaires étrangères de demander au Solicitor General de faire une « suggestion » au juge au nom du commandant de la base navale américaine d'Olongapo (Zambales). Le Solicitor General a présenté cette « suggestion » sous la forme d'un mémoire d'*amicus curiae*. Il arrive parfois que l'immunité souveraine du défendeur soit invoquée directement devant le tribunal local par le conseil privé. Lorsque l'État étranger ne passe pas par le ministère des affaires étrangères, le tribunal peut se renseigner et établir lui-même la nature des actes et des faits concernés. *The Holy See, Petitioner, v. The Hon. Eriberto U. Rosario, Jr., as Presiding Judge of the regional Trial Court of Makati, Branch 61 and Starbright Sales Enterprises, Inc.*, Respondents. République des Philippines, Cour suprême, G.R. n° 101949, 1^{er} décembre 1994. Disponible à l'adresse suivante : www.chanrobles.com/scdecisions/jurisprudence1994/dec1994/gr_101949_1994.php.

étrangères. Il peut aussi se borner à la faire valoir par la voie diplomatique, partant du principe que les autorités compétentes de l'État du for se chargeront d'informer le tribunal qu'elle a été invoquée par le gouvernement de l'intéressé⁵⁶. L'État peut également agir au cas par cas : tantôt invoquer l'immunité directement devant le tribunal, tantôt user exclusivement de la voie diplomatique, tantôt faire l'un et l'autre. Par ailleurs, n'oublions pas que, dans le cadre de l'exercice de la juridiction pénale, la question de l'immunité peut être soulevée au stade précontentieux, auquel cas celle de son invocation devant le tribunal peut ne pas se poser du tout.

29. Pour invoquer l'immunité fonctionnelle, l'État du représentant concerné doit déclarer que les actes en cause ont été accomplis à titre officiel (autrement dit sont le fait de l'État lui-même). C'est là une prérogative exclusive de cet État, car la question touche à son organisation interne et aux relations qu'il entretient avec ses propres représentants. Comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie l'a dit en l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, « le droit international coutumier protège l'organisation interne de chaque État souverain. Il laisse à chacun d'eux le soin de déterminer sa structure interne et, en particulier, de désigner les individus qui agiront en tant qu'organes ou agents de l'État. Chaque État souverain a le droit d'adresser des instructions à ses organes, aussi bien ceux opérant au plan national que ceux opérant dans le champ des relations internationales, de même qu'il peut prévoir des sanctions ou autres remèdes en cas de non-respect de ces instructions. Le corollaire de ce pouvoir exclusif des États est que chacun d'eux est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant *ès qualités* soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations. La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*). [...] La règle générale en cause a été appliquée en de nombreuses occasions, même s'il s'agissait principalement de l'appliquer à travers son corollaire, à savoir le droit pour un État de réclamer pour ses organes une immunité fonctionnelle à l'égard des juridictions étrangères [...]. Cette règle s'applique indubitablement aux relations des États entre eux. »⁵⁷. La prérogative susmentionnée de l'État du représentant procède de la souveraineté de l'État⁵⁸.

⁵⁶ En l'affaire *Belhas v. Ya'alon*, mentionnée plus haut (voir note 32), relative à l'immunité de la juridiction civile américaine de M. Ya'alon, ancien général des Forces de défense israéliennes (et ancien chef du renseignement militaire), l'immunité a été invoquée dans une lettre adressée par l'Ambassadeur d'Israël aux États-Unis, D. Ayalon, au Sous-Secrétaire d'État américain, N. Burns. M. Ya'alon a présenté cette lettre devant le tribunal de première instance à l'appui de sa demande de non-lieu, puis devant la Cour d'appel. C'est aussi sous forme de lettre qu'a été confirmé le caractère officiel des actes de A. Dichter, ancien directeur du service de sécurité d'Israël, lequel avait également déposé une demande de non-lieu auprès du tribunal. *Matar and ors v. Dichter*, op. cit. (voir plus haut, note 32).

⁵⁷ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-AR108 bis, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (29 octobre 1997), par. 41 (disponible à l'adresse suivante : <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/fr/71029JT3.html>). La Cour internationale de Justice a adopté une solution similaire au sujet des prérogatives du Secrétaire général de l'ONU vis-à-vis des fonctionnaires de l'Organisation dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. Elle a notamment déclaré ce qui suit : « Comme la Cour l'a observé, 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

30. Dans le même temps, rappelons que selon R. Van Alebeek, la règle de l'immunité fonctionnelle ne contraint pas les tribunaux à accepter aveuglément la déclaration de l'État étranger affirmant que tel responsable a agi sous son autorité, et que le tribunal est en droit de se renseigner indépendamment sur le bien-fondé d'une telle déclaration⁵⁹. Le tribunal étranger (pas plus que les autres autorités de

l'affirmative, de protéger ces agents, y compris les experts en missions, en faisant valoir leur immunité. *Différend relatif à l'immunité de juridiction...*, op. cit., par. 60.

⁵⁸ *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie..., op. cit., par. 41. Comme le constate F. Seyersted, la compétence organique de l'État implique que toutes les relations qu'il entretient avec ses organes et ses représentants, et celles qu'entretiennent entre eux ses organes et représentants, sont régies par le droit public et les organes exécutifs et judiciaires de cet État, non par le droit public ou privé ni les organes de tout autre État (*in* « Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations », 14 *ICLQ* 1965, p. 33). En ce qui concerne le statut du chef d'État (et notamment la levée de l'immunité), M. Shaw renvoie également à l'ordre juridique de l'État au service duquel se trouve l'intéressé (« Tout d'abord, la question de la détermination du statut du chef d'État devant les juridictions nationales relève avant tout de l'ordre juridique interne de l'État de l'intéressé. En l'affaire *Republic of the Philippines v. Marcos* (n° 1), par exemple, la US Court of Appeals for the Second Circuit a statué que les époux Marcos (le Président philippin destitué et sa femme) ne pouvaient se prévaloir de l'immunité souveraine. Dans une décision ultérieure, la Court of Appeals for the Fourth Circuit a jugé, dans l'affaire *In re Grand Jury Proceedings Doe No. 770*, que l'immunité du chef d'État était avant tout un attribut de la souveraineté de l'État, et non un droit individuel, et qu'il fallait par conséquent donner pleinement effet à la révocation de l'immunité des époux Marcos décidée par le Gouvernement philippin »). M. N. Shaw, *International Law*, 6^e éd., 2008, Cambridge Univ. Press, p. 736. M. Tomonori est du même avis, disant qu'il a incontestablement été affirmé que c'est l'ordre juridique national, autrement dit le droit en vigueur dans l'État concerné, qui détermine dans quelles conditions une personne agit en tant qu'organe de l'État (l'auteur se réfère ici à Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), p. 117); M. Tomonori, « The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct », 29 *Denver Journal of Int'l Law and Policy*, 2001, p. 276. Répondant aux questions posées par le Rapporteur au cours de l'élaboration de la résolution que l'Institut va adopter en 2009, J.-Y. Morin rappelle le principe bien établi « selon lequel chaque État est libre d'attribuer lui-même l'exercice de ses compétences à des personnes qu'il désigne comme ses agents ». Travaux préparatoires, Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Naples, vol. 73 (2009), p. 19.

⁵⁹ Voir R. Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, p. 166. R. Van Alebeek écrit ensuite que certains actes ont un caractère si intrinsèquement personnel qu'on ne saurait raisonnablement prétendre qu'ils ont été accomplis sous l'autorité d'un État. Il est difficile de contester, par exemple, que le chef d'État qui tue le jardinier dans un accès de colère commet autre chose qu'un crime purement privé. De la même manière, le voile de l'autorité de l'État ne saurait réellement couvrir le commerce de stupéfiants à des fins purement privées. Que l'intéressé ait accompli dans l'exercice de ses fonctions l'acte purement privé qui lui est reproché ne change rien à l'affaire. En somme, l'État étranger ne saurait, pour protéger un de ses représentants, arguer inconsidérément que les actes commis par celui-ci doivent être attribués à l'État plutôt qu'à la personne elle-même. *Ibid.* Les critères permettant d'attribuer à l'État tel ou tel acte ou telle ou telle conduite de son représentant sont énumérés dans le deuxième rapport (par. 26 et suivants). La Commission elle-même a examiné la question en détail dans le cadre de ses travaux relatifs au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs (2001), *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie. Voir notamment les articles 4 et 7 et les commentaires y relatifs. *Ibid.*, p. 40 à 42, 45 à 47).

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, dans la mesure où, comme on l'a vu plus haut, c'est à l'État du représentant et non à l'État du for qu'il appartient de dire que son représentant a agi *ès qualités* et donc que les actes accomplis sont les siens. Il peut alors être utile de se demander si le caractère officiel de l'acte ou de la conduite du représentant, désigné comme tel par son État, ne fait pas naître une présomption. La Cour internationale de Justice a du moins évoqué une telle présomption en l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. L'un des principaux éléments de l'espèce était le suivant : le Conseiller juridique de l'ONU, agissant au nom du Secrétaire général de l'Organisation, a informé le Gouvernement malaisien que le Rapporteur spécial de la Commission avait accompli dans l'exercice de ses fonctions les actes examinés par le tribunal malaisien et, partant, qu'il bénéficiait de l'immunité pour ces actes⁶⁰. Il était donc question de l'immunité *ratione materiae*, fondée sur le fait que le fonctionnaire de l'ONU avait agi *ès qualité*, ce dont l'Organisation a informé la Malaisie. La Cour a indiqué à cet égard que « [l]orsque les tribunaux nationaux sont saisis d'une affaire mettant en cause l'immunité d'un agent de l'Organisation des Nations Unies, il échet de leur notifier immédiatement toute conclusion du Secrétaire général concernant cette immunité. Cette conclusion et les documents dans lesquels elle s'exprime créent une présomption. Une telle présomption ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux et les tribunaux nationaux doivent donc lui accorder le plus grand poids⁶¹ ». On est ici en présence, semble-t-il, non seulement d'une présomption d'immunité fonctionnelle mais également d'une présomption du caractère officiel des actes accomplis par l'intéressé, qui naît lorsque l'Organisation avise l'État du for du caractère officiel des actes de son représentant⁶².

