

Provisoire

**Réservé aux participants**

28 janvier 2020

Français

Original : anglais

---

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

**Compte rendu analytique provisoire de la 3483<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 17 juillet 2019, à 10 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.19-12010 (F) 270120 280120



\* 1 9 1 2 0 1 0 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Šturma  
*Membres :* M. Al-Marri  
M. Argüello Gómez  
M. Aurescu  
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<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  
M. Zagaynov

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 10 h 5.*

**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. Nolte dit que le septième rapport, bien structuré, de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/729), lu conjointement avec le sixième rapport (A/CN.4/722), contient des informations très précieuses et quelques propositions utiles sur un certain nombre de points importants mais, malheureusement, ne traite pas d'une question majeure, à savoir celle des garanties procédurales concernant l'objet du projet d'article 7, intitulé « Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas ». C'est pourquoi il divisera son intervention en deux parties : la première portera sur la relation des sixième et septième rapports avec le projet d'article 7, et la seconde consistera en des observations sur les rapports eux-mêmes.

Les débats qui se sont tenus à la Sixième Commission au cours des soixante-douzième et soixante-treizième sessions de l'Assemblée générale ont montré qu'il importait d'examiner la relation des sixième et septième rapports avec le projet d'article 7. En affirmant, au paragraphe 12 du septième rapport, qu'« il convient de relever que l'ajout de ce projet d'article et son contenu ont reçu un large soutien de la part des États, que ceux-ci considèrent la proposition comme une expression de la *lex lata* ou une proposition *de lege ferenda* », la Rapporteuse spéciale ne fait pas partir sur de bonnes bases les débats de la Commission sur les propositions figurant dans ledit rapport.

Au cours des débats à la Sixième Commission, le projet d'article a été accueilli favorablement par environ la moitié des États et défavorablement par l'autre moitié. Une nette majorité d'États s'est opposée à l'idée que le projet d'article reflétait la *lex lata*. De nombreux États ont souligné qu'il était essentiel de différencier la *lex lata* et la *lex ferenda*, ont demandé à la Commission de préciser si le projet d'article était l'expression de l'une ou de l'autre, et l'ont priée instamment de parvenir à un consensus. Parmi les 14 États mentionnés dans la note de bas de page 45 du septième rapport, seulement 9 ont exprimé leur soutien au projet d'article pendant la soixante-treizième session, alors que l'Azerbaïdjan l'a critiqué vivement. Sept autres États ont rejeté expressément le projet d'article et sept autres délégations ont demandé à la Commission de le réexaminer ou ont exprimé des réserves. Ainsi le projet d'article 7 a-t-il presque autant divisé les États à la Sixième Commission en 2018 qu'en 2017. L'affirmation selon laquelle il a reçu un « large soutien » est donc difficilement acceptable.

L'opinion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle le projet d'article 7 a été soutenu par les États, « que ceux-ci considèrent la proposition comme une expression de la *lex lata* ou une proposition *de lege ferenda* », doit aussi être nuancée, car aucun des États mentionnés dans la note de bas de page 46 n'a indiqué expressément qu'il considérait le projet d'article comme une expression de la *lex lata*, et quatre États manquent à la liste des États ayant rejeté cette idée qui figure à la note de bas de page 52. Dire que « certains États » ne considéreraient pas le projet d'article 7 comme une expression de la *lex lata* est donc un grand euphémisme.

Quant à l'affirmation selon laquelle « [c]ertains États ont rappelé la tendance, dans la pratique, à exclure les crimes internationaux du champ d'application de l'immunité *ratione materiae* », M. Nolte ne compte qu'un seul État ayant exprimé cette opinion ; en revanche, à la soixante-treizième session de l'Assemblée générale, cinq États ont contesté l'existence d'une telle tendance. Il convient également de noter que sept États, en plus de ceux qui sont mentionnés à la note de bas de page 57 du septième rapport, ont prié instamment la Commission de parvenir à un consensus.

En rappelant les discussions qui se sont tenues à la Sixième Commission, M. Nolte n'a pas l'intention de refaire les débats, mais entend appeler l'attention sur certaines questions majeures qui nécessitent d'être examinées à la session en cours pour parvenir à une réponse satisfaisante et consensuelle. Il tient plutôt à souligner que les discussions restent ouvertes et sont inextricablement liées au débat en cours, et que la Commission devrait y voir une possibilité d'aider à résoudre les problèmes entourant le projet d'article 7.

Sur le fond, le septième rapport présente un défaut de méthode en ce qu'aucun des projets d'article qu'il propose ne s'applique aux situations visées par le projet d'article 7. Ce dernier dispose que l'immunité ne s'applique pas en ce qui concerne certains crimes, alors que tous les projets d'article proposés dans le septième rapport présupposent que l'immunité pourrait s'appliquer éventuellement. Lorsqu'il envisagera de délivrer un mandat d'arrêt contre le représentant d'un État étranger soupçonné d'avoir commis un crime de guerre, un juge ne suivra pas les règles procédurales proposées dans le rapport. Comme la plupart des juristes, il conclura plutôt de la lecture du projet d'article 7 qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer les garanties procédurales proposées dans les projets d'articles 8 à 15, puisque l'immunité ne s'applique pas à l'égard de crimes de guerre présumés. Pourquoi, en effet, une garantie procédurale devrait-elle être appliquée lorsqu'il n'y a rien à protéger ?

L'interprétation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle les projets d'articles 8 à 15 s'appliquent aux situations visées par le projet d'article 7 est clairement contredite par le texte dudit projet d'article, qui prévoit que les affaires concernant certains crimes internationaux sont totalement exclues du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*. Le projet d'article 7 empêche donc par anticipation toute justification à l'application de dispositions ou garanties procédurales dans les situations qu'il couvre. C'est pourquoi, tant que le projet d'article 7 conservera son libellé actuel, la Commission devra mentionner expressément que toutes les dispositions et garanties procédurales générales s'appliquent également aux situations visées par le projet d'article 7 et expliquer comment elles peuvent servir de garanties dans ce contexte. Même si elle fait cette mention, la Commission devra aussi élaborer des règles ou des garanties procédurales supplémentaires, spécialement conçues pour s'appliquer aux situations visées par le projet d'article 7. La Rapporteuse spéciale semble présumer que les dispositions et garanties procédurales générales sont suffisantes pour garantir la bonne application du projet d'article 7, bien qu'elle admette que les garanties procédurales revêtent une importance particulière dans ce contexte. L'une des principales préoccupations qui ont été exprimées au cours des débats à la CDI et à la Sixième Commission en 2017 et en 2018 concernait le fait que les exceptions à l'immunité *ratione materiae* prévues par le projet d'article 7 puissent être utilisées de manière abusive à des fins politiques. Cette préoccupation a été la principale raison pour laquelle, en 2017, 24 États ont insisté sur l'interdépendance entre les garanties procédurales et le contenu du projet d'article 7. M. Nolte se demande pourquoi la Rapporteuse spéciale, tout en admettant que l'une des fonctions essentielles des garanties procédurales est de prévenir l'exercice de la juridiction pénale étrangère contre des représentants de l'État de manière abusive ou pour des motifs politiques, n'a pas tiré des conclusions plus claires de la reconnaissance de ce fait.

En 2018, M. Nolte a proposé de régler le problème par l'ajout d'une brève liste de conditions procédurales préalables qui pourraient rendre le projet d'article 7 plus acceptable au large groupe d'États qui étaient critiques à l'égard de cette disposition (A/CN.4/SR.3439). Malheureusement, la Rapporteuse spéciale semble avoir interprété, à tort, cette proposition comme une tentative de remaniement du projet d'article 7. En fait, M. Nolte a simplement proposé que le projet d'article 7 soit assorti de garanties procédurales efficaces. Sa proposition a été considérée avec intérêt par cinq membres de la Commission. De plus, le professeur Claus Kress a estimé qu'elle ouvrait une voie très prometteuse à un compromis procédural qui tiendrait dûment compte des aspects contradictoires au cœur du problème. M. Nolte se permet donc de rappeler sa proposition qui, en substance, se présente comme suit :

« L'exercice de la juridiction pénale nationale au titre d'une exception à l'immunité *ratione materiae* telle que décrite dans le projet d'article 7 n'est autorisé que si :

- La preuve que le représentant a commis l'infraction présumée est irréfutable ;
- La décision de l'État du for d'engager des poursuites pénales contre le représentant de l'État étranger est prise au plus haut niveau du gouvernement ou du ministère public ; et

