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 3487e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 22 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).

GE.19-12020 (F) 040320 060320

1912020

Merci de recycler

Présents :

Président :	M. Šturma
Membres :	M. Argüello Gómez
	M. Aurescu
	M. Cissé
	Mme Escobar Hernández
	Mme Galvão Teles
	M. Gómez-Robledo
	M. Grossman Guiloff
	M. Hassouna
	M. Hmoud
	M. Huang
	M. Jalloh
	M. Laraba
	Mme Lehto
	M. Murase
	M. Murphy
	M. Nguyen
	M. Nolte
	Mme Oral
	M. Ouazzani Chahdi
	M. Park
	M. Reinisch
	M. Ruda Santolaria
	M. Saboia
	M. Tladi
	M. Valencia-Ospina
	M. Vázquez-Bermúdez
	Sir Michael Wood
	M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn	Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 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)

Sir Michael Wood dit qu'il souscrit à la plupart des observations formulées par M. Hmoud, M. Murphy, M. Nolte, M. Rajput et M. Zagaynov en ce qui concerne le septième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/729). M. Hmoud, dont la déclaration à la 3480e séance de la Commission a ouvert le débat sur le rapport après que la Rapporteuse spéciale eut présenté celui-ci, a souligné trois points essentiels auxquels de nombreux membres ont ultérieurement fait écho. Premièrement, le fait que le rapport n'examine pas directement comment des garanties peuvent être prévues pour mettre les représentants de l'État à l'abri des poursuites politiquement motivées devant les tribunaux étrangers est préoccupant. Deuxièmement, la question générale de la procédure et des garanties procédurales propres aux limites ou exceptions à l'immunité *ratione materiae* n'est pas non plus envisagée dans le rapport. Troisièmement, si la Rapporteuse spéciale indique aux paragraphes 21 à 23 de celui-ci que les projets d'article qu'elle propose reposent sur la mise en balance et la préservation d'intérêts juridiques essentiels, les dispositions procédurales proposées semblent privilégier le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction au détriment de celui de l'État du représentant d'invoquer l'immunité. Sir Michael Wood dit qu'il pense comme M. Hmoud et d'autres qu'il n'y a aucune raison pour que la Commission examine l'arrêt extrêmement controversé rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale sur l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, car cet arrêt est tout simplement sans rapport avec le sujet à l'examen.

S'agissant de l'état actuel des travaux sur le sujet, bien qu'un membre ait semblé estimer que les divergences de vues au sein de la Commission étaient désormais moins marquées, Sir Michael Wood dit qu'il ne pense pas que cela soit le cas. Le projet d'article 7 fait tout autant obstacle à un accord sur le sujet que le jour où il a été adopté par un vote enregistré. Les membres de la Commission ne doivent pas se faire d'illusions sur ce point. Tel qu'actuellement libellé, le projet d'article 7 est inacceptable pour les États en général, et il n'y a pas non plus d'accord en ce qui le concerne au sein de la Commission. Il ne saurait servir de base pour mener les travaux sur le sujet à bonne fin. Comme la Rapporteuse spéciale semble désormais l'admettre, le projet d'article 7 ne reflète pas la *lex lata* et n'est pas l'expression du droit international coutumier. Il conviendra de l'indiquer si ce projet d'article est conservé. Il ne reflète pas non plus une « tendance » de l'évolution du droit. Étant donné la position de nombreux États représentants diverses régions et traditions juridiques, il est très peu probable que le projet d'article 7 en vienne jamais à refléter le droit international coutumier. Une modification des règles applicables du droit international dans le sens du projet d'article 7 n'interviendra qu'entre les États qui deviendront parties à une convention dûment ratifiée. Si une disposition comparable à ce projet d'article devait être conservée, des garanties procédurales effectives devront être formulées pour prévenir l'abus des exceptions à l'immunité *ratione materiae* qui sont proposées, et ce, afin de prévenir les poursuites politiquement motivées ou autrement abusives.

Un ou deux membres ont exprimé, quant à la nature du projet d'article 7, des opinions fondamentalement erronées. Il est clair que, lorsque le projet d'article 7 a été adopté, pour la grande majorité des membres de la Commission son texte ne reflétait pas l'état actuel du droit international. Au contraire, comme les États à la Sixième Commission, l'immense majorité des membres de la Commission considérait que cette disposition ne reflétait pas la *lex lata*. La majorité des membres était partie de l'hypothèse que la Commission élaborait un projet d'articles qui serait proposé aux États afin qu'ils élaborent une convention s'ils en décidaient ainsi. Les autres projets d'articles adoptés par la Commission dans le domaine des immunités, et tout récemment les articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, avaient été conçus pour devenir des conventions. Viser à codifier le droit existant sur les éventuelles exceptions aurait été une entreprise extrêmement controversée sur laquelle il existait manifestement, au sein de la Commission, des opinions largement divergentes ; plusieurs partisans du projet d'article 7 ont clairement déclaré que sa teneur n'était pas établie en droit.