⁶⁰ « Agissant au nom du Secrétaire général, le Conseiller juridique a étudié les circonstances de l'entretien et les passages controversés de l'article, et a déclaré que Dato' Param Cumaraswamy avait donné cet entretien en sa qualité officielle de Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, que l'article faisait clairement référence au mandat qui lui avait été confié par l'ONU et au mandat global du Rapporteur spécial consistant à enquêter sur les allégations concernant l'indépendance du système judiciaire, et que les passages cités avaient trait à ces allégations. Le 15 janvier 1997, dans une note verbale adressée au Représentant permanent de la Malaisie auprès de l'Organisation des Nations Unies, le Conseiller juridique a en conséquence « prié les autorités malaisiennes compétentes d'aviser sans délai les tribunaux malaisiens que le Rapporteur spécial bénéficiait de l'immunité de juridiction » en ce qui concernait la plainte en question ». *Différend relatif à l'immunité de juridiction...*, demande d'avis consultatif transmise à la Cour en application de la décision 1998/297 du Conseil économique et social, en date du 5 août 1998 (note du Secrétaire général intitulée Privilèges et immunités du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé de la question de l'indépendance des juges et des avocats, par. 6). Disponible à l'adresse suivante : <http://www.icj-cij.int>.

⁶¹ *Différend relatif à l'immunité de juridiction...*, op. cit., par. 61.

⁶² La District Court et la Court of Appeals for the District of Columbia Circuit se sont manifestement appuyées sur des considérations similaires lorsqu'elles ont reconnu l'immunité du général Ya'alon dans le cadre d'une action civile intentée au nom des victimes d'actions militaires des Forces de défense israéliennes. La Court of Appeals a notamment déclaré, dans son arrêt du 15 février 2008, qu'étant donné que la plainte n'indiquait nulle part que le général Ya'alon avait agi hors du cadre de ses fonctions officielles et que l'Ambassadeur d'Israël avait déclaré que les actes en cause avaient été accomplis dans les limites des pouvoirs conférés par l'État d'Israël, le général Ya'alon pouvait prétendre à l'immunité accordée par le *Foreign Sovereign Immunities Act*.

31. Le principe évoqué plus haut, selon lequel l'État du représentant jouissant de l'immunité fonctionnelle n'est nullement tenu de prendre part à la procédure judiciaire, notamment d'informer directement le tribunal étranger de l'immunité de l'intéressé pour que le tribunal examine la question de l'immunité, joue également s'agissant de l'immunité personnelle des hauts représentants de l'État qui ne font pas partie de la « triade ». Dans ce cas, l'État du représentant n'est pas davantage tenu de participer à l'instance, pouvant se contenter d'informer de l'immunité de son représentant le gouvernement (et pas nécessairement le tribunal) de l'État du for pour que la question de l'immunité soit examinée par les organes compétents de cet État, y compris le tribunal saisi. En outre, compte tenu des éléments visés au paragraphe 23 du présent rapport, l'État du représentant doit rapporter la preuve que l'intéressé, de par sa qualité et ses fonctions, répond aux critères régissant l'octroi de l'immunité personnelle, bien qu'il ne soit ni chef d'État ou de gouvernement ni ministre des affaires étrangères. La question de la qualité du représentant, de ses fonctions et de l'importance qu'elles revêtent du point de vue de la souveraineté de l'État concerné relève de la compétence interne de cet État au même titre que celle de savoir si les actes de ce représentant ont un caractère officiel⁶³. C'est pourquoi l'État du for ne peut faire fi de l'invocation de l'immunité personnelle du représentant étranger, même si celui-ci ne fait pas partie de la « triade ». Néanmoins, tout comme s'agissant d'apprécier le caractère officiel des actes du représentant concerné, il n'est pas tenu « d'accepter aveuglément » la déclaration présentée par l'État de l'intéressé.

C. Renonciation à l'immunité⁶⁴

32. Comme la Commission le dit dans ses commentaires sur le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, l'immunité de l'État ne joue pas si l'État en question a consenti à l'exercice de la juridiction du tribunal d'un autre État⁶⁵, l'absence de consentement étant un élément essentiel de l'immunité de l'État⁶⁶. Le consentement de l'État à l'exercice de la juridiction d'un autre État est le fondement de la renonciation à l'immunité. Cela concerne aussi l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État⁶⁷. Comme

⁶³ Comme l'a fait remarquer M. Hmud, membre de la Commission du droit international à la soixantième session de la Commission, « [s]'agissant du statut du représentant, c'est l'État qui a droit à l'immunité qui en décide en application de son droit interne. La question n'est donc pas soumise au pouvoir discrétionnaire des autorités de l'État exerçant sa juridiction ». A/CN.4/SR.2985, juillet 2008, p. 16.

⁶⁴ Mémoire du Secrétariat, par. 246 à 269.

⁶⁵ « L'immunité des États [...] ne s'applique pas si l'État en question a consenti à l'exercice de la juridiction du tribunal d'un autre État. [Il n'est pas fait] obligation à un État de s'abstenir d'exercer sa juridiction, conformément à ses règles de compétence, sur ou contre un autre État qui a consenti à cet exercice. L'obligation de s'abstenir de soumettre un autre État à sa juridiction n'est pas une obligation absolue. Elle est expressément subordonnée à l'absence ou au défaut de consentement de la part de l'État contre lequel la juridiction tente de s'exercer. » Commentaire sur le projet d'article 7, projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (commentés), *Annuaire de la Commission du droit international* (1991), vol. II, deuxième partie, p. 26.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Sur l'immunité des chefs d'État, A. Watts écrit : « Lorsqu'il y a immunité, on peut y renoncer et donner son consentement à l'exercice de la juridiction [...] ». A. Watts « The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *Recueil des cours*, 1994-III, p. 67.

il est dit dans le mémorandum du Secrétariat, « [l]a raison d'être de la renonciation à l'immunité, comme celle de l'immunité elle-même, procède du principe de l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*) »⁶⁸.

33. Au paragraphe 15 du présent rapport, il est rappelé que, comme l'indique le rapport préliminaire, l'immunité n'est pas un attribut du représentant de l'État, mais de l'État qu'il représente. En conséquence, seul l'État peut, en droit, invoquer l'immunité de son représentant. La même logique s'applique à la renonciation à l'immunité. Dans la pratique, il est largement admis que le droit de renoncer à l'immunité des représentants de l'État, qu'il s'agisse d'immunité *ratione personae* ou d'immunité *ratione materiae*, est un attribut de l'État, et non de ses représentants⁶⁹. S'agissant du personnel diplomatique, la Commission a déjà conclu

⁶⁸ Mémorandum du Secrétariat, par. 249.

⁶⁹ Voir mémorandum du Secrétariat, par. 265. Il ressort de l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* que les représentants de l'État « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité ». *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) (Arrêt)*, *Recueil des arrêts de la Cour internationale de Justice 2002*, par. 61. Il résulte de la déclaration d'intérêt des États-Unis d'Amérique dans l'affaire *Samantar* que : « [p]uisque l'immunité est un attribut de l'État, l'État étranger peut lever l'immunité d'un de ses représentants, en exercice ou non, même pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions ». À cet égard, le Gouvernement américain invoque l'affaire *In re Doe* (à l'occasion de laquelle la convocation par mandats de comparution de F. Marcos, ancien Président des Philippines, et de sa femme par un tribunal de première instance avait été attaquée). U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 860 F.2d 40). La décision à laquelle elle avait donné lieu était ainsi libellée : « [P]uisque c'est l'État qui confère le pouvoir de diriger et les privilèges qui lui sont associés, notamment l'immunité, l'État peut donc reprendre ce qu'il a octroyé à ses anciens dirigeants. » *Affaire Yousuf v. Samantar*, déclaration d'intérêt des États-Unis d'Amérique, op. cit. (voir note 26), par. 10. Voir aussi l'alinéa 1 de l'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international (2001) (« Le chef d'État ne jouit plus de l'inviolabilité, de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son État y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine. Il appartient au droit national de l'État intéressé de déterminer l'organe compétent pour décider de cette renonciation. »). La résolution de l'Institut sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses représentants en cas de crimes internationaux (2009) dit ce qui suit au sujet de la renonciation à l'immunité : « Les États devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsqu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis des crimes internationaux » (art. II, al. 3). De toute évidence, l'objet de cette disposition n'est pas seulement de déclarer le droit de l'État, porteur de l'immunité, à y renoncer, mais de recommander qu'il agisse en ce sens si des crimes ont été commis. Voir aussi, par exemple, Brownlie I., *Principles of International Law*, 6^e éd., Oxford University Press, 2003, p. 335; Buzzini G. P., op. cit., p. 474. Dominice Ch., « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État », RGDIP n° 2, 1999, p. 297 à 308 [« Les immunités, leurs contours et leurs limites, sont fixées par le droit international. Lorsqu'elles existent, c'est effectivement l'État qui peut renoncer à son immunité ou à celle de l'un de ses organes. » (p. 306)]. « C'est l'État qui est le véritable bénéficiaire de l'immunité, et c'est lui qui peut la lever, quoi que veuille la personne qui l'invoque », *An Introduction to International Criminal Law and Practice*, 2^e éd., 2010, Cambridge University Press, R. Cryer *et al.*, p. 534. S'agissant de la renonciation à l'immunité des représentants diplomatiques, M. N. Shaw relève que, dans l'affaire *Fayed v. Al-Tajir* [1987 2 All ER 396], la Cour d'appel a évoqué la levée de l'immunité qu'un ambassadeur se serait accordée pour se justifier. Kerr L. J. a noté, à juste titre, qu'en droit international comme en droit anglais, l'immunité était un droit de l'État accréditant. Par suite, « seul le souverain peut lever l'immunité de ses représentants diplomatiques. Ils ne peuvent le faire eux-mêmes ». M. N. Shaw, op. cit., p. 771.

en ce sens lors de l'élaboration du projet d'articles sur les relations diplomatiques⁷⁰, et retenu cette solution à l'occasion de ses travaux sur les projets d'articles sur les relations consulaires, les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel⁷¹. Souscrivant à cette solution, les États ont consacré dans les conventions les dispositions correspondantes tirées des projets d'articles⁷². Rien ne permet de dire que cette solution ne vaut pas pour tous les représentants de l'État⁷³.

34. La question de savoir quel organe de l'État est compétent pour lever l'immunité de ses représentants s'apprécie par référence à l'organisation interne dudit État, n'étant pas susceptible de réglementation internationale⁷⁴. Toutefois, la question de la levée de l'immunité des représentants de l'État (en exercice, bien entendu) appartenant à la « troïka » mérite une attention particulière⁷⁵.

35. Le chef de l'État et, souvent, le chef du gouvernement, sont les plus hauts représentants de l'État. Ils représentent avec le ministre des affaires étrangères l'État dans les relations internationales, sans avoir besoin de justifier de mandats supplémentaires. Se pose donc la question de savoir s'ils peuvent renoncer eux-mêmes à l'immunité de juridiction étrangère dont ils bénéficient.

