

Tome 122
2018
N°4

RGDIP



Revue Générale

de Droit
International
Public

A. PEDONE - 13, RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

L'ABSENCE D'IMMUNITÉ DES AGENTS DE L'ÉTAT EN CAS DE CRIME INTERNATIONAL : POURQUOI EN DÉBATTRE ENCORE ?

par

Hervé ASCENSIO*

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

et

Béatrice I. BONAFE**

Professeure de droit international à l'Université Sapienza de Rome

Alors que les années 1990 avaient marqué un tournant historique dans la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux, voici que l'un des obstacles classiques aux poursuites fait un retour remarqué dans le débat juridique : l'immunité des agents de l'État. Le débat s'est noué avec un sens tout aussi classique de la dramaturgie : une relative unité de lieu, la Commission du droit international des Nations Unies ; une relative unité de temps, la durée d'un projet de codification commencé en 2007 ; et une relative unité d'action, un débat difficile sur les limites à l'immunité des agents étatiques. Le résultat provisoire est que, en 2018, environ soixante-dix ans après le jugement de Nuremberg et après les nombreux procès d'après-guerre menés devant des tribunaux internes, l'organe chargé par la communauté internationale de codifier le droit international est divisé sur le point de savoir si ou à quelles conditions un agent de l'État – hors les membres du club restreint bénéficiant d'une immunité personnelle – peut être poursuivi devant une juridiction pénale étrangère pour un crime du droit des gens. Si la majorité a certes penché en faveur de l'exception à l'immunité, la division risque d'affaiblir le résultat de la codification, enclenchant ainsi – ou confirmant ? – un reflux de l'approche *pro homine* au bénéfice d'un retour de l'inter-étatisme dans le droit international pénal.

* L'auteur remercie le Département de Sciences politiques de l'Université Sapienza de Rome, dont l'accueil généreux a permis la rédaction du présent article.

** Si l'article est le fruit d'un travail commun de recherche, de conceptualisation et d'écriture, la rédaction des parties I.A et II.A est à attribuer à Hervé Ascensio et la rédaction des parties I.B et II.B est à attribuer à Béatrice I. Bonafé.

Pour clarifier le débat, il convient de revenir sur l'historique des travaux. La Commission a inscrit en 2006 à son programme de travail à long terme, puis en 2007 à son programme en cours, l'étude de « l'immunité de juridiction pénale étrangère » d'une catégorie de personnes désignées, en anglais, par l'expression de « *State officials* » et, en français, par celle de « représentants de l'Etat »¹. Cette traduction française contestable est restée jusqu'à ce jour, malgré des critiques ultérieures au sein de la Commission ; nous lui préférons celle d'« agents de l'Etat », ou encore d'« agents étatiques », qui n'implique aucun présupposé quant au fondement de l'immunité². En 2007 toujours, la Commission a demandé au Secrétariat général une étude préliminaire, remise l'année suivante³, et a désigné comme rapporteur spécial Roman A. Kolodkin. Celui-ci a rédigé trois rapports entre 2008 et 2011⁴, dont la tonalité d'ensemble était favorable à l'immunité la plus large pour l'ensemble des agents de l'Etat, avec quelques zones d'ombre sur lesquelles on reviendra. Lui a succédé en 2012 Concepción Escobar Hernández, qui a remis jusqu'à présent six rapports, réorientant en partie les travaux et soutenant l'existence de certaines exceptions à l'immunité des agents étatiques⁵. Sa vision, au demeurant proche de celle du rapport préliminaire du Secrétariat, se retrouve assez largement dans les articles adoptés provisoirement par la Commission⁶.

Le projet en son état actuel est bâti autour de deux idées. D'une part, un nombre très limité de hauts dirigeants, la « triade » composée des chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, jouissent d'une immunité personnelle impliquant une immunité absolue devant le juge pénal étranger pendant la durée de leurs fonctions (immunité *ratione personae*). D'autre part, tous les agents étatiques jouissent d'une immunité matérielle pour les actes rattachables à leurs fonctions, immunité qui perdure après la fin de celles-ci, mais qui comporte des exceptions (immunité *ratione materiae*). Les exceptions recouvrent, après discussion en Commission et synthèse du Comité de rédaction, les crimes de droit international suivants : crime de

¹ V. *Annuaire CDI 2006*, vol. II (2^{ème} partie), p. 194, par. 257, et *Annuaire CDI 2007*, vol. II (2^{ème} partie), p. 101, par. 375-376. V. aussi la résolution de l'Assemblée générale A/RES/62/66, 8 janvier 2008, par. 7.

² V. *infra*, partie II.B.

³ *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat – Mémoire du Secrétariat*, A/CN.4/596, 31 mars 2008 (ci-après « *Mémoire du Secrétariat* »).

⁴ *Rapport préliminaire*, A/CN.4/601, 29 mai 2008 (ci-après « 1^{er} rapport Kolodkin ») ; *Deuxième rapport*, A/CN.4/631, 10 juin 2010 (ci-après « 2^{ème} rapport Kolodkin ») ; *Troisième rapport*, A/CN.4/646, 24 mai 2011 (ci-après « 3^{ème} rapport Kolodkin »).

⁵ *Rapport préliminaire*, A/CN.4/654, 31 mai 2012 (ci-après « 1^{er} rapport Escobar ») ; *Deuxième rapport*, A/CN.4/661, 4 avril 2013 (ci-après « 2^{ème} rapport Escobar ») ; *Troisième rapport*, A/CN.4/673, 2 juin 2014 (ci-après « 3^{ème} rapport Escobar ») ; *Quatrième rapport*, A/CN.4/686, 29 mai 2015 (ci-après « 4^{ème} rapport Escobar ») ; *Cinquième rapport*, A/CN.4/701, 14 juin 2016 (ci-après « 5^{ème} rapport Escobar ») ; *Sixième rapport*, A/CN.4/722, 12 juin 2018 (ci-après « 6^{ème} rapport Escobar »).

⁶ V. *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-neuvième session (1^{er} mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017), A/72/10, pp. 184-186 (ci-après « *Rapport CDI 2017* »). V. aussi annexe du 6^{ème} rapport Escobar, pp. 43-45.

génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crime d'apartheid, torture, disparitions forcées. Si l'absence d'immunité pour l'agent étatique poursuivi en raison d'actes accomplis à titre privé est apparue comme assez consensuelle⁷, au prix d'un certain flou quant à la catégorie des actes concernés, l'exception à l'immunité pour les actes de la fonction a concentré les critiques les plus vives à l'encontre des propositions de la rapporteuse spéciale. Le présent article se concentrera sur cet aspect des travaux.

Aux termes de son statut, les membres de la Commission du droit international assurent « dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde »⁸. Son processus décisionnel est habituellement fondé sur le consensus. Or, le 18 août 2017, l'esprit de collégialité s'est brisé. Une petite, mais significative, minorité de membres⁹ a su exercer une opposition sans précédent à l'adoption de la disposition codifiant les exceptions à l'immunité matérielle (article 7) : la discussion en plénière a comporté certains aspects procéduraux inusuels¹⁰ ; la décision sur l'adoption par la Commission de la disposition en première lecture a été prise par appel nominal ; les membres ont fourni des explications de vote ; le vote et son résultat ont été placés en évidence sur le site de la Commission¹¹ ; les membres minoritaires ont obtenu que le commentaire de la disposition mentionne leur opposition ainsi qu'un résumé de ses motifs¹². Cela a également eu des répercussions au-delà de la Commission elle-même, puisqu'une vive discussion a eu lieu à ce sujet à la VI^{ème} Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies en octobre 2017¹³.

Le lecteur pourra évidemment s'étonner : l'absence d'immunité matérielle pour des actes contraires au droit international ne s'inscrit-elle pas dans le sens de l'histoire ? Outre les procès d'après-guerre, les affaires *Eichmann*, *Barbie* et *Pinochet* ont constitué des jalons importants, tout comme l'adoption de certaines conventions en matière pénale et certaines décisions des juridictions pénales

⁷ V. 4^{ème} rapport Escobar, par. 22-23 ; *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-huitième session (2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016), A/71/10, pp. 371-378 (commentaires des articles 2-f et 6 § 1).

⁸ Statut de la Commission du droit international, résolution AGNU 174(II), 21 novembre 1947, article 8.

⁹ Les membres suivants ont voté contre : M. Huang (Chine), M. Kolodkin (Russie), M. Laraba (Algérie), M. Murphy (Etats-Unis), M. Nolte (Allemagne), M. Petrič (Slovénie), M. Rajput (Inde), Sir Michael Wood (Royaume-Uni). Un membre s'est abstenu, M. Pavel Sturma (République tchèque). Les autres membres ont voté pour.

¹⁰ Un membre de la Commission a pu présenter une contre-proposition avant que la rapporteuse spéciale n'ait présenté son rapport (A/CN.4/SR3365, p. 9) ; un débat sur le fond a été réouvert après le résumé du débat par la rapporteuse spéciale (*ibid.*, p. 18) ; la Commission a voté à main levée sur le renvoi de la disposition au Comité de rédaction (*ibid.*, p. 19).

¹¹ V. la page [http://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml] (consultée 4 novembre 2018).

¹² *Rapport CDI 2017*, pp. 188-192 (par. 5 et 8 du commentaire de l'article 7) ; voir aussi les procès-verbaux A/CN.4/SR3388 et A/CN.4/SR3389.

¹³ *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-douzième session*, A/CN.4/713, 26 février 2018, pp. 12-15.

internationales contemporaines, ou encore la résolution de 2009 de l'Institut de droit international¹⁴. Face à ces développements bien connus, plusieurs contre-arguments sont avancés par les partisans de l'immunité matérielle complète : dans certaines affaires, l'immunité n'a pas été expressément soulevée ; dans d'autres il y aurait eu renonciation implicite, ou habilitation internationale, ou *lex specialis* ; la pratique des juridictions pénales internationales ou mixtes serait sans pertinence s'agissant de l'immunité invoquée devant le juge interne. Dès lors, l'exception ne serait pas démontrée en droit positif et ne serait pas même une tendance¹⁵. Elle n'aurait pas non plus de vertu au titre du développement progressif, car elle nuirait aux relations internationales entre Etats, n'aurait aucune utilité pratique et ne serait dictée par aucune nécessité théorique de cohérence systémique des différents régimes de droit international¹⁶.

Pourtant, ni les travaux de la Commission ni les opinions critiques à leur égard n'ont vraiment approfondis les contre-arguments, ce qui ne laisse pas de surprendre. Par ailleurs, les travaux de la Commission sur l'immunité des agents étatiques ont des implications pour au moins deux autres projets en cours : celui sur une convention relative au crime contre l'humanité et celui sur le *jus cogens*. Dans le premier cas, le rapporteur spécial – par ailleurs hostile à l'exception – a jugé préférable de ne pas inclure dans la convention de disposition sur l'immunité, à l'instar des conventions en matière pénale préexistantes¹⁷, s'en remettant ainsi au droit coutumier, à moins qu'il ne s'en remette à l'implicite conventionnel... Dans le second cas, le rapporteur spécial – par ailleurs favorable à l'exception – défend l'idée que le régime des crimes internationaux implique l'absence d'immunité matérielle comme conséquence de leur valeur de *jus cogens*¹⁸. Il serait donc particulièrement imprudent de considérer que la question des immunités des agents étatiques ne comporte pas d'aspect systémique. Enfin, cette question a des conséquences pratiques évidentes, tant la lutte contemporaine pour la prévention et la répression des crimes internationaux repose non pas seulement sur des juridictions pénales internationales ou internationalisées, mais sur un système international de justice pénale incluant les juridictions nationales¹⁹.

¹⁴ IDI, Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, Session de Naples, 2009, spéc. article III.