Il semble que, de l'avis général tant au sein de la Commission que parmi les États, si une disposition similaire au projet d'article 7 est finalement conservée, la Commission devra proposer des garanties de procédure efficaces. Bon nombre de membres ont fait sur ce point des observations constructives à la session précédente et à la session en cours, nonobstant les très sérieuses réserves de certains d'entre eux au sujet du projet d'article 7. M. Nolte, en particulier, a rappelé la proposition qu'il avait faite à la session précédente pour mettre en place de véritables garanties procédurales applicables au projet d'article 7. D'autres membres ont évoqué cette proposition et présenté les leurs.

Sir Michael Wood dit qu'il tient à appeler l'attention sur celles des garanties ainsi proposées qu'il considère comme les plus importantes. Les exceptions et limites à l'immunité prévues au projet d'article 7 ne doivent s'appliquer que si le représentant de l'État étranger est présent sur le territoire de l'État du for. Lorsque cette condition est remplie, l'immunité devrait se présumer, nonobstant le projet d'article 7, jusqu'à ce qu'il y ait eu « détermination » de l'absence d'immunité. L'État du représentant devrait être informé avant qu'il soit déterminé qu'il n'y a pas immunité sur la base du projet d'article 7, afin qu'il puisse invoquer l'immunité ou la lever. Si cet État invoque l'immunité, cette invocation doit déclencher des consultations entre les États concernés et suspendre l'instance pénale pendant qu'elles sont en cours. Pour déterminer qu'il n'y a pas immunité en application du projet d'article 7, il faut disposer de preuves pleinement concluantes qu'un crime visé dans ce projet d'article a été commis. L'invocation par l'État du for d'une exception à l'immunité en application du projet d'article 7 doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dont le résultat doit être susceptible d'appel devant les plus hautes juridictions de cet État. S'il est déterminé qu'il n'y a pas immunité en application du projet d'article 7, l'État du for doit proposer de transférer la procédure à l'État du représentant si cet État a la capacité et la volonté d'engager des poursuites. Ce n'est qu'après que toutes ces étapes ont été franchies que l'État du for peut prendre des mesures de contrainte vis-à-vis du représentant en application du projet d'article 7. Les décisions doivent être prises au niveau le plus élevé possible de l'autorité compétente, qu'il s'agisse de l'exécutif, du ministère public ou des organes judiciaires. Les États devraient être tenus d'adopter les lois ou règlements nécessaires pour prévenir l'exercice arbitraire ou agressif du pouvoir d'engager des poursuites contre les représentants d'États étrangers, au moins en ce qui concerne le projet d'article 7. Des dispositions d'application obligatoire sur le règlement des différends devraient être ajoutées au projet d'articles pour garantir le respect de ces conditions et le règlement pacifique des différends entre l'État du for et l'État du représentant, au moins en ce qui concerne le projet d'article 7.

Sir Michael Wood souligne qu'il attache une importance particulière à la condition voulant que, dans le contexte du projet d'article 7, l'accusé soit présent sur le territoire de l'État du for. Rien ne risque plus d'aboutir à un abus que l'exercice de la compétence pénale à l'égard d'un représentant étranger qui n'est pas présent sur le territoire de l'État du for à raison d'une infraction qui n'aurait même pas été commise sur ce territoire, lorsque l'acte a été accompli à titre officiel. Sir Michael Wood considère que si la Commission veut réaliser des progrès à la session en cours, le Comité de rédaction doit examiner, outre les propositions figurant dans le septième rapport de la Rapporteuse spéciale, la proposition de M. Nolte et celles qu'il vient lui-même de faire. Cette approche serait totalement conforme aux résultats du débat préliminaire qui a eu lieu à la soixante-dixième session sur le sixième rapport (A/CN.4/722), lors duquel des membres ont indiqué qu'il importait de tenir compte de deux types de considérations en ce qui concerne les aspects procéduraux : les considérations traditionnelles concernant des questions telles que les délais, l'invocation et la renonciation, et toute une série de considérations concernant les garanties eu égard, en particulier mais non exclusivement, à l'adoption du projet d'article 7.

