Document:-
A/CN.4/SR.3330

Compte rendu analytique de la 3330e séance

sujet:
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2016, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://legal.un.org/ilc/)

Copyright © Nations Unies

43. M. SABOIA dit qu'il estime comme M. Kittichaisaree que le crime d'agression peut donner lieu à de nombreuses infractions extrêmement graves. Toutefois, M. Kittichaisaree a également semblé contredire sa propre critique de la méthodologie utilisée par la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne les exceptions : il a souligné que l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale ne s'imposait qu'aux États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale parce qu'elle n'était pas reconnue en droit international coutumier ; or on peut dire la même chose du crime d'agression au regard du Statut de Rome.

44. La conclusion implicite à laquelle a abouti la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne la volonté du Conseil de sécurité de renvoyer la situation au Soudan à la Cour pénale internationale n'aurait aucun sens si elle ne concernait pas l'intégralité de la compétence de la Cour, notamment l'obligation de coopérer avec celle-ci aux fins de la remise de l'accusé ou du suspect. M. Saboia estime donc que la Commission pourrait envisager d'adopter une clause « sans préjudice » renvoyant au développement du droit pénal international concernant le crime d'agression.

45. M. MURPHY dit qu'une préoccupation exprimée à la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale au sujet des poursuites exercées devant les tribunaux internes contre les auteurs d'actes d'agression tenait à la possibilité que, lorsqu'un conflit armé oppose deux États, chaque État considère l'autre comme étant l'agresseur, trouve ce qu'il considère comme des sources crédibles pour étayer sa position et mette en accusation les dirigeants de l'autre État devant ses propres tribunaux, en particulier si son droit interne le prévoit. On a estimé qu'une telle situation risquait de faire obstacle à ce qu'il soit mis fin au conflit par la négociation. C'est dans une large mesure la raison d'être du cinquième élément d'interprétation concernant les amendements au Statut de Rome adoptés à Kampala, aux termes duquel il est entendu que « les amendements ne doivent pas être interprétés comme créant un droit ou une obligation d'exercer la compétence nationale à l'égard d'un acte d'agression commis par un autre État[471] ».

46. M. GÓMEZ ROBLEDO dit que la question très intéressante soulevée par M. Kittichaisaree et les observations y relatives faites par divers membres de la Commission soulèvent la question de savoir s'il est admis que le Conseil de sécurité a le monopole de la constatation d'un acte d'agression et si ce pouvoir peut être considéré comme prévalant sur le droit des tribunaux internes. Les amendements de Kampala entreront probablement en vigueur dans un proche avenir, mais ils seront loin d'être universellement applicables ; il serait donc utile de viser le crime d'agression dans le projet d'article 7.

47. M. KITTICHAISAREE, répondant aux observations de M. Saboia et M. Murphy, dit qu'en fait il n'a pas déclaré que les arguments qu'il a formulés concernant le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale étaient corrects ; il a voulu dire que, au lieu de se contenter d'affirmer que le Conseil de sécurité avait implicitement levé l'immunité dans l'affaire *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, la Rapporteuse spéciale aurait dû également examiner les arguments contraires et les réfuter. Il a pris bonne note de l'observation de M. Murphy ; toutefois, ce qu'il a dit de l'exercice de l'action pénale contre les auteurs du crime d'agression devant les tribunaux nationaux vaut également pour d'autres crimes, comme le crime de génocide ou les accusations de torture portées contre les propres nationaux d'un État. Le projet d'articles élaboré par la Rapporteuse spéciale pourrait en temps voulu devenir une convention ou prendre une autre forme durable si la pratique consistant à poursuivre les personnes accusées du crime d'agression sur la base de preuves crédibles en venait à être acceptée par la communauté internationale des États.

La séance est levée à 11 h 40.

3330e SÉANCE

Jeudi 28 juillet 2016, à 10 heures

Président : M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/689, partie II, sect. F, A/CN.4/701]

[Point 3 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

2. M. SABOIA remercie la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Étayé par d'importants travaux de recherche et reposant sur une approche équilibrée, ce rapport constitue en soi une importante contribution à la connaissance d'un aspect particulièrement complexe du droit international contemporain. Il s'inscrit dans la logique des rapports antérieurs, y compris ceux soumis par le premier Rapporteur spécial pour le sujet, M. Kolodkin[472]. Il est également louable

---

[471] Voir *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010*, publication de la Cour pénale internationale, RC/9/11, résolution 6, Le crime d'agression (RC/Res.6), annexe III.

[472] Rapports de M. Kolodkin : *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième

que la Rapporteuse spéciale y examine des arguments, critiques, avis et éléments de jurisprudence qui s'écartent de son point de vue principal, faisant ainsi preuve d'impartialité et d'objectivité. En 2012, lorsqu'elle avait présenté son rapport préliminaire, la Rapporteuse spéciale avait défini l'objet des travaux comme suit : concevoir et établir un système qui s'insère simplement dans le droit international contemporain et garantisse que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne contreviendra pas inutilement à d'autres principes et valeurs de la communauté internationale faisant également partie du droit international contemporain. Ce point de départ solide est une bonne base pour traiter de manière plus assurée les questions complexes qui font l'objet du rapport examiné, à savoir les limites ou exceptions à ce type d'immunité, même si cela ne dispense pas d'examiner tous les aspects juridiques et autres se rapportant au sujet. De plus, comme M. Murase l'a souligné dans son intervention, l'accent mis sur le caractère normatif des éléments étudiés, notamment l'examen du droit international d'un point de vue systémique, est très important au regard de la cohérence et de l'équilibre entre les principes et les valeurs qui sous-tendent les deux faces du sujet étudié : d'une part, l'immunité de juridiction et, d'autre part, le droit souverain de l'État d'exercer sa compétence quand l'immunité ne s'applique pas, les valeurs consacrées par la communauté internationale dans son ensemble et la nécessité d'éviter que l'invocation de l'immunité ne se solde par l'impunité et ne compromette les progrès accomplis dans le domaine du droit pénal international ces dernières décennies.

3. Le cinquième rapport comporte plus de 58 000 mots et 346 notes de bas de page qui renvoient à un grand nombre d'instruments internationaux, à la jurisprudence nationale et internationale, à la législation des États, aux résolutions d'organisations internationales et à la doctrine. M. Saboia ne les examinera pas de manière détaillée et axera ses observations sur les seuls aspects qui lui semblent particulièrement importants. De même qu'il approuve, de manière générale, l'approche sur laquelle se fonde le rapport et son orientation, M. Saboia approuve le libellé du projet d'article 7 intitulé « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas » et estime qu'il conviendra, en temps opportun, de le renvoyer au Comité de rédaction.