- L'État du for coopère avec l'État du représentant, en lui adressant une notification et en lui proposant de porter l'affaire devant ses propres tribunaux ou devant une juridiction pénale internationale, sous certaines conditions. »

Les deux premières conditions, à savoir que la preuve soit « irréfutable » et que la décision d'engager des poursuites pénales soit prise « au plus haut niveau du gouvernement ou du ministère public », s'appliquent spécifiquement aux situations visées par le projet d'article 7, à l'exclusion de toute autre situation. Cela se justifie, non seulement parce que certains des risques d'utilisation abusive à des fins politiques sont propres à certains crimes internationaux, mais aussi parce qu'il est indispensable de fixer des critères particuliers en pareils cas car, autrement, l'immunité ne s'appliquerait pas. La Rapporteuse spéciale a élaboré quelques éléments de cette approche dans le projet d'article 14 (Transfert de la procédure pénale à l'État du représentant), en ayant à l'esprit le principe de subsidiarité. La Commission devrait reconnaître que ce principe revêt une importance spéciale dans le contexte du projet d'article 7. C'est pourquoi M. Nolte propose qu'elle adopte un projet d'article supplémentaire afin qu'il soit clairement entendu que les dispositions et garanties procédurales générales s'appliquent aussi aux situations visées par le projet d'article 7, en plus de certaines garanties particulières. Ce projet d'article pourrait être libellé comme suit :

#### « **Projet d'article X**

Afin de déterminer, conformément aux projets d'articles 8 à 14, si une exception à l'immunité *ratione materiae* au titre du projet d'article 7 s'applique, l'autorité compétente de l'État du for s'assure :

- 1) Qu'une décision d'engager des poursuites pénales contre le représentant de l'État étranger a été prise au plus haut niveau du gouvernement ou du ministère public ;
- 2) Que la preuve que le représentant a commis l'infraction supposée est pleinement concluante ; et
- 3) Que l'État du for a informé l'État du représentant de l'intention de ses autorités compétentes d'engager des poursuites pénales et qu'il a proposé de transférer la procédure aux tribunaux de l'État du représentant, à condition que ledit État donne des assurances de sa volonté et de sa capacité de mener à bien les poursuites appropriées contre le représentant, ou à une juridiction pénale internationale. ».

Le libellé du chapeau est largement inspiré du paragraphe 128 du septième rapport.

Passant à certaines des questions traitées directement dans les deux rapports, M. Nolte dit que l'ordre des projets d'article proposés devrait mettre en évidence la fonction des dispositions et garanties procédurales, en montrant clairement que la détermination de l'immunité telle que définie dans le projet d'article 9 doit avoir lieu après que les autorités nationales de l'État du for ont notifié à l'État du représentant leur intention d'exercer leur compétence et, ce faisant, lui ont laissé le temps de procéder à des consultations et la possibilité d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer et d'échanger des informations. La notification devrait être une condition préalable à la « détermination » prévue par le projet d'article 9. Par respect de la chronologie, les projets d'articles 8 à 12 devraient être réorganisés de sorte que le projet d'article 8 (Examen de la question de l'immunité par l'État du for) vienne en premier, et soit suivi du projet d'article 12 (Notification à l'État du représentant), puis du projet d'article 10 (Invocation de l'immunité), du projet d'article 11 (Renonciation à l'immunité) et, enfin, du projet d'article 9 (Détermination de l'immunité).

M. Nolte souscrit à l'idée générale du projet d'article 8 mais, la relation entre les trois paragraphes n'étant pas évidente, il dit espérer que le projet d'article pourra être simplifié par le Comité de rédaction.

En ce qui concerne le projet d'article 10, M. Nolte considère, comme la Rapporteuse spéciale, que l'invocation de l'immunité n'est pas une condition préalable à l'application de l'immunité *ratione personae*. La question de savoir si cela est également vrai pour l'immunité *ratione materiae* est plus difficile. Peut-être les membres de la Commission peuvent-ils trouver un terrain d'entente à cet égard en partant du principe que, s'il existe des indications suffisamment claires qu'une personne pourrait bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, les autorités de l'État du for doivent envisager ce type d'immunité et adresser une notification à l'État du représentant. En l'absence de telles indications, l'État du for pourra poursuivre jusqu'à ce que l'État du représentant invoque formellement l'immunité. L'État du for pourra également poursuivre si l'État du représentant n'a pas réagi à la notification dans un délai raisonnable. Cependant, l'État du for doit déterminer si l'immunité s'applique dès que l'État du représentant l'a invoquée formellement. Cette invocation peut même avoir un effet suspensif. S'il n'invoque pas l'immunité dans un délai raisonnable après qu'il a reçu notification ou qu'il a été informé des poursuites, l'État du représentant sera réputé avoir renoncé à l'immunité du représentant ou à certaines garanties procédurales. D'un point de vue terminologique, la question est de savoir si cette forme de renonciation devrait être qualifiée de « renonciation tacite », comme la Rapporteuse spéciale semble le suggérer, ou si le terme « renonciation » devrait être réservé aux formes claires et expresses de renonciation à l'immunité. M. Nolte dit qu'il est favorable à la rédaction d'un paragraphe qui prévoirait la possibilité exceptionnelle d'une renonciation « implicite » ou « présumée » en pareil cas ou qui décrirait la situation à l'aide d'une formule telle que « doit être considéré comme ayant renoncé ».

Sous cette réserve, le rôle de l'invocation de l'immunité *ratione materiae* est compatible avec l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, ainsi qu'avec l'approche adoptée par l'actuelle Rapporteuse spéciale et son prédécesseur et avec la position des membres qui sont réticents à voir l'immunité *ratione materiae* reléguée au second plan. M. Nolte convient avec M. Aurescu que la frontière entre la non-invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité ne devrait pas être floue et dit que le commentaire pourrait donner des indications sur le délai d'attente dont disposerait l'État du représentant pour invoquer l'immunité *ratione materiae* avant de pouvoir être considéré comme ayant renoncé à cette immunité. M. Nolte reconnaît que, dans la note de bas de page 117 de son troisième rapport (A/CN.4/646), le précédent Rapporteur spécial sur le sujet a dit « n'a[voir] pas connaissance des décisions de justice, des pratiques et des avis des États ou de la doctrine qui confirment ou infirment expressément la question ainsi posée ». Cet aspect important de l'invocation dans les cas d'immunité *ratione materiae* mérite peut-être un examen plus approfondi dans le contexte du projet d'article 10.

M. Nolte dit qu'il pense, comme la Rapporteuse spéciale, que les juridictions de l'État du for sont compétentes pour apprécier la question de l'immunité et ne sont pas tenues d'« accepter aveuglément toute déclaration » d'immunité faite par l'État du représentant. Cependant, les juridictions de l'État du for n'ont pas toute latitude de déterminer si l'immunité est applicable, ou non, dans un cas donné. L'invocation de l'immunité devrait avoir valeur de présomption et il va de soi que les juridictions sont tenues de se conformer aux règles pertinentes du droit international. Si elles ne le font pas, elles engageront la responsabilité internationale de l'État du for. La Commission doit aussi examiner la situation complexe et délicate qui survient lorsque l'État du représentant n'a pas encore fait savoir à l'État du for s'il a, ou non, l'intention d'invoquer l'immunité *ratione materiae* dudit représentant.

En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 11, M. Nolte dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale qu'en règle générale, la renonciation doit être claire et expresse. Toutefois, cette disposition doit aussi ménager la possibilité de déduire qu'un État consent à l'exercice de la compétence s'il agit manifestement en ce sens ou, dans certains cas, s'il s'abstient de réagir à une notification de l'État du for dans un délai raisonnable.

En ce qui concerne le paragraphe 4 du projet d'article 11, il n'est ni exact ni approprié de considérer les effets possibles de traités sur l'immunité comme une forme de renonciation. La renonciation se caractérise par l'abandon de l'immunité par un État dans un cas donné. Le consentement d'un État à abandonner son immunité, d'une manière plus

générale, en vertu d'un traité est une question distincte, qui ne doit pas être confondue avec la notion de renonciation. Ce point a été bien illustré pendant l'examen de l'affaire *Pinochet* (n° 3) par la Chambre des Lords du Royaume-Uni, dont il est question au paragraphe 83 du rapport. Comme la Rapporteuse spéciale le signale avec justesse, en l'espèce, la plupart des juges n'ont pas considéré que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prévoyait une renonciation tacite, mais se sont appuyés sur le consentement du Chili à cet instrument pour affirmer que l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas aux faits reprochés.

