

Provisoire

**Réservé aux participants**

6 mars 2020

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante et onzième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3482<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 16 juillet 2019, à 15 heures

**Sommaire**

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*)

---

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève ([trad\\_sec\\_fra@un.org](mailto:trad_sec_fra@un.org)).

GE.19-12009 (F) 040320 060320



\* 1 9 1 2 0 0 9 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Šturma  
*Membres :* M. Al-Marri  
M. Argüello Gómez  
M. Aureescu  
M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Grossman Guiloff  
M. Hassouna  
M. Hmoud  
M. Huang  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Nguyen  
M. Nolte  
M<sup>me</sup> Oral  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Park  
M. Rajput  
M. Ruda Santolaria  
M. Saboia  
M. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
M. Wako  
Sir Michael Wood  
M. Zagaynov

**Secrétariat :**

M. Llewellyn                      Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 15 h 10.*

**Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État** (point 2 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/722 et A/CN.4/729)

M. Nguyen adresse ses sincères remerciements à la Rapporteuse spéciale pour son immense travail d'élaboration des sixième et septième rapports sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/722 et A/CN.4/729), des documents assurant des fondements solides aux débats de la Commission, et pour la présentation orale qu'elle en a faite la veille.

M. Nguyen indique que faute de temps, et ayant déjà fait des observations préliminaires sur le sixième rapport à la précédente session, il axera son intervention sur les questions générales soulevées dans le septième rapport.

Le projet d'article 7 a été l'un des principaux thèmes du débat de la Sixième Commission. De manière générale, les délégations se sont prononcées en faveur de l'examen des dispositions et garanties procédurales relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, un domaine qui n'a pas été traité de manière approfondie par la doctrine et la jurisprudence pertinentes. Il est crucial de clarifier les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État au stade actuel pour trois raisons. Premièrement, l'immunité revêt un caractère procédural. Deuxièmement, la teneur du projet d'article 7 implique la prise en considération de ses aspects procéduraux. La non-application de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère dans certains cas doit être analysée conjointement avec les aspects procéduraux de cette immunité. Les garanties procédurales favorisent une application juste et efficace de l'immunité des représentants de l'État, y compris les exceptions prévues au projet d'article 7. Le paragraphe 31 du sixième rapport confirme que l'application de ce projet d'article doit être comprise à la lumière des règles de procédure relatives à l'application de l'immunité. Troisièmement, l'examen des aspects procéduraux contribue à promouvoir les travaux antérieurs de la Commission sur l'immunité. La Rapporteuse spéciale a ajouté aux « éléments de procédure traditionnels » que sont l'examen de la question de l'immunité, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, les nouvelles garanties procédurales suivantes : la notification, l'échange d'informations, le transfert de la procédure pénale, les consultations et la notion de procès équitable et impartial.

L'immunité peut être comparée à un vaccin fondé sur le respect de l'égalité souveraine des États et créé par ceux-ci pour protéger la stabilité de l'ordre international. Les lois et pratiques procédurales nationales en matière de juridiction pénale varient selon les États. Le moment de l'examen de la question de l'immunité ou de la détermination de l'immunité varie en fonction des capacités, des structures internes et de la culture juridique de chaque système national, et le Code de procédure pénale de la République de Corée, mentionné par M. Park à la session précédente, a valeur d'exemple à cet égard. Des orientations judicieuses, claires et complètes sur les aspects procéduraux et internationaux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État constituent un préalable important. Toute étude visant à élaborer de telles orientations devrait dégager des éléments communs sur la question, afin de mettre en place des garanties procédurales internationales justes et efficaces en la matière.

L'un de ces éléments communs est la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Des règles de procédure différentes doivent s'appliquer aux différents représentants de l'État pour tenir compte du rôle et des fonctions qui sont les leurs. Cette question a aussi été évoquée par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 44 et 52 de son septième rapport. Des garanties procédurales distinctes s'appliquent à l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères en exercice. Ceux-ci jouissent, devant les juridictions pénales étrangères, d'une immunité *ratione personae* absolue et de l'inviolabilité. Cette immunité couvre tous les actes qu'ils accomplissent à titre tant privé qu'officiel au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci. Elle perdure même lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des actes constitutifs de crimes internationaux. Cette règle coutumière a été confirmée par la jurisprudence, en particulier dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République