¹⁵ *Rapport CDI 2017*, p. 192 (par. 8 du commentaire). V. aussi A/CN.4/SR3378, pp. 10-11.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité, présenté par Sean D. Murphy, rapporteur spécial*, A/CN.4/704, 23 janvier 2017, pp. 132-136, par. 278-284.

¹⁸ *Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens), présenté par Dire Tladi, rapporteur spécial*, A/CN.4/714, 12 février 2018, pp. 47-54, par. 120-131.

¹⁹ Dans cet esprit, en France, un pôle spécialisé pour lutter contre les crimes contre l'humanité et les crimes et délits de guerre a été créé le 1^{er} janvier 2012 au sein du Tribunal de grande instance de Paris, en application de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011. Les missions de police judiciaire sont confiées à l'Office central de lutte contre les crimes contre l'humanité, les génocides et les crimes de guerre, créé par le décret 2013-987 du 5 novembre 2013 (*JORF* n°0259 du 7 novembre 2013, texte n°19).

A ce stade, et même si les travaux de la Commission sont très avancés, une réflexion doctrinale paraît à nouveau utile, car on peut difficilement se satisfaire d'une codification contestée. Récemment, l'*American Journal of International Law*, dans son extension numérique, a publié un ensemble de réactions doctrinales fort critiques à l'égard des travaux de la Commission sur le point particulier de l'exception à l'immunité matérielle²⁰. On y trouve notamment des critiques méthodologiques qui prolongent la critique interne à la Commission. Elles nous semblent manquer leur cible, car elles ignorent ce qui est à nos yeux la source principale des difficultés de la codification, à savoir deux présupposés adoptés sans guère de discussion par la Commission et sur lesquels les contestataires s'appuient désormais à l'excès. Il s'agit d'une part de la logique « principe/exception » et, d'autre part, du caractère « procédural » et non « substantiel » de l'immunité. L'objectif de cet article est de revenir sur ces deux questions, essentielles au débat (I). A la lumière de cette analyse, nous proposerons une reconstruction des deux options envisageables, celle en faveur de l'immunité et celle en faveur de l'absence d'immunité pour les crimes internationaux, afin d'en évaluer les effets systémiques (II).

I. DEUX QUESTIONS SONT ESSENTIELLES AU DÉBAT

Les travaux de la Commission sont partis du présupposé que l'immunité matérielle de l'ensemble des agents étatiques était un principe allant de soi, tandis qu'il faudrait apporter la preuve d'une règle coutumière pour justifier l'absence d'immunité. Au fil des travaux, une autre idée s'est imposée, sans que sa signification soit beaucoup approfondie, celle selon laquelle toute immunité est nécessairement « procédurale », ce qui s'opposerait à son caractère substantiel – on pourrait aussi dire « matériel ». Ce sont là deux idées discutables.

A. Quel est le fondement de la logique principe-exception ?

L'étude préparatoire du Secrétariat général présentait, dans un premier temps, plusieurs types d'immunités faisant partie du droit positif, celles des agents diplomatiques, des agents consulaires, des chefs d'Etat, de l'Etat, des organisations internationales et de leurs agents²¹, puis s'intéressait à la levée de l'immunité dans le cadre du droit international pénal²². Cela traduisait

²⁰ « Symposium on the Present and Future of Foreign Official Immunities », *AJIL Unbound*, 2018 (introduction de C.A. BRADLEY, contributions de S.D. MURPHY, Q. SHEN, P. WEBB, M. FORTEAU, R. VAN ALEBEEK, E. DE WET). V. la page [<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/ajil-unbound-by-symposium/the-present-and-future-of-foreign-official-immunity>] (consultée le 4 novembre 2018).

²¹ *Mémoire du Secrétariat*, pp. 19-26.

²² *Ibid.*, pp. 41-55.

l'existence d'une pluralité de régimes immunitaires, auxquels celui des membres de missions diplomatiques spéciales aurait aussi pu être ajouté. Il était loisible d'en déduire que la codification devrait assurer leur coexistence si le but était de bâtir un régime immunitaire commun à l'ensemble des agents étatiques. La deuxième partie de l'étude, consacrée aux concepts juridiques nés de la jurisprudence et de la doctrine, suggérait à cet égard une orientation. Expliquant la notion d'immunité matérielle, elle la généralisait à l'ensemble des agents de l'Etat, puis, implicitement, l'érigait en principe, puisque les crimes de droit international y étaient désignés comme de possibles « exceptions »²³. Dans le cadre de la codification, le couple principe-exception est né de cette construction intellectuelle.

Pourtant, rapidement, la logique principe-exception va être accentuée et conduire à une opposition méthodologique. Selon le premier rapporteur spécial, l'immunité est « une règle générale qui correspond à l'ordre naturel des choses », car elle découle de l'égalité souveraine, et l'absence d'immunité devient une « exception à cette règle », dont l'existence en droit positif doit être démontrée, soit par l'existence d'une règle spéciale soit par la réunion de la pratique et de l'*opinio juris*²⁴. Ce qu'il n'est nul besoin de démontrer pour le principe doit donc l'être pour l'exception. Au principe, qui sert la souveraineté, les méthodes du droit naturel suffisent ; à l'exception, qui dessert la souveraineté, les méthodes du positivisme s'imposent. Ce présupposé n'est à aucun moment remis en question dans les critiques adressées à la deuxième rapporteuse spéciale au nom de la méthodologie²⁵. Il est vrai que celle-ci n'est pas vraiment revenue sur le couple principe-exception, sans doute par souci de maintenir la continuité avec les travaux antérieurs. Si son premier rapport introduisait une part de doute en se bornant à parler d'un consensus à propos de la « notion », et non du principe, de l'immunité matérielle²⁶, il reprenait néanmoins le terme d'« exception » pour les crimes internationaux²⁷. Par la suite, elle a tenté de démontrer l'existence coutumière de cette exception en utilisant les travaux en cours de la Commission sur la coutume²⁸, alors même que ceux-ci en offrent une vision fort conservatrice. Elle a présenté une synthèse ordonnée des décisions juridictionnelles en fonction de leur motivation, avant de conclure à une « tendance majoritaire » en faveur de l'exception pour certains crimes²⁹. Nous renvoyons à ces travaux pour la liste et l'analyse desdites décisions.

²³ *Ibid.*, p. 122.

²⁴ 1^{er} rapport Kolodkin, par. 18.

²⁵ CDI, Compte rendu analytique provisoire de la 3378^e séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 20 juillet 2017, à 10 heures, A/CN.4/SR.3378.

²⁶ 1^{er} rapport Escobar, par. 65.

²⁷ *Ibid.*, par. 72, 3.3.

²⁸ 5^{ème} rapport Escobar, par. 183.

²⁹ *Ibid.*, par. 114-121.

La reconnaissance d'exceptions est donc le produit d'une synthèse, là où les membres minoritaires de la Commission souhaitaient une démonstration inductive fondée sur des décisions allant globalement dans le même sens, d'où leurs critiques. Nous ajouterons que cette synthèse implique un jugement qualitatif, car si la balance penche d'un côté, c'est aussi que les précédents n'ont pas nécessairement la même valeur, car certains ont fait l'objet d'un débat judiciaire nourri, s'appuient sur une motivation développée et cohérente, et ont été abondamment commentés en doctrine³⁰. Surtout, les matériaux pertinents ne se limitent pas aux décisions des juridictions internes : les législations nationales, les travaux préparatoires de conventions, les décisions des juridictions pénales internationales en font aussi partie.

Dans le commentaire de l'actuel article 7, la Commission fait à son tour état d'une « tendance » de la pratique en faveur des exceptions³¹ et justifie son choix par référence à « son mandat de promotion de la codification et du développement progressif du droit international en appliquant à la fois une méthode déductive et une méthode inductive »³². Elle donne ainsi à voir la part de divergence et d'ambiguïté du groupe de jugements nationaux étudiés, conformément à la préoccupation contemporaine de transparence, censée renforcer plutôt qu'affaiblir le résultat de la codification. Quant au mélange des approches inductive – l'étude des précédents – et déductive – la logique de système –, il s'inscrit tout à fait dans la tradition de la codification. On peut seulement se demander si cette tradition n'a pas été excessivement perturbée, au début des travaux, par l'affirmation exclusivement déductive d'un principe coutumier d'immunité matérielle.

Le principe d'immunité matérielle au bénéfice de tous les agents étatiques a tout autant besoin d'être démontré que l'exception, ne serait-ce que parce qu'il est lui-même ... une exception à l'exercice de leur compétence par les juridictions nationales, compétence pouvant être déduite de la souveraineté. Il est aussi une exception au droit d'accès au juge sous l'angle du droit international des droits de l'homme³³. Pour ces raisons, une part non négligeable de la doctrine estime qu'il n'existe pas de principe général d'immunité matérielle des agents étatiques ; il n'existerait au mieux qu'une juxtaposition de

³⁰ On pense notamment à : Royaume-Uni, Chambre des lords, *Ex parte Pinochet Ugarte (n°3)*, 24 mars 1999, [1999] 2 *W.L.R.* 827 ; Pays-Bas, Cour d'appel d'Amsterdam, *Bouterse*, 20 novembre 2000, No. R 97/163/12 Sv & R 97/176/12 Sv ; Belgique, Cour de cassation, *Ariel Sharon et Amos Yaron*, 12 février 2003, *ILR*, vol. 127, p. 123.

³¹ *Rapport CDI 2017*, p. 188 (par. 5 du commentaire de l'article 7).

³² *Ibid.*, p. 190 (par. 7 du commentaire de l'article 7).

³³ J. VERHOEVEN, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international », in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 109-110.

régimes catégoriels³⁴. Il est d'ailleurs loisible d'interpréter en ce sens une partie du projet actuel, puisqu'il adjoint à l'immunité matérielle une immunité personnelle propre à une catégorie étroite de hauts dirigeants. On relèvera également qu'une autre catégorie a été étudiée, quoique très discrètement et sans laisser de trace dans les articles adoptés en première lecture : celle des agents exerçant des activités clandestines. Or, l'actualité est riche de poursuites pénales engagées à l'encontre de tels agents, ce qui est actuellement un angle-mort du projet³⁵. A vrai dire, quelle que soit la méthode employée, l'idée selon laquelle un principe juridique d'immunité matérielle sans exception aurait *préexisté* en droit coutumier ne tient pas. Le débat juridique a toujours été dialectique, ce qu'une perspective historique ample permet de comprendre.

Déterminer la période pertinente pour l'objet d'une recherche a son importance. Le premier rapporteur spécial s'était concentré sur la pratique postérieure à 1990³⁶, consacrant seulement de brèves remarques aux procès de l'après-Seconde guerre mondiale, pratique décidément embarrassante et rejetée dans l'exceptionnalisme³⁷. La deuxième rapporteuse spéciale a fort heureusement réintégré cette pratique, mais sans remonter au-delà. Pour la période moderne, du XVI^{ème} au XVIII^{ème} siècle, le Mémoire du Secrétariat citait l'opinion de grands noms de la doctrine du droit de la nature et des gens et de précurseurs du positivisme. En revanche, la période allant de la première convention de Genève du 22 août 1864 jusqu'à la Seconde guerre mondiale est absente des travaux. Son étude est pourtant d'un intérêt majeur pour le rapport entre le supposé principe et la supposée exception, car c'est le moment où émerge la responsabilité pénale internationale et où débute une pratique étatique relative aux immunités des agents de l'Etat.