La Commission devrait s'abstenir de formuler une déclaration générale concernant les effets des traités sur l'immunité des représentants de l'État, car cela pourrait porter à croire qu'un examen approfondi des dispositions pertinentes de chaque traité n'est pas nécessaire. Afin d'écartier ce risque, M. Nolte propose que la question soit traitée sous la forme d'une clause « sans préjudice ».

M. Nolte félicite la Rapporteuse spéciale des précieuses explications qu'elle apporte sur l'obligation de notification énoncée dans le projet d'article 12. La notification est, en effet, une condition indispensable pour que l'État du représentant puisse invoquer l'immunité ou y renoncer. De plus, le devoir de coopération prévu par le droit international général peut imposer à l'État du for de notifier son intention d'exercer sa compétence pénale à l'État du représentant. En ce qui concerne le renvoi à la loi allemande, au paragraphe 123 du rapport, M. Nolte indique que, bien que le pouvoir exécutif ne soit pas autorisé à donner des instructions aux juridictions nationales quant aux décisions à rendre dans des affaires concrètes et ne puisse pas non plus formuler des avis contraignants en matière de droit international, en 2015, le Ministère des affaires étrangères a publié des lignes directrices non contraignantes sur les questions relatives à l'immunité en droit international à l'intention des juridictions nationales. La Cour fédérale de justice, la plus haute juridiction du pays en matière pénale, s'est référée à ces lignes directrices dans une décision récente.

En ce qui concerne le projet d'article 14, M. Nolte sait gré à la Rapporteuse spéciale d'avoir mis l'accent sur la notion de compétence subsidiaire, qui est au cœur de toute garantie procédurale digne de ce nom, en particulier en ce qui concerne le projet d'article 7 provisoirement adopté. Les propositions qu'il a faites en 2017 et 2018 et qui, espère-t-il, pourront aider la Commission à parvenir à un compromis, ont été inspirées par cette notion. Il voit toutefois un problème dans la forme actuelle du projet d'article 14.

Le problème en question a trait au rôle de l'État du représentant. Comme la Rapporteuse spéciale l'a expliqué dans son rapport et dans sa déclaration liminaire, le projet d'article 14 est centré sur l'État du for en tant qu'initiateur d'un transfert de la procédure. Comme plusieurs autres membres de la Commission, M. Nolte n'est pas certain que la Rapporteuse spéciale propose que l'État du représentant puisse lui aussi demander un transfert de la procédure à sa propre juridiction. En tout état de cause, le projet d'article 14, tel qu'il est libellé, n'accorde pas à l'État du représentant le droit de demander que la procédure soit transférée à sa propre juridiction ou qu'elle soit neutralisée ou suspendue. En outre, le projet d'article 14 ne prévoit pas que les actes de l'État du représentant qui attestent de sa volonté et de sa capacité de poursuivre le représentant aient un quelconque poids dans la décision de l'État du for de transférer la procédure.

En termes plus généraux, la notion de compétence subsidiaire n'est guère présente dans le projet d'article 14 lui-même, malgré les explications données par la Rapporteuse spéciale dans son rapport. Par exemple, au paragraphe 141, celle-ci mentionne que « le transfert des procédures pénales repose sur le principe de la compétence subsidiaire », qui « peut être transposé tel quel au régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». La Rapporteuse spéciale renvoie à l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et fonde aussi ses conclusions sur une analogie avec les règles générales régissant le transfert des procédures pénales et l'analyse d'une affaire portée devant la cour d'appel de Lisbonne en 2018.

Le décalage entre l'importance accordée à la notion de compétence subsidiaire et le contenu du projet d'article 14 est peut-être dû au fait que le projet d'article est inspiré de traités tels que la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives et le Traité type sur le transfert des poursuites pénales. Or, ces traités ont une orientation générale différente, comme la Rapporteuse spéciale l'indique au paragraphe 142 de son rapport : ils s'appliquent simplement « dans le contexte ordinaire de l'exercice de compétences pénales concurrentes » et sont conçus pour lutter contre la criminalité transnationale. Dans ces traités, le principal objectif du transfert est de garantir une répartition efficace des ressources en matière de poursuites, et non de traiter la question délicate de la délimitation des compétences pour réprimer les crimes internationaux. En fait, comme la Rapporteuse spéciale l'admet au paragraphe 142, ces traités reconnaissent même l'immunité comme un motif de refus d'une demande de transfert.

Aux fins des travaux de la Commission, le texte inspiré de la Convention européenne et du Traité type devrait être renforcé par une formulation visant à garantir une véritable compétence subsidiaire pour la poursuite des crimes internationaux. Comme M<sup>me</sup> Galvão Teles l'a indiqué en 2018, des exemples de compétence subsidiaire au sens strict peuvent être trouvés dans la pratique des États relative aux poursuites engagées contre des ressortissants étrangers pour des crimes internationaux, notamment dans les législations belge, croate, espagnole et suisse, les pratiques des ministères publics en Allemagne, au Danemark, en Norvège et au Royaume-Uni, et certaines pratiques des tribunaux en Australie, en Espagne et aux Pays-Bas. Ces exemples démontrent que la notion de compétence subsidiaire est également un élément important dans la prévention de l'impunité des auteurs de crimes internationaux.

Compte tenu de ce qui précède, dans le but de renforcer la notion de subsidiarité, M. Nolte propose d'ajouter au projet d'article 14 un nouveau paragraphe 2, qui s'appliquerait spécifiquement aux situations visées par le projet d'article 7. Ce paragraphe se lirait comme suit :

« 2. Dans les cas où le projet d'article 7 s'applique, les autorités de l'État du for renoncent à exercer leur compétence au profit de l'État du représentant et transfèrent la procédure pénale qui a été engagée contre le représentant audit État, si celui-ci demande que la procédure soit transférée à sa propre juridiction et donne des assurances de sa volonté et de sa capacité de mener à bien les poursuites appropriées contre le représentant. ».

En ce qui concerne le projet d'article 16, M. Nolte dit qu'il ne croit pas qu'une disposition sur le traitement équitable ait sa place dans le cadre du sujet à l'examen car, comme la Rapporteuse spéciale le fait observer avec raison au paragraphe 111 de son rapport, « [i]l est généralement admis que l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État dans l'intérêt de ce dernier ». Les « garanties procédurales » de l'immunité peuvent donc consister uniquement en des droits attachés à l'État du représentant. Les droits individuels des personnes soupçonnées ou accusées sont généralement garantis par les traités de coopération concernant certains crimes, les traités relatifs aux droits de l'homme et les lois nationales. Il n'est pas nécessaire d'ajouter à ces garanties dans les situations qui soulèvent la question de l'immunité. La Commission ne devrait pas donner l'impression que les droits procéduraux accordent une protection spéciale aux représentants de l'État à titre individuel.

En ce qui concerne les questions posées par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 176 du rapport, M. Nolte, comme M. Hmoud, se déclare favorable à la proposition d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant, mais n'est pas d'accord pour que des recommandations de bonnes pratiques figurent dans le projet d'articles, car cela pourrait se révéler compliqué.

M. Nolte dit qu'il souhaite conclure par quelques observations d'ordre général. Au paragraphe 93 de son arrêt en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, la Cour internationale de Justice a déclaré que « [les] [règles] qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre ». Cette déclaration confirme que toutes les règles relatives à l'immunité de l'État sont



de nature procédurale, y compris celles qui régissent l'immunité des représentants de l'État. La Commission doit garder à l'esprit que toutes ces règles sont interdépendantes. Si certaines règles relatives à l'immunité semblent plus procédurales que d'autres, toutes partagent fondamentalement la même nature procédurale. En ce sens, les projets d'articles 5 à 7 ne constituent pas une sorte de droit substantiel distinct sur l'immunité des représentants de l'État ; ils sont des composantes d'un droit procédural global sur l'immunité et doivent être complétés par des règles qui, faute de mieux, pourraient être qualifiées de « dispositions et garanties procédurales de second ordre ».

La Rapporteuse spéciale fait des propositions intéressantes à cet égard dans son septième rapport, mais celles-ci n'apportent pas de solutions aux difficultés posées par le projet d'article 7. C'est particulièrement vrai pour la question de savoir si, conformément à l'opinion exprimée par une large majorité d'États, la Commission devrait qualifier le projet d'article 7 d'exercice de développement progressif. La même question se pose au sujet des projets d'article que la Commission pourra adopter provisoirement sur la base des sixième et septième rapports. Comme le dictum de la Cour internationale de Justice le suggère, une règle comme celle énoncée dans le projet d'article 7 et toutes les « dispositions et garanties procédurales » sont inextricablement liées, y compris pour ce qui est de la détermination de leur caractère juridique. M. Nolte dit qu'il pense, comme la Rapporteuse spéciale, M. Hmoud, M. Murphy et M. Tladi, que la plupart des dispositions et garanties procédurales proposées constitueront un exercice de développement progressif, même si certains des éléments qui les composent peuvent découler de l'obligation générale de coopérer faite aux États. Cependant, comme une large majorité d'États en sont convenus, le projet d'article 7 relève aussi d'un exercice de développement progressif. Ce fait, et les relations entre les deux ensembles de règles, devraient être reconnus. Les débats tenus à la Sixième Commission en 2017 et en 2018 le confirment.