Le principal problème que soulèvent les neuf projets d'article proposés dans le septième rapport est que, pour l'essentiel, ils n'énoncent pas de réelles garanties pour l'État du représentant dans les cas où le projet d'article 7 serait applicable. En tout premier lieu, le Comité de rédaction devrait se demander quelle approche il entend adopter en ce qui concerne tant les garanties spécifiques qui ont été proposées pour le projet d'article 7 que celles proposées dans le septième rapport. Il lui faudra par exemple décider s'il convient d'ajouter une disposition spécifique sur les garanties dans le contexte du projet d'article 7 ou d'insérer de telles garanties dans les neuf projets d'article déjà proposés, ou s'il entend combiner les deux approches.

S'agissant des projets d'article proposés dans le septième rapport, Sir Michael Wood dit qu'il convient avec la Rapporteuse spéciale et d'autres membres que la plupart des dispositions et garanties procédurales proposées relèvent du développement progressif. Pour la plupart, elles n'ont un sens que dans le cadre d'un traité. Deuxièmement, s'il est vrai que les projets d'article concernant les questions procédurales peuvent sembler longs par rapport aux dispositions substantielles déjà élaborées et que le Comité de rédaction pourrait s'efforcer de les abréger, ce qui compte est que les principales questions soient toutes traitées de manière assez claire et détaillée pour que les dispositions soient efficaces et opérationnelles. Troisièmement, Sir Michael Wood dit qu'il pense comme M. Nolte que l'ordre des cinq premiers projets d'article procéduraux devrait être modifié. Le projet d'article 8 devrait venir en premier et être suivi des actuels projets d'articles 12, 10, 11 et 9, dans cet ordre. Quatrièmement, les dispositions proposées par la Rapporteuse spéciale semblent avoir été élaborées eu égard à la procédure pénale en vigueur dans les systèmes de droit civil, dans lesquels les organes judiciaires jouent un rôle prépondérant, alors que dans d'autres systèmes le pouvoir exécutif ou le ministère public interviennent davantage. Sir Michael Wood dit qu'il estime comme M. Hmoud, M. Tladi et d'autres que, excepté dans des circonstances bien définies, le projet d'article devrait viser en termes généraux les autorités de l'État du for et non expressément les juridictions de cet État. Cinquièmement, l'accent mis sur l'entraide judiciaire au détriment de la voie et des échanges diplomatiques ne correspond pas à ce qui se passe en pratique. Sixièmement, comme l'ont dit M. Park et d'autres, le projet d'article 16 n'a pas lieu d'être ; il n'est pas nécessaire de formuler des dispositions particulières sur l'équité du procès uniquement parce que l'accusé est un représentant de l'État.

Le projet d'article 8 semble porter sur l'importante règle du droit international voulant que les autorités compétentes, et en particulier les tribunaux, déterminent l'immunité *in limine litis*. Or, comme d'autres membres l'ont souligné, ce projet d'article n'énonce pas très clairement cette règle. De nombreuses propositions ont été faites pour en améliorer le texte, et Sir Michael Wood est persuadé que la Rapporteuse spéciale les portera toutes à l'attention du Comité de rédaction et proposera elle-même d'autres améliorations. S'agissant des difficultés particulières que soulève le texte actuel, l'obligation « d'examiner la question de l'immunité » visée au paragraphe 1 manque spécialement de clarté. À quelle conclusion cet « examen » aboutira-t-il si, en vertu du projet d'article 7, il n'y a pas immunité ? Dans le même paragraphe, le membre de phrase « un représentant étranger peut être visé par une procédure pénale » est lui aussi extrêmement vague. La relation entre les trois paragraphes du projet d'article 8, et en particulier entre les paragraphes 2 et 3, n'est pas non plus totalement claire.

Le projet d'article 9 vise la « détermination » de l'immunité, par opposition au projet d'article 8, qui ne vise que « l'examen de la question ». Le principal problème que soulèvent le projet d'article 9 et l'ensemble des projets d'article proposés dans le septième rapport est qu'ils attribuent aux tribunaux un rôle prédominant. Comme d'autres membres l'ont souligné, en pratique la décision initiale, et souvent la décision clef, est prise non par les tribunaux mais par les autorités chargées des poursuites, voire par la police ou les autres autorités chargées de l'enquête, qui dans de nombreux systèmes juridiques ne font pas partie de l'appareil judiciaire, et peuvent ou non relever de l'exécutif. Les paragraphes 1 et 3 devront être substantiellement révisés au Comité de rédaction. Le paragraphe 2, s'il est généralement satisfaisant, est relativement peu clair, car il semble placer le projet d'articles sur le même plan que la législation nationale. Que se passera-t-il en cas de divergence entre celle-ci et celui-là ? Sir Michael Wood dit qu'il n'approuve pas la proposition de M. Murase d'ajouter les mots « ou autres règles applicables du droit international » au paragraphe 2, car cela rendrait le sens de cette disposition encore plus obscur.