4. À la section B du chapitre I du cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale rend compte des travaux antérieurs de la Commission sur la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et le résumé qu'elle fait au paragraphe 19 des débats tenus jusque-là par la Commission, tant en séance plénière qu'au sein du Comité de rédaction, est à la fois juste, impartial et objectif. Au paragraphe 20, elle résume aussi les avis exprimés par les représentants des États lors des débats sur le sujet à la Sixième Commission, ainsi que les contributions écrites des États. Même s'il n'a pas participé à ces débats, M. Saboia ne doute pas que ces résumés reflètent les avis exprimés, dont il ressort qu'un nombre significatif d'États de différentes régions sont favorables à l'examen des exceptions à l'immunité de juridiction, en particulier l'immunité *ratione materiae*, surtout en cas de crimes internationaux.

5. Le chapitre II est consacré à l'examen de la pratique, notamment la pratique conventionnelle. Les paragraphes 26 à 31 du cinquième rapport mettent ainsi en relief des aspects intéressants de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Même si cet instrument n'est pas directement pertinent pour les travaux, certains de ces aspects ne sont pas dénués d'intérêt, comme le montre le rapport. Premièrement, l'article 12 de cet instrument, relatif aux atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou aux dommages aux biens, consacre une exception dite territoriale et interdit l'invocation de l'immunité de juridiction pour empêcher un tribunal d'exercer sa compétence dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou de dommage ou de perte d'un bien corporel. Deuxièmement, il est à noter que cette norme est également énoncée dans d'autres conventions telles que la Convention de Vienne sur les relations consulaires, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention européenne sur l'immunité des États. Il semble donc que l'exception territoriale soit suffisamment étayée par la pratique pour justifier son introduction dans le projet d'article 7.

6. M. Saboia prend également note de l'analyse intéressante, aux paragraphes 32 à 35 du cinquième rapport, des instruments relevant du droit international des droits de l'homme qui comportent des dispositions relatives à la responsabilité pénale individuelle utiles aux fins des travaux sur le sujet. La Rapporteuse spéciale analyse également le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de même que les conventions internationales contre la corruption sous l'angle de leur application à des représentants de l'État. L'examen, au paragraphe 33, des diverses modalités prévues par ces instruments pour imputer un acte à un représentant de l'État est également utile. La Rapporteuse spéciale en tire la conclusion que la commission des crimes de génocide, d'apartheid, de torture ou de disparition forcée peut constituer *prima facie* une exception à l'immunité de juridiction pénale. L'examen de la pratique législative nationale, aux paragraphes 42 à 59 du cinquième rapport, n'appelle pas d'observations approfondies puisque, comme l'indique la Rapporteuse spéciale, peu de lois renvoient expressément à la question de l'immunité de juridiction des États et de leurs représentants. En conséquence, les tribunaux se fondent en général directement sur le droit international coutumier ou conventionnel et reçoivent souvent des recommandations émanant du Ministère des affaires étrangères ou du Procureur général. Cependant, certaines législations nationales telles que celles citées aux paragraphes 44 et 45 consacrent, pour la plupart, l'exception territoriale. La référence à la notion d'États soutenant le terrorisme, au paragraphe 48, est également intéressante.

7. Au paragraphe 50, il est fait état de la loi organique 16/2015, adoptée par l'Espagne, qui crée des régimes distincts pour les représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione personae* et ceux qui

rapport). Rapports de Mme Escobar Hernández : *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport) ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

jouissent de l'immunité *ratione materiae*. S'agissant de ces derniers, la loi dispose expressément que les personnes accusées des crimes de génocide, de crimes de guerre, du crime de disparition forcée ou de crimes contre l'humanité ne peuvent invoquer l'immunité. Bien qu'ils soient peu nombreux, ces exemples révèlent ainsi l'existence d'une pratique tendant à reconnaître l'inopposabilité de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de certains crimes, en particulier les crimes internationaux, commis par le représentant d'un État étranger.

8. La jurisprudence nationale, examinée à la section D du chapitre II du cinquième rapport, comporte beaucoup plus d'éléments permettant de dégager une pratique répandue des États. Aux paragraphes 109 à 122, la Rapporteuse spéciale analyse, en s'appuyant sur de multiples notes, un nombre significatif de décisions importantes rendues par les tribunaux internes de divers pays, ce qui lui permet d'affirmer que ces derniers reconnaissent pratiquement tous qu'il n'existe pas de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*. Inversement, en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, on constate une tendance majoritaire à reconnaître l'existence de limites quand des crimes graves sont commis, quand les actes en cause contreviennent à une norme de *jus cogens* ou à des valeurs de la communauté internationale dans son ensemble, ou encore quand les actes en question ne peuvent être qualifiés d'actes accomplis à titre officiel.

9. Enfin, au paragraphe 122, la Rapporteuse spéciale mentionne la décision rendue par la Cour constitutionnelle italienne le 22 octobre 2014 au sujet des conséquences pour l'ordre juridique italien de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. Comme cela est indiqué, si cette affaire concerne l'immunité des États au sens strict, elle est néanmoins pertinente aux fins du sujet et, à cet égard, il convient surtout de retenir que l'immunité ne peut être considérée comme un sacrifice acceptable du droit mentionné lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il n'existe aucun autre recours pour accéder aux tribunaux et obtenir un contrôle judiciaire effectif.

10. La section E du chapitre II du cinquième rapport est consacrée à l'examen des travaux antérieurs de la Commission, dont la Rapporteuse spéciale tire un grand nombre d'exemples pertinents qui sont autant de manifestations de l'*opinio juris* et de la pratique internationale relativement à la non-applicabilité de l'immunité de juridiction à des représentants de l'État que l'on peut raisonnablement soupçonner d'avoir commis des actes constitutifs de crimes internationaux.

11. Dans le contexte des relations internationales, la raison d'être de l'immunité de juridiction est de protéger l'égalité souveraine des États et de faire en sorte que leurs représentants puissent accomplir des actes officiels sans subir d'interférences incompatibles avec leur statut et, s'il s'agit de hauts représentants protégés par l'immunité *ratione personae*, également des actes non officiels pendant qu'ils sont en fonction. M. Saboia voudrait souligner ici que, pour lui, l'immunité de juridiction doit être examinée à la lumière du droit souverain de l'État du for d'exercer sa compétence. Cette prérogative, inhérente à la souveraineté de l'État, constitue la règle générale, à laquelle l'immunité de juridiction oppose un obstacle d'ordre procédural. Ainsi, l'immunité étant une exception à une règle générale, elle doit être interprétée de manière restrictive.