La qualité du résultat global des travaux de la Commission sur le sujet dépendra de la qualité et de l'acceptabilité des dispositions et des garanties procédurales, en particulier lorsque celles-ci s'appliquent aux possibles exceptions à l'immunité *ratione materiae* prévues par le projet d'article 7. Peut-être considérera-t-on que la légalité de l'application d'une exception prévue par le projet d'article 7 par l'État du for devra être au moins subordonnée au respect de certaines dispositions procédurales par ledit État.

M. Nolte dit qu'il est favorable au renvoi des projets d'article proposés au Comité de rédaction, étant entendu que le Comité pourra aussi examiner d'autres propositions visant à préciser que les dispositions et les garanties procédurales générales s'appliquent également aux exceptions prévues par le projet d'article 7 et prévoyant des garanties particulières dans les situations visées par ledit projet d'article.

**M. Murase** dit qu'il comprend bien que M. Nolte n'essaye pas de rouvrir le débat sur le projet d'article 7, mais qu'il estime utile de rappeler que ledit projet d'article a été adopté en 2017 par une large majorité des membres de la Commission. Le projet d'article 7 ne devrait donc pas être remanié avant le stade de la deuxième lecture, et la Commission devrait s'employer à faire en sorte que les dispositions et garanties procédurales proposées par la Rapporteuse spéciale contribuent à l'application effective des projets d'articles 1 à 7.

**M. Nolte** dit que son intention était simplement de mettre en évidence l'interdépendance et la complémentarité entre les règles procédurales et le projet d'article 7.

**M. Rajput** dit que, même au stade de la première lecture, la Commission peut être amenée à reconsidérer toutes les observations formulées par les États et à réfléchir à la suite qu'elle entend donner au projet d'article 7.

**M<sup>me</sup> Galvão Teles** dit qu'elle remercie la Rapporteuse spéciale pour son septième rapport, qui fait fond sur l'examen des aspects procéduraux de l'immunité qu'elle avait entamé dans le sixième rapport, présenté en 2018. Comme l'ont souligné de nombreux membres de la Commission, les aspects procéduraux de l'immunité sont un élément essentiel de ce qui constitue un sujet important mais sensible, en particulier s'agissant du projet d'article 7 sur les exceptions à l'immunité *ratione materiae* mais aussi des questions relatives à l'immunité *ratione personae*. Ces aspects doivent s'appliquer à tous les projets d'article, qui devraient être considérés comme un ensemble.

Le septième rapport contient neuf nouveaux projets d'article soumis à la Commission pour examen. Comme M<sup>me</sup> Galvão Teles l'a dit en 2018, les aspects procéduraux de la reconnaissance de l'immunité des représentants de l'État soulèvent des questions qui sont largement absentes de la doctrine et des instruments internationaux relatifs aux immunités, lesquels portent généralement davantage sur les aspects de fond du concept. Les travaux de la Commission sur ce point sont donc novateurs, en plus d'être extrêmement importants.

Les neuf projets d'article proposés bénéficient d'un certain effet de nouveauté étant donné qu'ils portent principalement sur des points qui ne sont pas traités dans les instruments internationaux existants relatifs aux immunités dans le contexte des États, des missions spéciales, des organisations internationales et des immunités consulaires et diplomatiques. Les questions de l'invocation de l'immunité et, a fortiori, de la renonciation à l'immunité font figure d'exceptions notables, puisqu'elles ont déjà été examinées dans des études sur l'immunité et codifiées dans des traités et d'autres instruments internationaux.

Les projets d'article sont toutefois d'une grande pertinence, car les aspects procéduraux et les garanties procédurales contribuent à assurer l'équilibre nécessaire entre les différents intérêts et valeurs en jeu, à savoir l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales, le respect du droit de l'État du for d'exercer sa compétence et le respect de la position de l'État du représentant, la prévention de l'impunité et les droits individuels du représentant concerné.

Lors de son intervention sur le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/SR.3440), M<sup>me</sup> Galvão Teles avait mentionné à plusieurs reprises une affaire jugée peu de temps avant par les tribunaux portugais et qui pourrait présenter un intérêt pour les débats de la Commission sur les aspects procéduraux de l'immunité. Elle constate avec satisfaction que la Rapporteuse spéciale a repris cet exemple dans son septième rapport et qu'elle a étudié de manière approfondie la législation portugaise et les traités conclus dans le contexte de la Communauté des pays de langue portugaise.

M<sup>me</sup> Galvão Teles dit que les observations qu'elle s'apprête à formuler à propos du septième rapport sont à lire conjointement avec ses commentaires sur le sixième rapport, étant entendu qu'elle se réserve la possibilité de faire des observations et propositions plus détaillées concernant les projets d'article dans le cadre du Comité de rédaction.

L'invocation de l'immunité est un droit de l'État du représentant qu'il est libre d'exercer, ou de ne pas exercer en renonçant à l'immunité. L'invocation et la renonciation ne sont, dans ce contexte, que des dispositifs procéduraux qui n'ont aucune incidence sur les éléments normatifs de l'immunité des représentants de l'État et ne peuvent en aucun cas être considérées comme des exceptions à l'immunité.

À cet égard, il importe de savoir si l'immunité n'est opposable devant les tribunaux d'un État étranger que si elle est invoquée par l'État du représentant concerné. Il ressort de l'analyse des pratiques normatives que les instruments nationaux et internationaux ne se prononcent pas clairement sur la question de savoir si l'immunité doit avoir été invoquée pour être applicable. L'absence de dispositions particulières sur ce point semble conduire à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer l'immunité pour que la question soit examinée par les tribunaux de l'État du for.

L'obligation qui incombe aux tribunaux d'examiner d'office la question de l'immunité, même lorsque celle-ci n'est pas invoquée, existe peut-être dans le cas de l'immunité *ratione personae*. Comme indiqué dans le rapport, c'est la règle qui s'applique à la détermination de l'immunité de l'État selon la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et plusieurs lois nationales. Cette règle se justifie par le fait qu'exiger d'un État qu'il invoque l'immunité pour que l'opposabilité de celle-ci soit évaluée serait excessivement contraignant et irait, dans un certain sens, à l'encontre de l'objectif de l'immunité et du principe de l'égalité souveraine des États. De surcroît, il est assez aisé pour l'État du for de considérer l'État étranger comme une entité juridique bénéficiant, du moins potentiellement, de l'immunité. Le même raisonnement peut s'appliquer *mutatis mutandis* pour exiger des tribunaux et autres

autorités compétentes qu'ils se prononcent sur l'immunité de hauts représentants même si celle-ci n'est pas invoquée par l'État, en particulier lorsqu'il s'agit d'une immunité *ratione personae*. Il ressort des arguments développés dans le rapport que, dans de tels cas, l'identité des bénéficiaires de l'immunité ne doit faire aucun doute. Comme l'immunité couvre tous les actes accomplis par le représentant, il est plus facile pour les tribunaux de se prononcer sur ce point et l'on peut supposer qu'en règle générale, l'État a intérêt à défendre l'immunité de ses hauts représentants. Il en découle que négliger cette immunité constituerait une grave violation de la souveraineté de l'État concerné. Cette conclusion est étayée par la doctrine et par l'avis consultatif rendu en l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, dans lequel la Cour internationale de Justice a établi que les questions d'immunité étaient des « questions préliminaires » qui devaient être « tranchées dans les meilleurs délais ».