Le format du présent article permet seulement d'esquisser quelques remarques à ce propos. Il semblerait que le questionnement sur l'immunité ne se détache que lentement de celui sur l'extension des titres de compétence. Cela s'explique, d'une part, par la rareté des titres de compétence extraterritoriaux à

³⁴ Pour s'en tenir à la littérature récente : B. CONFORTI, « In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri », *Riv.DI*, vol. 93, n°1/2010, pp. 5-14 ; M. FRULLI, « On the Existence of a Customary Rule Granting Functional Immunity to State Officials and its Exceptions: Back to Square One », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 26, 2016 (3), pp. 479-502 ; R. PISILLO MAZZESCHI, « The Functional Immunity of State Officials from Foreign Jurisdiction: A Critique of the Traditional Theories », *Questions of International Law*, Zoom-out 17, juillet 2015, p. 24. V. aussi Italie, Cour de cassation, Section pénale V, *Abu Omar*, arrêt, 29 novembre 2012, pp. 108-110.

³⁵ Par exemple les poursuites déclenchées au Royaume-Uni contre des agents russes accusés d'avoir empoisonné un ancien agent double et sa fille (affaire *Skripal*, mandats d'arrêt du 5 septembre 2018), aux Etats-Unis contre des agents russes en raison d'interférences dans la campagne présidentielle de 2016 (acte d'accusation du 13 juillet 2018), aux Etats-Unis contre des agents nord-coréens accusés de piratage informatique (acte d'accusation du 6 septembre 2018). V. *infra*, II-B.

³⁶ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 15 et 58 s.

³⁷ *Ibid.*, par. 69 : il y aurait consensus des Etats sur l'absence d'immunité pour les crimes commis par les agents des puissances de l'Axe, sans que cela n'affecte la pratique postérieure à la Seconde guerre mondiale.

cette époque et, d'autre part, par le faible nombre d'agents étatiques se déplaçant sur le territoire d'un autre Etat dans le cadre de leurs fonctions. Les hypothèses examinées en doctrine et la pratique judiciaire correspondent alors à ce que l'on qualifierait aujourd'hui soit de régime immunitaire spécial, soit d'exception : dans la première catégorie, des agents diplomatiques et consulaires ou des agents en mission diplomatique spéciale ; dans la seconde catégorie, des espions ou des militaires commettant des crimes de guerre en territoire envahi ou occupé³⁸. L'essai de généralisation à tous les agents publics pour tous les actes de leur fonction intervient tardivement et est associé au nom de Hans Kelsen³⁹. Sa position est essentiellement fondée sur un raisonnement déductif, à savoir la théorie de l'acte d'Etat, et a été critiquée comme manquant d'ancrage pratique car un seul précédent est mentionné, et encore est-il contestable⁴⁰.

Parallèlement, la catégorie des criminels de guerre fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales au soutien des législations nationales prévoyant une extension des titres de compétence et des procès devant les juridictions militaires d'un Etat autre que celui du drapeau⁴¹. Tout cela sans que l'obstacle de l'immunité ne soit jamais mentionné, car le droit de poursuivre est déduit du caractère international de l'infraction. Ce droit est mis en œuvre durant la Première guerre mondiale, notamment par les juridictions françaises, et ce n'est qu'au moment de la Conférence des préliminaires de la paix de 1919 qu'un débat sur les immunités se noue dans un cadre interétatique, à propos de l'empereur allemand Guillaume II. Les représentants des dix Etats qui y participent admettent alors, au terme d'une longue discussion, l'absence d'immunité matérielle pour les crimes commis à l'occasion de la guerre⁴².

³⁸ V. par exemple les catégories étudiées par C. EAGLETON, « The Responsibility of the State for the Protection of Foreign Officials », *AJIL*, vol. 19, n°2, 1925, pp. 293-314, ou encore M. MIELE, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Biblioteca degli Annali dell'Università di Macerata, Pacini Mariotti, 1947, *passim*.

³⁹ H. KELSEN, « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals », *California Law Review*, vol. 31, 1943, pp. 530-571. Il admet cependant des exceptions pour les crimes de guerre et les crimes contre la paix, mais sur le fondement de traités à effet rétroactif (p. 543), ou sur un fondement coutumier s'agissant de l'espionnage et de la trahison (p. 552).

⁴⁰ Il s'agit de l'affaire *McLeod* (1841). Pour les critiques, v. Y. DINSTEIN, « Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae », *ICLQ*, vol. 15, 1966, p. 87 ; P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 43 s. et 128 s.

⁴¹ « Manuel des lois de la guerre sur terre », Oxford, 9 septembre 1880 (dit « Manuel d'Oxford »), publié in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 5, 1881-1882, pp. 157-174, spéc. p. 174 ; L. RENAULT, « De l'application du droit pénal aux faits de guerre », *JDI*, vol. 42, 1915, pp. 313-344 ; A. MÉRIGNHAC, « De la sanction des infractions au droit des gens commises, au cours de la guerre européenne, par les Empires du Centre », *RGDIP*, vol. 24, 1917, pp. 5-56 ; J.W. GARNER, « Punishment of offenders against the Laws of War and Customs of War », *AJIL*, vol. 14, 1920, pp. 70-94.

⁴² *La Paix de Versailles – Responsabilités des auteurs de la Guerre et Sanctions*, La documentation nationale, Les éditions internationales, Paris, 1930, pp. 440-445, 475 et, pour les Etats-Unis, pp. 539-540. V. aussi Q. WRIGHT, « The Legal Liability of the Kaiser », *The American Political Science Review*, vol. 13, No. 1, February 1919, p. 125.

Quand doit-on rechercher une pratique significative de la communauté internationale en matière de crimes internationaux si ce n'est à l'issue d'une guerre mondiale ? Les procès des criminels de guerre nazis et japonais à l'issue de la Seconde guerre mondiale devant les tribunaux militaires des puissances victorieuses s'inscrivent dans la continuité de l'histoire du droit international pénal, tout en l'amplifiant. Toute excuse fondée sur le caractère officiel de l'acte a été écartée non seulement dans les statuts des juridictions internationales, mais aussi dans la loi n°10 du Conseil de contrôle allié qui organise la compétence des juridictions militaires nationales, sans quoi le principe même de la responsabilité pénale des individus pour crimes de droit international aurait été menacé. Il s'agit là d'un des « principes » reconnus par l'Assemblée générale des Nations Unies dans ses résolutions 3 et 95 (I) des 13 février et 11 décembre 1946. Ce principe avait été admis antérieurement et a été confirmé ultérieurement par d'autres procès nationaux contre d'anciens agents des puissances de l'Axe, procès moins documentés et qu'historiens et juristes redécouvrent aujourd'hui⁴³. Les affaires *Eichmann* et *Barbie* ne sont pas des précédents isolés.

L'interprétation de cette pratique au regard de la réflexion contemporaine sur l'immunité soulève évidemment des difficultés. On prétend que ces précédents ne seraient pas pertinents parce que l'immunité n'a pas été invoquée par les accusés. Est-ce vrai ? Les travaux de la Commission ont souligné à juste titre la complexité conceptuelle du sujet en mentionnant des notions contiguës avec lesquelles l'immunité est souvent confondue, ou mêlée, selon les époques et les traditions juridiques : incompétence, irresponsabilité, doctrine de l'*act of State*, courtoisie internationale (*comity*). Cela incite à contextualiser en permanence l'étude des précédents, car l'immunité est souvent invoquée en substance à travers des arguments tels que la capacité officielle ou le fait d'avoir agi au nom de l'Etat. Il en est d'ailleurs allé de même plus récemment, devant la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Certaines procédures de coopération judiciaire en matière pénale*⁴⁴. Ecarter ces précédents sous prétexte que le mot « immunité » n'est pas employé *expressis verbis* ne nous paraît pas raisonnable, car ce nominalisme méconnaît l'histoire des concepts et la diversité des cultures juridiques.

⁴³ A.V. PRUSIN, « Fascist Criminals to the Gallows!: The Holocaust and Soviet War Crimes Trials, December 1945-February 1946 », *Holocaust and Genocide Studies*, vol. 17, No. 1, Spring 2003, pp. 1-30 ; K.J. HELLER and G. SIMPSON (eds.), *The Hidden History of War Crimes Trials*, Oxford U.P., 2013, 463 p. ; S. LINTON (ed.), *Hong Kong's War Crimes Trials*, Oxford U.P., 2013, 304 p. ; M.J. BAZYLER and F.M. TUERKHEIMER, *Forgotten Trials of the Holocaust*, New York University Press, 2014, 374 p. ; K. FEFERMAN, « Soviet legal procedures against the Nazi criminals and Soviet collaborators as Historical Sources », *Legacy*, n° 6, 2014, pp. 34-43 ; B. ZHANG, « Criminal Justice for World War II Atrocities in China », *Policy Brief Series*, vol. 29, 2014, 4 p. ; B. KUSHNER, *Men to Devils, Devils to Men – Japanese War Crimes and Chinese Justice*, Harvard University Press, Cambridge / London, 2015, 403 p. ; M.A. DRUMBL, « Stepping Beyond Nuremberg's Halo – The Legacy of the Supreme National Tribunal of Poland », *JICJ*, vol. 13, 2015, pp. 903-932.

⁴⁴ CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, *CIJ Recueil 2008*, par. 188.

On prétend encore que la pratique séculaire relative aux crimes internationaux ne serait pas pertinente parce que l'immunité de l'agent ne lui appartient pas en propre, qu'elle ne serait rien d'autre que celle de l'Etat et que, par conséquent, seul l'Etat pourrait l'invoquer avec succès⁴⁵, comme pour la protection diplomatique. Or, les puissances vaincues lors de la Seconde guerre mondiale n'auraient pas invoqué l'immunité de leurs agents, ou y auraient renoncé implicitement – pour le Japon –, ou n'auraient plus été en mesure de le faire en raison de la *debellatio* – pour l'Allemagne. Ces arguments soulèvent une question théorique intéressante : l'immunité de l'agent étatique est-elle entièrement et exclusivement entre les mains de l'Etat ? Paradoxalement, cette vision purement interétatique de l'immunité pourrait conduire à justifier assez facilement les procès devant les juridictions étrangères en tant que contre-mesure, comme le faisaient autrefois certains auteurs par ailleurs réticents à admettre la responsabilité pénale internationale⁴⁶. Puisque le crime de guerre ou le crime contre l'humanité commis par un agent étatique est en même temps attribuable à l'Etat au nom duquel il agit, la violation par cet Etat du droit de la guerre justifierait, en représailles, la levée de l'immunité dont, à travers lui, bénéficie cet agent, à moins que satisfaction ne soit donnée par le déclenchement de poursuites devant ses propres juridictions⁴⁷.

A vrai dire, le doute transparaît parfois même parmi les opposants à l'exception. Dans son deuxième rapport, le premier rapporteur spécial lui-même faisait, en passant, une remarque lourde d'implications à propos des infractions commises par des militaires étrangers sur le territoire de l'Etat du for lors d'un conflit armé. Il estimait que la question de l'immunité « semble relever, en premier lieu, du droit humanitaire » et concluait, assez mystérieusement : « c'est un cas particulier qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici »⁴⁸. Que faut-il en déduire ? Ce demi-aveu de l'absence d'immunité pour crimes de guerre est rejeté dans une *lex specialis* dont on ne sait si elle est coutumière ou conventionnelle. Le problème est ensuite escamoté, car aucun rapport ultérieur ne revient sur ce point. Or, il nous paraît difficile de tenir pour non-coutumiers les aspects du droit des conflits armés relatifs aux poursuites, et tout aussi difficile de

⁴⁵ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 69-70.

⁴⁶ V. G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 175-176 ; G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, Stevens & Sons Limited, London, 1968, pp. 453-455, 478 ; P.N. DROST, *Humanicide. International Governmental Crime Against Individual Human Rights*, Sythoff, Leiden, 1959, p. 311 ; W. WENGLER, « Public International Law. Paradoxes of a Legal Order », *RCADI*, vol. 158, 1977, p. 25. Dans les Articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, la CDI n'a envisagé comme limite aux contre-mesures qu'une seule catégorie d'immunités, les immunités diplomatiques et consulaires (art. 50 § 2-b).