*démocratique du Congo c. Belgique*). L'immunité *ratione personae* s'applique de plein droit dès que les intéressés prennent leurs fonctions et que la communauté internationale en est informée par la voie diplomatique. À l'évidence, les garanties de procédure que constituent l'examen, la détermination et l'invocation de l'immunité ne sont pas nécessaires s'agissant de l'immunité *ratione personae* des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, ou du moins, le statut particulier de ces personnes donne lieu à une procédure différente. Au paragraphe 42 de son septième rapport, la Rapporteuse spéciale indique qu'il existe une « obligation pour les juridictions de l'État du for d'examiner d'office l'immunité des chefs d'État et de gouvernement ». Elle déclare également, au paragraphe 58, que « l'invocation s'analyse en une règle purement procédurale s'agissant de l'immunité *ratione materiae* » et, au paragraphe 95, que « dans le cas de l'immunité *ratione personae*, la non-invocation de l'immunité ne saurait en aucun cas s'analyser en une renonciation à celle-ci ». Au paragraphe 143, la Rapporteuse spéciale admet également que le transfert de la procédure pénale s'appliquerait difficilement dans le cas de l'immunité *ratione personae*, sachant que les juridictions de l'État du for ne disposent pratiquement d'aucun pouvoir d'appréciation pour établir l'immunité de juridiction pénale du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères en exercice. La troïka étant le symbole de la souveraineté étatique, aucun État n'envisagera de remettre le chef de l'État à un autre État aux fins de poursuites devant les tribunaux de cet État ou même devant la Cour pénale internationale. Deux facteurs entrent en jeu à cet égard : la souveraineté symbolique et le principe de non-intervention. La réticence affichée ces dernières années par les États à accéder au Statut de Rome de la Cour pénale internationale atteste qu'il en est bien ainsi. La décision de certains États de se retirer du Statut de Rome le démontre également. En Asie, les Philippines et la Malaisie se sont retirées du Statut pour faire obstacle à toute enquête dont leur chef d'État aurait pu faire l'objet. Dans ces conditions, les membres en exercice de la troïka ne pourront être traduits en justice qu'en cas de changement de régime ou de levée par l'État de leur immunité. Il est toutefois rare que l'immunité *ratione personae* soit levée. Elle l'a été dans le cas de l'ancien Président des Philippines, Ferdinand Marcos, lorsque, en 1988, le Gouvernement des Philippines a levé son immunité dans le cadre d'une procédure pénale engagée devant un tribunal de district des États-Unis d'Amérique, au motif que l'intéressé s'était livré à des activités illégales non pas sur le territoire de l'État du for mais aux Philippines. En 2001, l'Institut de Droit international a adopté une résolution intitulée « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international ». Les projets d'articles 3 et 4 traitent de l'immunité *ratione personae* et les projets d'articles 5 et 6 de l'immunité *ratione materiae*. En conséquence, il est préférable que les aspects procéduraux de l'immunité *ratione personae* des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères fassent l'objet d'un projet d'article distinct. À défaut, comme l'ont souligné MM. Hmoud, Murase et Park, les analyses figurant aux paragraphes 49 et 50 doivent être approfondies afin de clarifier les différents aspects procéduraux applicables aux diverses catégories de représentants de l'État, à savoir la troïka, les diplomates et membres des missions spéciales et les autres représentants de l'État en exercice.

L'immunité *ratione materiae* est accordée aux représentants de l'État qui exercent leurs fonctions à titre officiel. En autorisant les titulaires de passeports de service ou diplomatiques à entrer sur son territoire, l'État du for accepte de créer des conditions propices à l'exercice de leurs fonctions. Sous cet angle, l'un des deux principaux facteurs permettant de déterminer l'immunité sur la base des règles coutumières ou conventionnelles intervient dès que les intéressés franchissent la frontière. Le statut des représentants de l'État est connu et reconnu. Les tribunaux et autres autorités de l'État du for connaissent les droits et intérêts des représentants étrangers et en tiennent compte dans les décisions qui pourraient porter atteinte à leur inviolabilité. La prise en considération de l'immunité des représentants de l'État reflète l'égalité souveraine des États. L'examen de la question de l'immunité diffère de la détermination de l'immunité en ce qu'il se rapporte à l'identification de la fonction des représentants de l'État. Cet examen peut être effectué au stade précontentieux, au cours de l'enquête préliminaire, avant l'adoption de toute mesure coercitive ou judiciaire. Il ne fait pas obstacle à l'enquête préliminaire mais les autorités de l'État du for doivent se montrer prudentes avant de prendre une décision mettant en cause un représentant étranger. En ce qui concerne la détermination de l'immunité dans une