On pourrait faire valoir que le même raisonnement ne devrait pas s'appliquer à l'immunité *ratione materiae*, et l'analyse de la Rapporteuse spéciale est éclairante à cet égard. D'une part, l'État du for n'a pas nécessairement connaissance de toutes les personnes qui pourraient être considérées comme des représentants de l'État ou qui pourraient avoir exercé des fonctions officielles dans une situation particulière, et il n'a pas toujours les moyens de les identifier. L'État du représentant est souvent mieux placé pour invoquer l'immunité que l'État du for ne l'est pour examiner l'opposabilité de celle-ci. D'autre part, l'intérêt de l'État à revendiquer l'immunité d'un représentant de rang inférieur ne va pas toujours de soi. Par conséquent, on peut considérer qu'il n'est pas excessif, dans de tels cas, d'exiger de l'État du représentant qu'il invoque l'immunité devant les tribunaux de l'État du for et qu'il énumère les actes qui revêtent selon lui un caractère officiel. C'est le raisonnement que semble avoir suivi, bien qu'implicitement, la Cour internationale de Justice dans *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Dans cette affaire, la Cour a rejeté certaines demandes de Djibouti au motif que celui-ci n'avait informé la France ni du caractère officiel des actes en question ni des fonctions officielles exercées par les intéressés. Plusieurs auteurs se sont fondés sur les arguments exposés juste avant pour souligner la nécessité de remplir cette condition préalable dans le cas de l'immunité *ratione materiae*.

Un autre argument pourrait être celui du respect du principe de la reconnaissance du droit de l'État de s'auto-organiser (qui est mentionné au paragraphe 56 du rapport) et du principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un autre État. Le fait, pour l'État du for, de déterminer qu'une certaine personne est un représentant de l'État dans un État tiers ou qu'un certain acte est de nature officielle, sans que l'État tiers ne l'ait affirmé, pourrait en effet être considéré comme une violation de ces deux principes.

Toutefois, la possibilité que l'État du for se prononce d'office sur la question de l'immunité *ratione materiae* ne peut être exclue. M<sup>me</sup> Galvão Teles gardera donc l'esprit ouvert quant aux arguments qui pourront être présentés pour étayer la reformulation du paragraphe 6 du projet d'article 10 dans ce sens, ainsi que l'ont proposé MM. Aurescu, Nolte et Tladi.

En tout état de cause, il convient de souligner que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant a pour effet d'obliger les autorités de l'État du for à examiner la question de l'immunité et à se prononcer à son sujet, compte dûment tenu des informations et arguments présentés par l'État du représentant. Cela ne signifie pas pour autant que l'État du for doive s'en remettre à l'État du représentant lorsqu'il détermine l'immunité ; en effet, ce n'est pas le cas dans la pratique.

Enfin, il est évident que l'invocation de l'immunité est un droit de l'État qui peut être exercé à tout moment de la procédure. En règle générale, la simple inaction d'un État, même si celui-ci a été informé de l'intention de l'État du for d'engager des poursuites ainsi que des détails pertinents de l'affaire en question, ne permet pas de conclure qu'il a renoncé à l'immunité de son représentant. La renonciation à l'immunité doit être claire et expresse. Par conséquent, et en règle générale, ce n'est pas parce qu'un État n'invoque pas l'immunité au début d'une procédure, ou au moment où il est informé de l'existence de cette procédure, qu'il ne pourra pas le faire plus tard. À cet égard, le paragraphe 2 du projet d'article 10 n'exprime peut-être pas cette règle assez clairement. M<sup>me</sup> Galvão Teles propose

que le paragraphe lui-même ou le commentaire fasse référence au droit de l'État d'invoquer l'immunité de ses représentants à tout moment avant la fin de la procédure. Elle rejoint en cela M. Hmoud, qui a proposé que le verbe « doit » soit remplacé par « devrait » au paragraphe 2 du projet d'article 10.

Passant au chapitre III du rapport, qui porte sur les garanties procédurales entre l'État du for et l'État du représentant, M<sup>me</sup> Galvão Teles dit que ces garanties visent avant tout à assurer le respect du principe de l'égalité souveraine des deux États concernés. Plus précisément, ces garanties sont censées couvrir quatre types de situation, qui font l'objet des projets d'articles 12 à 15, à savoir la notification à l'État du représentant, les demandes et échanges d'informations, le transfert de la procédure pénale à l'État du représentant et les consultations entre les deux États concernés. L'exercice, par l'État du représentant, des droits d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer dépend essentiellement du fait que cet État a connaissance, en temps voulu, de toute procédure pénale engagée dans l'État du for et qu'il est en mesure d'obtenir toutes les informations nécessaires.

Il se pose toutefois la question de savoir si l'État du for est juridiquement tenu de notifier à l'État du représentant son intention d'exercer sa compétence pénale. Comme la Rapporteuse spéciale le fait justement observer dans son rapport, la grande majorité des traités examinés n'établissent pas une telle obligation.

Dans les affaires impliquant des représentants de l'État qui jouissent clairement de l'immunité *ratione personae*, le caractère absolu de ce type d'immunité signifie que l'État du for doit notifier à l'État tiers son intention d'engager des poursuites et demander la renonciation à l'immunité. Dans ces cas, les États sont incités à informer l'État du représentant – ou sont tenus de le faire s'ils veulent exercer leur compétence pénale – étant donné qu'ils ne peuvent ni engager de poursuites ni adopter de mesures coercitives contre le représentant si l'immunité n'a pas été levée.

La question est donc particulièrement importante dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*, lorsque les autorités de l'État du for concluent que les actes en cause ne sont pas couverts par l'immunité et peuvent être donner lieu à des poursuites ou lorsqu'elles ne sont même pas au courant du caractère potentiellement officiel des actes ou du fait que l'intéressé est un représentant d'un État. Dans de tels cas, l'intervention de l'État du représentant a un rôle plus déterminant. En principe, et sans préjudice des remarques précédentes de M<sup>me</sup> Galvão Teles, les tribunaux de l'État du for ne sont pas tenus de statuer sur la question de l'immunité si elle n'est pas invoquée. L'importance accordée à la condition que l'État soit au courant de la procédure en pareille situation semble apparaître dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, le seul instrument dont la Rapporteuse spéciale estime qu'il établit une obligation de notification dans les cas où l'État du for engage des poursuites contre un représentant susceptible de bénéficier de l'immunité, en l'occurrence un agent consulaire qui peut jouir de l'immunité *ratione materiae*.

Dans ce contexte, il convient d'insister sur le fait que pour pouvoir exercer son droit souverain d'invoquer l'immunité pour des actes officiels ou de renoncer à cette immunité, il est essentiel que l'État sache qu'un État tiers a l'intention de poursuivre l'un de ses représentants. De surcroît, il est dans l'intérêt de l'État du for de mettre rapidement l'État du représentant au courant de son intention de poursuivre, puisque tout retard pris à cet égard peut compromettre l'exercice efficace de la compétence pénale. L'immunité pouvant être invoquée à tout moment, l'État du représentant pourrait l'invoquer à un stade ultérieur de la procédure, ce qui obligerait le tribunal à examiner la question à ce moment-là. Cela pourrait non seulement perturber le cours normal de la procédure mais aussi nécessiter son arrêt immédiat s'il s'avérait que l'immunité s'applique, auquel cas les ressources qui auraient été consacrées à l'enquête et aux poursuites auraient été dépensées pour rien. Par conséquent, l'obligation de notification à l'État du représentant, telle qu'elle apparaît dans le projet d'article 12, devrait couvrir à la fois l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Son placement dans l'ensemble du projet pourrait en outre être réexaminé, puisqu'elle serait peut-être plus à sa place avant les projets d'articles 10 et 11 qui traitent respectivement de l'invocation de l'immunité et de la renonciation à l'immunité.

Il convient de garder à l'esprit que l'obligation de notifier qui incombe à un État se limite à ce dont cet État a connaissance. Dans certains cas, les États du for ne sont pas en mesure de savoir qu'un individu était un représentant étranger au moment où il a commis les actes reprochés. En pareille circonstance, il ne devrait pas y avoir d'obligation de notifier tant que l'État n'est pas au courant de la situation du représentant.

L'objectif consistant à faire en sorte que l'État du représentant soit pleinement informé des poursuites engagées dans l'État du for et soit donc capable d'exercer son droit d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer ne pourra être pleinement atteint que s'il existe des procédures, outre la notification, qui permettent aux deux États d'échanger des informations et de se consulter. Ces procédures sont tout aussi précieuses pour l'État du for, dont les autorités et les tribunaux peuvent avoir besoin d'informations qu'ils ne possèdent pas nécessairement, en particulier pour statuer sur la question de savoir si la personne concernée bénéficie de l'immunité *ratione materiae*. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale examine les modalités d'échanges et de consultations possibles entre les deux États. À cet égard, beaucoup de renseignements peuvent être tirés, *mutatis mutandis*, d'instruments internationaux de coopération et d'entraide judiciaire existants, car ceux-ci établissent souvent des procédures détaillées au moyen desquelles les États qui entendent exercer leur compétence pénale peuvent demander et échanger des informations pertinentes et tenir des consultations informelles. Parallèlement, M<sup>me</sup> Galvão Teles convient qu'il faudrait insister davantage sur l'importance des voies diplomatiques dans ce domaine et pense à cet égard que le paragraphe 3 du projet d'article 12 gagnerait à être renforcé, tout comme le paragraphe 4 du projet d'article 10. Elle appuie globalement les deux autres nouveaux projets d'article proposés dans le rapport, à savoir les projets d'articles 13 (Échange d'informations) et 15 (Consultations). Leur formulation pourrait toutefois être améliorée et précisée par le Comité de rédaction.