⁴⁷ Une conséquence de ce détour par l'inter-étatisme apparaîtra *infra*, en II-A, dans la proposition consistant à codifier un principe « ou lever l'immunité ou poursuivre ».

⁴⁸ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 86.

limiter le droit de poursuivre à l'Etat du *locus delicti commissi*⁴⁹. Dès lors, quelle différence subsiste-t-il encore entre admettre une *lex specialis* coutumière, voire plusieurs *leges speciales* si l'on ajoute les activités clandestines et les développements postérieurs à la Seconde guerre mondiale sur les autres crimes internationaux, et codifier des exceptions au principe de l'immunité matérielle ?

Au total, la logique principe-exception, bien qu'ayant structuré les travaux de la Commission du droit international sur les immunités des « représentants de l'Etat », n'a rien d'une évidence. Si l'on exigeait une démonstration du principe aussi bien que de l'exception avec les mêmes méthodes et le même degré de clarté, il est peu probable que l'on parvienne à une conclusion. Dès lors, le procès fait aux méthodes de la codification laisse songeur, d'autant que l'aspect de développement progressif est toujours étroitement mêlé à la synthèse des éléments préexistants. La majorité des membres de la Commission a surmonté la difficulté en assumant l'idée de « tendance » et, surtout, en reconnaissant l'importance de la cohérence systémique. A nos yeux, cela signifie que, dans le couple principe/exception, le principe comme l'exception constitueraient du développement progressif, permettant de concilier une pluralité de régimes juridiques internationaux.

B. L'immunité *ratione materiae* a-t-elle un caractère procédural ou substantiel ?

Sur un second aspect les travaux de la CDI concernant l'immunité *ratione materiae* semblent avoir une position désormais arrêtée : le caractère « procédural » de cette immunité. Nonobstant des divergences considérables dans leurs approches et conclusions, Roman Kolodkin⁵⁰ et Concepción Escobar Hernández⁵¹ concordent sur ce caractère procédural alors qu'il est, à notre avis, tout sauf certain.

Les travaux de la CDI ne fournissent aucune définition du caractère procédural de l'immunité *ratione materiae*. Les rapporteurs n'utilisent pas ce terme pour faire référence au respect de conditions de pure procédure, comme la nécessité que le juge aborde la question *in limine litis*⁵², mais plutôt pour distinguer l'immunité des agents étatiques d'autres notions voisines, telles en particulier celle de responsabilité et celle de compétence juridictionnelle.

⁴⁹ V. l'article 49/50/129/146 (§ 2) commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Pour les conflits armés non-internationaux, reconnaître l'immunité aurait pour effet que le juge étranger pourrait poursuivre les individus relevant de la partie non-gouvernementale, mais pas ceux relevant de la partie gouvernementale.

⁵⁰ 1^{er} rapport Kolodkin, par. 102 (g).

⁵¹ 2^{ème} rapport Escobar, par. 45, et 5^{ème} rapport Escobar, par. 148.

⁵² 1^{er} rapport Kolodkin, par. 68 ; CIJ, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 20 avril 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, par. 63 ; 6^{ème} rapport Escobar, par. 108.

L'immunité *ratione materiae* de l'agent étatique se limiterait à faire obstacle à l'exercice de la compétence juridictionnelle pénale du juge étranger sans pour autant exclure que l'agent reste soumis au droit étranger, que sa conduite puisse être considérée comme illicite sur la base de ce droit et que le juge étranger demeure compétent⁵³. Les aspects considérés comme strictement procéduraux de l'immunité *ratione materiae* sont d'ailleurs abordés par les deux rapporteurs dans des rapports séparés⁵⁴.

Cette approche repose en grande partie sur une conception unitaire et interétatique des différentes formes d'immunité⁵⁵. Toutes les immunités se confondraient en la norme plus générale reconnaissant une immunité à l'Etat, dont la fonction serait invariablement la protection de l'Etat et qui ne pourrait faire l'objet d'une renonciation que par une expresse volonté de l'Etat. Si cette conception des immunités fascine par sa simplicité, elle est loin de refléter les différences des régimes juridiques concernant l'immunité de l'Etat, l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* de ses agents. Le risque de la conception unitaire est que cette différence disparaisse lorsqu'il s'agit d'établir, par exemple, l'existence d'exceptions aux régimes immunitaires, comme le démontrent les travaux de la CDI.

Aussi faut-il rappeler que la jurisprudence internationale n'a jamais reconnu de caractère procédural à l'immunité *ratione materiae*. La CIJ a reconnu un tel caractère à l'immunité de l'Etat⁵⁶ et à l'immunité *ratione personae*⁵⁷. Mais ces deux immunités ne sont pas à confondre avec l'immunité *ratione materiae* ; elles visent des situations dans lesquelles le droit international n'exclut pas que le droit interne attribue une responsabilité au bénéficiaire de l'immunité pour des actes *iure gestionis*, dans le cas de l'Etat, ou des actes privés, dans le cas de l'agent titulaire d'une immunité diplomatique. En revanche, l'immunité *ratione materiae* concerne des conduites des agents étatiques qui sont nécessairement attribuées à l'Etat et pour lesquelles la responsabilité de l'agent sur la base du droit international est loin d'être évidente.

A vrai dire, une approche procédurale est particulièrement difficile à appliquer à l'immunité *ratione materiae* car cette forme d'immunité est « matérielle » par définition. Pour déterminer si cette immunité a lieu de s'appliquer il faut nécessairement établir au préalable le caractère officiel de la

⁵³ V. 1^{er} rapport Kolodkin, par. 66. Le caractère procédural de l'immunité *ratione materiae* découlerait d'une nécessité de principe (*ibid.*, par. 64) et de la position majoritaire de la doctrine (*ibid.*, par. 65). La même position est partagée par Concepción Escobar Hernández : 1^{er} rapport Escobar, par. 11 et par. 42 ; 5^{ème} rapport Escobar, par. 148.

⁵⁴ V. 3^{ème} rapport Kolodkin, et 6^{ème} rapport Escobar.

⁵⁵ 1^{er} rapport Kolodkin, par. 88, et 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 33 et 94, b) ; 4^{ème} rapport Escobar, par. 102.

⁵⁶ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99.

⁵⁷ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

conduite visée⁵⁸. Pour trancher la question de « procédure » il faut que le juge se penche avant tout sur la question de « substance ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'immunité est appelée matérielle : elle ne protège que certaines « matières », celles qui correspondent aux fonctions de l'Etat. A cet égard, les deux rapporteurs considèrent que l'immunité *ratione materiae* ne couvre que les activités officielles pouvant être attribuées à l'Etat, c'est-à-dire les actes des agents étatiques visés à l'article 4 du projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite⁵⁹. Il n'y a donc aucune immunité *ratione materiae* en dehors des actes attribuables à l'Etat.

A l'inverse si l'on adhère à une approche substantielle, l'immunité matérielle empêche l'exercice de la juridiction étrangère parce que les conduites à titre officiel des agents étatiques ne leur sont pas attribuables – elles sont attribuables à l'Etat – et ne peuvent donc entraîner leur responsabilité⁶⁰. L'obstacle est substantiel et non pas procédural. L'agent est protégé par l'attribution exclusive à l'Etat. C'est ce que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a affirmé dans l'affaire *Blaskic*⁶¹. La même position se retrouve dans certaines décisions des juges internes⁶². En revanche, lorsque le droit international – non pas le droit interne – prévoit l'attribution de certaines conduites directement à l'agent et par conséquent sa responsabilité pénale, alors l'immunité « substantielle » n'est plus opposable. L'identification des conduites directement attribuables aux agents étatiques sur la base du droit international devient essentielle. Il nous paraît indéniable aujourd'hui que le droit international attribue une responsabilité pénale individuelle aux agents étatiques pour la commission des crimes internationaux. Dans les autres cas, l'établissement d'une attribution directe et donc d'une responsabilité par le droit international est bien plus douteuse.

L'approche substantielle est loin d'être isolée en doctrine⁶³, et elle se retrouve même dans les travaux de la Commission : que l'on pense avant tout au

⁵⁸ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 25 et 4^{ème} rapport Escobar, p. 56. Pour une critique de cette position v. P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, op. cit. n. 40, p. 100-104.

⁵⁹ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 26-27 et 4^{ème} rapport Escobar, par. 118 et par. 125.

⁶⁰ V. en général H. KELSEN, « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals », op. cit. n. 39, p. 530.

⁶¹ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 20 octobre 1997, par. 41.

⁶² V. en particulier House of Lords, *Jones et Mitchell c. Arabie Saoudite*, 14 juin 2006, par. 66, et Cour de Cassation italienne, 1^{ère} section pénale, *Lozano*, 24 juillet 2008, n. 31171, par. 5. L'on pourrait également interpréter en ce sens certains passages de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Djibouti c. France*, préc. La Cour semble adopter une approche tout à fait interétatique de l'immunité *ratione materiae* lorsqu'elle considère que l'invocation par l'Etat de l'immunité de l'agent équivaut à assumer la responsabilité pour les actes illicites commis par l'agent et lorsqu'elle considère que soutenir la thèse de l'immunité matérielle revient en substance à soutenir la thèse de l'immunité de l'Etat concerné (par. 188).

⁶³ V. en général A. CASSESE, « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case », *EJIL*, vol. 13, n°4, 2002, p. 863, ainsi que la

Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. L'article 7 du Code s'intitule « Qualité officielle et responsabilité » et établit que la capacité officielle de l'auteur d'un crime ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale lorsqu'il se rend coupable de crimes internationaux. La disposition repose sur une conception substantielle de l'immunité *ratione materiae*, qui en principe empêcherait toute poursuite de l'agent pour des conduites officielles. L'objectif déclaré de l'exception est le suivant : « Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le code puissent invoquer la souveraineté de l'Etat et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions »⁶⁴.

Les travaux les plus récents n'affichent pas la même cohérence. Bien que l'approche substantielle soit écartée, elle expliquerait mieux la connexion étroite entre immunité matérielle de l'agent et immunité de l'Etat qui est à la base de la conception unitaire et interétatique des immunités que les rapporteurs partagent. Dans les rapports de Roman Kolodkin l'immunité *ratione materiae* est conçue en substance comme une immunité de l'Etat⁶⁵ : « Strictement parlant, le représentant de l'Etat n'a que la 'jouissance' de cette immunité, laquelle appartient en droit à l'Etat. Par conséquent, les droits qui découlent de l'immunité sont des droits de l'Etat »⁶⁶. Selon Concepción Escobar Hernández, « l'attribution d'un acte à l'Etat est la condition nécessaire pour pouvoir considérer celui-ci comme 'acte accompli à titre officiel' aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* »⁶⁷. Cette conception se rapproche visiblement d'une vision substantielle. Elle entraîne une certaine difficulté à séparer conduite étatique et conduite personnelle de l'agent qui agit pour son compte et donc leur responsabilité respective.

Il faut enfin rappeler que, de manière quelque peu surprenante, le Cinquième rapport de Concepción Escobar Hernández contient une reconnaissance explicite du caractère substantiel de l'immunité *ratione materiae*. Sans savoir si cela implique un revirement de sa position initiale sur le caractère procédural de l'immunité matérielle, la rapporteuse avoue en premier lieu que la « façon de voir l'immunité comme un simple obstacle procédural et la distinction radicale entre immunité et responsabilité s'avèrent difficiles à maintenir dans l'absolu, *en particulier en matière pénale* »⁶⁸. Puis elle arrive à la conclusion suivante :

bibliographie citée à la note 28. V. également B. STERN, « Immunité et doctrine de l'Act of State : Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'Etat devant les juridictions étrangères », *JDI*, n°133/1, 2006, p. 64 ; D. AKANDE et S. SHAH, « Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts », *EJIL*, vol. 21, n°4, 2011, pp. 826-827.