procédure judiciaire, lorsque, au vu des éléments de preuve recueillis, le représentant d'un État étranger est formellement accusé d'avoir commis un acte illicite au regard du droit de l'État du for, les tribunaux de cet État déterminent le niveau d'immunité applicable. L'objectif est de faire en sorte que l'immunité soit examinée et appliquée dès que possible, qu'elle ait ou non été invoquée ou levée. Un État peut invoquer l'immunité ou y renoncer, mais cela n'empêche pas d'examiner la question de l'immunité dès que possible. À cet égard, M. Nguyen appuie l'approche suivie par la Rapporteuse spéciale, qui propose de rédiger deux projets d'article, l'un sur l'examen de la question de l'immunité, l'autre sur la détermination de l'immunité, en indiquant que l'examen de la question de l'immunité doit intervenir à un stade précoce de l'instance. L'immunité est déterminée en dernier ressort par un organe judiciaire de l'État du for, mais l'exécutif peut participer à son examen et à sa détermination. L'examen de l'immunité lors des phases initiales de l'instance pénale assurera certes le respect des garanties dont doivent bénéficier les représentants de l'État, mais il portera atteinte à la liberté d'action des tribunaux internes dans la lutte contre l'impunité. Cette nuance doit être expliquée dans le commentaire.

Dans son résumé des débats tenus à la Sixième Commission en 2018, la Rapporteuse spéciale, au paragraphe 12 de son septième rapport, est sensible aux préoccupations exprimées par certains États au sujet de la nécessité de clarifier le lien entre l'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État et les normes impératives du droit international (*jus cogens*) et de la tendance, dans la pratique, à exclure les crimes internationaux du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*. Cette question est abordée brièvement au paragraphe 102 du septième rapport, où la Rapporteuse spéciale explique que la décision de ne pas examiner cette préoccupation dans le rapport « aurait entraîné des effets si la Commission n'avait pas adopté provisoirement le projet d'article 7 ». Cet argument est repris aux paragraphes 132 et 144, qui concernent les dispositions de procédure sur l'échange d'informations et sur le transfert de la procédure pénale, respectivement. M. Nguyen regrette que cette question n'ait pas été approfondie, d'autant plus que la Commission a récemment adopté en seconde lecture son projet d'articles sur les crimes contre l'humanité et en première lecture son projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Il rappelle que, lors du débat que la Commission a tenu sur le sujet en 2017, Sir Michael Wood et M. Murphy ont tous deux souligné la nécessité d'adopter des garanties procédurales et que M. Nolte a déclaré que les exceptions à l'immunité étaient inextricablement liées à de telles garanties. Lors du débat en cours, MM. Hmoud, Park, Tladi et Murphy ont fait valoir que l'application des exceptions prévues au projet d'article 7 devait être assujettie à des garanties de procédure spécifiques. Les États doivent examiner l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité dans les cas où les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale auraient été commis par leurs agents.

En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 10, aux termes duquel « [l']État peut invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'un de ses représentants devant l'État qui entend exercer sa compétence », la règle du respect de l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères des autres États doit être appliquée par l'État du for, notamment par ses tribunaux, lorsque ces représentants se trouvent sur son territoire. L'immunité des membres de la troïka est automatique, et il n'est pas nécessaire de l'invoquer. Toute violation de ce statut spécial se heurterait à des objections sur le plan diplomatique. Le traitement spécial accordé aux membres de la troïka doit donc être envisagé séparément au paragraphe 1 du projet d'article 10 ou faire l'objet d'une clarification dans le commentaire.