Pour ce qui est du projet d'article 14 sur le transfert de la procédure pénale, M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle souhaite réitérer les observations et suggestions qu'elle avait faites en 2018 concernant les procédures pénales engagées devant les tribunaux de l'État de nationalité. Lorsque l'État de nationalité du représentant souhaite que celui-ci réponde des faits reprochés devant ses propres tribunaux, la question est alors de savoir si cet État devrait avoir la primauté dans l'exercice de la compétence pénale sur son représentant et si l'individu en cause doit être extradé à la demande dudit État aux fins de l'exercice de cette compétence, ou, dans le cas où le représentant n'est pas détenu dans l'État du for, si la procédure doit être transférée à l'État de nationalité. Selon plusieurs auteurs, l'application horizontale du droit pénal international, bien qu'elle soit à la fois nécessaire et souhaitable dans certains cas, doit respecter le principe de subsidiarité. Autrement dit, lorsqu'elles déterminent leur propre compétence, les juridictions de l'État tiers doivent se demander si l'on peut raisonnablement espérer que le comportement du représentant fera l'objet d'une enquête digne de ce nom dans son pays.

Comme M<sup>me</sup> Galvão Teles l'a déjà dit en 2018, la législation et la jurisprudence de certains États viennent aussi étayer l'application du principe de subsidiarité dans les procédures engagées contre des représentants étrangers. Qui plus est, l'idée de subsidiarité trouve son expression dans le principe de complémentarité établi à l'article 17 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, selon lequel la Cour ne peut donner suite à une affaire que si un État n'a pas la volonté ou la capacité de mener véritablement à bien l'enquête et les poursuites. Ce principe est censé favoriser un équilibre entre la souveraineté des États et l'exercice de la justice internationale. L'adoption d'un principe analogue dans le contexte de l'exercice de la compétence pénale par des juridictions étrangères sur des représentants d'États tiers pourrait être utile pour parvenir au même équilibre. Il est possible d'affirmer que, même dans les cas où l'immunité ne couvre pas le comportement en cause ou qu'elle peut être écartée, les États devraient s'abstenir d'engager des poursuites contre un fonctionnaire étranger si l'État de nationalité a la volonté et la capacité d'enquêter lui-même sur les faits supposés, pour autant que rien n'indique que cette procédure est un simulacre et vise uniquement à éviter de véritables poursuites dans un autre État. Un tel principe offrirait une protection non négligeable contre les procédures motivées par des considérations politiques, tout en continuant à prévenir l'impunité et à favoriser l'établissement de la responsabilité pénale. La Rapporteuse spéciale s'est efforcée de couvrir ces points dans le projet d'article 14 et celui-ci constitue une bonne ébauche.

M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle se joint aux autres membres qui ont appuyé le projet d'article mais qu'elle estime qu'il pourrait être renforcé selon les lignes qu'elle vient d'indiquer et compte dûment tenu des propositions qui ont été faites par d'autres membres de la Commission.

S'agissant des paragraphes 174 à 177 du rapport, qui concernent le programme de travail futur sur le sujet, M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle souscrit à la proposition de la Rapporteuse spéciale de revenir plus tard sur la question du lien entre l'immunité des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, d'une manière générale. Au paragraphe 176, la Rapporteuse spéciale indique qu'elle souhaiterait connaître l'avis des membres à propos de l'ajout éventuel de deux nouveaux éléments au projet d'articles, à savoir la définition d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant et la recommandation de bonnes pratiques susceptibles de faciliter la résolution des problèmes concrets qui se posent lors de la détermination de l'immunité.

Le premier élément, c'est-à-dire la définition d'un mécanisme de règlement des différends, est très intéressant, étant donné le risque de différends associés à l'immunité et la sensibilité de ceux-ci, sous l'angle juridique, diplomatique et politique, pour les États concernés. M<sup>me</sup> Galvão Teles se demande toutefois quel type de mécanisme la Rapporteuse spéciale a en tête et comment il pourrait être établi dans le contexte du projet d'articles étant donné que, comme d'autres membres l'ont souligné, un mécanisme spécialisé de règlement des différends s'inscrirait mieux dans le cadre d'une future convention internationale sur la question. En tout état de cause, les mécanismes généraux de règlement s'appliquent à tous les différends entre deux États qui ont trait à l'immunité, si tant est que les parties concernées aient accepté ces mécanismes.

Le second élément, à savoir une liste de bonnes pratiques, pourrait s'avérer très utile pour les États. Il pourrait en particulier constituer un moyen très efficace de réduire le risque qu'un État exerce sa compétence sur des représentants étrangers de manière abusive ou à des fins politiques. En effet, certaines des dispositions des nouveaux projets d'article proposés dans le rapport s'apparentent déjà, dans un certain sens, à de bonnes pratiques que les États devraient suivre. Comme la Rapporteuse spéciale l'a souligné à plusieurs reprises dans son rapport, les aspects procéduraux de l'immunité sont, dans une large mesure, des questions sur lesquelles les traités existants ne se sont pas attardés. Ainsi, les lois nationales et instruments internationaux analysés ne contiennent aucune règle indiquant clairement les organes de l'État habilités à invoquer l'immunité ou les canaux par lesquels la question doit être soulevée. La grande majorité des traités examinés n'exigent pas de l'État du for qu'il notifie à l'État du représentant son intention d'exercer sa compétence pénale, et le mécanisme proposé pour le transfert des procédures s'inspire seulement de deux conventions applicables dans le contexte ordinaire de l'exercice de compétences pénales concurrentes et dont les dispositions ne sont pas tout à fait cohérentes. Comme cela a déjà été dit, les exceptions à cet égard relèvent des règles sur les renoncements à l'immunité et des droits procéduraux du représentant, ceux-ci trouvant leur origine dans plusieurs instruments internationaux et dans une pratique internationale constante. C'est pourquoi la Commission ne devrait peut-être adopter que les dispositions les plus générales du projet d'articles concernant les aspects procéduraux, dispositions qui sont, dans une large mesure, des propositions aux fins du développement progressif, et garder les procédures plus détaillées pour constituer une liste des bonnes pratiques. À cet égard, M<sup>me</sup> Galvão Teles est plutôt d'accord avec les membres qui ont préconisé de raccourcir et de rationaliser le projet d'articles proposé.

Il importe de garantir la cohérence entre la terminologie utilisée dans les projets d'articles 8 et 9, à savoir les expressions « examen de la question de l'immunité » et « détermination de l'immunité », et celle employée dans les projets d'articles 1 à 7, à savoir les « bénéficiaires » de l'immunité et les cas dans lesquels l'immunité « s'applique » ou « ne s'applique pas ». À cette fin, on pourrait intervenir soit dans le texte du projet d'articles soit dans le commentaire, afin qu'il apparaisse clairement que la quatrième partie du projet, consacrée aux dispositions et garanties procédurales, s'applique, que l'immunité en question soit *ratione personae* ou *ratione materiae*, que l'immunité s'applique ou non, y compris dans les cas énumérés dans le projet d'article 7 sur les exceptions à l'immunité *ratione materiae*, et que la procédure mentionnée dans le projet d'articles conclue ou non à

l'opposabilité de l'immunité. On pourrait aussi revoir le libellé du projet d'article 9 afin de souligner le rôle non négligeable de la législation nationale – y compris, dans certains cas, des dispositions constitutionnelles portant sur des questions telles que la séparation des pouvoirs – pour ce qui est de régir la procédure, les organes compétents et la participation d'autres organes à la détermination de l'immunité. Au paragraphe 2, la formule « l'immunité de l'État étranger » devrait être remplacée par « l'immunité du représentant de l'État étranger » ou par une expression analogue.