12. En ce qui concerne les travaux antérieurs de la Commission, examinés de manière approfondie et minutieuse par la Rapporteuse spéciale, M. Saboia voudrait appeler l'attention sur les plus saillants d'entre eux, à savoir les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[473] (Principes de Nuremberg) ou le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[474]. Il importe de mentionner certaines observations faites par la Rapporteuse spéciale, au paragraphe 126 de son cinquième rapport, sur les commentaires de la Commission sur les Principes de Nuremberg. Premièrement, le droit international peut imposer des obligations et faire en sorte que les individus, tout comme les États, aient à rendre des comptes de manière directe, sans nécessité d'intermédiaire. Cette affirmation confirme ce qui est dit par la Rapporteuse spéciale dans son rapport au sujet de la double responsabilité, c'est-à-dire la responsabilité internationale des États et la responsabilité pénale de l'individu à raison de la commission de crimes internationaux. Deuxièmement, le droit international prime le droit interne étant donné que, comme l'a souligné le Tribunal de Nuremberg, « les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants[475] ».

13. Il convient aussi de mentionner les considérations énoncées au paragraphe 127 du cinquième rapport où la Rapporteuse spéciale relève que, le contenu des Principes de Nuremberg ayant un caractère essentiellement substantiel, le texte adopté par la Commission ne comporte pas de référence explicite à l'immunité. Le Tribunal s'est prononcé expressément sur cette question dans certaines de ses décisions qui ont été reflétées par la Commission dans son commentaire sur l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, rédigé comme suit : « le principe du droit international qui protège les représentants d'un État dans certaines circonstances ne peut pas s'appliquer aux actes qui constituent des crimes de droit international. De ce fait, nul ne peut invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité à l'égard d'un tel acte[476] ».

14. Revenant brièvement sur les développements relatifs au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui figurent aux paragraphes 128 à 133 du cinquième rapport, et plus particulièrement aux paragraphes 131 et 132, M. Saboia note que, si elle reconnaît qu'un tribunal pénal international serait le cadre le plus

---

[473] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[474] Le texte du projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

[475] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 102.

[476] Voir *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 28 (paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 7).

approprié pour invoquer la non-applicabilité de l'immunité de juridiction d'un représentant de l'État fondée sur la qualité officielle de celui-ci, la Commission n'en considère pas moins que les tribunaux nationaux sont censés avoir un rôle important à jouer dans la mise en œuvre du projet de code et que les États doivent prendre les mesures de procédure ou de fond nécessaires à l'exercice effectif de leur compétence, ce qui inclut, selon la Rapporteuse spéciale, l'obligation de prendre des mesures à l'effet d'exclure l'applicabilité de l'immunité dans les cas prévus par le projet de code. Il relève que la liste des crimes définis comme crimes internationaux dans le projet de code, qui figure au paragraphe 133 du cinquième rapport, comprend le crime d'agression, point qui a suscité un mini-débat à la séance précédente.

15. M. Saboia ne s'étendra pas sur la partie de l'analyse qui est fondée sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[477], la Rapporteuse spéciale reconnaissant elle-même que, même s'il ne traite pas directement de la question de l'immunité de juridiction, ce texte contient dans ses commentaires des éléments qui permettent de mieux situer les crimes de droit international dans le système juridique international et peuvent être donc utiles aux travaux en cours. Les références à la définition de la primauté des normes impératives, l'affirmation de l'existence d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et la définition des crimes de droit international les plus graves comme étant des violations des normes impératives sont particulièrement importantes.

16. En ce qui concerne la primauté des normes impératives et la relation de celles-ci avec les normes non impératives, la Commission a considéré comme une évidence que les premières l'emportaient, aussi bien en cas de conflit entre deux normes de fond qu'en cas de conflit entre des normes primaires et des normes secondaires. Ainsi, elle a indiqué au sujet des normes sur l'exclusion de l'illicéité, de caractère secondaire, que ces normes n'autorisaient ni n'excusaient aucune dérogation à une norme impérative du droit international général. Elle a également indiqué, au sujet du rapport entre les normes impératives et les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, que les secondes découlaient des premières, autrement dit qu'elles découlaient des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentales.

17. Tout aussi importantes sont les observations faites au paragraphe 139 du cinquième rapport quant au caractère particulier des obligations découlant de normes impératives dues à la communauté internationale dans son ensemble et à leurs effets, en particulier l'affirmation, fondée sur l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, selon laquelle tous les États sont en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État en cas de violation d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, et la possibilité évoquée par la Rapporteuse spéciale d'établir un régime juridique différencié pour l'immunité de juridiction.

18. M. Saboia dit que, par souci de concision, il s'abstiendra de commenter le chapitre III du cinquième rapport et passera au chapitre IV, consacré aux cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas. La Rapporteuse spéciale y pose la question de savoir s'il existe une norme de droit international coutumier en vertu de laquelle les crimes internationaux peuvent être considérés comme constituant une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, question à laquelle elle répond par l'affirmative après avoir, en se fondant sur les travaux de la Commission relatifs à la détermination du droit international coutumier et les projets de conclusion adoptés provisoirement sur ce sujet par le Comité de rédaction[478], examiné les éléments requis pour déterminer l'existence d'une coutume internationale et passé en revue les contre-arguments relevés dans la pratique. Si M. Saboia souscrit sur le principe à la conclusion de la Rapporteuse spéciale, il relève que c'est à l'immunité des États, et non des représentants de l'État, que la Rapporteuse spéciale fait référence au paragraphe 189 de son cinquième rapport, et il demande des éclaircissements à ce sujet.

19. Laissant de côté la question de la coutume, la Rapporteuse spéciale procède ensuite à une analyse des éléments systémiques qui étayent la caractérisation des crimes internationaux comme une exception à l'immunité, ce à quoi M. Murase a fait référence lors de son intervention. À partir du paragraphe 190, elle examine la question de la protection des valeurs de la communauté internationale dans son ensemble, le *jus cogens* et la lutte contre l'impunité. Son analyse de la question de savoir si la notion de lutte contre l'impunité en rapport avec des crimes internationaux est une valeur juridique, et pas seulement une valeur sociologique, est particulièrement intéressante, et c'est avec raison qu'elle répond par l'affirmative à cette question en se référant à la transformation progressive de valeurs sociologiques en normes juridiques. Cette évolution du droit international a commencé à la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec l'incorporation dans le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire d'un ensemble d'obligations relatives aux droits inhérents à la personne et à la dignité humaine, applicables aussi bien en temps de paix qu'en cas de conflit armé. La Rapporteuse spéciale examine aussi l'évolution progressive de l'obligation de rendre des comptes, dont une étape importante a été la Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international[479], en vertu de laquelle les États ont souscrit des engagements qui sont énumérés dans la note de bas de page dont l'appel se trouve après les mots « caractère juridique » dans le paragraphe 195 du cinquième rapport.