⁷⁰ Voir le débat sur la question de la renonciation à l'immunité à l'occasion de l'élaboration des projets d'articles sur les relations diplomatiques et les immunités, à la neuvième session de la CDI, le 27 mai 1957. *Annuaire de la Commission du droit international* (1957), vol. I, p. 111 à 113. La Commission a adopté, sans objection, le projet d'alinéa 1 de l'article 21, qui prévoit que la renonciation à l'immunité est un attribut de l'État. Dans les projets adoptés par la Commission, l'alinéa 1 de l'article 30 dispose ce qui suit : « L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents diplomatiques. » *Annuaire de la Commission du droit international* (1958), vol. II, p. 99.

⁷¹ Le commentaire de la Commission sur l'article 45 du Projet d'articles sur les relations consulaires est révélateur à cet égard : « C'est à l'État d'envoi, sujet des droits découlant des présents articles, qu'est réservée la faculté de renoncer à l'immunité. Le fonctionnaire consulaire ne peut pas le faire à lui seul. » *Annuaire de la Commission du droit international* (1961), vol. II, p. 118.

⁷² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 (art. 32), Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (art. 45), Convention sur les missions spéciales de 1969 (art. 41) et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel de 1975 (art. 31 et 61).

⁷³ Examinant la question de la légalité de la renonciation de l'État à l'immunité, en particulier à celle du chef d'État, la Cour d'appel américaine reprend l'analogie avec l'immunité diplomatique : « Les principes qui régissent l'immunité diplomatique permettent de déduire que celle du chef d'État peut être levée par le souverain [...] Si tel individu jouit de l'immunité diplomatique, c'est uniquement à la discrétion de l'État qu'il représente. Certes, la disposition de la Convention de Vienne [sur les relations diplomatiques] ne s'applique qu'aux diplomates, mais il n'y a pas de raison que cette solution ne vaille pas aussi s'agissant du chef d'État. En effet, il ne serait pas normal que l'État ait le pouvoir de lever l'immunité du diplomate, mais non celle du chef d'État. » *In re Grand Jury Proceedings, John Doe n° 700*, U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, 5 mai 1987, 817 F.2d 1108.

⁷⁴ À cet égard, le deuxième paragraphe de l'alinéa 1 de l'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international (2001) (voir note 33) précise qu' : « Il appartient au droit national de l'État intéressé de déterminer l'organe compétent pour décider de cette renonciation. »

⁷⁵ Comme l'a observé J. Verhoeven, « [s]i problème il y a, il concerne surtout la personne qui se trouve au faite de la hiérarchie et qui n'a pas de supérieur immédiat auquel on puisse se référer, ce qui vise principalement le chef de l'État étranger ». Joe Verhoeven (dir.), *Droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, 2004, Larcier, p. 114.

36. Dans une certaine mesure, cette question est purement théorique. Comme le fait remarquer M. A. Tunks, « [d]ans la pratique, il est extrêmement rare que l'immunité du chef d'État en exercice soit levée, parce qu'il est souvent celui qui détient le pouvoir d'en décider »⁷⁶. En doctrine, deux points de vue retiennent l'attention. Comme l'a observé A. Watts à propos du chef d'État, « la levée de l'immunité du chef d'État [...] est compliquée par le fait qu'il est l'autorité suprême au sein de son propre État »⁷⁷. Selon lui, le chef d'État étant l'organe le plus haut placé de l'État, il peut renoncer à sa propre immunité⁷⁸. J. Verhoeven, par contre, estime que le chef d'État ne peut pas renoncer à ses propres immunités dans la mesure où elles « protègent des fonctions qu'il exerce dans le seul intérêt de l'État à la tête duquel il se trouve »⁷⁹. Selon J. Verhoeven, la levée de l'immunité du chef de l'État est une prérogative des autorités compétentes de cet État⁸⁰. Quant à savoir quelles sont ces autorités compétentes, c'est le droit interne de l'État concerné qui le détermine, comme dans le cas des autres représentants de l'État⁸¹.

37. Selon A. Watts dont la thèse repose sur la hiérarchie des représentants et des organes de l'État, le ministre des affaires étrangères ne peut pas renoncer lui-même à son immunité puisqu'il n'exerce pas la fonction suprême au sein de l'État et qu'il

⁷⁶ M. A. Tunks, « Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity », *Duke Law Journal* (2002), vol. 52, 651, p. 673, note 123. Plus loin, il illustre cette thèse avec beaucoup de relief, en invoquant l'affaire *Lafontant v. Aristide* : « Ce paradoxe est illustré dans l'affaire *Aristide*. Le Gouvernement haïtien de facto a appuyé le procès et essayé de lever l'immunité d'Aristide, mais sans succès, parce qu'Aristide représentait le seul gouvernement haïtien reconnu par les États-Unis. En conséquence, lui seul pouvait lever sa propre immunité. » Ibid. Examinant la faculté de lever l'immunité dans l'affaire *Howland v. Resteiner*, le tribunal américain déclare que : « [M]ême si l'immunité du chef de l'État ne s'applique pas aux anciens chefs d'État, elle peut être levée à tout moment soit par M. Mitchell, en sa qualité actuelle de chef d'État de la Grenade, soit par l'administration qui lui succédera à l'expiration de son mandat » (l'objet de cet examen était d'engager une procédure civile contre trois défendeurs, dont K. Mitchell, Premier Ministre de la Grenade, et sa femme; le tribunal a reconnu l'immunité de juridiction dont jouissaient ces deux personnalités en vertu de la Déclaration d'immunité émanant du Département d'État américain, et l'absence de renonciation à leur immunité, sans préjudice toutefois de la possibilité d'une nouvelle procédure). *Charles C. Howland v. Eric E. Resteiner, et al.*, U.S. District Court, E.D. New York, n° 07-CV-2332, 5 décembre 2007 (à consulter à l'adresse : <http://www.westlaw.com>). La faculté même de lever l'immunité du chef d'État n'est pas douteuse, comme il ressort, par exemple, de l'article 7 1) de la résolution de l'Institut de droit international (2001). Par ailleurs, dans le cadre des travaux de l'Institut sur le projet de résolution 2009, Y. Dinstein a fait observer que la faculté de lever l'immunité appartenait à l'État, et non à l'individu qui en jouissait. Il en était ainsi même lorsque l'immunité était dite « personnelle », puisqu'elle n'était jamais personnelle au sens propre du terme. Si l'État exerçait son pouvoir de lever cette « immunité personnelle », la personne concernée (qu'elle le veuille ou non) serait soumise à l'exercice de la juridiction même qu'elle essayait d'éviter. *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Naples, vol. 73 (2009), p. 199 (à consulter à l'adresse : <http://www.idi-iil.org>).

⁷⁷ Watts A., op. cit., p. 67.

⁷⁸ Ibid., p. 68. A. Watts examine séparément la question de la levée de l'immunité du chef d'État à raison des actes commis dans l'exercice de ses fonctions et des actes commis à titre personnel, et conclut dans l'un et l'autre, que le chef d'État peut renoncer lui-même à son immunité, bien qu'il soit plus probable qu'il le fasse s'agissant des actes commis à titre personnel. Ibid.

⁷⁹ Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), session de Vancouver (2001), Travaux préparatoires et délibérations de l'Institut, p. 550.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Voir le deuxième paragraphe de l'alinéa 1 de l'article 7 de la résolution de l'Institut (2001) (déjà cité à la note 74). Voir aussi Verhoeven J., Rapport provisoire, par. 34, ibid., p. 534.

y a toujours un représentant de l'État ou un organe du pouvoir plus haut placé habilité à le faire. Cette thèse ne précise pas le sort du chef de l'État : en effet, dans certains pays, le chef de l'État est le plus haut représentant de l'État, dans d'autres il ne l'est pas.

38. Il convient peut-être d'examiner cette question en partant du fait que ces trois hautes personnalités, de par la fonction qu'elles occupent, représentent l'État dans les relations internationales. Si l'on considère cette qualité, et non les seules considérations hiérarchiques, on peut présumer que l'État qui exerce sa juridiction pénale à l'encontre de l'un de ces représentants, après avoir été informé que l'intéressé renonçait à son immunité, est en droit de considérer que telle est la volonté de l'État qu'il représente, au moins tant que celui-ci ne l'informe pas du contraire.

39. Outre la question de savoir qui est habilité à lever l'immunité du représentant de l'État, se pose la question de la forme que peut prendre la renonciation à l'immunité⁸². Doit-elle toujours être expresse ou suffit-il qu'elle soit implicite, ou, expresse ou implicite, suffit-il qu'elle soit manifeste?

40. La Commission a examiné cette question à l'occasion des projets d'articles sur les relations consulaires, sur les missions spéciales, sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et sur les immunités de juridiction des États et de leurs biens. À cet égard, les travaux qu'elle a menés sur les projets d'articles sur les relations diplomatiques ont été déterminants pour les quatre premiers projets d'articles. Selon le projet d'article qu'elle a élaboré sur la renonciation à l'immunité des agents diplomatiques : « Au criminel, la renonciation doit toujours être expresse. »⁸³. Dans son commentaire sur cette disposition, la Commission a fait observer qu' : « Une distinction est faite entre l'action criminelle et l'action civile. Dans le premier cas, la renonciation doit être expresse. Au civil, comme aussi en matière de procédure administrative, elle peut être expresse ou implicite [...] »⁸⁴. Toutefois, les États en décideront autrement, et la disposition de l'alinéa 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, aux termes duquel la renonciation à l'immunité doit toujours être expresse, s'applique aussi bien à l'immunité de la juridiction pénale qu'à l'immunité de la juridiction civile⁸⁵. Les dispositions relatives à la renonciation à l'immunité sont énoncées de la même manière dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (art. 45, par. 2), dans la Convention sur les missions spéciales de 1969 (art. 41, par. 2) et dans la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère

⁸² « Dans le cas du représentant de l'État, la question de la forme que peut revêtir la renonciation à l'immunité est importante. » Mémoire du Secrétariat, par. 250.

⁸³ Art. 30, par. 2. *Annuaire de la Commission du droit international* (1958), vol. II, p. 99.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ De l'avis de nombre de délégations participant à la conférence, seule une renonciation expresse à l'immunité peut témoigner de l'intention réelle de l'État accréditant de renoncer à l'immunité. Dans la mesure où l'immunité protège avant tout l'État (tandis que le diplomate n'en est que le bénéficiaire), il n'y a pas de raison d'établir de distinction entre la juridiction pénale et la juridiction civile pour ce qui est de la renonciation à l'immunité. Voir Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques (A/CONF.20/14), *Documents officiels*, vol. I, p. 174 et suiv.

universel de 1975 (art. 31, par. 2 et art. 61, par. 2)⁸⁶. On notera que, dans toutes ces conventions, à l'exception de la Convention sur les relations consulaires, l'obligation de renonciation expresse à l'immunité est prescrite pour les représentants de l'État bénéficiant à titre personnel de l'immunité de la juridiction pénale étrangère. Dans tous les cas, l'État accréditaire connaît ces représentants et sait très bien quel est leur statut. Il en est ainsi aussi des fonctionnaires et des employés consulaires, qui ne bénéficient que d'une immunité fonctionnelle.