⁶⁴ CDI, Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire CDI*, vol. II(2^{ème} partie), 1996, p. 27.

⁶⁵ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 33 et 94, b).

⁶⁶ 3^{ème} rapport Kolodkin, par. 15. Cette vision se retrouve en particulier dans le 4^{ème} rapport Escobar, par. 111.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 118.

⁶⁸ 5^{ème} rapport Escobar, par. 150 (c'est nous qui soulignons).

« l'immunité de juridiction pénale étrangère perd son caractère exclusivement procédural et acquiert un caractère de fond, devenant ainsi obstacle à la fois 'procédural' et 'de fond' »⁶⁹.

Les approches procédurale et substantielle ont des implications pratiques considérables lorsqu'il faut établir la portée de l'immunité *ratione materiae* et l'existence d'éventuelles exceptions à son application.

En ce qui concerne premièrement l'approche procédurale, son implication principale se situe au niveau conceptuel car elle évite toute confusion entre immunité et responsabilité de l'agent : la reconnaissance de l'immunité n'efface pas la responsabilité. Voici un aspect que les deux rapporteurs tiennent à préciser⁷⁰. Ce qui est déjà remarquable, il faut l'admettre, car cette position postule *a contrario* la responsabilité de l'agent étatique devant le juge étranger pour des actes de fonction. Une position qui n'a rien d'évident. Par ailleurs, cette conception « autonome » de l'immunité aurait des implications aussi pour d'autres notions voisines. Elle permettrait, par exemple, de maintenir une séparation de principe entre immunité et compétence. La reconnaissance de l'immunité ne priverait pas le juge du for de sa compétence. Le même souci d'autonomie des notions en jeu serait à la base de la jurisprudence de la Cour en matière d'immunité qui ne concerne pas, nous l'avons rappelé, l'immunité *ratione materiae*. Dans la décision sur le *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a soigneusement distingué, d'une part, immunité *ratione personae* et compétence et, d'autre part, immunité *ratione personae* et responsabilité⁷¹. Dix ans plus tard, l'affirmation du caractère procédural de l'immunité de l'Etat est accompagnée par la même attention au fait que la reconnaissance de cette immunité n'équivaut pas à exclure la responsabilité de l'Etat⁷².

Cet avantage de l'approche procédurale risque toutefois de rester théorique. Pour deux raisons différentes, l'une qui étend la portée de l'immunité matérielle et l'autre qui la limite. En premier lieu, l'approche procédurale finit simplement par mettre l'immunité matérielle à l'abri de possibles exceptions. La séparation entre immunité et responsabilité, qui devrait en principe sauvegarder la responsabilité, rend impossible la conception d'un conflit entre immunité et responsabilité. La responsabilité pénale de l'agent (obligation substantielle) ne peut par conséquent à elle seule écarter l'immunité *ratione materiae* (obligation procédurale). C'est tout le raisonnement tenu par la CIJ à propos des immunités

⁶⁹ *Ibid.*, par. 205.

⁷⁰ V. en particulier 1^{er} rapport Kolodkin, par. 64 ; 1^{er} rapport Escobar, par. 42 ; 2^{ème} rapport Escobar, par. 41 et 45 (« L'immunité de juridiction pénale étrangère a un caractère essentiellement procédural et est sans effet ni sur la loi pénale de fond de l'Etat ayant compétence ni sur la responsabilité pénale individuelle du bénéficiaire de l'immunité »).

⁷¹ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, par. 59 et par. 60.

⁷² CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, par. 58.

de l'Etat⁷³. Le résultat est que l'immunité reste applicable et l'agent ne peut pas être poursuivi, par exemple, pour avoir commis un crime international⁷⁴. En deuxième lieu, l'approche procédurale risque de réduire la protection offerte par l'immunité *ratione materiae* dans des cas concrets. Pour se distinguer de l'approche substantielle, l'approche procédurale doit reposer sur une véritable dissociation entre la conduite des agents étatiques et celle de l'Etat. Il faut alors identifier des situations dans lesquelles les agents seraient responsables lorsqu'ils accomplissent des actes de fonction. Concepción Escobar Hernández fait référence à la possibilité d'une « [r]esponsabilité exclusive de l'individu, lorsque l'acte ne peut être attribué qu'à lui, bien qu'il ait agi pour le compte de l'Etat »⁷⁵. Le problème est évidemment l'existence de conduites attribuables exclusivement à l'agent alors qu'il aurait agi « pour le compte de l'Etat »⁷⁶. Mais admettons. Ce qui nous intéresse est la conséquence de cette séparation et l'absence de protection qu'elle peut entraîner. Que l'on pense à des agents étatiques appliquant des sanctions économiques unilatérales, comme cela peut être souvent le cas aujourd'hui, qui seraient considérées par le droit interne de l'Etat destinataire comme des conduites pouvant faire l'objet d'une poursuite pénale. L'agent risque de voir sa responsabilité engagée devant le juge étranger nonobstant la nature officielle de son activité.

Une seconde implication de l'approche procédurale, qui répond à une logique semblable, est de faire cohabiter l'immunité *ratione materiae* de l'agent et le rejet de l'excuse de la capacité officielle. La question s'est posée tout récemment dans le cadre de la codification des normes sur les crimes contre l'humanité. Conformément à un « principe de droit international bien établi » et à la pratique conventionnelle, la CDI a inclus dans son projet une disposition concernant la capacité officielle de l'agent de l'Etat selon laquelle cette capacité « ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale »⁷⁷. La question était de savoir si cette disposition impliquait l'absence d'immunité matérielle des agents étatiques. En 2017 la Commission a considéré que la disposition sur le rejet de l'excuse de la capacité officielle n'a « aucune influence » sur l'immunité et les deux peuvent parfaitement cohabiter⁷⁸. L'agent resterait donc responsable (théoriquement), et l'immunité pourrait le protéger de l'exercice de la juridiction étrangère. Cette position et le silence du projet

⁷³ *Ibid.*, par. 93.

⁷⁴ C'est la raison pour laquelle R.A. Kolodkin rejette les exceptions à l'immunité matérielle en cas de crimes internationaux qui se justifieraient par l'existence des normes criminalisant ces conduites et des normes permettant au juge étranger d'exercer la juridiction pénale (2^{ème} rapport Kolodkin, spéc. par. 64).

⁷⁵ 4^{ème} rapport Escobar, par. 101.

⁷⁶ Or, ce qu'il ne faut pas confondre est la source interne du caractère pénal de l'activité en question avec la source internationale de la responsabilité pénale qui peut être directement attribuée à l'agent.

⁷⁷ Projet d'article 6, par. 5, adopté en première lecture par la CDI, « Rapport de la Commission de droit international à l'Assemblée générale concernant sa soixante-neuvième session », 2017, Doc. A/72/10, pp. 14 et 71-73.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 72, par. 31.

concernant les crimes contre l'humanité sur la question spécifique de l'immunité matérielle permettent, selon le rapporteur spécial Murphy, de ne pas préjuger le projet de la CDI sur l'immunité de la juridiction pénale étrangère⁷⁹.

En réalité, cette position n'est pas du tout neutre puis qu'elle repose sur une approche évidemment procédurale de l'immunité matérielle : le rejet de l'excuse de la capacité officielle n'aurait aucun effet sur l'immunité. Du point de vue de la répression des crimes internationaux, le maintien d'une séparation entre immunité et capacité officielle est alors tout le contraire d'un avantage. Il s'agirait, selon le commentaire du Code de crimes contre la paix et la sécurité internationale, d'une situation inacceptable : « L'absence de toute *immunité procédurale* permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute *immunité substantielle* ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité »⁸⁰.

Quant à l'approche substantielle, ce qui précède nous conduit à identifier trois principales implications de cette approche. La première implication représente sans doute son avantage principal : elle repose sur l'impossibilité d'attribuer les conduites officielles à l'agent étatique et permet donc de le protéger de poursuites qui engageraient sa responsabilité pénale lorsque l'activité est exclusivement étatique. En l'absence d'une attribution directe de la part du droit international, cette vision postule la totale irresponsabilité de l'agent étatique devant le juge étranger pour les conduites officielles. Du point de vue méthodologique, pour prouver que cette immunité ne s'applique pas, l'analyse doit se situer au niveau des normes internationales attribuant des faits illicites directement à l'agent et entraînant sa responsabilité pénale.

Deuxième implication : cette approche assure une cohérence dans les efforts internationaux de lutte contre l'impunité bien meilleure que l'approche procédurale⁸¹. L'approche substantielle considère l'immunité *ratione materiae* comme tout à fait incompatible avec la responsabilité pénale internationale des agents étatiques établie directement par le droit international. Les normes internationales qui prévoient la responsabilité pénale des auteurs des crimes internationaux écartent automatiquement leur immunité matérielle. Bien sûr

⁷⁹ *Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité, par Sean D. Murphy, rapporteur spécial, A/CN.4/704, 23 janvier 2017, par. 283-284.*

⁸⁰ CDI, Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire CDI*, vol. II (2^{ème} partie), 1996, p. 28, c'est nous qui soulignons.

⁸¹ La seule raison citée par H. FOX et P. WEBB (*The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 3^{ème} éd., 2015, p. 573) pour justifier une exception à l'immunité matérielle devant le juge national de l'agent accusé de crimes internationaux est qu'autrement « in the majority of cases the international law principle of no immunity for the commission of international crimes becomes a dead letter lacking enforcement ».

elles ne peuvent pas écarter d'autres formes d'immunité, telle l'immunité étatique ou l'immunité personnelle des organes. L'approche substantielle évite donc en même temps une « contagion » des exceptions à l'immunité, qui reste l'une des préoccupations principales des travaux de codification⁸².

Enfin, l'approche substantielle à l'immunité matérielle implique une vision « différenciée » de la pluralité des régimes juridiques des immunités internationales. Le caractère substantiel de la première explique, il est vrai, le lien particulier entre immunité matérielle et immunité de l'Etat, mais il ne les confond pas pour autant. Tout le contraire. Alors que l'immunité de l'Etat et l'immunité *ratione personae* ont un caractère procédural, l'immunité *ratione materiae* aurait un caractère substantiel. Cette vision pluraliste des régimes immunitaires permet de reconduire ces régimes à des fondements différents⁸³. Les rapporteurs ont en effet tendance à fonder les immunités sur une combinaison des théories représentative et fonctionnelle⁸⁴, qui vise essentiellement à protéger la souveraineté de l'Etat⁸⁵. Certes, la distinction entre représentation internationale de l'Etat et nécessité fonctionnelle n'est pas toujours aisée, mais nous pensons que les deux fondements gardent leur autonomie et sont à la base de formes différentes d'immunité. L'on peut douter par exemple que l'élément de représentation (*ne impediatur legatio*) constitue la finalité de l'immunité *ratione materiae*, alors que cette dernière vise à protéger la nature publique de la fonction exercée. Par ailleurs, la finalité de représentation, plutôt que le fondement organique, justifierait l'immunité *ratione personae* qui garantit les relations internationales par le biais d'une protection individualisée circonscrite, même si elle couvre toutes les activités – officielles et privées – de ces agents étatiques.

Une conclusion tout à fait similaire à celle qui concerne le recours à la logique principe-exception s'impose : le caractère procédural de l'immunité *ratione materiae* n'a rien d'une évidence. Ce caractère reflète plutôt une *petitio principii* qui ne fait qu'assumer la solution que l'on veut démontrer, c'est-à-dire l'application la plus vaste de l'immunité. Ce qui est problématique en soi, bien sûr. Ce qui pourrait avoir des implications pour les autres travaux de la

⁸² 1^{er} rapport Kolodkin, par. 89 et 5^{ème} rapport Escobar, par. 153-155. V. également Q. SHEN, « Methodological Flaws in the ILC's Study on Exceptions to Immunity *Ratione Materiae* of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction », *op. cit. n. 20*, p. 10.