Le projet d'article 10 introduit la notion d'« invocation » de l'immunité, relativement étrangère à ce contexte. L'immunité existe en droit international qu'elle soit ou non « invoquée » par l'État du représentant. Le terme « invocation » semble renvoyer à une condition formelle qui n'existe tout simplement pas. Sir Michael Wood dit qu'il souscrit à la plupart des propositions qui ont été faites en vue de réunir ou de supprimer divers paragraphes au projet d'article 10. S'agissant du paragraphe 6, une question fondamentale que soulève le projet d'article 10 est celle de savoir s'il convient de distinguer entre les représentants de l'État selon qu'ils jouissent de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*.

Tel qu'actuellement libellé, le projet d'article 11, relatif à la renonciation à l'immunité, soulève également de nombreuses questions. Sir Michael Wood dit qu'il appuie pleinement les membres qui ont proposé d'en supprimer le paragraphe 4. Ce projet d'article devrait rester simple, comme le sont des textes antérieurement adoptés par la Commission sur le renonciation à l'immunité, par exemple les paragraphes 1 et 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Une seule phrase indiquant que l'État du représentant peut renoncer à l'immunité et que cette renonciation doit toujours être expresse serait suffisante.

Le projet d'article 12 pourrait de même dans une certaine mesure être simplifié. Par exemple, il n'est nul besoin, au paragraphe 3, de viser « les moyens prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales » ; ces moyens n'ont guère de rapport avec la notification de l'immunité, qui s'effectue par la voie diplomatique. La formule « les actes commis par [le représentant] sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale » devrait probablement être remplacée par la formule « les actes qu'aurait commis [le représentant] sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale ».

Comme d'autres projets d'article, le projet d'article 13 semble postuler l'existence d'un type particulier de système juridique qui n'existe pas dans de nombreuses régions du monde. Le projet d'article 14 est une disposition importante, puisqu'il traite du transfert de la procédure. Le texte proposé par la Rapporteuse spéciale n'offre toutefois aucune garantie à l'État du représentant et n'opérera qu'au bénéfice de l'État du for. Comme d'autres membres l'ont proposé, la Commission devrait envisager d'imposer à l'État du for l'obligation, dans certaines circonstances, de transférer la procédure à l'État du représentant lorsque celui-ci le demande. Le Comité de rédaction devrait examiner sérieusement le paragraphe additionnel proposé par M. Nolte, ou adopter une disposition comparable.

Sir Michael Wood dit qu'il se félicite de la teneur et de la brièveté du projet d'article 15, une disposition générale mais importante consacrée aux consultations. Toutefois, cette disposition devrait peut-être mentionner le moment où les consultations doivent se tenir. Enfin, Sir Michael Wood souligne qu'ainsi qu'il l'a déjà dit, il ne pense pas que le projet d'article 16 soit nécessaire.

S'agissant des travaux futurs, il reste à voir ce qu'il adviendra des neuf projets d'article proposés avant la fin de la session en cours. La Commission devrait adopter une position claire sur le résultat qu'elle anticipe pour ses travaux sur le sujet ; elle contribuerait ainsi à concilier les opinions divergentes existant en son sein et, il faut l'espérer, parmi les États. Sir Michael Wood dit qu'il lui paraît évident depuis le début qu'il s'agit pour la Commission de proposer un projet d'articles sur la base duquel les États décideront s'ils souhaitent ou non adopter une convention. C'est ce que confirment les dispositions procédurales actuellement à l'examen, dont bon nombre n'ont un sens que dans le cadre d'une convention. Il serait inapproprié que la Commission ne présente qu'une étude ou un instrument de droit souple sur le sujet, car l'immunité de juridiction pénale étrangère est une question qui relève du droit pénal et de la procédure pénale et ne se prête pas à une étude théorique.

D'autres membres ont relevé que les sixième et septième rapports laissaient encore en suspens diverses questions de fond qui devraient être examinées avant d'achever la première lecture, notamment le projet d'article 2, consacré aux définitions. M. Park a fait valoir qu'il était nécessaire de formuler un certain nombre de définitions mais que la Commission pourrait peut-être le faire ultérieurement. Sir Michael Wood dit qu'il considère quant à lui que les définitions constituent un élément essentiel du texte et doivent être formulées en première lecture. En particulier, la Commission devrait ajouter au projet d'article 2 une définition de l'expression « juridiction pénale » qui peut être importante pour le projet dans son ensemble, y compris les garanties procédurales. La Commission devra aussi revenir sur la question du règlement des différends, à moins que la Rapporteuse spéciale ne soit en mesure de proposer une disposition y relative à la session en cours, à la lumière du débat de la Commission. Sir Michael Wood dit qu'il aimerait en savoir davantage sur les bonnes pratiques envisagées par la Rapporteuse spéciale, bien qu'il ne soit pas évident qu'une disposition y relative soit particulièrement utile.