En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 11, il conviendrait, afin de souligner l'interconnexion entre le projet d'article 7 et la renonciation à l'immunité, d'examiner le libellé du paragraphe 3 de l'article II de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée en 2009 par l'Institut de Droit international et la proposition faite par M. Nolte au cours du débat de la Commission en 2017. Ce paragraphe pourrait être remanié comme suit : « L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants, en particulier lorsqu'il est allégué que ceux-ci ont commis les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. ».

S'agissant du paragraphe 1 de l'article 12, il conviendrait d'envisager de remplacer les mots « le notifie » par « devrait le notifier ». M. Nguyen convient avec la Rapporteuse spéciale que la notification est importante pour permettre à l'État du représentant d'envisager d'invoquer l'immunité. Cependant, ni la pratique ni les traités n'imposent à l'État du for l'obligation de notifier à l'État du représentant son intention d'exercer sa compétence pénale à l'égard de ce représentant. Le paragraphe 2 du projet d'article 12 pourrait également indiquer qu'une demande peut être adressée à l'État intéressé pour qu'il lève l'immunité de son représentant lorsqu'il est allégué que celui-ci a commis un des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble.

En ce qui concerne les travaux futurs, deux questions additionnelles devraient être envisagées dans le projet d'articles : la définition d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant et l'élaboration de directives sur les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Certains éléments du projet d'articles concernant la relation entre l'État du représentant et l'État du for restent à éclaircir. À cet égard, il est nécessaire d'élaborer des directives sur le règlement des différends relatifs au refus abusif de l'immunité par les autorités de l'État du for, notamment dans le cadre de l'application du projet d'article 7. En outre, il n'existe aucune directive quant à la procédure à suivre lorsque l'État du représentant, au lieu d'accéder à la demande de l'État du for de lui transférer la procédure pénale, demande à cet État de remettre l'intéressé à la Cour pénale internationale en application du principe de complémentarité. Étant donné qu'il est nécessaire de traiter ces questions additionnelles et d'analyser l'arrêt rendu récemment par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al Bashir, davantage de temps sera nécessaire pour achever l'élaboration du projet d'articles. La proposition de la Rapporteuse spéciale d'en achever la première lecture en 2020 est donc judicieuse.

En conclusion, M. Nguyen appuie le renvoi au Comité de rédaction des projets d'articles 8 à 15 et des annexes du septième rapport.

**M. Al-Marri** dit que le septième rapport de la Rapporteuse spéciale repose sur des recherches approfondies et traite plusieurs questions importantes qui sont en suspens depuis un certain temps, notamment l'obligation de l'État du représentant d'invoquer l'immunité. Le projet d'article 10 éclaircit des questions de procédure et de fond à cet égard, notamment le fait que l'État du représentant peut invoquer l'immunité, sauf exceptions expressément prévues, que l'invocation de l'immunité n'est pas une condition procédurale préalable pour que les juridictions de l'État du for tiennent compte de l'immunité de juridiction de l'État ou de l'un de ses représentants et que les juridictions de l'État du for doivent apprécier et déterminer d'office l'immunité des représentants de l'État.

Le projet d'article 11, qui traite de la question importante de la renonciation à l'immunité, indique clairement que, pour déployer ses effets, une renonciation doit être exprimée de manière claire et sans équivoque. La renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère est irrévocable et ne saurait être déduite de dispositions conventionnelles d'ordre général, telles que l'obligation pour les États parties d'exercer leur compétence à l'égard de certaines infractions ou celle de coopérer avec une juridiction pénale internationale.

Le rapport traite longuement de la nécessité d'encourager les États à coopérer avec la Cour pénale internationale et d'autres juridictions nationales ou internationales en renonçant, le cas échéant, à l'immunité dont jouissent leurs représentants en droit international en cas de crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre graves ou le crime d'agression. Toute proposition de la Commission à cet égard devrait effectivement prendre la forme d'une recommandation, compte tenu des positions bien arrêtées exprimées par les États et du caractère délicat du sujet à l'examen.

Le rapport propose plusieurs nouvelles garanties procédurales que la Commission et les États jugent essentielles pour que l'exercice de la compétence à l'égard de représentants étrangers ne soit pas abusif ni motivé par des considérations politiques. Ce point revêt une

importance particulière dans le cadre de l'examen du projet d'article 7 provisoirement adopté par la Commission, qui prévoit des exceptions à l'immunité des représentants de l'État et le refus automatique de celle-ci en cas de crimes internationaux.