⁸³ C'est la position du Secrétariat général (*Mémoire du Secrétariat*, p. 22) qui se retrouve également en doctrine, v. en général J. VERHOEVEN, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international », *op. cit. n. 33*, p. 88.

⁸⁴ 1^{er} rapport Kolodkin, par. 102 (j). Il s'agit des fondements qui avaient été attribués par les normes conventionnelles aux immunités diplomatique, consulaire et des missions spéciales, *ibid.*, par. 87. Ce double fondement n'est pas remis en cause par Mme Escobar Hernández, qui toutefois n'approfondit pas la question (1^{er} rapport Escobar, par. 9).

⁸⁵ 2^{ème} rapport Kolodkin, par. 30. L'emploi du terme « représentant » pour indiquer les agents étatiques dans la version française des rapports de M. Kolodkin pourrait ne pas être neutre et vouloir renforcer l'aspect de représentation.

Commission. Mais ce qui risque surtout de faire perdre de vue le seul instrument méthodologique qui semble vraiment indispensable à cette analyse : une logique de cohérence systémique. L'approche procédurale greffée à la logique principe/exception ne fait que spécialiser l'analyse sur un aspect de détail (l'exception à l'exception ...) pour entraîner l'effacement complet du contexte général et de l'interaction des différents régimes juridiques.

II. COMMENT CHOISIR PARMİ LES RÉPONSES POSSIBLES

Les deux pré-supposés centraux dans les travaux de la Commission sur les immunités des agents de l'Etat, à savoir le couple principe-exception et le caractère exclusivement procédural de l'immunité matérielle, sont fragiles du point de vue de la dogmatique juridique et masquent une partie des enjeux juridiques et des difficultés de la codification. Pour ces raisons, il nous paraît indispensable d'aborder plusieurs autres thèmes, afin de révéler l'ensemble des implications systémiques. Par souci de clarté, ces thèmes seront classés en fonction du débat binaire actuel en faveur ou en défaveur des exceptions, car leur importance apparaîtra plus clairement en tant que tempérament à l'une ou l'autre des deux options. Pour autant, chaque thème pourrait trouver une place dans une séquence plus complexe du type : a) immunité / absence d'immunité ; b) tempérament à l'une ou à l'autre ; c) encadrement ou atténuation du tempérament. Nous commencerons par les réponses écartant toute exception, ce qui correspond à la position actuellement minoritaire au sein de la Commission (A), puis celles admettant l'*absence* d'immunité pour les crimes de droit international⁸⁶, ce qui est proche de la position actuellement majoritaire (B).

A. Les réponses écartant l'exception à l'immunité matérielle

Rejeter toute exception à l'immunité des agents publics devant le juge étranger pour des actes rattachables à leur fonction a des conséquences dérangeantes : elle remet en cause une tradition fondée sur des positions étatiques et des précédents avérés de poursuites, notamment dans le cours ou à la suite de conflits armés ; elle affaiblit la lutte contre l'impunité pour les crimes que la communauté internationale considère comme les plus graves. Dès lors, la position minoritaire nous paraît difficilement soutenable sans approfondir la réflexion sur une série de thèmes pas ou peu abordés jusqu'à présent : l'internationalisation de la répression, la renonciation à l'immunité et le lien entre l'immunité et l'obligation de poursuivre.

⁸⁶ En raison de la remise en cause du couple principe-exception, nous préférons parler d'absence d'immunité plutôt que d'exception à l'immunité ; cela rend mieux compte de la coexistence de plusieurs régimes juridiques.

En premier lieu, il faut parler des hypothèses où l'intervention d'une autorité internationale justifierait l'exercice de poursuites par un juge interne autre que celui de l'agent, nonobstant la question de son immunité, situation que l'on qualifiera d'« internationalisation de la répression ». Cela couvre une large part de la pratique contemporaine de poursuites pour crimes de droit international devant le juge interne, mais les travaux de la CDI n'en disent mot. Cette lacune découle d'une vision particulièrement étroite de l'objet-même de la codification, à savoir l'immunité « devant la juridiction pénale *étrangère* ». Peut-on vraiment codifier l'immunité des agents étatiques sans évoquer les juridictions pénales internationales lorsqu'elles rejettent une objection d'immunité en insistant sur le caractère international de l'infraction⁸⁷, sans évoquer l'existence de tribunaux pénaux mixtes ou hybrides dont la « nature » internationale ou interne est difficile à déterminer⁸⁸, sans évoquer les cas de poursuites nationales dans le cadre d'une *délégation* internationale comme ont pu la pratiquer les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda⁸⁹ ? Plus largement, on doit s'interroger sur le déclenchement de poursuites par des juridictions « étrangères » à la suite des travaux d'une commission d'établissement des faits ou d'une commission d'enquête établies par l'Organisation des Nations Unies, telles celles travaillant actuellement sur les crimes commis en Birmanie et en Syrie. Ces travaux et leurs conclusions constituent une première validation du sérieux des accusations de crime de droit international, écartant la principale crainte motivant le rejet des exceptions, à savoir la politisation des poursuites sans fondement juridique suffisant.

Sans doute la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a-t-elle paru suggérer que les seules exceptions à l'immunité matérielle résideraient dans l'exercice de poursuites soit par les juridictions de l'Etat au nom duquel l'agent agit ou avait agi, soit par des juridictions internationales. Dès lors et en l'absence de volonté de l'Etat concerné de poursuivre ou de lever l'immunité, la justice pénale internationale serait la seule voie disponible. Cela étant, le passage de l'arrêt en cause n'est pas entièrement clair – était-il exhaustif ? – et, surtout, l'« internationalité » est un qualificatif sujet à débat. Les critères permettant de qualifier une institution sont pluriels : statutaire, organique, fonctionnel. La fonction de l'institution nous paraît ici essentielle, car, en droit international pénal, la répression repose le plus souvent sur

⁸⁷ V. notamment B.V.A. RÖLING and C.R. TÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment – The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) 29 April 1946 – 12 Novembre 1948*, APA-University Press Amsterdam BV, Amsterdam, 1977, vol. 1, p. 28 et p. 456 ; TPIY, Ch., décision relative aux exceptions préjudicielles, *Le Procureur c. Slobodan Milosevic*, n°IT-99-37-PT, 8 novembre 2001, par. 26-34.

⁸⁸ Par exemple, les chambres spéciales établies par l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ordonnance 2000/15 du 6 juin 2000, not. art. 15.2 excluant expressément toute immunité). L'un des actes d'accusation concernait de hauts responsables civils et militaires indonésiens (affaire *Wiranto e.a.*).

⁸⁹ Article 11 *bis* de leur règlement de procédure et de preuve respectif.

l'association de juridictions organiquement internationales – ou hybrides – et de juridictions organiquement internes. (Ré)introduire l'immunité perturbe les principes de répartition des poursuites entre le niveau international et le niveau interne. Même lorsque certaines conventions ne mentionnent que les juridictions internes, telles la Convention sur la torture ou la Convention sur les disparitions forcées ou la Convention pour la répression du financement du terrorisme, il est loisible de penser que les parties contractantes internationalisent la répression en reconnaissant la conformité au droit international des titres de compétence étatiques, y compris extraterritoriaux. On peut aussi se demander si ce dédoublement fonctionnel du juge national ne vaut pas, en réalité, pour l'ensemble de la catégorie des crimes de droit international au titre du droit coutumier. Quoi qu'il en soit, on ne verrait pas bien l'utilité pratique d'un texte de codification qui ignorerait entièrement ces formes d'internationalisation, les considérant en bloc comme *leges speciales* ou se contentant, pour le droit de la Charte, d'une clause « sans préjudice ».

En deuxième lieu, la renonciation à l'immunité pourrait être organisée de telle manière que l'immunité ne représente pas un obstacle systématique aux poursuites. Une idée régulièrement avancée à cet égard consiste à présumer la renonciation à l'immunité faute d'invocation par l'Etat en temps opportun. Elle s'appuie dans une certaine mesure sur un passage de l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁹⁰. Notons que la Cour se plaçait alors sur le terrain de la responsabilité de l'Etat, que les actes en cause, à savoir la subornation de témoins, ne relevaient pas de la catégorie des crimes internationaux et que l'on pouvait douter du rattachement de ces actes à une fonction étatique⁹¹. Si, dans un tel contexte, une information expresse relative à l'immunité de l'agent par son Etat s'avère nécessaire, il n'est pas certain que l'on puisse de façon générale assimiler le silence de l'Etat à une renonciation implicite. Ainsi, s'agissant de l'exercice normal de fonctions étatiques, conformes aussi bien au droit national qu'au droit international, cela revient à placer les agents de l'Etat dans une situation fort précaire : ils pourraient être poursuivis à l'étranger dès lors que leur administration ne serait pas suffisamment réactive.

L'on pourrait évidemment réserver cette renonciation implicite à la catégorie des crimes de droit international. Les effets seraient alors moindres qu'une exception, car l'Etat concerné pourrait renverser la présomption. Pour autant, il faudrait préciser grandement les modalités de l'invocation de l'immunité, notamment définir le moment pertinent, sans quoi la procédure judiciaire devant

⁹⁰ CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, CIJ Rec. 2008, p. 244, par. 196.

⁹¹ *Ibid.*, p. 243, par. 191.

le juge étranger risquerait d'être bloquée à tout moment pour peu que son déroulement ne satisfasse plus l'Etat susceptible d'invoquer l'immunité, plaçant *de facto* ce juge sous le contrôle de cet Etat. De plus, la solution nous semble particulièrement fragile : rien ne dit que les Etats, désormais instruits quant à l'effet d'une invocation expresse, se priveront d'y recourir. Certes, comme d'aucuns le soulignent pour l'Allemagne ou le Japon d'après-guerre, ils ne seront peut-être pas en mesure de le faire politiquement. Mais est-il satisfaisant, en droit, de s'en remettre aux circonstances politiques pour organiser la répression pénale des crimes internationaux ? De nos jours, on imagine assez bien certains Etats recourant à l'arme chimique ou bombardant des objectifs civils n'ayant aucun scrupule à protéger leurs agents en invoquant expressément leur immunité. Cela serait d'autant plus simple à assumer que l'immunité serait présentée comme exclusivement procédurale.

On ajoutera que la façon dont la Commission a jusqu'à présent abordé ce thème est exclusivement interétatique : seul l'Etat peut invoquer l'immunité avec succès et lui seul peut y renoncer⁹². L'individu-agent est rejeté dans l'ombre : soumis au pouvoir discrétionnaire de son Etat, il est privé d'un moyen de défense alors qu'il fait l'objet de poursuites pénales devant le juge étranger. Cela n'est-il pas contraire aux droits de la défense ? A tout le moins, cela rend particulièrement délicate l'utilisation de la renonciation comme substitut aux exceptions.

En troisième lieu, il convient de mentionner une proposition faite durant le débat à la CDI par l'un de ses membres, le professeur Georg Nolte : introduire un principe « lever l'immunité ou poursuivre »⁹³. Deux arguments au moins s'offrent à l'esprit pour le justifier : le primat de la lutte contre l'impunité et l'analogie avec le principe « *aut dedere aut judicare* ». Cette proposition n'acquiert de sens qu'en acceptant la spécificité des crimes internationaux ; de fait, son promoteur l'a formulée comme alternative à la reconnaissance d'exceptions. Reposant judicieusement sur une réflexion systémique, elle lie étroitement la question des immunités et celle de l'exercice de la compétence juridictionnelle. On se demande dès lors s'il ne vaudrait pas mieux situer le débat directement sur le terrain de la compétence et de son exercice, car ce principe créé *ex nihilo* produit le même effet que l'affirmation d'une priorité du juge de l'Etat dont l'individu est un organe par rapport aux juges des Etats disposant de titres de compétence concurrents. Cela va assez nettement au-delà du projet sur les immunités et anticipe peut-être de futurs travaux sur la compétence pénale extraterritoriale⁹⁴. Il y a là une piste intéressante mais qui

⁹² 3^{ème} rapport Kolodkin, par. 15. V. aussi M. FORTEAU, « Immunities and International Crimes before the ILC: Looking for Innovative Solutions », *op. cit.* n. 20, p. 23.