Sir Michael Wood dit qu'il est extrêmement important en pratique, ainsi qu'il l'a déjà dit, qu'outre l'immunité de poursuites, l'inviolabilité de la personne soit également envisagée. Si l'inviolabilité est déjà couverte par le terme « immunité », il convient de l'indiquer clairement, de préférence dans le projet d'article consacré aux définitions et pas seulement dans le commentaire. Les instruments antérieurs adoptés sur la base de textes issus des travaux de la Commission mentionnent l'inviolabilité de la personne expressément et dans une disposition distincte. Par exemple, l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques codifie l'inviolabilité des agents diplomatiques, et l'article 31 du même instrument dispose que ceux-ci jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire. Si la question n'est pas examinée par le Comité de rédaction à la session en cours, la Rapporteuse spéciale devrait la traiter dans son huitième rapport.

Les sixième et septième rapports envisagent d'importants aspects procéduraux du sujet, dont bon nombre ont déjà été examinés dans le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial (A/CN.4/646), qui a fait l'objet d'un débat approfondi en 2011. La Commission pourra vouloir examiner les sixième et septième rapports de la Commission à la lumière des parties pertinentes de l'étude de 2008 du Secrétariat, désormais quelque peu datée (A/CN.4/596 et A/CN.4/596/Corr.1) et du troisième rapport du précédent Rapporteur spécial puisque, comme le reconnaît la Rapporteuse spéciale, ces documents répondent à plusieurs des questions se posant actuellement à la Commission.

En conclusion, Sir Michael Wood dit qu'il appuie le renvoi de tous les projets d'article proposés au Comité de rédaction à l'exception éventuelle, moyennant l'accord de la Rapporteuse spéciale, du projet d'article 16. Dans le même temps, il convient avec M. Murphy, M. Nolte et d'autres que le Comité de rédaction doit, comme toujours, se sentir libre d'examiner d'autres propositions que celles figurant dans le septième rapport. Il espère que l'examen de tous les projets d'article pourra être mené à bien à la session en cours, bien qu'il soit arrivé que le Comité de rédaction demeure saisi de projets de disposition jusqu'à la session suivante.

M. Grossman Guiloff dit que la Rapporteuse spéciale a fourni un aperçu utile des travaux de la Commission et de la plupart, mais non de l'ensemble, des observations formulées par les États sur le sujet à ce jour. Malheureusement, de nombreux États n'ont pas encore exprimé leur opinion. La Commission doit veiller à ne pas fonder sa position sur l'opinion d'un nombre relativement réduit d'États. M. Grossman Guiloff appuie le renvoi des neuf projets d'article proposés dans le septième rapport au Comité de rédaction, sous réserve des observations qu'il va faire et de celles faites par les autres membres. Il indique qu'ayant déjà exposé ses vues sur le sixième rapport à la session précédente, il limitera ses observations à certaines des questions traitées dans le septième rapport, tout en se réservant le droit de soulever d'autres questions au Comité de rédaction.

La communauté internationale a en général toujours considéré que les auteurs du crime de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, du crime d'apartheid, d'actes de torture et du crime de disparition forcée devaient être traduits en justice. Les hésitations ayant pu exister dans l'approche du sujet concernaient essentiellement les risques d'abus politiquement motivés, qui ont nécessité la formulation de garanties procédurales mais non une limitation générale de la juridiction pénale étrangère s'agissant de ces crimes. M. Grossman Guiloff dit qu'il partage les préoccupations des nombreux membres qui ont à juste titre souligné qu'il fallait réaliser un équilibre entre la prévention de l'immunité pour les crimes internationaux les plus graves et la prévention des poursuites politiquement motivées. Il importe toutefois d'être conscient qu'actuellement cet équilibre n'existe pas, car l'impunité est une réalité dominante des relations internationales, et l'équilibre doit être rétabli. La Commission doit assurément prendre très au sérieux la crainte, justifiée, d'abus politiquement motivés, étant donné en particulier les risques que ces abus font peser sur les relations internationales. La Rapporteuse spéciale pourrait peut-être mettre davantage l'accent sur ces abus et donner des exemples de moyens de les combattre. Le risque de poursuites politiquement motivées a souvent été évoqué, non sans raison, et la Commission doit maintenant l'examiner de manière plus approfondie si elle veut éviter de n'adopter qu'une position abstraite et théorique.