**M. Aureescu** dit qu'il souscrit à la plupart des observations faites à propos de la nécessité d'assurer un juste équilibre entre les positions et les intérêts juridiques de l'État du représentant et de l'État du for, et de la question des garanties procédurales en lien avec le projet d'article 7. Il indique qu'il axera ses observations sur ceux des projets d'article proposés qui, selon lui, appellent quelques modifications. Dans l'ensemble, il souscrit aux propositions de la Rapporteuse spéciale concernant les autres projets d'article, tout en se réservant le droit d'intervenir au Comité de rédaction.

S'agissant du projet d'article 10, sur l'invocation de l'immunité, dans son rapport la Rapporteuse spéciale se penche sur la question de savoir si l'État du représentant est tenu d'invoquer l'immunité devant les autorités de l'État du for ou si l'État du for doit examiner d'office la question de l'immunité. Pour répondre à cette question, une distinction est opérée entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. La Rapporteuse spéciale conclut que l'État du représentant n'est pas tenu d'invoquer la première mais est tenu d'invoquer la seconde. Au paragraphe 50 de son rapport, elle donne trois raisons pour lesquelles l'immunité *ratione materiae* ne s'applique que si l'État du représentant l'invoque : les autorités de l'État du for ne savent pas toujours si une personne bénéficie de l'immunité *ratione materiae* et n'ont donc pas nécessairement la possibilité d'examiner d'office la question de l'immunité ; l'intérêt qu'a l'État de défendre l'immunité *ratione materiae* de ses représentants ne peut se présumer de la même façon que dans le cas de l'immunité *ratione personae* ; et exiger de l'État qu'il invoque l'immunité n'est ni un fardeau excessif ni une condition incompatible avec la finalité de l'immunité ou le principe de l'égalité souveraine.

M. Aureescu estime qu'un tel régime différencié pour l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* ne se justifie pas, et il n'est pas convaincu que l'application de l'immunité *ratione materiae* doive dépendre de son invocation par l'État du représentant. Il voit une raison théorique et une raison pratique à cela. Premièrement, étant donné que l'immunité *ratione materiae* couvre les actes accomplis à titre officiel par les représentants de l'État, rien ne permet de présumer qu'un État a moins d'intérêt à l'invoquer qu'à se prévaloir de l'immunité *ratione personae*. Au contraire, ces deux formes d'immunité sont fondées sur l'égalité souveraine des États et ont la même raison d'être, à savoir protéger les droits et intérêts de l'État. Deuxièmement, M. Aureescu doute de l'efficacité d'un tel régime dans la pratique. Comme la Rapporteuse spéciale le souligne à juste titre dans son rapport, pour que l'État du représentant puisse invoquer l'immunité, l'État du for doit l'informer de son intention d'exercer sa compétence. Si c'est dans tous les cas l'État du for qui déclenche l'ensemble de la procédure, il n'y a aucune raison pour qu'il n'examine pas également d'office la question de l'immunité *ratione materiae* dès qu'il a connaissance du statut du représentant et qu'il notifie à l'État du représentant son intention d'exercer sa compétence.

L'argument de la Rapporteuse spéciale selon lequel les autorités de l'État du for ne sont guère en mesure de savoir si les actes allégués ont été accomplis à titre officiel ou si l'auteur bénéficiait de l'immunité *ratione materiae* au moment des faits paraît judicieux, mais ces préoccupations peuvent être examinées dans le cadre de l'échange d'informations ou des consultations prévus aux projets d'articles 13 et 15.