[477] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

[478] Voir le rapport du Comité de rédaction sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/L.872, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-huitième session). La Commission a adopté en première lecture l'ensemble du projet de conclusions le 2 juin 2016 (voir *supra* la 3309e séance, par. 5).

[479] Résolution 67/1 de l'Assemblée générale en date du 24 septembre 2012.

20. De son examen des effets éventuels de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Rapporteuse spéciale tire la conclusion que le raisonnement tenu par la Cour ne peut pas s'appliquer automatiquement et dans tous ses éléments à la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les normes impératives. M. Saboia souscrit pleinement à cette position, de même qu'à l'affirmation, au paragraphe 217 du cinquième rapport, selon laquelle les arguments présentés mettent en évidence l'existence, dans le droit international contemporain, d'éléments suffisants pour conclure que la perpétration de crimes internationaux peut constituer une limite ou une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

21. M. Saboia s'accorde aussi avec la Rapporteuse spéciale pour dire, comme elle le fait au paragraphe 2 du projet d'article 7, que les exceptions à l'immunité ne s'appliquent pas aux bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* pendant qu'ils sont en fonction, pour les raisons exposées dans le cinquième rapport. On pourrait discuter, y compris au Comité de rédaction le moment venu, de la possibilité de mentionner également d'autres crimes de portée internationale, comme la piraterie, la traite des êtres humains, l'esclavage et les différentes formes de discrimination, qui sont traditionnellement visés par des dispositions coutumières ou conventionnelles relatives à la compétence universelle.

22. M. Saboia est en outre favorable à la mention, parmi les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, de la corruption − même s'il estime qu'il faudrait peut-être en préciser les différentes formes − car celle-ci est effectivement devenue une menace pour le développement économique et social des États et des peuples et pour l'état de droit, et favorise souvent la perpétration d'autres infractions particulièrement graves. Enfin, il convient avec la Rapporteuse spéciale que le rapport suivant devra traiter des aspects procéduraux de l'immunité, notamment des garanties relatives au droit à un procès équitable.

23. M. CANDIOTI dit que le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale constitue une avancée décisive dans les travaux de la Commission sur le sujet à l'examen et qu'il souscrit pleinement aux observations faites par M. Saboia, en particulier à sa proposition visant à ajouter les infractions traditionnellement soumises à la compétence universelle à la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Les formes modernes de piraterie, notamment, sont un sujet d'actualité qui mériterait l'attention de la Commission. À l'heure où le monde traverse une crise extrêmement grave et où les normes fondamentales de l'ordre international sont sérieusement mises à mal, il est essentiel que le message que la Commission adressera à la communauté internationale sur la question de l'immunité réaffirme l'importance de l'état de droit et la nécessité de lutter pour le protéger.

24. M. HUANG souligne qu'avec la question des exceptions à l'immunité les travaux sur le sujet sont entrés dans une phase complexe et délicate. Comme le fait observer la Rapporteuse spéciale, les limitations et exceptions à l'immunité sont sans aucun doute l'une des principales questions que la Commission doit examiner dans le cadre de ses travaux sur le sujet ; c'est aussi une question politiquement très délicate, qui doit de ce fait être traitée avec prudence. Lors de l'examen du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session[480] à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 2015, des États se sont dits préoccupés par la proposition selon laquelle les crimes internationaux graves constituent une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, estimant qu'une telle exception n'était pas fondée en droit international coutumier et que la volonté politique de l'établir faisait défaut. Les vues des membres de la Commission sur cette question sont aussi extrêmement divergentes. Le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin, a, dans son deuxième rapport, soumis en 2010, procédé à une analyse approfondie des normes en vigueur du droit international en la matière et conclu qu'on ne pouvait guère parler d'exceptions à l'immunité en tant que norme du droit coutumier de même qu'on ne pouvait affirmer l'existence d'une tendance à l'émergence d'une telle norme, excepté dans le cas où les actes avaient été commis sur le territoire de l'État du for par un étranger présent sur ce territoire pour y exercer ses fonctions officielles sans le consentement exprès de cet État. Il ajoutait que de nouvelles restrictions à l'immunité, même *de lege ferenda*, n'étaient pas souhaitables, car elles risquaient de compromettre la stabilité des relations internationales sans contribuer pour autant à la lutte contre l'impunité. Pour M. Huang, c'est sur cette conclusion de l'ancien Rapporteur spécial que doit reposer l'examen par la Commission des exceptions à l'immunité. En effet, en l'absence d'évolution notable de la pratique internationale depuis 2010, il est impératif de respecter le principe de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Les exceptions à ce principe doivent être étayées par la pratique internationale et ne sauraient être multipliées à volonté.

25. Or, sur cette question clef, force est de constater qu'à partir de son quatrième rapport, en 2015, la Rapporteuse spéciale s'est peu à peu fourvoyée et a notamment privilégié le développement de la *lex ferenda* au détriment de la codification de la *lex lata*, causant un déséquilibre et s'écartant ainsi de la méthodologie systématique, rationnelle et cohérente qu'elle avait elle-même proposée et que la Commission avait approuvée. Elle n'a pas respecté comme il convenait le principe de l'immunité des représentants de l'État consacré en droit international coutumier, dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et dans les jurisprudences nationales. S'agissant du développement progressif de la *lex ferenda*, son approche a manqué de prudence et d'équilibre en ce qu'elle a tenté de limiter l'application de ce principe en multipliant les exceptions pour résoudre le « problème de l'impunité ». C'est ce que montre le projet d'article 7 qu'elle propose, qui compte parmi les exceptions à l'immunité non seulement les crimes internationaux graves réprimés par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais aussi des violations des droits de l'homme comme la torture et la disparition forcée, des infractions telles que la corruption et même des crimes de droit commun commis dans des circonstances particulières contre les personnes ou les biens, ce qui restreint

[480] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie).

considérablement l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il existe en outre une confusion en ce qui concerne des concepts fondamentaux comme crimes internationaux et crimes de droit interne, juridiction pénale et juridiction civile, compétence universelle internationale et nationale et compétence d'un État tiers, ainsi qu'immunité de l'État, immunité des représentants de l'État et immunité diplomatique. Pour M. Huang, les règles proposées à l'article 7 ne sont pas fondées dans la pratique. Non seulement elles s'écartent de l'orientation fixée par la Commission pour les travaux sur le sujet, mais il est peu probable qu'elles recueillent l'appui de la majorité des membres de la communauté internationale. Les travaux doivent en effet être axés sur la codification du droit international et non sur le développement de nouvelles normes.