41. Il ressort d'une abondante jurisprudence interne que la renonciation à l'immunité des chefs d'État doit obligatoirement être expresse. Le mémorandum du Secrétariat cite aussi les arrêts du Tribunal fédéral de la Suisse en l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*⁸⁷, du U.S. District Court (E. D. New York) en l'affaire *Lafontant v. Aristide*⁸⁸, et de la Cour d'appel de Grande-Bretagne en l'affaire *Ahmed v. Government of the Kingdom of the Saudi Arabia*⁸⁹.

42. La renonciation expresse à l'immunité (le consentement exprès de l'État du représentant à l'exercice de la juridiction pénale de l'autre État à l'égard de son représentant) peut prendre la forme d'une déclaration unilatérale, d'une notification émanant de l'État du représentant ou d'un accord international conclu entre les deux États. Elle peut viser expressément le ou les représentants concernés par la procédure pénale, ou être plus générale. Ces modes de renonciation expresse à l'immunité sont décrits à l'alinéa 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004⁹⁰.

⁸⁶ On voit bien, du reste, que toutes ces conventions autorisent la renonciation implicite à l'immunité de la juridiction civile. En particulier, il ressort de tous les articles cités que tout représentant de l'État bénéficiant de l'immunité qui intente une action en justice se prive du droit d'invoquer l'immunité de juridiction en cas de demande reconventionnelle directement liée à la demande principale. Voir note 109.

⁸⁷ Mémorandum du Secrétariat, par. 251.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Dans ses commentaires sur les projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission explicite comme suit les dispositions énoncées à l'alinéa 1 de l'article 7 de la Convention de 2004 : « [I]l semble y avoir différents modes d'expression ou de signification du consentement [...] [L]e consentement ne doit pas être considéré comme allant de soi et ne doit pas être facilement induit. Toute théorie selon laquelle un "consentement tacite" peut constituer une exception aux principes généraux des immunités des États exposés dans la présente partie doit être considérée non pas comme une exception en elle-même, mais bien plutôt comme une explication ou une justification supplémentaire à l'appui d'une exception, par ailleurs valable et généralement reconnue. En aucun cas, il n'y a donc lieu de présumer le consentement d'un État qui ne se montre pas disposé à consentir et qui n'a pas exprimé son consentement clairement et sans équivoque, y compris par les modes prévus à l'article 8 [...] Il existe une preuve tangible et indiscutable du consentement de l'État lorsque celui-ci donne son consentement [...] par écrit et spécialement pour une procédure déterminée, alors que le différend est déjà né [...] [S]i le consentement est exprimé dans une disposition d'un traité conclu entre États, il a certainement force obligatoire pour l'État consentant, et les États parties habilités à se prévaloir des dispositions du traité peuvent se prévaloir de l'expression de ce consentement. Le droit des traités confirme la validité de l'expression du consentement à la juridiction ainsi que l'applicabilité d'autres dispositions du traité. » Projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (commentés), *Annuaire de la Commission du droit international* (1991), vol. II, deuxième partie, p. 27. Le troisième mode d'expression prévu par la Convention – le contrat écrit – ne concerne pas, de toute évidence, la renonciation à l'immunité de la juridiction pénale.

43. La question de la forme de la renonciation à l'immunité d'un ancien chef d'État est envisagée dans l'affaire *Pinochet*. Le mémorandum du Secrétariat procède à une analyse relativement détaillée de cet aspect de l'affaire et de la doctrine y relative⁹¹. En particulier, il indique ce qui suit : « [D]ans l'affaire *Pinochet* n° 3, la question de la renonciation à l'immunité, qui tournait autour de la ratification par le Chili de la Convention contre la torture, a été examinée dans une certaine mesure par les sept lords. L'un des lords a considéré qu'il s'agissait là d'un cas de renonciation expresse, six lords n'y ont même pas vu un cas de renonciation implicite, pourtant cinq des sept lords ont conclu qu'en définitive la ratification venait manifester le consentement du Chili à soumettre son ancien chef d'État à la juridiction. »⁹² Comme l'a fait remarquer Lord Saville, « [o]n a [...] dit que toute renonciation à l'immunité par un État devait être expresse, ou au moins sans ambiguïté. Sans vouloir contester cette proposition générale, il me semble que les dispositions expresses et sans ambiguïté de la Convention contre la torture satisfont à cette condition. »⁹³ Lord Goff ne partageait pas cet avis. Selon lui, la Convention ne prévoyait ni renonciation expresse ni renonciation implicite à l'immunité. Il a noté, en particulier : « [I]l me semble clair que, conformément au droit international et au droit de ce pays qui, sur ce point, correspond au droit international, la renonciation d'un État à son immunité par un traité doit toujours être expresse. En effet, si ce n'était pas le cas, cela ouvrirait la voie au chaos sur la scène internationale, car les tribunaux des différents États parties à un traité parviendraient à des conclusions différentes sur la question de savoir si la renonciation à l'immunité est implicite. »⁹⁴ Il en résulte que, au fond, les deux Lords estiment que la renonciation à l'immunité sous la forme d'un accord international doit être expresse⁹⁵.

44. Il existe, en doctrine, un point de vue selon lequel certains accords internationaux qui n'envisagent pas la renonciation à l'immunité n'en sont pas moins incompatibles avec l'immunité. Il s'agit notamment de traités relatifs aux droits de l'homme, réprimant certaines activités et instituant la compétence pénale universelle à l'égard de ces activités⁹⁶. En conséquence, l'État qui consent à être lié

⁹¹ Mémorandum du Secrétariat, par. 258 à 264.

⁹² *Ibid.*, par. 258.

⁹³ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 mars 1999 (Pinochet n° 3). À consulter à l'adresse : <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>.

⁹⁴ *Ibid.*, à consulter à l'adresse : <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>.

⁹⁵ Examinant la question de l'expression de la renonciation implicite de l'État à son immunité au titre du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), le U.S. District Court note, dans le cadre de l'affaire *Doe and ors v. Israel and ors* [Motion disposition, 400 F Supp 2d 86, 95-96 (DDC 2005); ILDC 318 (US 2005)], qu'une renonciation implicite en vertu de cette disposition nécessite que le souverain étranger ait exprimé, à un moment ou à un autre, son consentement à l'exercice de la juridiction ou manifesté personnellement son intention de le faire.

⁹⁶ Selon la description de R. O'Keefe, la théorie de la renonciation implicite à l'immunité veut que l'adhésion d'un État à un accord international établissant l'existence ou la reconnaissance d'un crime international et imposant l'obligation de le punir est incompatible avec le maintien de l'immunité si le prévenu est le représentant d'un État étranger. Dans ce cas, il faut que l'État ait renoncé à l'avance à toute immunité susceptible de protéger l'auteur de l'acte incriminé, cette immunité étant incompatible avec l'accord. En résumé, consacrer la compétence pénale universelle et obligatoire susceptible de s'exercer à l'égard de tout représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions revient à consentir à l'avance à l'exercice de cette compétence par

à un tel accord renonce du même coup implicitement à l'immunité de ceux de ses représentants qui auront enfreint les droits fondamentaux consacrés par cet accord ou commis des actes réprimés par cet accord⁹⁷. Le rapport préliminaire et le deuxième rapport s'intéressent aux différences entre la juridiction, d'une part, et l'immunité, d'autre part, ainsi qu'entre les normes matérielles et, dans un certain nombre de cas, impératives relatives aux droits de l'homme, et les normes qui interdisent et érigent en infractions certaines activités, d'une part, et l'immunité à caractère procédural, de l'autre⁹⁸. Le deuxième rapport conclut que ni la compétence universelle, ni ces normes n'abrogent l'immunité⁹⁹. Ces considérations sont également valables dans ce cas. Pour les mêmes raisons, le fait que l'État consente à être lié par ce type d'accord international n'empêche pas de sa part consentement à l'exercice d'une juridiction pénale étrangère à l'égard de ses représentants, autrement dit à la levée de leur immunité. De plus, pour interpréter tel accord international de manière à conclure qu'il envisage la renonciation à l'immunité des représentants de l'État qui en est partie, il faut pouvoir montrer que telle a été l'intention ou la volonté de cet État. Or, comme le note J. Verhoeven au sujet des accords consacrés aux délits au regard du droit international, « [n]ul ne paraît toutefois y découvrir une volonté – implicite, mais certaine – de leurs signataires de déroger à l'immunité »¹⁰⁰.

45. Dans son arrêt en l'affaire *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice s'est clairement prononcée sur la question de savoir si le fait pour tels États de signer un accord international réprimant certains actes et obligeant ses parties à étendre l'exercice de la juridiction pénale à ces actes signifiait que ces États

les tribunaux internes d'États étrangers, quelle que soit la thèse défendue par l'État en matière d'immunité. R. O'Keefe, « The European Convention on State Immunity and International Crimes », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2, 1999, p. 513. L'auteur justifie cette théorie en interprétant l'article 2 a) de la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972, relevant, en particulier, que cet article autorise à dire que la renonciation à l'immunité peut découler implicitement d'un accord international. *Ibid.*, p. 517. D'ailleurs, pour signifier une renonciation implicite, il faut, d'après l'auteur, que l'intention des parties à l'accord de consentir à l'exercice de la juridiction pénale des tribunaux étrangers découle de manière univoque dudit accord. C'est l'existence d'une obligation d'exercice de la juridiction (notamment sous la forme du principe *aut dedere aut judicare*) qui témoignera de cette intention. *Ibid.* V. Koivu, à son tour, note que pour établir l'existence d'une renonciation implicite à l'immunité, l'accord international doit être manifestement incompatible avec les dispositions applicables de l'immunité. V. Koivu, « Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), p. 318.

⁹⁷ Toutefois, la plupart du temps, l'adhésion à ce type d'accord ne vaut pas renonciation à l'immunité, étant regardée uniquement comme une exception à l'immunité, à l'exemple de l'absence d'immunité ou de la faculté de renoncer à l'immunité. Voir, ainsi, Bradley, Curtis A. et Goldsmith, Jack Landman, « Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation », *Green Bag 2D*, vol. 13, p. 9 (2009); Harvard Public Law Working Paper n° 10-05, p. 22. À consulter à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1485667>. Cette question a été examinée en détail dans le deuxième rapport, par. 63 et suiv.