Si ce régime – auquel M. Aureescu répète qu'il n'adhère pas – est néanmoins retenu, quelques modifications devront être apportées au texte du projet d'article 10. Quatre observations s'imposent à cet égard. Premièrement, l'existence d'un régime différencié pour l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* ne ressort pas clairement du texte du projet d'article 10 ; cette distinction n'apparaît qu'à la lecture du paragraphe 6, soit le dernier paragraphe du projet d'article. M. Aureescu propose donc que cette distinction soit indiquée d'emblée. Deuxièmement, les conséquences de ce régime différencié ne sont pas clairement énoncées. Étant donné qu'elles sont importantes, il faudrait indiquer de manière plus explicite que l'immunité *ratione materiae* n'est applicable que si l'État du représentant l'invoque, et que l'État du for n'a l'obligation d'examiner la question de l'immunité que si celle-ci est invoquée. Troisièmement, dans son libellé actuel, le paragraphe 4 porte à croire que la voie diplomatique est en quelque sorte un moyen

secondaire pour invoquer l'immunité, alors qu'elle est très largement utilisée dans la pratique. M. Aureescu propose donc de supprimer l'expression « de préférence » dans la première phrase et le mot « également » dans la seconde et de reformuler le paragraphe comme suit : « L'immunité est invoquée selon les procédures établies dans les accords de coopération et d'entraide judiciaires auxquels les deux États sont parties ou suivant d'autres procédures généralement acceptées par ces États, ainsi que par la voie diplomatique. ». Quatrièmement, le paragraphe 6 de l'article 10 semble être en conflit avec le paragraphe 1 du projet d'article 8, qui oblige les autorités compétentes de l'État du for à examiner la question de l'immunité dès qu'elles apprennent qu'un représentant étranger peut être visé. Le paragraphe 1 du projet d'article 8 n'établit aucune distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*.

En ce qui concerne la compétence pour invoquer l'immunité, il est indiqué au paragraphe 54 du rapport qu'« il y a lieu de conclure que l'immunité ne peut être invoquée que par l'État et non par ses représentants ». Selon M. Aureescu, il est évident que la décision d'invoquer l'immunité doit être prise par l'État et non par le représentant concerné, mais on ne peut exclure que l'État donne pour instruction à son représentant d'informer l'État du for de sa décision d'invoquer l'immunité. L'invocation de son immunité par le représentant devrait à tout le moins créer une présomption en faveur de l'immunité et obliger l'État du for à agir en conséquence.

S'agissant des effets de l'invocation tardive de l'immunité, il est indiqué au paragraphe 64 du septième rapport que, si le représentant de l'État invoque l'immunité ultérieurement, il faut conclure que « les actes qui auraient pu être accomplis par les autorités de l'État du for seraient valables et ne pourraient être considérés comme une violation de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant visé par les actes en cause ». Or cela n'est pas tout à fait exact : il faudrait établir une distinction entre la validité des actes accomplis par l'État du for et le fait que ces actes ne peuvent être perçus comme une atteinte à l'immunité du représentant. Si la seconde partie de cette proposition est correcte, la validité des actes visés sera affectée rétroactivement par l'invocation de l'immunité, surtout si l'État du représentant a invoqué l'immunité tardivement parce qu'il ne savait pas que l'État du for avait l'intention d'exercer sa compétence.

En ce qui concerne le projet d'article 11 et la question de la renonciation à l'immunité, le rapport indique tout d'abord que la renonciation doit être expresse, une règle qui, selon le rapport, est reconnue non seulement dans les travaux antérieurs de la Commission et les conventions internationales mais aussi dans des lois nationales relatives à l'immunité. Or la seule loi nationale citée est une loi organique espagnole qui prévoit que la renonciation doit être expresse pour les membres de la troïka. M. Aureescu dit qu'il comprend que la pratique des États peut être limitée dans ce domaine, mais il aurait aimé savoir si d'autres États que l'Espagne stipulent dans leur législation nationale que la renonciation doit être expresse et si des États acceptent que la renonciation soit implicite et, le cas échéant, dans quelles circonstances.

Après avoir posé que la renonciation doit être expresse, le rapport examine trois exceptions possibles : la renonciation peut être implicite lorsque l'État du représentant accepte que celui-ci soit soumis à la juridiction de l'État du for, lorsque l'État du représentant est partie à un traité qui oblige les États parties à exercer leur compétence pénale à l'égard des ressortissants étrangers, et lorsque l'État du représentant n'invoque pas l'immunité de celui-ci après que l'État du for lui a notifié son intention d'exercer sa compétence. Pour chacune de ces exceptions, la Rapporteuse spéciale envisage des situations dont on peut déduire une renonciation à l'immunité. Or certaines de ces hypothèses ne sont pas reprises dans le projet d'article 11, et d'autres mériteraient d'être clarifiées.