26. La question de savoir s'il existe des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et la portée de ces exceptions a toujours été controversée. Dans son quatrième rapport, présenté en 2015, la Rapporteuse spéciale indique qu'il est largement admis que les crimes internationaux, les atteintes au *jus cogens*, les actes *ultra vires*, les *acta jure gestionis*, les actes officiels accomplis dans un but d'enrichissement personnel et d'autres actes peuvent constituer des exceptions à l'immunité. Dans son cinquième rapport, présenté à la session en cours, elle a, par souci de lutter contre l'impunité et de protéger les droits de l'homme, considérablement développé les règles relatives aux exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Sans examiner pour le moment si ce développement correspond à la pratique des États, si l'on admet de nombreuses exceptions à l'immunité, on porte inévitablement atteinte au principe de l'égalité souveraine.

27. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a son origine dans l'immunité de l'État. Celle-ci n'est pas un privilège ni un avantage que les États s'accordent mutuellement, mais un droit fondamental reposant sur le principe de l'égalité souveraine et le principe *par in parem non habet imperium*. Actuellement, rien ne prouve que les normes de *jus cogens* ou celles réprimant des crimes internationaux doivent prévaloir sur les droits fondamentaux des États, a fortiori sur le principe de l'égalité souveraine. En l'absence de pratique des États et d'*opinio juris*, l'établissement injustifié d'exceptions à l'immunité subordonnerait le principe de l'égalité souveraine à d'autres règles et éroderait progressivement cette pierre angulaire des relations internationales. Dans le même temps, il est probable que les exceptions à l'immunité portent atteinte au principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États. Actuellement, à une époque où les politiques de puissance et l'hégémonisme prévalent, tel est le cas lorsque des représentants de petits États ou d'États faibles font l'objet de poursuites pénales. La lutte contre l'impunité et la protection des droits de l'homme peuvent aisément servir de prétextes pour engager des poursuites contre un chef d'État ou autre représentant de haut rang, le pays concerné étant alors accusé de violations des droits de l'homme. Les pays puissants peuvent même utiliser cette arme pour exercer un chantage et s'ingérer dans les affaires intérieures du pays concerné, voire y favoriser un changement de régime.

28. De plus, l'exercice abusif de la compétence universelle a ces dernières années suscité de vives préoccupations au sein de la communauté internationale. Il est en effet fréquent que des pays occidentaux invoquent cette compétence pour engager des poursuites pénales, voire décerner des mandats d'amener, contre des dirigeants et représentants de haut rang d'États africains, et il n'est pas rare qu'à cette fin des organisations antigouvernementales ou des particuliers saisissent abusivement les juridictions pénales de ces pays. L'établissement injustifié d'exceptions à l'immunité faciliterait l'exercice abusif de la compétence universelle. La Sixième Commission de l'Assemblée générale a commencé à examiner la question de la portée et de l'application du principe de la compétence universelle en 2009 et la plupart des pays considèrent que cette compétence doit être exercée dans le respect de l'immunité garantie par le droit international. Des pays occidentaux ont d'ailleurs commencé à réviser leur législation pour limiter l'exercice de la compétence universelle et empêcher que certaines actions soient engagées contre les représentants de haut rang d'États étrangers. La révision en 2014 du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme traduit également les préoccupations des États africains à cet égard. Cette tendance atteste l'existence d'une volonté de protéger la règle de l'immunité en droit international. Si l'on multiplie les exceptions à l'immunité, non seulement on prive d'effet le principe de l'immunité mais on favorise également les poursuites abusives à des fins politiques. De telles exceptions ne contribueront pas à la lutte contre la criminalité et à la protection des droits de l'homme, et compromettront la stabilité des relations interétatiques et la justice internationale.

29. En outre, la Rapporteuse spéciale accorde beaucoup de place dans son cinquième rapport à la question de l'impunité. Pour M. Huang, cette question n'est pas nécessairement liée à l'immunité de juridiction. L'immunité ne vise pas à soustraire les représentants de l'État soupçonnés de crimes à la sanction pénale, et l'impunité ne résulte pas de l'immunité de juridiction pénale étrangère de certains représentants de l'État. À l'évidence, l'immunité de juridiction est une règle procédurale. Elle n'exempte pas les représentants de l'État de leur responsabilité individuelle et ne favorise pas la commission de crimes internationaux, pas plus que l'impunité. M. Huang rappelle qu'il a déjà été amené à souligner que les causes de l'impunité sont nombreuses et pour la plupart politiques. La lutte contre l'impunité devrait donc commencer au niveau politique et non en tentant de vider de son contenu, d'écarter ou de restreindre le principe de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi de longue date en droit international. En fait, la communauté internationale a déjà adopté des mesures pour lutter contre l'impunité, par exemple celles visées par la Cour internationale de Justice dans son arrêt relatif au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* : engagement de poursuites devant les tribunaux de l'État de nationalité des représentants concernés, levée de l'immunité, engagement de poursuites après que les intéressés ont quitté leurs fonctions et saisine des juridictions pénales internationales. L'immunité n'est pas plus la cause principale de l'impunité qu'elle n'est la complice des crimes, et la lutte contre l'impunité ne saurait donc être invoquée pour limiter l'immunité.

30. Les exceptions à l'immunité prévues dans le cinquième rapport appellent certaines observations. S'agissant de savoir si les crimes internationaux graves comme le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ou les actes commis en violation du *jus cogens* constituent des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il convient d'examiner la pratique récente et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, par exemple les arrêts rendus dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et des *Immunités juridictionnelles de l'État*. D'une manière générale, il n'y a pas suffisamment d'éléments en droit et dans la pratique des États pour considérer les crimes internationaux graves ou les actes commis en violation du *jus cogens* comme des exceptions à cette immunité, et rien ne permet de conclure à l'existence d'une tendance générale en faveur de telles exceptions.