⁹⁸ Rapport préliminaire, par. 64 à 70; deuxième rapport, par. 64 à 77.

⁹⁹ Par. 64 et 77 du deuxième rapport.

¹⁰⁰ *Droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Joe Verhoeven (dir.) 2004, Larcier, p. 123. L'auteur observe également : « [C]es conventions (génocide, torture, etc.) ne comportent aucune disposition écartant explicitement celle-ci et [...] rien ne laisse croire, ni dans leurs travaux préparatoires ni ailleurs, que telle ait été la volonté implicite des États qui les ont négociées ou qui y sont devenus parties. » *Ibid.*, p. 125.

renonçaient à l'immunité de leurs représentants, déclarant en particulier que : « [L]a compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions. »¹⁰¹ Il semble que cette observation trouve tout son sens dans le cas des accords relatifs aux droits de l'homme.

46. Dans l'ensemble, le mémorandum du Secrétariat évoque une « réticence générale à accepter la renonciation implicite sur la base de l'acceptation d'un accord »¹⁰².

47. Loin de distinguer renonciation expresse et renonciation implicite à l'immunité, la résolution de l'Institut de droit international met l'accent sur le caractère clair, univoque de cette renonciation. Elle dispose en son article 7, sur la renonciation à l'immunité du chef d'État, que : « Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine. »¹⁰³ À cet égard, comme J. Verhoeven le fait observer dans son rapport, « [I]mportant est d'ailleurs là : c'est que la volonté [de l'État] soit certaine »¹⁰⁴. Pour donner un exemple de l'expression univoque de la volonté de l'État qui peut être considérée comme une renonciation sinon expresse, du moins implicite à l'immunité, le rapporteur décrit la situation du gouvernement qui engage une procédure contre un ancien chef d'État¹⁰⁵.

48. Est-elle pour autant certaine? Par exemple, l'État peut engager une procédure contre un de ses anciens chefs d'État (ou un autre de ses représentants), et même demander qu'il soit extradé d'un autre État¹⁰⁶. Une telle demande signifie

¹⁰¹ *Mandat d'arrêt* (Arrêt), par. 59. Au sujet de la Convention contre la torture, Xiaodong Yang fait observer ce qui suit : « [...] la Convention contre la torture est muette sur la question de l'immunité de l'État. On peut tenter d'expliquer ce silence, mais une chose est claire : en l'absence de disposition relative à l'immunité de l'État, l'interprétation et l'application de la Convention contre la torture sont soumises aux normes du droit international relatives à cette question. L'existence d'une compétence universelle n'implique pas nécessairement une perte de l'immunité, comme l'a affirmé sans ambiguïté la Cour internationale de Justice. » « *Jus Cogens and State Immunity* », *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), p. 144 et 145. La Cour de cassation belge, saisie de la question de l'immunité d'A. Sharon, accusé d'avoir commis des crimes de guerre, a déclaré que : « [L]es Conventions de Genève du 12 août 1949 et les Protocoles additionnels I et II à ces conventions ne contiennent pas de disposition de nature à empêcher le prévenu d'invoquer l'immunité de juridiction devant les tribunaux belges. » *H.S.A. et al. v. S.A. et al. (décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, d'Amos Yaron et d'autres)*, Cour de cassation de Belgique (voir note 41).

¹⁰² Mémorandum du Secrétariat, par. 259.

¹⁰³ Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), session de Vancouver (2001), Travaux préparatoires et délibérations de l'Institut, p. 689.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 534.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Ainsi, pendant plusieurs années, le Pérou a cherché à faire extradier son ancien dictateur, A. Fujimori, tout d'abord du Japon (sans succès, l'intéressé ayant la nationalité japonaise), puis du Chili. A. Fujimori a été arrêté au Chili à la demande du Gouvernement péruvien dès son arrivée, et quelque temps après, en 2007, il a été extradé au Pérou pour y être poursuivi au

clairement que l'État renonce à l'immunité du représentant concerné pour permettre à l'État étranger de procéder à son extradition. Néanmoins, l'État peut maintenir l'immunité de son ancien chef d'État pour empêcher l'État étranger de prendre des mesures visant à engager lui-même des poursuites pénales contre l'intéressé ou à l'extrader vers un État tiers¹⁰⁷. En règle générale, il semble en effet que le fait que l'État souhaite amener un de ses anciens représentants à répondre de ses actes ne signifie nullement qu'il nie que ce dernier les ait accomplis dans l'exercice de ses fonctions, et ni davantage qu'il consente à l'exercice d'une juridiction pénale étrangère à l'égard de ce représentant, autrement dit qu'il renonce à son immunité. Au contraire, l'État ne veut pas que son ancien représentant soit poursuivi dans un État étranger, il veut le juger lui-même¹⁰⁸.

49. On peut imaginer l'éventualité où l'État demanderait à tel autre État d'exercer des poursuites pénales contre un de ses hauts représentants en exercice (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères). Cette démarche implique évidemment que l'État renonce à l'immunité de ce représentant pour permettre l'exécution de la procédure. Ce n'est, toutefois, là qu'une hypothèse d'école.

50. Les conventions sur les relations diplomatiques, les relations consulaires, les missions spéciales, la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens consacrent toutes la même disposition qui veut que toute personne bénéficiant de l'immunité qui intente une action en justice, se prive du droit d'invoquer l'immunité de juridiction en cas de demande reconventionnelle directement liée à la demande principale¹⁰⁹. Il est question ici,

pénal. Autant que l'on puisse en juger d'après la relation des faits, la question de l'immunité d'A. Fujimori n'a pas été soulevée lors de l'examen de la question de son arrestation, ni au cours de l'examen de la demande d'extradition. Voir, par exemple, M. Haas, « !Fujimori Extraditable! : Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations », 39 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, hiver 2008, p. 373 à 407.

¹⁰⁷ Dans l'affaire *Lafontant v. Aristide*, le U.S. District Court a rejeté l'argument selon lequel le mandat d'arrêt décerné à l'encontre de J.-B. Aristide, à Haïti, pouvait être considéré comme une levée de l'immunité du chef d'État. Par ailleurs, l'Ambassadeur de Haïti aux États-Unis a confirmé, dans une lettre, que l'immunité de J.-B. Aristide n'avait pas été levée. Du reste, la déclaration sur l'immunité de J.-B. Aristide présentée par le Département d'État américain a été décisive pour le tribunal saisi. Il en résulte en effet que les États-Unis n'ont pas reconnu le Gouvernement haïtien et ont continué de voir en J.-B. Aristide, en exil, le seul chef d'État légitime. *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp. 128, 137 (EDNY 1994), 103 ILR 581.

¹⁰⁸ Lorsque l'État intente une action au pénal contre un de ses anciens chefs d'État, il peut dans le même temps donner son consentement pour qu'un État étranger exerce sa juridiction à l'égard de ce représentant (voir, par exemple, l'affaire *Gonzalo Sanchez de Lozada*, ancien Président de la Bolivie : son inculpation en Bolivie (pour infractions pénales) s'est accompagnée d'une renonciation du Gouvernement bolivien à toute immunité de juridiction civile dont le prévenu pouvait encore bénéficier aux États-Unis, et elle a été jugée recevable. *Mamani, et al. v. Jose Carlos Sanchez Berzain and Gonzalo Daniel Sanchez de Lozada Sanchez Bustamante*, U.S. District Court, Southern District of Florida, Miami Division, 9 novembre 2009. À consulter à l'adresse : http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Mamani_Sanchez_/Berzain_Sanchez_de_Lozada.pdf). Toutefois, cela confirme uniquement qu'il est peu probable qu'en droit l'exercice des poursuites au pénal soit assimilé à une renonciation implicite à l'immunité.

¹⁰⁹ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 (art. 32, par. 3), la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (art. 45, par. 3), la Convention sur les missions spéciales de 1969 (art. 41, par. 3), la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel de

évidemment, de la juridiction civile. Toutefois, les codes de procédure pénale de nombreux pays envisagent la participation des victimes aux débats. Peut-on considérer que cette participation revient à renoncer à l'immunité de juridiction pénale du représentant de l'État qui se porterait partie civile dans un procès pénal, notamment si le défendeur à l'action forme une demande reconventionnelle?

51. L'analogie avec la situation de l'immunité de juridiction civile dans le cas où la victime engage une procédure pénale ou se constitue partie civile est, à vrai dire, sans intérêt. En matière pénale, l'action publique étant exercée par le juge d'instruction ou le procureur, il est indifférent que la victime ou les autorités de l'État y interviennent. Il est donc important que le représentant de l'État ne soit que le bénéficiaire de l'immunité, et que celle-ci soit l'attribut de l'État. De fait, l'État, dont l'immunité défend les intérêts, ne peut pas renoncer à son immunité à cause des actes commis par son représentant¹¹⁰.

52. Il est cependant des cas où le représentant de l'État intervient seul dans le procès pénal, sans intervention du ministère public, exerçant alors la plénitude des droits procéduraux de l'accusation. On peut se demander s'il n'y a pas lieu à renonciation à l'immunité en cas de demande reconventionnelle liée à l'infraction présumée. Ainsi, de l'action privée prévue par la législation d'un certain nombre d'États pour un nombre limité d'infractions (celles qui, en règle générale, sont mineures, comme les coups et blessures légers)¹¹¹. En cas d'action privée, le ministère public n'intervient pas, et c'est le plaignant qui exerce toutes ses prérogatives¹¹², c'est-à-dire que concrètement, il débat avec l'accusé, et le tribunal joue le rôle d'arbitre. C'est pourquoi la demande reconventionnelle est permise en pareille circonstance¹¹³. Autrement dit, compte tenu de ses caractéristiques, cette procédure n'est pas sans rappeler la procédure civile. Quant à savoir dans quelle mesure¹¹⁴, compte tenu des nuances des règles de procédure pénale de l'État du for, cela doit aussi être précisé s'agissant de l'action privée où se pose la question de la renonciation à l'immunité.

1975 (art. 31, par. 3) et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004 (art. 8). À consulter à l'adresse : <http://untreaty.un.org>.

¹¹⁰ La situation se complique encore dans l'hypothèse où la procédure pénale est engagée par le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères.

¹¹¹ Voir, par exemple, les articles 43 et 318 du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie (à consulter à l'adresse : <http://www.consultant.ru/popular/upkrf/>); les articles 374 à 394 du Code de procédure pénale de l'Allemagne (à consulter à l'adresse : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html); l'article 27 du Code de procédure pénale de l'Ukraine (à consulter à l'adresse : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1001-05>); et l'article 71 du Code de procédure pénale de l'Autriche (à consulter à l'adresse : [http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html)). Il est des dispositions qui n'autorisent à intenter certaines actions au pénal qu'à titre privé; le ministère public n'a pas le droit de le faire, c'est-à-dire que l'État du for n'a pas, au fond, intérêt à agir dans le cadre de la procédure pénale. Voir l'alinéa 2 de l'article 20 du Code de procédure pénale de la Russie (sur le préjudice léger en matière de santé, les coups n'entraînant pas de conséquences graves, la calomnie, l'outrage).