En mettant l'accent sur la lutte contre l'impunité, la Commission ne doit pas méconnaître la pratique qui perdure des poursuites sélectives, nonobstant la nécessité de réprimer les faits illicites lorsque cela est possible. La lutte contre l'impunité sert l'état de droit, quelle que soit la position de l'État du représentant. La condamnation unanime par les États des crimes visés au projet d'article 7 confirme, comme l'a conclu la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1970 dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, qu'une distinction doit être opérée « entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, [...] des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale ».

L'engagement de la responsabilité en cas de crimes internationaux n'est pas seulement une question de souveraineté ; les conséquences de ces crimes touchent les autres États et la communauté internationale dans son ensemble. Peut-être la Rapporteuse spéciale pourrait-elle donner des chiffres sur le fléau de l'impunité et ses effets, par exemple ses liens avec la crise des réfugiés, la destruction de l'environnement et la corruption ? Le caractère *erga omnes* de l'interdiction de crimes tels que la torture et le génocide met à la charge de tous les États l'obligation positive d'engager des poursuites contre les individus qui les commettent. Un exemple de pratique étatique pouvant être pertinent est fourni par la décision rendue le 25 juillet 2012 par le Tribunal pénal fédéral suisse dans l'affaire *A. c. ministère public de la Confédération*, qui concerne un général à la retraite de l'armée algérienne et ancien Ministre de la défense accusé de crimes de guerre. Le Tribunal a jugé qu'il était indéniable qu'il existait une tendance manifeste sur le plan international à restreindre l'immunité des anciens chefs d'État en cas de crimes enfreignant des règles du *jus cogens*, et que l'interdiction du génocide comme celles des crimes contre l'humanité et de la torture relevaient du *jus cogens* et étaient donc de « droit impératif ». Il a également relevé que cette tendance existait également au niveau national, lorsque se manifestait une même volonté de mettre un terme à l'impunité s'agissant des crimes les plus graves.

La condamnation générale de ces crimes est en outre attestée par la large ratification, dans certains cas la ratification universelle, des traités interdisant ces comportements, notamment la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et les Conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes de guerre.

L'affaire *Pinochet* dont a connu la Chambre des Lords du Royaume-Uni a contribué à renforcer la possibilité pour les États d'exercer leur compétence à l'égard des crimes de torture conformément aux obligations que la Convention contre la torture met à leur charge. Plusieurs aspects importants de cette affaire doivent être soulignés. Le Gouvernement du Royaume-Uni ne s'est pas considéré tenu de notifier au Chili qu'il entendait placer en détention l'ancien chef d'État de ce pays. Il n'a pas considéré le fait que l'intéressé était titulaire d'un passeport diplomatique comme attestant qu'il agissait à titre officiel. Le Royaume-Uni a décidé de faire droit à la demande d'extradition de l'Espagne. Les demandes d'extradition présentées par d'autres États, notamment la France, la Belgique et la Suisse, qui étaient fondées sur l'absence d'immunité en cas d'accusations de torture, démontrent que ces États considèrent que l'immunité ne couvre pas les actes commis par l'ancien chef d'État en violation de cette convention. En Allemagne, la Cour fédérale de justice n'a pas considéré l'immunité comme un obstacle initial à l'engagement d'une procédure. Depuis cette affaire, les obligations découlant de la Convention contre la torture ont également été invoquées lorsque l'immunité a été revendiquée devant les tribunaux britanniques saisis d'infractions commises par le Prince Nasser bin Hamad al-Khalifa de Bahreïn.

En Italie, l'instance récemment introduite contre les auteurs de l'Opération Condor peut être un exemple utile de pratique étatique. En particulier, l'analyse effectuée par le tribunal peut être pertinente, car elle porte sur la responsabilité des hauts responsables des

dictatures militaires du Chili, du Paraguay, de l'Uruguay, du Brésil, de la Bolivie et de l'Argentine. Le 8 juillet 2019, quatre de ces hauts responsables ont été condamnés pour leur rôle dans la torture et le meurtre de 43 personnes, dont 23 citoyens italiens. Bien que cet arrêt puisse encore faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, cette affaire et les affaires susmentionnées attestent de manière persuasive qu'une tendance est en train de se faire jour dans le domaine de l'immunité des représentants de l'État. M. Grossman Guiloff propose que la Commission examine ces exemples pour éviter d'aboutir à des conclusions indûment générales.

Il est inutile de s'appesantir sur le fait que les traités relatifs aux droits de l'homme mettent à la charge des États qui y sont parties des obligations conventionnelles les obligeant à engager effectivement des poursuites contre les auteurs des infractions visées dans ces traités. M. Grossman Guiloff dit qu'il souscrit à l'affirmation formulée par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport selon laquelle le véritable objectif des garanties de procédure est d'assurer l'équilibre nécessaire entre le respect du principe de l'égalité souveraine et la nécessité de prévenir les procès politiquement motivés et l'engagement de poursuites contre des innocents. La Commission devrait envisager de définir expressément la portée des garanties procédurales dans le commentaire.