31. Premièrement, l'immunité fait partie des règles procédurales, comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires susvisées. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour a déclaré ce qui suit : « Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit » (paragraphe 60 de l'arrêt). Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, elle a réaffirmé ceci : « le droit de l'immunité revêt un caractère essentiellement procédural […] Il régit l'exercice du pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement donné, et est ainsi totalement distinct du droit matériel qui détermine si ce comportement est licite ou non » (paragraphe 58 de l'arrêt). Elle a en outre indiqué que l'immunité de l'État et les normes de *jus cogens* relevaient de catégories différentes du droit international, et que la violation du *jus cogens* n'entraînait pas nécessairement la perte de l'immunité de l'État : « Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application » (paragraphe 95 de l'arrêt). Bien que cette affaire concerne l'immunité de l'État et non celle de ses représentants, d'un point de vue théorique et logique il n'y a aucune différence entre ces deux types d'immunité pour ce qui est de leur caractère procédural et de leur relation avec le *jus cogens*. Le droit à l'immunité d'un représentant de l'État est sans rapport avec la légalité de l'acte lui-même. Les règles de l'immunité et le droit matériel (y compris le *jus cogens*) relèvent de deux catégories différentes et la violation du droit matériel ne fait tout simplement pas obstacle à l'application des règles de l'immunité.

32. En droit international, les garanties d'une procédure régulière occupent une place unique. Ces garanties, la justice internationale et la lutte contre l'impunité se complètent et ni les unes ni les autres ne doivent être écartées à la légère. Actuellement, la communauté internationale a fait du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre des crimes internationaux graves et elle essaye d'établir la compétence universelle. Il demeure toutefois difficile de conclure que les dispositions du droit international réprimant les crimes internationaux graves ont donné naissance à des règles procédurales correspondantes qui primeraient les règles relatives à l'immunité. Il n'existe pas en droit international de hiérarchie claire comme dans le droit interne. En bref, la justice quant au fond ne doit pas s'exercer au détriment de la justice procédurale, qui est une condition de l'état de droit.

33. Deuxièmement, l'applicabilité de l'immunité est déterminée par des critères liés à l'immunité elle-même et n'est pas fonction de la légalité de l'acte en cause. Certains considèrent que les crimes internationaux ne sauraient être considérés comme des actes officiels accomplis dans le cadre de la représentation de l'État. Or un acte a un caractère officiel s'il a été accompli à titre officiel, et sa légalité n'influe pas sur son caractère officiel. De fait, les atrocités de masse sont généralement commises par l'appareil d'État au moyen des ressources dont il dispose et dans le cadre d'une politique d'État. De ce point de vue, ces crimes ne peuvent résulter que d'un acte accompli à titre officiel. De plus, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les autres crimes internationaux graves ont un caractère hautement politique et leur définition et leur portée ne sont pas claires, et il est difficile de distinguer de tels crimes des crimes de droit commun pour déterminer si l'immunité s'applique. Si l'immunité était liée à la gravité de l'infraction, elle aboutirait à une situation paradoxale, à savoir que pour statuer sur des questions procédurales comme celles de sa compétence et de l'immunité, le tribunal devrait examiner le fond de l'affaire dont il est saisi. Dans son arrêt sur les *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a relevé ainsi ce problème de logique :

> L'immunité de juridiction […] revêt donc nécessairement un caractère préliminaire. C'est par conséquent avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire portée devant lui et avant que les faits aient été établis que le tribunal national saisi doit déterminer si, au regard du droit international, un État peut ou non prétendre à l'immunité. Si l'immunité devait être fonction du point de savoir si l'État a véritablement commis une violation grave du droit international des droits de l'homme ou du droit des conflits armés, le tribunal interne saisi devrait se livrer à un examen au fond pour déterminer s'il a compétence. Si, en revanche, il suffisait d'accuser l'État d'avoir commis des actes illicites de cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité (paragraphe 82 de l'arrêt).

34. Troisièmement, les conventions internationales réprimant les crimes internationaux graves qui exigent des États parties qu'ils établissent leur compétence ou qui mettent à leur charge des obligations en matière d'enquête, d'arrestation, d'extradition et d'autres formes de coopération sont sans effet sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en droit international coutumier. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour de justice a déclaré ce qui suit :

> [S]i diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les

tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions (par. 59);

et elle a constaté « que ces règles ne lui permettaient pas davantage de conclure à l'existence, en droit international coutumier, d'une telle exception en ce qui concerne les juridictions nationales » (par. 58). Au paragraphe 33 de son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale constate que des conventions internationales réprimant des crimes graves, comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, prévoient la responsabilité pénale des auteurs de ces crimes pour en conclure que ceux-ci constituent des exceptions à l'immunité. Doit-on ainsi considérer que toutes les conventions internationales comportant des clauses relatives à la responsabilité pénale peuvent servir de fondement juridique à des exceptions à l'immunité ? À l'évidence, une telle conclusion est difficile à étayer et n'est pas logique d'un point de vue juridique.