¹¹² Voir, par exemple, l'alinéa 5 de l'article 71 du Code de procédure pénale de l'Autriche et l'alinéa 2 de l'article 43 du Code de procédure pénale de la Russie, *ibid*.

¹¹³ Voir l'article 388 du Code de procédure pénale de l'Allemagne, *ibid*.

¹¹⁴ Dans certains États, l'action privée en justice peut prendre des formes diverses, voire mixtes. Ainsi, en Allemagne, il existe une procédure dite « privée accessoire » (art. 395 à 402 du Code de procédure pénale de l'Allemagne, *op. cit.*), dans laquelle le ministère public joue le rôle essentiel, et le particulier un rôle accessoire.

53. Dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour internationale de Justice, examinant la question des mesures prises par la France concernant le Procureur de la République et le Chef du Service national de la sécurité de Djibouti, a considéré que la France n'avait pas enfreint l'immunité fonctionnelle dont pouvaient bénéficier ces représentants de l'État dans la mesure où Djibouti ne l'avait pas invoquée. Du reste, la Cour n'a pas non plus affirmé que Djibouti, faute d'avoir invoqué cette immunité, y avait pour autant renoncé. Néanmoins, on est fondé de se demander si l'on peut considérer comme une renonciation implicite à l'immunité le fait pour l'État de ne pas l'invoquer¹¹⁵.

54. Nous avons vu plus haut qu'il appartenait à l'État exerçant la compétence pénale d'invoquer l'immunité en présence d'un membre de la « troïka », et qu'il appartenait à l'État du représentant de le faire lorsque le représentant en cause bénéficiait d'une immunité fonctionnelle ou d'une immunité personnelle, sans appartenir à la troïka¹¹⁶. Dès lors, le fait que l'État du représentant n'invoque pas l'immunité dans le cas où une juridiction pénale étrangère s'exerce à l'égard du chef de l'État, du premier ministre ou du ministre des affaires étrangères ne signifie pas qu'il consent à l'exercice de ladite juridiction, ni, par suite, qu'il renonce à l'immunité de ses représentants. En revanche, lorsque la juridiction pénale étrangère s'exerce à l'égard d'un représentant bénéficiant d'une immunité fonctionnelle ou d'une immunité personnelle, sans appartenir à la troïka, on peut présumer que le fait que l'État du représentant n'invoque pas l'immunité peut être considéré comme valant consentement à l'exercice de ladite juridiction et, partant, renonciation à l'immunité¹¹⁷. Toutefois, rien n'empêche l'État du for de renoncer à exercer sa

¹¹⁵ Voir aussi Buzzini G. P., op. cit., p. 474.

¹¹⁶ Voir les paragraphes 18 à 24 du présent rapport.

¹¹⁷ Toutefois, le Rapporteur spécial n'a pas connaissance des décisions de justice, des pratiques et des avis des États ou de la doctrine qui confirment ou infirment expressément la question ainsi posée. Il ressort de la déclaration sus-évoquée du Département d'État américain dans l'affaire *Samantar* (voir note 32) qu'il existe une relation entre le fait que l'État du représentant n'invoque pas l'immunité et le fait que l'État étranger exerce sa compétence à l'égard du représentant qui aurait pu, en principe, en bénéficier. Il existe une abondante jurisprudence de rejet de l'immunité du représentant, la question n'ayant tout simplement pas été examinée, auquel cas l'État n'a pas eu l'occasion d'invoquer l'immunité de son représentant, en activité ou non. Ainsi, on peut citer l'affaire *Xuncax v. Gramajo*, U.S. District Court of Massachusetts (1995) ou, dans la même veine, en Espagne, l'affaire *Guatemala Genocide Case*, Cour suprême d'Espagne, 25 février 2003, 42 ILM 686 (2003), et la décision de la Cour de cassation de Belgique dans l'affaire *H.S.A. c. S.A. et cons. (décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, d'Amos Yaron et d'autres)*, Cour de cassation de Belgique, 12 février 2003, 42 ILM 596 (2003). Dans le cadre de l'affaire pénale mettant en cause des membres des services secrets américains accusés d'avoir enlevé, sur le territoire italien, Nasr Osama Mustafa Hassan, alias Abu Omar, soupçonné d'avoir participé à des activités terroristes, le Gouvernement américain n'a pas invoqué l'immunité devant le tribunal italien [voir la décision de la quatrième chambre du Tribunal de Milan, en date du 4 novembre 2009, par laquelle un jugement par contumace a été prononcé contre 23 anciens membres de la CIA, y compris des membres du consulat des États-Unis. *Public Prosecutor v. Adler and ors*, jugement de première instance, n°12428/09, Italie, Tribunal de Milan, quatrième chambre correctionnelle, paru dans *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, ILDC 1492 (IT2010)]. Le fait que l'immunité consulaire n'ait pas été invoquée en l'espèce a donné lieu à une autre action en invocation d'immunité engagée par un des membres des services consulaires contre le Gouvernement américain (*Sabrina De Sousa v. Department of State, et al.*, affaire n°09-cv-896 (RMU), *Complaint and Defendants' Motion to Dismiss*, à consulter à l'adresse : <http://jurist.law.pitt.edu/papershase/2009/09/doj-seeks-dismissal-of-diplomatic.php>). On ne peut toutefois pas déclarer avec

compétence à l'égard du représentant d'un État étranger, en activité ou non, après avoir reconnu son immunité.

55. La conclusion générale de cette question de la forme que peut prendre la renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État peut se formuler comme suit. Lorsqu'il s'agit du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères en activité, la renonciation à l'immunité doit être expresse. L'exception possible est l'hypothèse où l'État représenté demande à l'État étranger d'exercer une procédure pénale à l'égard de son représentant. Une telle demande implique sans ambiguïté une renonciation à l'immunité à l'occasion de la procédure en question, et dans ce cas, elle est implicite. S'agissant des représentants de l'État en activité qui sans appartenir à la *troïka* bénéficient d'une immunité personnelle, et des autres représentants en activité qui bénéficient d'une immunité fonctionnelle, ainsi que de tous les anciens représentants de l'État qui bénéficient également d'une immunité fonctionnelle, la renonciation à l'immunité peut être expresse ou implicite. La renonciation implicite, dans ce cas, peut s'exprimer, notamment, par le fait que l'État du représentant s'abstient d'invoquer l'immunité.

D. L'État peut-il invoquer l'immunité de son représentant après y avoir renoncé?¹¹⁸

56. Dans le cas de la renonciation expresse à l'immunité, c'est-à-dire après que l'État a consenti à l'exercice d'une juridiction pénale étrangère à l'encontre de son représentant, il ne peut plus, en droit, invoquer l'immunité. Cela serait contraire, notamment, au principe de bonne foi¹¹⁹. Toutefois, dans certains cas, la renonciation expresse à l'immunité peut ne concerner que des mesures particulières. Ainsi, l'État peut être conduit à renoncer à l'immunité de son ministre des affaires étrangères pour lui permettre de déposer. La renonciation à l'immunité, en pareilles circonstances, ne peut jouer si l'État qui a fait comparaître le représentant en qualité de témoin envisage par la suite d'engager des poursuites pénales à son encontre¹²⁰.

certitude que, dans les cas mentionnés, le fait que l'État du représentant n'ait pas invoqué l'immunité ait été la cause du refus de lui reconnaître l'immunité.

¹¹⁸ Cette partie poursuit l'examen de la question de savoir à quel moment l'immunité doit être invoquée, abordée plus haut (voir par. 11 à 13 du présent rapport).

¹¹⁹ La Commission indique notamment dans son commentaires sur l'article 30 du Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques : « Il va de soi que le procès, quelle que soit l'instance où il se déroule, est considéré comme un tout et que l'exception d'immunité ne saurait être invoquée en appel s'il y a eu renonciation, expresse ou tacite, en première instance. » Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, et commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international* (1958), vol. II, p. 103. Voir également, par exemple, le commentaire sur l'article 45 du Projet d'articles relatifs aux relations consulaires : « [L]a renonciation à l'immunité une fois valablement accordée, il n'est pas permis d'invoquer l'exception d'immunité dans un stade ultérieur de la procédure (par exemple en appel) ». Projet d'articles relatifs aux relations consulaires, et commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international* (1961), vol. II, p. 123.

¹²⁰ Le Mémoire du Secrétariat indique notamment : « En ce qui concerne les effets juridiques de la renonciation à l'immunité – y compris toute immunité résiduelle qui ne serait pas couverte par la renonciation – en cas de renonciation expresse, la question doit être réglée par référence aux termes explicites de la renonciation à l'immunité proprement dite. » Mémoire du Secrétariat, p. 184.

57. Comme il est dit plus haut, la renonciation implicite à l'immunité peut consister dans le fait de ne pas invoquer l'immunité du représentant de l'État n'appartenant pas à la « triade » (étant naturellement entendu que l'État du représentant savait que celui-ci était poursuivi devant une juridiction pénale étrangère mais n'a pas invoqué l'immunité)¹²¹. Le Rapporteur spécial ne peut affirmer que, dans un tel cas de renonciation implicite à l'immunité, celle-ci ne peut être invoquée à un stade ultérieur de la procédure pénale¹²². D'une part, comme il est dit plus haut¹²³, la question de l'immunité doit être examinée à un stade précoce de la procédure. D'autre part, l'État qui n'aurait pas invoqué l'immunité de son représentant au stade précontentieux et qui, par conséquent, pourrait être réputé avoir renoncé à cette immunité au regard des mesures prises à ce stade, serait-il fondé à l'invoquer en cours d'instance? En fait, l'État peut encore invoquer l'immunité dans un tel cas de figure. Toutefois, les actes de procédure déjà accomplis par l'État du for à l'encontre du représentant de l'État concerné ne peuvent être considérés comme illégaux au moment de l'invocation de l'immunité dans la mesure où, comme dit précédemment, l'État du for n'est pas tenu, dans ce cas, de soulever d'office la question de l'immunité, et c'est à l'État du représentant qu'il appartient d'invoquer l'immunité¹²⁴. Reste toutefois à savoir si cette solution s'appliquerait dans le cas où l'État qui n'aurait pas invoqué l'immunité en première instance déciderait de le faire en appel¹²⁵.