S'agissant du projet d'article 12, il importe de noter, comme l'a fait la Rapporteuse spéciale dans les paragraphes 122 et suivants, que chaque État et système juridique a sa propre conception des attributions de l'exécutif et du judiciaire et des relations entre les deux, en particulier de la communication entre eux. Dans certains systèmes nationaux, l'application stricte du principe de séparation des pouvoirs implique que les organes de l'exécutif ne peuvent en aucun cas donner aux tribunaux leur avis à propos de l'immunité ni demander des informations à cet égard ou leur transmettre des renseignements reçus d'un État tiers, sauf si la loi les y autorise expressément. M<sup>me</sup> Galvão Teles propose donc de souligner, soit dans le texte du projet d'article, soit dans le commentaire, que l'application du projet d'article 12 est subordonnée à la législation interne applicable. Ces considérations sont aussi importantes dans le contexte des projets d'articles 13, 14 et 15. Ainsi, il faudrait modifier le libellé du projet d'article 15 pour préciser que les consultations devraient être menées « selon qu'il convient » et « conformément aux dispositions pertinentes du droit interne ».

Avec son septième rapport, la Rapporteuse spéciale a achevé son analyse des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Comme cela a déjà été dit, ces aspects ne sont presque pas mentionnés dans les instruments existants qui traitent des immunités et, dans la majorité des cas, il n'existe aucune pratique étatique cohérente. En l'absence d'une pratique bien établie, la Commission se trouve au défi de devoir exposer de façon détaillée les procédures d'invocation de l'immunité, de renonciation à l'immunité et de coopération entre l'État du for et l'État du représentant tout au long de la procédure pénale. Dans ce contexte, il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, garantir la sécurité juridique et établir des mécanismes permettant de prévenir à la fois l'exercice abusif de la compétence pénale à l'encontre de représentants étrangers et l'application excessive de l'immunité et, d'autre part, éviter de créer des contraintes excessives par lesquelles les États ne se sentent pas liés et qu'ils ne respectent pas. Comme mentionné précédemment, il pourrait s'avérer fort utile de disposer d'un guide des bonnes pratiques qui couvrirait certains de ces points.

M<sup>me</sup> Galvão Teles recommande le renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction, compte tenu des observations faites au cours du débat en plénière. Elle partage l'avis de la Rapporteuse spéciale selon lequel la Commission devrait s'efforcer d'adopter le projet d'articles en première lecture en 2020.

**M. Tladi** dit que M<sup>me</sup> Galvão Teles a soulevé une question importante et intéressante concernant la complémentarité, qui rejoint les observations faites par M. Nolte à propos de la subsidiarité. S'agissant de la complémentarité, la difficulté réside dans le fait de décider qui est habilité à déterminer si la procédure engagée dans l'État du représentant est légitime, digne de ce nom et qu'elle n'est pas un simulacre. Là est la question vraiment essentielle, et elle intéresse également la Cour pénale internationale. Dans ce contexte, c'est la Cour qui, en dernier ressort, prend la décision finale, même si cela peut poser un problème pour les États parties qui souhaitent mener la procédure eux-mêmes.

**M. Grossman Guiloff** dit qu'il pense comme M. Tladi que le principe de subsidiarité est très important. La question de savoir comment ce principe s'applique lorsque la nationalité passive est invoquée comme motif d'exercice de la compétence n'a toutefois pas été posée, alors même qu'elle présente un intérêt et qu'il existe une jurisprudence pertinente en la matière. M. Grossman Guiloff dit que la semaine précédente, un tribunal italien a condamné 24 ex-fonctionnaires argentins, boliviens, brésiliens, chiliens, paraguayens et uruguayens responsables de la mort ou de la disparition de 43 personnes, dont 23 Italiens, dans le cadre de l'opération Condor. Il y a eu d'autres cas dans lesquels des tribunaux nationaux ont invoqué le principe de la nationalité passive pour

exercer leur compétence, et le rapport qui existe entre ce principe et le principe de subsidiarité devrait être examiné. Avant d'adopter le principe de subsidiarité sans y attacher aucune exception, la Commission devrait se pencher sur la pratique étatique.

**M<sup>me</sup> Galvão Teles** dit qu'elle a, elle aussi, réfléchi à la question soulevée par M. Tladi et qu'il s'agit d'une observation recevable que le Comité de rédaction pourra examiner si la Commission décide effectivement de se tourner vers ce que l'on pourrait appeler la complémentarité horizontale, par opposition à la complémentarité verticale appliquée par la Cour pénale internationale. S'agissant de la complémentarité verticale, la question est tranchée par la Cour, qui peut décider de se saisir de l'affaire si elle estime que l'État n'a pas la volonté ou la capacité d'engager des poursuites au niveau national. Citée par la Rapporteuse spéciale dans son rapport, la décision prise par la cour d'appel de Lisbonne de transférer la procédure aux juridictions angolaises, à condition que celles-ci engagent effectivement des poursuites et tout en réservant la possibilité que les tribunaux portugais se déclarent à nouveau compétents si les progrès accomplis étaient insuffisants, propose une solution potentielle qui pourrait être envisagée. Le Comité de rédaction devrait examiner en profondeur les solutions de ce type.

**M<sup>me</sup> Escobar Hernández** (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle ne souhaite pas prendre part à cette discussion, en dépit de son importance indéniable, parce qu'elle a prévu de se conformer à la procédure habituellement suivie à la Commission et de répondre à toutes les questions soulevées par les membres dans son résumé des débats.

**M. Rajput** dit que l'ajout d'une clause obligatoire de règlement des différends et d'une référence à la Cour internationale de Justice contribuerait grandement à résoudre les questions soulevées pendant ce court débat. Il dit qu'il attend avec intérêt le prochain rapport de la Rapporteuse spéciale, qui couvrira probablement ces points.

**M. Nolte** dit qu'il approuve les observations de M<sup>me</sup> Galvão Teles. S'agissant des questions de complémentarité et de subsidiarité, qui se posent aussi dans d'autres contextes, il importe de ne pas se précipiter sur la question soulevée par M. Tladi. Il devrait y avoir une procédure propre à garantir que tous les facteurs pertinents soient pris en compte par les différents organes. À un moment donné, l'un de ces organes doit prendre une décision définitive, mais la question de savoir à quel organe il incombe de le faire doit être posée à la fin de la procédure, et non au début.

*La séance est suspendue à 11 h 35 et reprise à midi.*

**M. Saboia** dit qu'il accueille avec satisfaction le septième rapport de la Rapporteuse spéciale qui, à l'instar des autres rapports, expose des considérations et des propositions utiles et bien documentées. Se fondant sur le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, la Commission a commencé à examiner les aspects plus généraux des garanties procédurales dans le contexte de l'immunité. Dans ses observations sur ce rapport (A/CN.4/SR.3439), M. Saboia a dit qu'il partageait l'avis de la Rapporteuse spéciale selon lequel des mesures procédurales appropriées pourraient offrir une plus grande sécurité à la fois à l'État du for et à l'État du représentant, et limiter le risque d'exercice abusif de la compétence à l'égard d'un représentant d'un État étranger. Ces mesures peuvent aussi renforcer la confiance entre les États concernés et réduire les tensions. Elles devraient couvrir de manière appropriée les droits légitimes du représentant, leur but premier étant de préserver l'équilibre entre le principe de l'égalité souveraine des États et les valeurs de la communauté internationale et l'intérêt que celle-ci a à prévenir l'impunité des auteurs de crimes internationaux.

M. Saboia estime que les nouveaux projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport sont suffisants pour garantir le traitement équitable des questions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Notant que certains membres ont suggéré d'adopter des règles de procédure supplémentaires spécialement consacrées aux cas décrits dans le projet d'article 7, à savoir ceux dans lesquels l'immunité ne s'applique pas, il dit que, dans le cadre de son examen du septième rapport, la Commission devrait étudier, en faisant preuve d'esprit et de bonne foi, toutes les propositions formulées à cet égard et éviter toute suggestion de nature à mettre en péril le projet d'article 7.



Dans le chapitre I de son rapport, qui porte sur la notion de juridiction et les aspects procéduraux de l'immunité, la Rapporteuse spéciale propose deux nouveaux projets d'article. Le projet d'article 8 traite du moment auquel la question de l'immunité doit être examinée, tandis que le projet d'article 9 se concentre sur le rôle des autorités compétentes de l'État du for dans la détermination de l'immunité. La Rapporteuse spéciale part du principe que, l'immunité faisant échec à l'exercice de la juridiction, ce sont les tribunaux de l'État du for qui sont compétents pour examiner et déterminer l'applicabilité de l'immunité. Bien que ce raisonnement soit correct, la Rapporteuse spéciale elle-même reconnaît que, dans les faits, la pratique varie considérablement d'un État à l'autre pour ce qui est des autres organes étatiques qui peuvent influencer la procédure de détermination de l'immunité. Le projet d'article 9 conserve donc une certaine souplesse afin de tenir compte de la diversité de la pratique.