35. Quatrièmement, étant donné qu'un traité ne crée ni droits ni obligations à l'égard des tiers sans leur consentement, lorsque des États conviennent par traité de la non-applicabilité de l'immunité, ou d'exceptions à celle-ci, comme dans le cas du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux États parties ou dans les cas prévus par ledit traité. Elles ne sauraient donc être utilisées pour démontrer l'applicabilité aux juridictions nationales de règles de droit international coutumier relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, pas plus que l'apparition de règles reconnaissant une telle immunité devant des juridictions nationales. L'immunité des représentants de l'État devant les instances pénales internationales et leur immunité devant les juridictions étrangères pourraient être comparées à deux lignes parallèles qui ne se rejoignent pas. L'analyse de la jurisprudence révèle même qu'elles évoluent dans des directions opposées. Alors qu'au niveau des juridictions internes la tendance est au maintien des règles régissant traditionnellement la matière, les instances pénales internationales tendent plutôt à limiter les immunités. M. Huang ne souscrit pas à l'idée selon laquelle il faudrait reprendre entièrement les dispositions sur les immunités des représentants de l'État figurant dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, car cela irait à l'encontre des positions adoptées par la Commission par le passé et obscurcirait la relation entre compétence pénale nationale et compétence pénale internationale. L'article 27 du Statut de Rome consacre le principe du défaut de pertinence de la qualité officielle en vertu duquel les représentants des États parties ne bénéficient pas de l'immunité de procédure devant la Cour pénale internationale. Cette disposition est souvent citée comme preuve solide de l'existence d'exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Or elle ne s'applique pas aux représentants d'États qui ne sont pas parties au Statut de Rome, outre que la compétence de la Cour pénale internationale n'est que complémentaire par rapport à celle des tribunaux nationaux. L'article 98 du Statut de Rome prévoit, de plus, que la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu du droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité. On peut là aussi en conclure que les règles relatives aux immunités s'appliquant devant la Cour pénale internationale n'ont pas d'incidence sur les règles applicables en la matière au niveau national. Dans la pratique, toutefois, l'interprétation des dispositions du Statut de Rome sur l'immunité des représentants de l'État a donné lieu à des controverses nourries. Tel a par exemple été le cas en ce qui concerne la non-exécution par l'Afrique du Sud du mandat d'arrêt décerné par la Cour pénale internationale contre le Président soudanais Al Bashir. À la demande de l'Afrique du Sud, l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome a examiné, à sa quatorzième session tenue en novembre 2015, la relation entre les articles du Statut relatifs à l'immunité des représentants de l'État et leur application concrète. L'Afrique du Sud a fait observer que, bien que l'article 27 du Statut prévoie que les immunités ou les règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour pénale internationale d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne en cas de perpétration d'un crime international grave, elle-même agirait en violation du droit international et de ses obligations au titre de l'Acte constitutif de l'Union africaine si elle exécutait le mandat d'arrêt de la Cour pénale internationale. Se fondant sur le droit qu'elle tient de l'article 97 du Statut, elle a ensuite demandé à consulter la Cour, sans que celle-ci donne suite à cette requête. Plutôt que de renoncer à sa demande d'exécution du mandat d'arrêt en s'en tenant aux termes de l'article 98, la Cour pénale internationale l'a réitérée sous la forme d'une décision propre, ce qui a placé l'Afrique du Sud face à des obligations conflictuelles. Saisie de l'affaire, la Cour suprême d'appel sud-africaine a estimé que l'Afrique du Sud était tenue d'exécuter le mandat d'arrêt, en fondant sa décision sur le Statut de Rome auquel le pays est partie et non sur une interprétation des règles du droit international régissant l'immunité des représentants de l'État[481]. Le Gouvernement sud-africain est toutefois en désaccord avec cette décision, ce qui s'oppose à ce que cette affaire soit mentionnée dans le rapport à titre de pratique des États à l'appui des exceptions à l'immunité. Elle témoigne au contraire de ce qu'il convient de procéder avec prudence en ce qui concerne l'immunité des représentants de l'État.

36. En outre, sur le point de savoir si les crimes graves du droit international ou les actes contraires au *jus cogens* constituent des exceptions à l'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État, la Rapporteuse spéciale cite des opinions dissidentes jointes aux arrêts pertinents de la Cour internationale de Justice, ainsi que des affaires civiles tranchées par des juridictions internes ou internationales, comme la Cour européenne des droits de l'homme. Or, ces éléments manquent de pertinence et sont à l'évidence partiaux et peu convaincants car, d'une part, les opinions dissidentes des juges de la Cour

[481] Voir *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*.

internationale de Justice ne constituent pas de véritables jugements et, d'autre part, les affaires civiles tranchées par la Cour européenne des droits de l'homme ou par des juridictions nationales sont sans pertinence en ce qui concerne l'immunité des représentants de l'État. Compte tenu de ce qui précède, M. Huang estime que les représentants de l'État soupçonnés d'être les auteurs de crimes internationaux graves ou de violations du *jus cogens* ne perdent pas leur immunité devant les juridictions pénales étrangères, aucune règle du droit international coutumier n'établissant à ce jour le contraire.

37. Passant à la question de savoir si des actes délictueux ayant entraîné le décès ou une atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou des dommages ou la perte de biens, sur le territoire de l'État du for donnent lieu à une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Huang relève que, selon la Rapporteuse spéciale, tel serait le cas des infractions qui se produisent sur le territoire de l'État du for alors que le représentant de l'État est présent sur ce territoire au moment de l'infraction. La Rapporteuse spéciale se fonde sur des dispositions tirées des conventions relatives aux immunités diplomatiques et consulaires, et à l'immunité de l'État, ainsi que sur des législations nationales. On peut ainsi lire que le paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dispose que des exceptions à l'immunité de juridiction devant les tribunaux de l'État de réception s'appliquent aux agents consulaires en cas d'action civile intentée par un tiers pour un dommage résultant d'un accident causé dans l'État de résidence par un véhicule, un navire ou un aéronef. Or, il convient de laisser de côté la distinction entre les immunités accordées aux diplomates, aux agents consulaires et aux autres représentants de l'État, car la Commission a décidé de longue date qu'elle ne s'aventurerait pas, dans le cadre du sujet à l'examen, dans le domaine des immunités des représentants diplomatiques et consulaires, qui relève du champ d'application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. En outre, si l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens dispose qu'un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, lorsque l'acte en cause s'est produit sur le territoire de l'État du for, cette exception se limite expressément à la réparation pécuniaire dans le cadre de l'action civile. Enfin, pour ce qui est de la dizaine d'États qui disposent d'une législation spécifiquement consacrée à l'immunité de l'État, dont le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, les États-Unis d'Amérique, l'Australie et la Fédération de Russie, les exceptions se rapportant aux types d'actes susvisés se cantonnent également à l'action civile, et il en va de même pour nombre des exemples jurisprudentiels mentionnés par la Rapporteuse spéciale.

38. L'immunité de juridiction s'entend à la fois de l'immunité de juridiction civile et de l'immunité de juridiction pénale, qui n'ont pas la même nature. Pour ce qui est de l'immunité de l'État, les exceptions ne valent qu'en matière d'immunité de juridiction civile, aucune exception à l'immunité de juridiction pénale de l'État n'étant reconnue par les États. Or, la Rapporteuse spéciale procède par analogie en appliquant à l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État les exceptions à l'immunité de juridiction civile des États et à l'immunité de juridiction civile des agents consulaires. Elle confond ainsi les notions d'immunité de juridiction civile et pénale, en pensant, à tort, justifier de manière convaincante l'existence d'exceptions délictuelles territoriales à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

39. En outre, la Rapporteuse spéciale cite à l'appui de son raisonnement la conclusion à laquelle était parvenu, dans son deuxième rapport, le précédent Rapporteur spécial sur le sujet à l'examen, M. Kolodkin, selon qui le cas des infractions commises sur le territoire de l'État du for pourrait constituer une exception à l'immunité *ratione materiae*, sous réserve que les actes en cause aient été perpétrés sur le territoire de l'État du for par un représentant étranger présent sur ce territoire sans que cet État ait consenti à ce qu'il y exerce des fonctions officielles. Si M. Huang souscrit en principe à cette idée qui fait, de plus, l'objet d'un large consensus parmi les États, il reste à savoir si l'exception admise par M. Kolodkin diffère de l'exception délictuelle territoriale telle qu'elle est décrite par la Rapporteuse spéciale. Le raisonnement du précédent Rapporteur spécial met en avant le fait que l'accomplissement de fonctions officielles dans l'État du for sans son consentement menace gravement sa souveraineté et l'autorise ainsi à ne pas reconnaître le caractère officiel de l'acte en cause en le considérant comme une exception à l'immunité *ratione materiae*. Autrement dit, cette conclusion ne peut être utilisée pour justifier l'exception délictuelle territoriale comme le fait la Rapporteuse spéciale.