III. Immunité du représentant de l'État et responsabilité de l'État du représentant

58. La renonciation par l'État à l'immunité de son représentant ouvre la voie au plein exercice de la juridiction pénale étrangère à l'encontre de ce représentant, s'agissant notamment des actes accomplis à titre officiel (même la renonciation à l'immunité *ratione materiae* n'a pas à s'accompagner d'une déclaration précisant que les actes présumés illégaux ont été accomplis à titre personnel). Il ressort du rapport préliminaire que le fait d'attribuer à l'État les actes accomplis par son représentant à titre officiel n'exclut pas que ces actes puissent également être attribués audit représentant¹²⁶. Seule l'immunité de ce représentant fait obstacle à

¹²¹ Voir par. 54 du présent rapport.

¹²² Il s'agit naturellement de la situation dans laquelle l'État du représentant sait qu'une juridiction pénale exerce (à l'intention d'exercer) sa compétence à l'égard de son représentant et n'a pas invoqué l'immunité dans un certain délai. Comme l'indique Buzzini, la question de savoir jusqu'à quel moment de la procédure l'immunité peut encore être invoquée n'est pas tranchée. G. P. Buzzini, op. cit., p. 474.

¹²³ Par. 11 à 13 du présent rapport.

¹²⁴ Voir par. 17 *supra*.

¹²⁵ Voir la position de la Commission énoncée dans les commentaires du Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, citée dans la note 119 *supra*.

¹²⁶ Rapport préliminaire, par. 89. En doctrine, toutefois, les points de vue divergent. On citera, par exemple, le point de vue de D. Akande et S. Shah sur la question, à savoir que ce type d'immunité constitue (ou, dit de façon plus appropriée, donne lieu à une défense en ceci que le représentant de l'État n'a pas à assumer la responsabilité d'actes qui sont, en fait, les actes de l'État. On ne peut attribuer de tels actes qu'à l'État et l'immunité *ratione materiae* est un mécanisme de report de la responsabilité sur l'État. Ce raisonnement a été repris de façon convaincante par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* en ces termes :

l'action pénale de l'État étranger à son encontre, la renonciation à l'immunité ayant pour effet de lever cet obstacle. Par ailleurs, la renonciation à l'immunité du représentant de l'État à raison d'actes commis par lui à titre officiel n'ôte pas à sa conduite son caractère officiel. En conséquence, celle-ci continue de lui être attribuée au même titre qu'à l'État au service duquel il se trouve ou se trouvait. Il s'agit d'une double attribution. Par suite, la renonciation à l'immunité permet non seulement d'engager la responsabilité pénale du représentant de l'État mais ne fait pas obstacle à la responsabilité en droit international de l'État de ce représentant, dans le cas où l'acte incriminé constitue une infraction internationale¹²⁷. Ainsi, la

les fonctionnaires sont de simples agents de l'État et leurs actes officiels ne peuvent être attribués qu'à l'État. Ils ne peuvent pas être passibles de sanctions ou de peines pour des faits accomplis non pas à titre privé mais au nom de l'État. Autrement dit, les représentants de l'État ne peuvent pas subir les conséquences d'actes illicites qui ne doivent pas leur être attribués mais être attribués à l'État pour le compte duquel ils agissent : ils bénéficient d'une immunité dite fonctionnelle. Il s'agit d'une règle bien établie du droit international coutumier qui remonte aux XVIII^e et XIX^e siècles et qui a été réaffirmée de nombreuses fois depuis.

D. Akande and S. Shah, « Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts », *European Journal of International Law* (2010), vol. 21, n° 4, 815 pages, p. 826 et 827. Par ailleurs, ils invoquent une pratique différente et font remarquer que dans l'affaire *Rainbow Warrior*, 74ILR (1986) 241, la thèse du Gouvernement français selon laquelle les officiers ne devaient pas être jugés en Nouvelle-Zélande puisque la France avait admis sa responsabilité internationale avait été rejetée par la Nouvelle-Zélande, *ibid.*, note 51. À ce propos, voir également R. Van Alebeek, *op. cit.*, note 59 *supra*. En instruisant l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice a notamment déclaré que la conduite du représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions ne pouvait être attribuée qu'à l'État (« Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions. Ces actes, en effet, sont à considérer, en droit international, comme attribuables à l'État pour le compte duquel l'organe agit, et non pas à l'individu-organe. », affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Procédure orale, 22 janvier 2008, CR 2008/3, par. 23). Dans la résolution de 2009 de l'Institut figure une clause « sans préjudice » relative à la question du rapport entre l'absence d'immunité du représentant de l'État et la possibilité d'attribuer ses actes à l'État, question qui a fait par ailleurs l'objet de commentaires par des membres de l'Institut. (« Les dispositions ci-dessus sont sans préjudice de : a) la responsabilité en vertu du droit international de toute personne visée aux paragraphes précédents; b) l'imputation à un État des actes de cette personne qui sont constitutifs de crimes internationaux. » Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, art. 3, par. 3, Institut de droit international, 2009.)

¹²⁷ Le juge K. Kit de la Cour internationale de Justice décrit la façon dont la responsabilité de l'État et la responsabilité de son représentant interagissent comme suit : « [M]ême si les États ne peuvent pas commettre de crimes internationaux, ils pourraient être tenus des mêmes obligations que les individus sans que ces obligations soient considérées comme d'origine criminelle, ce qui revient à dire que l'obligation peut être double et s'appliquer aussi bien aux États qu'aux individus ». « The International Court of Justice and Criminal Justice », *The International and Comparative Law Quarterly*, p. 896. Et plus loin : « Il apparaît souvent en droit et en pratique que la responsabilité (pénale ou civile) du commettant (c'est-à-dire l'employeur, l'État) et de l'agent (c'est-à-dire l'employé, le représentant de l'État) est double », *ibid.*, p. 900. La Cour internationale de Justice parle également de cette double responsabilité de l'individu et de l'État : « [La] dualité en matière de responsabilité continue à être une constante du droit international », affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, par. 173. A. Nollkaemper note que la responsabilité de l'État ne dépend pas de la responsabilité juridique des individus pas

renonciation de l'État à l'immunité de son représentant ne l'exempte pas de sa responsabilité en droit international pour les actes commis par ce représentant à titre officiel¹²⁸.

59. Si la renonciation à l'immunité du représentant de l'État à raison d'actes commis par lui à titre officiel n'exonère pas l'État de ce représentant de sa responsabilité en droit international, le fait d'invoquer l'immunité du représentant de l'État motif pris du caractère officiel de l'acte internationalement illicite en cause

plus qu'elle ne l'implique (« Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law », *The International and Comparative Law Quarterly* (2003), p. 616). Et plus loin : « La pratique étatique n'étaye pas la position selon laquelle dans les cas où la responsabilité a été attribuée à un individu, il ne peut plus y avoir lieu de l'attribuer à l'État » (ibid., p. 169). « Les poursuites engagées à l'encontre de l'auteur de l'attentat de Lockerbie, considéré comme un agent de la Libye, et sa condamnation n'ont pas fait obstacle aux demandes d'indemnisation à la Libye, formulées ultérieurement par le Royaume-Uni et les États-Unis [...] La responsabilité effective de chaque agent de l'ex-Yougoslavie pour les actes commis durant le conflit armé qui s'est déroulé entre 1991 et 1995, reconnue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et les tribunaux nationaux, n'a pas empêché les actions engagées par la Bosnie-Herzégovine et la Croatie auprès de la Cour internationale de Justice. Il apparaît que dans aucun de ces cas, les États visés par ces actions n'ont invoqué l'argument selon lequel les actes concernés ne pouvaient leur être attribués parce qu'ils avaient déjà été imputés à des agents déterminés [...] La responsabilité individuelle ne signifie pas nécessairement que l'État est « atomisé » et qu'il peut nier sa propre responsabilité en la reportant sur chaque organe étatique – responsabilité de l'État et responsabilité individuelle peuvent coexister » (ibid., p. 619 à 621, à l'exclusion des notes). Il faut toutefois garder à l'esprit le fait que l'absence d'immunité d'un représentant de l'État ne préjuge ni de sa responsabilité ni de celle de l'État (à cet égard, le fait que le représentant de l'État soit protégé par l'immunité n'est également d'aucune conséquence, voir par. 60 *infra*) (« Nous devrions garder à l'esprit que le déni d'immunité de juridiction n'équivaut pas nécessairement à faire de l'existence de la responsabilité une question de droit substantiel », *in* Tomonori, *op. cit.*, p. 266).

¹²⁸ Les projets d'articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne font aucune mention du fait que la responsabilité de l'État dépend, d'une certaine manière, de circonstances, telles que la poursuite d'un individu reconnu coupable de tel ou tel acte. En outre, les poursuites internes exercées contre des individus peuvent notablement aider à la poursuite de l'État. Comme le dit H. van der Wilt, « on peut supposer que les preuves obtenues au cours d'actes de procédure pénale accomplis à l'encontre de chaque auteur d'infraction sont autant d'armes permettant de juger de la responsabilité de l'État, ainsi que l'a démontré un arrêt récent de la Cour internationale de Justice » (l'auteur fait référence au fait que la Cour internationale de Justice a repris comme telles, sans preuves supplémentaires, les circonstances de la perpétration du génocide précédemment établies, dans l'affaire *Krstic*, par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. Voir par. 296 de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire précitée, *C.I.J. Recueil 2007*). « The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State » *in* *Criminal Jurisdiction 100 Years After the Hague Peace Conference. 2007 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law*, W. J. M. Van Genugten, M. P. Scharf, S. E. Radin (édité par), p. 105. Par ailleurs, A. Nollkaemper écrit : « En définitive, le fait de conclure à la responsabilité individuelle dans le cas de l'attentat de Lockerbie a appuyé les requêtes en responsabilité de l'État. D'un autre côté, si le tribunal écossais siégeant aux Pays-Bas avait conclu que les inculpés étaient directement impliqués dans l'attentat, la base factuelle de l'action en responsabilité de la Libye aurait été affaiblie. On voit mal comment une juridiction chargée de déterminer la responsabilité de l'État pourrait, au cours d'une procédure ultérieure, conclure à la responsabilité individuelle, qu'une juridiction saisie d'une action en responsabilité individuelle n'aurait pas relevé » (*op. cit.*, p. 622). Il poursuit toutefois en ces termes : « Qu'une cour ou un tribunal soit conduit à conclure à l'absence de base factuelle à la responsabilité individuelle ne doit pas l'empêcher de conclure à la responsabilité de l'État » (ibid., p. 630).

donne prise à cette responsabilité en droit. En examinant la question de l'immunité fonctionnelle (ou de l'absence d'immunité) des représentants de Djibouti dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice a indiqué que « l'État qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes, assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte »¹²⁹. En l'espèce, cela signifie que si la République de Djibouti avait fait savoir à la juridiction française (ou à toute autre autorité compétente) que les actes de ses représentants étaient ceux de l'État djiboutien lui-même (donc des actes officiels) et que ces derniers agissaient à titre officiel (en qualité d'organes ou autres de la République de Djibouti) et si, de ce fait, elle avait invoqué l'immunité de ses représentants, elle aurait assumé la responsabilité de ces actes internationalement illicites.