M. Grossman Guiloff rappelle de plus qu'ainsi qu'il l'a souligné dans la déclaration qu'il a faite sur le sixième rapport (A/CN.4/SR.3439), *mutatis mutandis*, il importe que la Rapporteuse spéciale examine les conséquences qui pourraient en découler sur le plan de la procédure pour les États ayant ratifié des traités qui disposent qu'ils ne visent que les infractions commises par des agents de l'État. Cela est vrai de la Convention contre la torture, dont l'article premier exige, dans le cadre de la définition de la torture, que les souffrances soient infligées « par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel », et de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui dispose que, par définition, une disparition forcée ne peut être perpétrée que « par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État ». L'objet et le but de ces deux Conventions sont clairs : il s'agit de réglementer uniquement la conduite officielle et d'imposer une obligation de poursuivre ou d'extrader.

M. Grossman Guiloff dit qu'il a soulevé une question connexe durant le débat sur le sixième rapport, à savoir celle de la pratique de l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL). Dans son sixième rapport, la Rapporteuse spéciale note qu'INTERPOL, en matière d'immunité des représentants de l'État en cas de crimes internationaux, considère que le pouvoir politique ne peut s'exercer que dans les limites du droit, y compris du droit international. Cette position confirme que certains crimes ne peuvent être considérés comme ayant été commis dans l'exercice de fonctions officielles. À cet égard, il importe de rappeler qu'INTERPOL a maintenu des notices rouges contre des représentants se prévalant de l'immunité. Par exemple, dans le cas de l'attentat terroriste commis en Argentine contre l'Association mutuelle israélite argentine, des notices rouges ont été maintenues à l'encontre d'un certain nombre de représentants de l'État iraniens. De plus, des représentants de l'État latino-américain ont fait l'objet de notices rouges pour des crimes tels que des disparitions forcées et des crimes contre l'humanité. Cette pratique mérite d'être examinée plus avant.

Comme d'autres membres l'ont déclaré, il importe de reconnaître les points sur lesquels le précédent Rapporteur spécial et la Rapporteuse spéciale pour le sujet sont d'accord. Tous deux considèrent que l'État du représentant doit invoquer l'immunité à un stade précoce et, en tout cas, avant le procès ; les différences existant dans la manière dont l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* opèrent et sont invoquées ; et le droit souverain de chaque État de déterminer ses procédures internes en matière d'immunité. Pour M. Grossman Guiloff, le consensus des rapporteurs spéciaux sur ces questions est pertinent aux fins du débat en cours.

M. Grossman Guiloff dit qu'il ne partage pas l'opinion selon laquelle les projets d'article sur les garanties procédurales ne sont pas suffisamment étayés par la pratique des États. Si les préoccupations exprimées par ceux qui ont défendu cette position ne sont peut-être pas injustifiées, les garanties ne sont pas seulement le produit du développement progressif du droit. Si tel était le cas, les États ne seraient pas tenus de les respecter.

M. Grossman Guiloff dit qu'il ne pense pas que la plupart des membres de la Commission considèrent que l'obligation pour les États intéressés de se consulter et de communiquer, en particulier, ne repose pas sur des principes juridiques. De plus, il pense comme M. Tladi que nombre des conclusions de la Rapporteuse spéciale sont des « règles dictées par la raison » et reflètent peut-être, en fait, des principes généraux du droit. Les garanties procédurales sont effectivement étroitement liées au principe de la bonne foi. Évoquant des obligations procédurales similaires en matière d'extinction et de suspension de l'application des traités, la Cour internationale de Justice a déclaré, dans son arrêt sur le *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, que ces règles « reflètent du moins généralement [le droit international coutumier] et contiennent certains principes de procédure qui ont pour fondement l'obligation d'agir de bonne foi ». Ainsi, comme l'a fait valoir M. Tladi, l'absence de pratique des États en matière de garanties procédurales ne doit pas empêcher la Commission de reconnaître l'existence de normes juridiques. La Rapporteuse spéciale devrait peut-être se demander si les garanties procédurales n'ont pas un fondement différent en droit international, par exemple les principes généraux du droit, au moins à certains égards. Il pourrait également être utile de procéder à une étude comparative des législations nationales relatives aux poursuites, y compris en ce qui concerne les critères de preuve et la nature et le degré des juridictions nationales qui connaissent en général des affaires comportant un aspect international. Enfin, la Commission pourra vouloir étudier la pratique des États dans les cas où les crimes énumérés au projet d'article 7 ont été commis en relation avec une entreprise terroriste, des crimes de corruption, de trafic de drogues ou de blanchiment de capitaux, ou lorsque des nationaux de l'État du for sont les victimes de crimes aussi odieux.