40. Pour ce qui est de la question de savoir si la corruption constitue une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Huang rappelle qu'il s'agit d'une infraction liée à l'exercice des fonctions, dont les auteurs sont des agents de l'État, de différents niveaux, investis de l'autorité publique. La corruption compromet la justice sociale et l'équité, et porte atteinte à l'image et à la crédibilité de l'État, ainsi qu'au développement économique. C'est un fléau social qu'il convient d'éradiquer. À l'ère de la mondialisation, elle s'est étendue dans le monde entier. Toutefois, s'il est indispensable de renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre la corruption, grâce à des mesures par lesquelles les États refusent d'abriter des fonds obtenus illégalement par des agents corrompus, procèdent à l'extradition ou au renvoi dans leur pays des agents corrompus qui ont fui à l'étranger et renforcent les contrôles aux frontières, l'échange d'informations et la coopération entre les services de détection et de répression, la question de la corruption en tant qu'exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère est entièrement différente. À la session précédente, la Commission a examiné les éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae* et conclu que les représentants de l'État bénéficiaient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel, la notion d'« actes accomplis à titre officiel » ayant été interprétée comme visant les actes accomplis par les représentants de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique. Pour établir si des actes de corruption sont susceptibles de donner lieu à des

exceptions à l'immunité, il faut donc d'abord et avant tout déterminer si les actes visés sont « des actes accomplis à titre officiel ». De nombreux actes de corruption perpétrés par des agents publics sont étroitement liés à des activités d'ordre privé vouées à la recherche d'un enrichissement personnel plutôt qu'à celle de l'intérêt de l'État souverain. Ils n'ont donc, par nature, rien à voir avec l'exercice de l'autorité étatique ou publique. Par conséquent, ils ne relèvent pas en tant que tels du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*. Si, toutefois, certains actes de corruption sont perpétrés par des représentants de l'État en leur qualité officielle, il n'existe pas à ce jour de jurisprudence reconnaissant qu'ils constituent des exceptions à l'immunité. L'article 30 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose au contraire que chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à ladite Convention. Autrement dit, c'est l'immunité des agents de l'État pour certains actes de corruption qu'il affirme là. En réalité, la lutte contre la corruption a peu de rapport avec le sujet à l'examen. Les agents publics auteurs d'actes de corruption font l'objet de poursuites sur le plan interne. S'ils se trouvent à l'étranger, ils font l'objet de mesures d'extradition, de renvoi, ou on les persuade de rentrer dans leur pays aux fins de l'exercice de poursuites, et lorsqu'ils sont poursuivis à l'étranger l'entraide judiciaire peut être accordée et l'État concerné lever l'immunité dont jouit son représentant. Il est donc inutile de faire figurer la corruption parmi les crimes donnant lieu à des exceptions à l'immunité.

41. Aux paragraphes 170 à 176 du cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale introduit les notions distinctes d'exceptions et de limites en vue de clarifier les situations dans lesquelles l'immunité n'est pas applicable. La différence entre ces deux notions tient à ce que la seconde se rapporte aux éléments normatifs de l'immunité, tandis que la première renvoie à des éléments externes à l'immunité. Cependant, à la fin du rapport, lorsque les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas sont décrites, aucune distinction n'est faite entre ces deux notions. M. Huang estime donc que celle de « limites » est inutile. La détermination des cas d'inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae* se rapportant à ses éléments normatifs devrait intervenir dans le cadre de l'analyse du champ d'application de cette immunité, lorsqu'il s'agira de délimiter la portée des actes auxquels s'applique l'immunité aux termes du projet d'article 6 tel qu'il a été adopté par la Commission à la session précédente. Les cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas, tels qu'ils sont traités dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, correspondent pour leur part à de simples exceptions à l'immunité.

42. Compte tenu de ce qui précède, M. Huang juge les projets d'article proposés insuffisamment aboutis et n'est pas favorable à leur renvoi au Comité de rédaction.

43. M. KITTICHAISAREE rappelle que, dans le cadre de l'examen du sujet « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) », le Rapporteur spécial pour ce sujet avait proposé un projet d'article énonçant que l'obligation de poursuivre ou d'extrader découlait automatiquement de la perpétration de crimes de droit international en violation d'une norme de *jus cogens*, déclenchant ainsi des réactions négatives très vives de la part des États à la Sixième Commission. Or, la question posée dans le cadre du sujet à l'examen est similaire. La perpétration de crimes de droit international priverait les représentants de l'État de l'immunité. Le problème n'est pas tant de savoir si cette affirmation est correcte ou non que de se demander si la manière de l'aborder est appropriée. La Rapporteuse spéciale a omis de citer, parmi les réactions des États à la Sixième Commission dont elle fait mention dans son cinquième rapport, la position de la Malaisie, qui paraît pourtant proposer une approche en deux temps tout à fait adaptée. Il conviendrait, en effet, de déterminer tout d'abord ce qui, dans le projet d'articles, relève du droit international coutumier, avant d'établir ce que la Commission estime relever du développement progressif, de sorte que les États puissent faire leur choix.

La séance est levée à 11 h 40.

3331e SÉANCE

Vendredi 29 juillet 2016, à 10 heures

Président : M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Puis : M. Georg NOLTE (Vice-Président)

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*fin*) [A/CN.4/689, partie II, sect. F, A/CN.4/701]

[Point 3 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

2. M. ŠTURMA, après avoir remercié la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport, dit que comme la Commission reprendra l'examen du sujet à sa soixante-neuvième session ses observations ont un caractère préliminaire et visent à aider la Rapporteuse spéciale à élaborer son rapport suivant.