⁹³ A/CN.4/SR3365, pp. 6-7.

⁹⁴ Parmi les nouveaux sujets proposés en 2018 pour l'inscription à l'ordre du jour de la CDI figure la compétence pénale universelle (v. doc. A/73/10, Annexe A).

risque d'avoir des effets trop rigides dans un texte sur les immunités, car elle modifie probablement les équilibres trouvés en droit international général comme dans certaines conventions en matière pénale à propos des titres de compétence, de l'obligation de poursuivre et du lien avec l'extradition. De plus amples recherches seraient sans doute nécessaires avant de s'engager dans cette voie.

B. Les réponses acceptant l'absence d'immunité matérielle

Si l'exclusion de toute exception à l'immunité matérielle est problématique, il ne faut pas s'attendre à ce que la reconnaissance d'exceptions coutumières, qui inspire le projet actuel de la Commission et en particulier son article 7, offre une solution idéale. Pour nous, la codification devrait relever l'« absence » d'immunité matérielle, plutôt que l'« exception », car l'absence se déduit de l'interaction entre la règle sur l'immunité et les autres régimes juridiques applicables, notamment le régime de responsabilité pénale individuelle. Le résultat auquel parvient le projet d'article 7 aurait pu découler simplement de l'adaptation des champs d'application respectifs de ces régimes juridiques sans besoin de prouver l'existence d'une norme coutumière prévoyant des exceptions⁹⁵. L'absence serait alors établie au cas par cas et en fonction de l'évolution dans le temps de ces règles du droit international. Cette approche qui favorise la synthèse n'est pas totalement étrangère aux travaux de la Commission⁹⁶. L'analyse qui suit garde à l'esprit ces approches alternatives et concerne : le projet d'article 7 lui-même, les conditions procédurales auxquelles il pourrait être soumis et les notions voisines qu'il remet en cause.

Rappelons que, selon le projet d'article 7, tel qu'adopté en première lecture, l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas en cas de poursuite pour crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crime d'apartheid, torture et disparitions forcées. Pour la définition de ces crimes la disposition renvoie à une annexe qui à son tour fait référence à une série de sources conventionnelles⁹⁷. Nul besoin de revenir sur la question principale de ces exceptions : leur

⁹⁵ B. BONAFÉ, « Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo », *Riv.DI*, vol. 87, n°2, 2004, pp. 417 et 423. Cette logique de réconciliation systémique inspire aussi la jurisprudence nationale, comme la décision *Nazzer* rendue par le Tribunal pénal fédéral suisse le 25 juillet 2012, par. 5.4.3.

⁹⁶ V. en particulier le 5^{ème} Rapport Escobar, par. 142 s., 174 et 191 s., et le 6^{ème} Rapport Escobar, par. 14, 17, 39.

⁹⁷ Le renvoi est effectué : 1) pour le génocide, au Statut de la Cour pénale internationale et à la convention sur le génocide de 1948, 2) pour les crimes contre l'humanité, au Statut de la Cour pénale internationale, 3) pour les crimes de guerre, au Statut de la Cour pénale internationale, 4) pour l'apartheid, à la convention sur l'apartheid de 1973, 5) pour la torture, à la convention contre la torture de 1984, et 6) pour les disparitions forcées, à la convention sur les disparitions forcées de 2006. Certains de ces renvois pourraient soulever des doutes, mais c'est surtout la référence au Statut de Rome qui mérite des précisions. Même si l'on considère le Statut comme la « most modern definition » des crimes internationaux (International Law Commission, Sixty-Ninth Session, *Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Mr. Aniruddha Rajput*, 20 July 2017, p. 11), l'instrument n'est pas censé codifier les crimes mais seulement établir les limites de la compétence juridictionnelle de la Cour.

correspondance au droit international coutumier. Ce sont les silences de l'article 7 qui vont plutôt retenir notre attention car ils posent également des problèmes : la disposition ne précise pas le caractère exhaustif ou simplement indicatif de la liste ; la non-inclusion d'autres crimes du même type soulève des perplexités ; certains crimes qui avaient été inclus par Concepción Escobar Hernández ont disparu. Le rapport de la Commission de 2017 mentionne avant tout les votes contraires de plusieurs membres justifiés par la non inclusion du crime d'agression dans le projet d'article 7 (l'habitude semble prise de relever les opinions dissidentes...) ⁹⁸. La décision de la Commission s'inspire cette fois d'un souci de cohérence avec ses travaux sur le Code de crimes selon lesquels : « il serait contraire au principe fondamental du droit international *par in parem imperium non habet* que les tribunaux d'un Etat puissent se prononcer sur la question de savoir si un autre Etat a commis une agression » ⁹⁹. La limitation de la compétence du juge interne – la permanence de l'immunité – découlerait du caractère étatique de l'acte d'agression, donc de la nature matérielle de l'immunité de l'agent ! Parmi les autres crimes dont l'inclusion a été proposée par les membres de la Commission figure le terrorisme. Cette fois, l'explication de la non inclusion est plus floue : il ne s'agirait pas d'un crime « de droit international *stricto sensu* » mais d'un crime « transnational » ¹⁰⁰. Le rapport ne précise malheureusement pas si cette affirmation correspond au fait que la responsabilité individuelle pour terrorisme ne serait pas directement attribuée à l'agent par le droit international. En ce qui concerne la disparition de la corruption de la liste de l'article 7, les travaux semblent se baser principalement sur le caractère privé de la conduite de l'agent qui n'entraînerait donc aucune immunité matérielle ¹⁰¹. Enfin, le retrait de la liste des crimes auxquels s'appliquerait l'exception territoriale est justifié un peu rapidement par le fait que ces crimes auraient « des caractéristiques bien différentes de celles des crimes de droit international » ¹⁰². Prenons l'espionnage, qui a donné lieu à une pratique tout de même considérable ¹⁰³. La Commission considère que, ne déclenchant pas l'immunité matérielle, sa présence sur la liste serait simplement superflue ¹⁰⁴. Le titre justifiant cette absence d'immunité n'est pas précisé. Si l'on convient alors que ces inclusions et exclusions correspondent à un critère

⁹⁸ *Rapport CDI 2017*, p. 195-6 (par. 18 du commentaire de l'article 7).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 195, note 780.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 197 (par. 20 du commentaire de l'article 7).

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 197-198 (par. 22-23 du commentaire de l'article 7). Le même avis est partagé par le Comité de rédaction (*Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Mr. Aniruddha Rajput*, 20 July 2017, p. 8).

¹⁰² L'« importation » de l'exception territoriale dans le régime d'immunité matérielle sur la base d'une conception unique des différentes formes d'immunités est critiquée par P. WEBB, « How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us ? », *op. cit.* n. 20, p. 17.

¹⁰³ V. en général P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, *op. cit.* n. 40, p. 109-138 et plus récemment la décision rendue en l'affaire *Khurts Bat* par la High Court anglaise, ILDC 1779 (UK 2011).

¹⁰⁴ *Rapport CDI 2017*, p. 198 (par. 24 du commentaire de l'article 7).

unique – c'est-à-dire l'attribution par le droit international de conduites officielles illicites directement aux agents étatiques – pourquoi ne pas faire plus simplement référence aux « crimes de droit international » entraînant une responsabilité pénale individuelle ?

En deuxième lieu, il convient de se pencher sur les conditions procédurales entourant les exceptions à l'immunité matérielle. L'approche méthodologique sous-jacente à l'article 7 a l'inconvénient de laisser les agents étatiques à la merci de l'Etat qui peut à tout moment consentir à l'exercice de la juridiction étrangère à leur encontre¹⁰⁵. Voilà que s'explique alors le souci de la Commission d'introduire quelque forme de protection de caractère procédural pour les agents étatiques. Selon certains membres « les garanties procédurales [peuvent] aider à trouver l'équilibre nécessaire entre le respect de l'égalité souveraine et la nécessité de combattre l'impunité »¹⁰⁶.

Les aspects procéduraux de l'immunité matérielle ont été abordés dans le rapport préliminaire du Secrétaire général¹⁰⁷ puis par Roman Kolodkin. Le dernier rapport de Concepción Escobar Hernández ne couvre qu'une partie de ces aspects et un nouveau rapport est annoncé sur le sujet pour 2019. Dans l'ensemble, les travaux ont examiné l'invocation de l'immunité, les organes compétents pour l'invocation et l'établissement de l'immunité, les procédures judiciaires couvertes par l'immunité et la renonciation à l'immunité. Si le dernier rapport ne fait aucune proposition d'articles, il contient deux précisions importantes. Premièrement, la décision concernant l'immunité revient au juge de l'Etat du for, qui ne serait pas tenu de s'aligner sur l'avis éventuel de l'exécutif¹⁰⁸. Deuxièmement, l'immunité « de juridiction » ne vise que les procédures judiciaires aboutissant à l'adoption d'actes contraignants pour l'agent¹⁰⁹. Sont exclues par exemple les mesures non contraignantes, telle l'invitation à témoigner, ou les mesures exclusivement exécutives, telle l'arrestation. Ce critère est important car il détermine aussi le moment auquel l'immunité doit être établie : avant l'adoption d'actes contraignants.

¹⁰⁵ La renonciation de la part de l'Etat en fournit l'exemple le plus évident. Dans le rapport préliminaire du SG la renonciation à l'immunité matérielle est justifiée sur la base de quelques décisions nationales concernant toutes l'immunité personnelle ou de l'Etat (*Mémorandum du Secrétariat*, par. 248 et note 726). Il en est de même du 3^{ème} rapport Kolodkin, par. 33 et note 69. Tout ce que dit la résolution de l'Institut de droit international sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux (*op. cit. n. 14*), citée à cet égard, se retrouve à l'article II(3) : « Les Etats devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont accusés de crimes internationaux ». La renonciation n'est évoquée que dans le cas de poursuite pour crime, pas en général.

¹⁰⁶ *Rapport CDI 2017*, par. 111. V. également M. FORTEAU, « Immunities and International Crimes before the ILC : Looking for Innovative Solutions », *op. cit. n. 20*, p. 23.

¹⁰⁷ *Mémorandum du Secrétariat*, par. 213-269.

¹⁰⁸ 6^{ème} rapport Escobar, par. 98.

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 58, 63 et 85.