En ce qui concerne l'acceptation de la juridiction de l'État du for, au paragraphe 86 de son rapport la Rapporteuse spéciale indique que la renonciation peut être considérée comme implicite si un État désavoue son représentant et demande à l'État du for d'engager des poursuites contre lui. Des exceptions similaires sont envisageables, par exemple lorsque l'État extradite son représentant vers l'État du for. Le projet d'article 11 ne semble pas viser de telles hypothèses. Son paragraphe 4 ne prévoit pas la possibilité de déduire la renonciation de l'acceptation de la juridiction, et son paragraphe 2 semble même l'exclure.



S'agissant de la deuxième exception – l'obligation d'exercer la compétence pénale – il est indiqué au paragraphe 87 du rapport que la renonciation peut se déduire d'un traité qui impose aux États parties l'obligation de coopérer sans réserve pour engager des poursuites contre les personnes qui relèvent de leur juridiction, y compris les représentants de l'État. Cette hypothèse est visée au paragraphe 4 du projet d'article 11 mais elle devrait être explicitée dans le commentaire. On pourrait, par exemple, expliquer ce qui constitue une renonciation « claire et sans équivoque », ou ce qu'il faut entendre par coopérer « sans réserve ». M. Aurescu signale à cet égard que, dans la résolution 1593 (2005) par laquelle le Conseil de sécurité a déféré la situation au Darfour à la Cour pénale internationale, il est indiqué que le Gouvernement soudanais doit « coopérer pleinement » avec la Cour. L'une des chambres préliminaires de la Cour a considéré cette coopération comme une renonciation implicite mais cette interprétation a donné lieu à d'intenses débats.

En ce qui concerne la troisième exception – la non-invocation de l'immunité – il est indiqué au paragraphe 94 du rapport qu'elle a parfois été considérée comme valant renonciation implicite. La Rapporteuse spéciale soutient que la non-invocation de l'immunité *ratione materiae* ne peut être interprétée comme une renonciation que si l'État du représentant reste inactif alors qu'il sait que les autorités de l'État du for entendent exercer leur compétence à l'égard de l'un de ses représentants dont il considère qu'il jouit de l'immunité. La distinction entre la renonciation à l'immunité et la non-invocation de l'immunité devient floue lorsqu'il s'agit de l'immunité *ratione materiae*. On ne sait pas trop si elles produisent des effets juridiques différents et à quel moment la non-invocation de l'immunité vaut renonciation et devient irrévocable. Selon M. Aurescu, il est impératif que ces questions soient clarifiées et que le projet d'articles définisse expressément les conséquences respectives de la non-invocation de l'immunité et de la renonciation implicite.

M. Aurescu propose de supprimer la seconde partie du paragraphe 2 du projet d'article 11, à savoir le membre de phrase « elle doit désigner le représentant dont l'immunité est levée et, le cas échéant, les actes visés », et de la placer dans le commentaire. Ce paragraphe 2 se lirait simplement comme suit : « La renonciation doit être expresse et claire. ». Cette modification élargirait le champ d'application du paragraphe, qui couvrirait ainsi à la fois la renonciation expresse exprimée dans une note verbale, une lettre ou une communication non diplomatique, et celle exprimée dans une disposition conventionnelle, auquel cas il ne serait pas possible de désigner le représentant dont l'immunité est levée ou les actes visés. S'agissant du paragraphe 3, M. Aurescu rappelle l'observation qu'il a formulée au sujet du paragraphe 4 du projet d'article 10, à savoir que la voie diplomatique ne saurait être considérée comme un moyen secondaire de communiquer la renonciation.

M. Aurescu approuve la proposition figurant au projet d'article 12 d'imposer à l'État du for l'obligation de notifier à l'État du représentant son intention d'exercer sa compétence pénale. Comme la Rapporteuse spéciale le constate à juste titre au paragraphe 127 de son rapport, la notification à l'État du représentant est une condition essentielle pour garantir que l'immunité soit correctement appliquée. M. Aurescu approuve pleinement le projet d'article 12 mais estime qu'il conviendrait d'envisager la possibilité de limiter l'obligation de notification lorsque sa mise en œuvre risque de mettre les victimes ou les témoins en danger, d'entraîner la déperdition, la falsification ou l'altération d'éléments de preuve ou de provoquer la fuite du représentant. Cette formulation s'inspire du paragraphe 1 de l'article 18 du Statut de Rome. Il conviendrait également d'indiquer, pour faire pendant aux dispositions du paragraphe 5 du projet d'article 13, que la notification est soumise aux conditions de confidentialité fixées le cas échéant par l'État du for. S'agissant du paragraphe 3, il appelle les mêmes observations et suggestions que le paragraphe 4 du projet d'article 10 et le paragraphe 3 du projet d'article 11.