À cet égard, M. Saboia partage de manière générale l'opinion exprimée par plusieurs membres, à savoir qu'en accordant la priorité à certains organes de l'État, en l'occurrence les tribunaux, la Commission sortirait peut-être du cadre de son mandat. Une référence aux autorités compétentes de l'État serait probablement suffisante. M. Saboia estime également que les voies diplomatiques jouent souvent un rôle important dans les échanges portant sur les questions d'immunité et qu'elles ne devraient donc pas être reléguées au second plan dans les projets d'article qui traitent des différentes phases du processus, sans préjudice du rôle que d'autres organes peuvent jouer.

Dans le chapitre II de son rapport, consacré à l'invocation de l'immunité et à la renonciation à celle-ci, la Rapporteuse spéciale établit une distinction importante entre les cas d'immunité de l'État ou de représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* et les cas d'immunité *ratione materiae*. Concernant la première catégorie, on suppose que les autorités de l'État du for sont au courant de l'immunité de l'État ou de l'immunité *ratione personae* dont jouissent les hauts représentants, et qu'elles doivent donc examiner d'office la question de l'immunité, sans préjudice du droit de l'État concerné d'invoquer lui aussi l'immunité. Dans le second type de cas en revanche, compte tenu de la difficulté qu'il peut y avoir à identifier le représentant qui pourrait jouir de l'immunité *ratione materiae* et à confirmer l'existence d'éléments normatifs qui forment la base de l'immunité *ratione materiae*, celle-ci doit être invoquée expressément et officiellement par l'État du représentant.

Les questions de la compétence pour invoquer l'immunité et du moment auquel il faut le faire sont clairement traitées dans le chapitre II. Il est bien établi que, puisque l'immunité vise à protéger les intérêts des États, ce sont ces derniers et non leurs représentants qui ont le droit et le pouvoir d'invoquer l'immunité. Toutefois, parce qu'ils incarnent l'État, les membres de la « troïka », c'est-à-dire le chef de l'État, le chef du Gouvernement et le Ministre des affaires étrangères, sont considérés comme jouissant du pouvoir d'invoquer l'immunité de leur propre chef. D'autres organes de l'État pourraient aussi, conformément au droit interne, être compétents pour invoquer l'immunité. La Rapporteuse spéciale n'a pas trouvé suffisamment d'éléments permettant de conclure à l'existence de règles du droit international régissant cette compétence. Néanmoins, il est admis que les chefs de mission diplomatiques sont compétents pour faire savoir à l'État du for que l'immunité est invoquée.

En ce qui concerne les effets de l'invocation de l'immunité, la Rapporteuse spéciale fait observer que le but de l'État du représentant est de faire échec à l'exercice de la compétence des autorités de l'État du for. Celles-ci devraient être conscientes de ce but mais ne pas le laisser prévaloir sur la nécessité d'examiner objectivement les éléments invoqués par l'État du représentant. L'État du for doit certes examiner ces éléments avec le sérieux et la rapidité qui s'imposent mais il n'est pas tenu de les accepter aveuglément.

Les projets d'articles 10 et 11 concernent respectivement l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité. Il ressort de l'analyse de la Rapporteuse spéciale que les renonciations font l'objet de règles plus explicites que l'invocation dans la pratique nationale et internationale et dans la jurisprudence internationale. Un État est en droit d'invoquer l'immunité et peut donc, *ipso facto*, choisir de renoncer à ce droit et de lever l'immunité. Si certains ouvrages de doctrine ont évoqué la possibilité d'une obligation de renoncer à l'immunité ou d'une « renonciation implicite », telle que mentionnée aux

paragraphe 85 à 87 du rapport de la Rapporteuse spéciale, il semble évident, du moins dans le contexte du sujet à l'examen, que la renonciation à l'immunité est une faculté de l'État et que celle-ci doit être formulée clairement et sans équivoque. Dans le cas précis de l'immunité de juridiction pénale étrangère, il est particulièrement important que la renonciation énonce des éléments substantiels afin qu'il ne subsiste aucun doute sur sa portée ainsi que sur les personnes, les actes et les formes d'immunité auxquels elle s'applique, comme indiqué au paragraphe 84 du rapport.

La question de savoir si l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale peut être assimilée à une renonciation implicite à l'immunité prête à controverse. M. Saboia tend à considérer qu'il s'agit d'une question distincte de celle de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il préfère donc ne pas se prononcer dans l'immédiat sur la teneur des paragraphes 92 et 93 du rapport et sur celle du paragraphe 4 du projet d'article 11.

M. Saboia souscrit à l'analyse et aux conclusions de la Rapporteuse spéciale concernant les effets de la renonciation à l'immunité. Il considère en particulier que, la renonciation supprimant l'obstacle à l'exercice de sa compétence par l'État du for, c'est le droit interne qui détermine les étapes successives du processus. La renonciation à l'immunité est irrévocable et s'applique à l'ensemble des procédures engagées contre le représentant dans le contexte des allégations portées contre lui. M. Saboia souscrit au projet d'article 11, à l'exception de son paragraphe 4.

L'analyse éclairante exposée au chapitre III précède des propositions visant à élaborer ou à renforcer les modalités de communication et d'échange d'informations entre les États concernés s'agissant de l'exercice éventuel de la compétence pénale à l'égard d'un représentant de l'État susceptible de bénéficier de l'immunité. M. Saboia se félicite de ces propositions qui, en facilitant l'examen objectif des faits et des arguments avancés par les parties, visent à renforcer la confiance mutuelle et à éviter les tensions. Il attend avec intérêt de pouvoir discuter, au sein du Comité de rédaction, des projets d'article proposés dans le chapitre III et des nombreuses suggestions qui ont été formulées à cet égard.

En ce qui concerne le projet d'article 14, consacré au transfert de la procédure pénale, l'idée d'un accord légitimement conclu par deux juridictions concurrentes pour le transfert de la procédure pénale est incontestablement bonne puisque ce type d'accord devrait permettre, en principe, d'améliorer les conditions dans lesquelles la procédure judiciaire est menée et de garantir que les droits et intérêts légitimes des parties, y compris de l'auteur présumé, sont dûment pris en compte. Toutefois, il conviendrait de préciser les modalités, le moment et les conséquences d'un tel transfert dans les cas d'immunité de juridiction pénale étrangère de représentants de l'État. Dans l'exemple donné dans le rapport, c'est-à-dire l'arrêt rendu le 10 mai 2018 par la cour d'appel de Lisbonne, il semble que la décision de ne pas reconnaître l'immunité du prévenu avait déjà été prise avant que le transfert de la procédure soit engagé.

Plusieurs membres ont fait part d'une préoccupation encore plus importante, à savoir comment faire en sorte que le transfert de la procédure pénale ne soit pas uniquement utilisé pour protéger les auteurs d'infraction présumés. Le mini-débat qui a eu lieu à la séance en cours de la Commission a ouvert une possibilité de clarifier et d'améliorer le contenu du projet d'article 14.

Le projet d'article 15, qui porte sur les consultations, peut sembler inutile étant donné que les États peuvent se consulter même en l'absence d'une disposition à cet effet. Il importe toutefois d'encourager les États à se consulter, ce qui permet de renforcer la confiance mutuelle. Cette nécessité est étayée par le fait qu'un grand nombre d'instruments internationaux, y compris la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, invitent les États à se consulter, comme indiqué dans le rapport.

Le projet d'article 16, consacré au traitement équitable et impartial du représentant de l'État, constitue lui aussi une disposition essentielle. Après avoir passé en revue les travaux antérieurs de la Commission sur des dispositions de nature similaire, notamment celle figurant dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, la Rapporteuse spéciale explique, au paragraphe 172 de son rapport, qu'il convient d'utiliser une

formulation différente pour le sujet à l'examen parce qu'il s'agit ici de protéger les droits et les garanties de procédure dans le cadre de procédures pénales dans lesquelles la question de l'immunité se pose. Qui plus est, il faut garder à l'esprit que ces garanties devraient s'appliquer à tous les stades de la procédure, tant au stade de la décision sur l'applicabilité de l'immunité qu'ultérieurement, si l'immunité ne s'applique pas. C'est pour cette raison que la Rapporteuse spéciale a décidé d'adopter une approche globale et exhaustive pour examiner cette question. Le paragraphe 2 du projet d'article 16 concerne spécialement les cas dans lesquels le projet d'article 7 est invoqué.

En conclusion, M. Saboia dit qu'il appuie le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

*La séance est levée à 12 h 25.*