En revanche, les conditions devant être remplies avant que le juge ne puisse reconnaître ou écarter l'immunité matérielle restent tout à fait floues. Bien qu'elles soient essentielles pour la Commission qui a adopté provisoirement les deuxième et troisième partie du projet sous réserve des dispositions procédurales¹¹⁰. La pratique en la matière n'offre pas d'indications précises. Si l'introduction de conditions procédurales est la contrepartie de la prévision d'exceptions à l'immunité matérielle, le risque est qu'elles alourdissent considérablement les procédures devant le juge interne. Les travaux de l'ancien rapporteur mentionnent, d'une part, une obligation d'informer l'Etat de l'agent lorsque l'Etat du for engage des procédures à l'encontre de cet agent pouvant mener à des actes de contrainte et, d'autre part, la condition que l'Etat invoque l'immunité de son agent pour que cette immunité soit prise en compte par le juge étranger¹¹¹. Rien n'est dit sur leur fondement ni les conséquences de leur violation. En ce qui concerne la première obligation, en l'absence de notification le juge interne serait-il empêché d'exercer sa compétence ? Quant à la violation de la seconde condition, elle permettrait au juge interne d'écarter l'immunité¹¹². Mais si le juge est tenu au respect de l'immunité au-delà de toute demande de l'Etat étranger, quelle valeur juridique aurait cette condition ? Et quelle valeur aurait l'invocation de « son » immunité par l'agent étatique qui ne serait pas accompagnée par l'invocation de l'Etat ? Ce qui ne fait pas de doute c'est que ces conditions reposent sur une conception interétatique de l'immunité matérielle, sur un rapport synallagmatique entre l'Etat du for et l'Etat de l'agent et sur une primauté de la compétence de l'Etat de l'agent¹¹³. L'agent étatique, dont la protection justifie l'introduction des garanties procédurales, disparaît petit à petit derrière l'apparition d'une obligation puis d'une condition procédurale pesant sur les Etats concernés. Il en est de même pour la renonciation de l'agent qui n'est considérée que provisoire et qui est de toute manière soumise à la renonciation de l'Etat¹¹⁴. Une conception substantielle de l'immunité qui se concentre sur l'agent et sa responsabilité en droit international pourrait aboutir à une protection plus effective.

En troisième lieu, la proposition de la Commission de codifier des exceptions à l'immunité matérielle montre le déplacement progressif du questionnement concernant ces exceptions vers d'autres aspects et notions. Une tendance qui a été anticipée plus haut. D'une part, il nous paraît peu probable que la Commission remette en cause le caractère officiel des crimes internationaux et justifie l'absence

¹¹⁰ *Rapport CDI 2017*, p. 192 (par. 9 du commentaire de l'article 7). A cette fin, le Comité de rédaction a inséré une note de bas de page après l'intitulé de ces deux parties (*Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Mr. Aniruddha Rajput*, 20 July 2017, p. 12).

¹¹¹ 3^{ème} rapport Kolodkin, respectivement par. 16 et par. 18.

¹¹² C'est une interprétation possible de la décision de la Cour dans l'affaire concernant *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, *CIJ Rec. 2008*, par. 195-196. Mais la Cour a également affirmé que la nature officielle des actes visés n'avait jamais été confirmée (*ibid.*, par. 191).

¹¹³ 6^{ème} rapport Escobar, par. 38.

¹¹⁴ *Mémoire du Secrétariat*, par. 265, et 3^{ème} rapport Kolodkin, par. 33.

d'immunité matérielle de la juridiction pénale étrangère en considérant que ces crimes sont des actes accomplis à titre privé. Bien que l'argument ait inspiré certains juges nationaux¹¹⁵, il garde ses faiblesses comme, par exemple, le fait de ne pas s'appliquer aux crimes dont la définition conventionnelle requiert qu'ils soient commis par des agents de l'Etat ou l'effet d'exclure l'attribution de ces conduites à l'Etat¹¹⁶. D'autre part, la Commission pourrait se concentrer sur les garanties de non-politisation des poursuites. L'exercice de la juridiction étrangère pourrait être acceptable par exemple si elle assurait l'indépendance de l'entité chargée des poursuites, le respect des droits du procès équitable, l'accès et la protection des victimes à la justice, etc. Reste à savoir quel soutien pourrait recueillir cette option qui finit par discriminer entre les Etats pouvant écarter l'immunité et les autres. Mais le candidat principal qui pourrait se substituer aux exceptions à l'immunité matérielle demeure la notion de compétence. Puisque l'immunité a essentiellement un impact sur l'exercice de la compétence du juge interne, les difficultés concernant l'établissement des exceptions coutumières pourraient être surmontées en intervenant directement sur l'allocation des compétences¹¹⁷. La proposition du président de la Commission va dans ce sens. L'adoption dans le cadre des travaux sur l'immunité de dispositions concernant la question des compétences nous paraît non seulement peu probable, mais elle impliquerait aussi un retour à la dimension purement interétatique des compétences souveraines.

CONCLUSION

La question que pose notre intitulé a un sens rhétorique. Sans aucun doute. Elle exprime le sentiment partagé d'étonnement face à la position minoritaire qui a été à l'origine de cet article. Comment ignorer les évolutions du droit international ancrées dans une pratique désormais bien établie ? Peut-on vraiment

¹¹⁵ C'est notamment le cas de la jurisprudence américaine ayant pour fondement le *Alien Tort Claims Act*. V. en général C.A. BRADLEY, *International Law in the U.S. Legal System*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 201.

¹¹⁶ V. à ce dernier égard M. SPINEDI, « State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes : *Tertium Non Datur* ? », *EJIL*, vol. 13, n. 4, 2002, p. 895. Il en est de même pour la catégorie des actes *ultra vires* à laquelle une partie de la doctrine a recours afin d'opérer une dissociation entre le régime des immunités – ne couvrant pas lesdits actes – et le régime de la responsabilité de l'Etat – prévoyant tout de même leur attribution à l'Etat. V. en particulier M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 308-309.

¹¹⁷ Pourrait également être rappelée une autre solution proposée par une partie de la doctrine qui déduit l'absence d'immunité matérielle des règles internationales en matière de compétence universelle. Voir D. AKANDE et S. SHAH, « Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts », *op. cit.* n.63, pp. 815-852 ; P. D'ARGENT, « Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute », in A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER et Ch. TOMUSCHAT (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 244-266. Si cette position pose, d'une part, le problème d'une certaine superposition des notions d'immunité et de juridiction et, de l'autre, celui de l'existence d'une obligation internationale de poursuivre pouvant écarter l'application de l'immunité, elle correspond néanmoins à une logique de coordination substantielle des différents régimes juridiques applicables à la commission de crimes internationaux.

remettre en question des valeurs, non pas en tant que telles, mais en tant que fondements du système de justice pénale internationale ? Assez vite, la question a assumé une signification scientifique : quels sont les présupposés méthodologiques qui permettent une telle remise en question ? Quels sont les ajustements à prévoir lorsque l'on exclut toute exception à l'immunité matérielle ? Et quelles sont les garanties devant accompagner la prévision d'exceptions ?

Pour nous, ce qui n'est pas à débattre est l'absence d'immunité matérielle lorsque l'agent étatique est poursuivi pour avoir commis des infractions que le droit international lui attribue directement. En revanche, ce qui doit encore être débattu, ce sont les modalités précises de l'articulation des régimes juridiques qui concourent à déterminer cette absence d'immunité. L'analyse de la pratique judiciaire et législative des Etats, les choix opérés à l'issue des grands conflits armés, puis lors de l'adoption de conventions internationales en matière pénale révèlent deux préoccupations antithétiques à cet égard : protéger l'agent étatique mis en cause non comme individu privé mais en tant qu'organe d'une collectivité publique, d'une part, et assurer la répression des actes contraires au droit international commis par l'individu-organe, de l'autre. L'on comprend bien que le travail de codification soit particulièrement délicat. Toutefois, l'essentiel est que cette complexité ne soit pas perdue, que la codification ne se limite pas à la protection partielle de certains intérêts, qu'elle n'ignore pas ses implications plus générales, et qu'elle n'oublie pas la protection des intérêts tout aussi importants de la communauté internationale. En somme, qu'une cohérence systémique soit assurée nonobstant les outils juridiques choisis.

La voie de la synthèse, retenue par la majorité des membres de la Commission, est à même de rendre compte de l'état de la réflexion en droit international sur le sujet de l'immunité matérielle des agents étatiques. Bien qu'elle ne soit pas complètement aboutie, elle nous paraît de loin préférable à la position de la minorité. Reste à souhaiter un approfondissement de l'analyse sur les enjeux systémiques, à notre avis indispensable. Le temps de la codification ne doit, après tout, pas nécessairement correspondre au temps aristotélicien de la dramaturgie.

RÉSUMÉ

A l'occasion des travaux concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat, la Commission du droit international est apparue profondément divisée. Il a fallu recourir à un vote pour adopter la disposition codifiant les exceptions à l'immunité *ratione materiae* en cas de crime international, méthode sans précédent. Pourtant l'opposition fort active de la minorité surprend, car celle-ci conteste des évolutions du droit international ancrées dans une pratique bien établie, voire les fondements même du système de justice pénale internationale. L'article vise à identifier les aspects du régime d'immunité matérielle qu'il faudrait considérer comme acquis et ceux qui sont encore à débattre. Les auteurs concentrent leur

analyse, dans un premier temps, sur la source principale des difficultés de la codification, à savoir deux présupposés adoptés sans guère de discussion par la Commission : la logique « principe/ exception » et le caractère « procédural/ substantiel » de l'immunité. Ils proposent ensuite une reconstruction des deux options envisageables, celle en faveur de l'immunité et celle en faveur de l'absence d'immunité pour crimes internationaux, afin d'en évaluer les effets systémiques.

SUMMARY

During its work on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, the members of the International Law Commission were deeply split. A vote was necessary to adopt the provision codifying the exceptions to immunity *ratione materiae* in case of international crimes, which is an unprecedented method. Yet, the very active opposition of the minority is surprising, because it challenges longstanding developments of international law, if not the very foundations of the system of international criminal justice. This article aims at identifying the aspects of the *régime* of immunity *ratione materiae* that should be regarded as now settled and those that are still debatable. The authors focus first on the main source of difficulties in the codification of this topic, namely, two assumptions on which the works of the ILC blindly relies: the « principle/exception » logic and the « procedural/substantive » character of immunity *ratione materiae*. Second, they analyse the existing alternative solutions, that in favour of immunity and that in favour of the absence of immunity in the case of international crimes, with the purpose of evaluating their systemic effects.

RESUMEN

Durante su trabajo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional estaban profundamente divididos. Fue necesaria una votación para adoptar la disposición que codifica las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en caso de delitos internacionales, que es un método sin precedentes. Sin embargo, la oposición muy activa de la minoría es sorprendente, porque desafía los desarrollos de larga data del derecho internacional, si no los cimientos del sistema de justicia penal internacional. El objetivo de este artículo es identificar los aspectos del régimen de inmunidad *ratione materiae* que deberían estar considerados como ya resueltos y los que aún son discutibles. Los autores centran su análisis, al principio, en la fuente principal de las dificultades de la codificación, a saber, dos presupuestos adoptados sin mucha discusión por parte de la Comisión: la lógica de "principio / excepción" y el carácter "procedimiento / sustantivo" de la inmunidad. Luego, proponen una reconstrucción de las dos opciones posibles, una a favor de la inmunidad y la otra a favor de la ausencia de inmunidad para los crímenes internacionales, a fin de evaluar sus efectos sistémicos.

Sommaire

In memoriam

Jean-Pierre QEUNEUDEC
Prosper WEIL 1926-2018 817

Articles

Hervé ASCENSIO - Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Béatrice I. BONAFE - Professeure de droit international à l'Université Sapienza de Rome
**L'absence d'immunité des agents de l'Etat en cas de crime international :
pourquoi en débattre encore ?** 821

Eric WYLER - Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Chargé d'enseignement aux HEID et GSI à l'Université de Genève
**La déclaration d'indépendance de la Catalogne : sécession,
non ingérences et (non-) reconnaissance** 851

Laurence DUBIN - professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, IREDIES,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre 867

Florian COUVEINHES MATSUMOTO - maître de conférences en Droit public à l'Ecole normale supérieure
(Ulm), Université de recherche Paris Sciences et Lettres
**Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour
multilatérale d'investissements :
l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant** 893

Chronique des faits internationaux 933
Sous la direction de Denis ALLAND

Chronique de jurisprudence internationale 991
Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

Jurisprudence étrangère intéressant le droit international 1047
Sous la direction de Raphaële RIVIER

Documents 1115

Table des matières de l'année 2018 1127