Le projet d'article 14 prévoit que l'État du for peut renoncer à exercer sa compétence au profit de l'État du représentant et lui transférer la procédure pénale. M. Aurescu dit que si une telle disposition a bien sa place dans le projet d'articles, il conviendrait d'envisager de limiter la possibilité de transférer la procédure pénale dans certaines situations, comme celle, envisagée à l'article 17 du Statut de Rome, dans laquelle

l'État du représentant ne veut pas ou ne peut pas véritablement enquêter ou poursuivre celui-ci.

La procédure engagée contre un ancien vice-président angolais devant la cour d'appel de Lisbonne, évoquée aux paragraphes 145 à 147 du rapport, illustre ce point dans une certaine mesure. La Rapporteuse spéciale y fait également allusion au paragraphe 149, lorsqu'elle évoque le régime de complémentarité appliqué par la Cour pénale internationale, mais elle n'approfondit pas la question. Le projet d'article 14 devrait limiter la possibilité de transférer la procédure lorsque l'auteur est un représentant jouissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère et qu'il existe un risque réel et concret qu'il n'aura pas à répondre de ses actes devant les autorités de l'État dont il est ressortissant et lorsque, si l'on met le principe de responsabilité et l'égalité souveraine des États en balance, celle-ci penche en faveur du premier. La possibilité de refuser de transférer la procédure lorsque l'État du représentant ne veut pas ou ne peut pas véritablement enquêter ou engager des poursuites n'est intéressante qu'en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, lorsque l'État du for considère que l'immunité ne s'applique pas. Dans ces situations, l'infraction alléguée est soit l'une de celles énumérées au projet d'article 7, soit un acte qui, par définition, n'a pas été accompli à titre officiel. Cet acte n'ayant pas été accompli à titre officiel, la nécessité de faire respecter le principe de l'égalité souveraine des États est moindre. Le projet d'article 14 postule que c'est l'État du for qui prend l'initiative du transfert de la procédure, mais il faudrait prévoir également la possibilité pour l'État du représentant de demander ce transfert.

M. Aurescu appuie le projet d'article 16, relatif au traitement équitable et impartial du représentant. La Commission pourrait même envisager d'établir une liste non exhaustive des droits considérés comme étant les plus importants pour permettre à l'État du représentant d'invoquer l'immunité de juridiction, à savoir le droit d'être informé rapidement et en détail de la nature et de la teneur des accusations, le droit à l'assistance d'un conseil, le droit à l'assistance d'un interprète et le droit de bénéficier des services de traduction qu'exige l'équité, ainsi que le droit de communiquer et de s'entretenir en personne avec les représentants diplomatiques et/ou consulaires de l'État.

Le paragraphe 3 du projet d'article 16, qui fait obligation à l'État du for « d'informer sans retard le plus proche représentant de l'État de l'intéressé que ce dernier a été arrêté ou fait l'objet d'une autre mesure susceptible de porter atteinte à sa liberté individuelle », doit être mis judicieusement en corrélation avec le texte et l'objet du projet d'article 12, relatif à la notification à l'État du représentant de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence. De fait, le placement en détention d'un représentant étranger et les autres mesures portant atteinte à sa liberté constituent souvent une indication implicite de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence. Cette indication peut également se déduire du paragraphe 3 du projet d'article 8, libellé comme suit : « L'examen de la question de l'immunité intervient en tout état de cause si les autorités compétentes de l'État ont l'intention de prendre contre le représentant étranger une mesure coercitive [...] ».

En conclusion, M. Aurescu dit qu'il attend avec intérêt l'examen par le Comité de rédaction des projets d'article proposés à la lumière des observations et suggestions formulées.

*La séance est levée à 16 h 10.*