60. Il serait plus précis de dire que l'État qui invoque l'immunité de son représentant de ce chef, à savoir que l'acte dont ce représentant s'est rendu coupable revêt un caractère officiel, reconnaît que cet acte est le sien sans pour autant admettre qu'il en assume la responsabilité. L'attribution de telle ou telle conduite à l'État est indéniablement un élément important, un fondement de la responsabilité en droit international mais ne vaut pas pour autant reconnaissance de cette responsabilité. Comme on le sait, il est également indispensable pour engager la responsabilité de l'État que l'acte qui lui est attribué constitue une infraction internationale¹³⁰. On retiendra en outre qu'en règle générale, l'État invoque l'immunité de son représentant à un stade de la procédure pénale où l'illégalité de l'acte de ce représentant n'a pas encore été constatée par la juridiction, et qu'il ne suit pas de là que ledit État reconnaît que l'acte en cause est internationalement illicite. Toutefois, il est essentiel que l'État reconnaisse que la conduite incriminée de son représentant est la sienne, autrement dit, qu'il se l'attribue lui-même, pour qu'il soit amené à en assumer la responsabilité. Quoiqu'il en soit, cette reconnaissance peut donner prise à l'action des instances habilitées à engager la responsabilité en droit international de cet État¹³¹. Il convient de noter que, dans le cas où l'État souhaite invoquer l'immunité de son représentant, le fait qu'il doive reconnaître le caractère officiel de la conduite de ce représentant, donc s'attribuer

¹²⁹ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, op. cit. par. 196.

¹³⁰ Voir art. 2 de la résolution 56/83 relative à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (art. 2. *Éléments du fait internationalement illicite de l'État* : « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) est attribuable à l'État en vertu du droit international; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État »). Résolution 56/83 de l'Assemblée générale datée du 12 décembre 2001.

¹³¹ À la soixantième session de la Commission, M^{me} Jacobsson a soulevé, dans son intervention, la question de la possible responsabilité de l'État invoquant l'immunité de son représentant de la juridiction pénale étrangère, dans le cas où cet État n'engagerait pas, par la suite, de poursuites à l'encontre de ce représentant (A/CN.4/SR.2985, p. 4 et 5). Ce type de responsabilité ne peut intervenir que si l'État est soumis à une obligation internationale lui prescrivant, par exemple : soit de renoncer à l'immunité de juridiction pénale de son représentant, soit, si l'immunité a été invoquée, d'engager des poursuites pénales internes à son encontre. Le Rapporteur spécial ignore l'existence d'une telle obligation en droit international général. Si elle le souhaite, la Commission peut naturellement apprécier l'opportunité d'élaborer des règles de droit international à ce sujet.

cette conduite, est susceptible de le placer, dans de nombreux cas, devant un dilemme. En déclarant officiel l'acte de son représentant et en faisant valoir son immunité, l'État protège ce dernier mais crée les conditions propres à engager gravement sa responsabilité à raison de l'acte commis par ce représentant; en revanche, s'il n'invoque pas l'immunité de son représentant, il expose ce dernier à des poursuites par l'État étranger, permettant ainsi à cet État de s'immiscer, parfois gravement, dans ses affaires intérieures.

IV. Résumé

61. Les thèses formulées dans le présent rapport peuvent se résumer comme suit :

a) La question de l'immunité du représentant de l'État de la juridiction pénale étrangère doit en principe être soulevée soit au début de l'instance soit encore plus tôt, au stade précontentieux, au moment où l'État du for envisage de prendre des mesures à l'encontre du représentant de l'État auxquelles l'immunité fait obstacle;

b) Le fait de ne pas soulever la question de l'immunité *in limite litis* peut être considéré comme une infraction aux obligations que l'immunité impose à l'État du for. Il en va également ainsi de l'examen de la question de l'immunité au stade précontentieux en présence de mesures auxquelles l'immunité fait obstacle. Toutefois, l'hypothèse où l'État du représentant bénéficiant de l'immunité *ratione materiae* n'invoque pas cette immunité ou ne l'invoque qu'à un stade ultérieur de la procédure, n'est pas envisagée ici;

c) L'invocation de l'immunité ou la déclaration d'immunité ne sont juridiquement valables, autrement dit n'emportent de conséquences juridiques, que si elles émanent de l'État du représentant et non du représentant lui-même;

d) Pour pouvoir faire une déclaration d'immunité concernant son représentant, l'État doit savoir que tel autre État a pris ou envisage d'exercer des poursuites pénales à l'encontre de ce représentant; il appartient donc à cet autre État d'en informer l'État du représentant;

e) Lorsque le représentant est le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères de l'État étranger, l'État du for doit soulever lui-même la question de l'immunité de l'intéressé et décider des mesures qu'il peut prendre au regard du droit international. Il n'y aurait alors lieu de s'adresser à l'État du représentant que pour demander la levée de l'immunité. Il s'ensuit que ce n'est pas à l'État du représentant qu'il revient de soulever la question de l'immunité devant les autorités de l'État du for;

f) Lorsque le représentant de l'État bénéficie de l'immunité fonctionnelle, il revient à son État d'invoquer son immunité. L'État qui souhaite soustraire ce représentant à une procédure pénale engagée par tel autre État en invoquant l'immunité doit par conséquent informer cet autre État que l'intéressé est un de ses représentants et qu'il est protégé par l'immunité ayant commis les actes qui lui sont reprochés dans l'exercice de ses fonctions. À défaut, l'État du for n'est pas tenu de soulever d'office la question de l'immunité et peut, par conséquent, poursuivre l'action pénale;

g) Lorsque le représentant de l'État bénéficie de l'immunité personnelle sans faire partie de la « troïka », il revient à l'État de ce représentant d'invoquer son immunité. L'État qui souhaite soustraire ce représentant à une procédure pénale engagée par tel autre État en invoquant l'immunité doit par conséquent informer cet autre État que l'intéressé est un de ses représentants et qu'il est protégé par l'immunité personnelle car il occupe une position de rang élevé en vertu de laquelle il intervient dans les relations internationales et exerce des fonctions importantes rattachées à la souveraineté de l'État;

h) Quelle que soit la qualité du représentant, l'État n'a pas à informer la juridiction étrangère de son immunité pour que celle-ci examine la question. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant par la voie diplomatique et en informer de cette façon l'État du for, ce qui suffira pour que la juridiction soit saisie de la question. Le fait que l'État ne soit pas tenu de s'adresser directement à une juridiction étrangère procède du principe de souveraineté et d'égalité souveraine entre États;

i) L'État qui invoque l'immunité de son représentant n'est pas tenu d'en rapporter la preuve, sauf les hypothèses envisagées aux alinéas f) et g) ci-dessus. Il semblerait que l'État du for (y compris le tribunal saisi) ne soit pas obligé d'« accepter aveuglément » toute déclaration d'immunité de l'État concernant un de ses représentants. Mais, il ne peut pas non plus méconnaître cette déclaration, à moins qu'il ne ressorte manifestement des circonstances de la cause qu'elle est sans intérêt. C'est la prérogative de l'État du représentant, et non celle de l'État du for, d'apprécier si son représentant a agi à titre officiel, et de dire en quoi les fonctions exercées par tel haut représentant sont importantes au regard de sa souveraineté;

j) Le droit de renonciation à l'immunité du représentant de l'État appartient à l'État et non au représentant lui-même;

k) Lorsque le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères renonce à sa propre immunité, l'État qui exerce sa juridiction pénale à l'encontre de ce représentant est fondé à présumer que telle est la volonté de l'État du représentant, du moins sauf avis contraire de cet État;

l) La renonciation à l'immunité du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères en activité doit faire l'objet d'une déclaration expresse. L'hypothèse où l'État d'un tel haut-représentant demanderait à un État étranger d'exercer des poursuites pénales à son encontre pourrait faire exception à cette règle. Une telle demande emporte sans équivoque renonciation à l'immunité au regard des poursuites envisagées, laquelle, dans ce cas, est implicite;

m) La renonciation à l'immunité des représentants de l'État qui, sans faire partie de la « troïka » bénéficiant d'une immunité personnelle, des représentants de l'État bénéficiant d'une immunité fonctionnelle ainsi que des représentants de l'État qui ne sont plus en fonctions mais bénéficient également d'une immunité fonctionnelle, peut soit faire l'objet d'une déclaration expresse soit rester implicite. Ainsi, le fait que l'État n'invoque pas l'immunité de son représentant peut notamment valoir renonciation implicite;

n) L'État qui renonce expressément à l'immunité ne peut logiquement plus l'invoquer en droit. Toutefois, la renonciation expresse à l'immunité, peut, dans certains cas, viser uniquement telles ou telles mesures bien définies;

o) L'État qui renonce implicitement à l'immunité au départ, faute d'avoir invoqué l'immunité fonctionnelle de son représentant ou l'immunité personnelle de son représentant qui n'appartient pas à la « troïka », peut, semble-t-il, invoquer l'immunité à un stade ultérieur de la procédure pénale (en particulier, lors du procès). Reste toutefois à savoir si l'État qui n'a pas invoqué l'immunité en première instance a la faculté de le faire en appel. Quoiqu'il en soit, les actes de procédure déjà accomplis en pareilles circonstances par l'État du for ne peuvent pas être considérés comme illégaux vis-à-vis du représentant de l'État en cause au moment où l'immunité est invoquée;

p) Lorsque l'État renonce à l'immunité de son représentant, il ouvre la voie au plein exercice de la juridiction pénale étrangère à l'encontre de ce représentant, notamment, à l'égard des actes accomplis à titre officiel;

q) Même lorsqu'il renonce à l'immunité de son représentant, l'État n'est pas déchargé de sa responsabilité en droit international à raison des actes commis par ce représentant à titre officiel.

r) L'État qui invoque l'immunité de son représentant motif pris du caractère officiel des actes reprochés à ce dernier reconnaît que ces actes sont les siens, ce qui peut donner prise à sa responsabilité en droit international et à l'action des instances compétentes en cette matière¹³².

¹³² Le Rapporteur spécial remercie M^{me} S. Sarenkova et M. M. Moussikhin de leur contribution à l'élaboration du présent rapport.