Certains membres se sont inquiétés de ce que les garanties procédurales énoncées dans les nouveaux projets d'article proposés ne semblaient pas s'appliquer lorsque les exceptions à l'immunité prévues au projet d'article 7 sont invoquées, et d'autres ont proposé, pour répondre à cette préoccupation, de revoir cette disposition ou d'élaborer un article supplémentaire pour donner des éclaircissements sur ce point. M. Grossman Guiloff dit qu'il partage l'opinion exprimée par Mme Lehto et d'autres, à savoir qu'il est évident que les projets d'article proposés sont applicables dans les situations visées au projet d'article 7. Il compte que la Rapporteuse spéciale le précisera.

Plusieurs membres ont proposé des garanties plus explicites. M. Grossman Guiloff pense en effet comme M. Nolte qu'il est nécessaire de prévenir les poursuites frivoles. Le critère proposé par M. Nolte en matière de preuve, à savoir que les preuves doivent être « pleinement concluantes » est intéressant à cet égard, bien qu'il serait préférable d'employer la formule « crédibles et suffisantes ». Si la Commission décidait d'adopter de telles formules, il lui faudra réunir davantage d'informations sur la pratique des ministères publics des différents États. M. Grossman Guiloff indique en outre qu'il doute de l'utilité pratique des « assurances » que doit donner l'État du représentant quant à son intention d'engager effectivement des poursuites contre ce représentant ou de le déférer à une juridiction internationale.

S'agissant des projets d'articles 8 et 9, M. Grossman Guiloff dit qu'il pense comme M. Huang et d'autres membres que la Commission ne doit pas tenter de dicter aux États comment organiser leurs structures internes de prise de décisions et qu'elle doit respecter leur souveraineté en matière d'immunité. Il est toutefois de bonne pratique que les décisions touchant les relations internationales, y compris à l'immunité des représentants de l'État, soient prises au plus haut niveau de l'État.

M. Grossman Guiloff dit qu'il convient avec la Rapporteuse spéciale que l'immunité doit être invoquée à un stade précoce, avant l'examen de l'affaire au fond, pour des raisons d'économie procédurale. Toutefois, comme il l'a relevé en ce qui concerne le sixième rapport, cela ne signifie pas que l'immunité doit être invoquée immédiatement au stade de l'enquête, car une enquête ne porte pas nécessairement atteinte aux droits souverains des États que l'invocation de l'immunité vise à protéger. À cet égard, il souscrit à l'observation faite par M. Jalloh en ce qui concerne l'opinion individuelle commune que Mme Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal ont jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, également évoquée dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale.

Plus précisément, il tient à souligner l'observation, formulée dans cette opinion, selon laquelle « ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas » les principes de l'immunité ni ne porte atteinte à l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères. Il considère que le délai maximum dans lequel l'immunité doit être examinée est correctement indiqué aux paragraphes 1 et 3 du projet d'article 8 et pense comme Mme Lehto qu'apprécier si l'immunité s'applique avant de prendre des mesures coercitives sert l'objectif de l'immunité, qui est de permettre aux personnes agissant au nom des États d'exercer leurs fonctions comme il convient. Il importe d'examiner la pratique des États, même si elle n'est pas abondante.

En ce qui concerne le libellé même du projet d'article 8, le paragraphe 2 dispose que l'examen de la question de l'immunité doit intervenir à un stade précoce de l'instance ; or la même idée semble également être exprimée au paragraphe 1, qui oblige les autorités compétentes à examiner la question de l'immunité dès qu'elles apprennent qu'un représentant étranger peut être visé par une procédure pénale. Soit la relation entre ces deux paragraphes doit être explicitée, soit ils doivent être réunis, comme d'autres membres l'ont proposé.

En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 9, M. Grossman Guiloff propose d'en simplifier le libellé comme suit : « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est déterminée par les juridictions compétentes de l'État du for ». Ainsi qu'il l'a déjà dit, cette disposition ne s'appliquerait que si la législation nationale le prescrit.

En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 9, M. Grossman Guiloff approuve le renvoi aux procédures établies par le droit national mais considère qu'il est nécessaire que ces procédures soient conformes au projet d'articles. Il propose de modifier ce paragraphe comme suit : « L'immunité du représentant étranger est déterminée selon les procédures établies par le droit interne, en conformité avec les dispositions du présent projet d'articles ».

En ce qui concerne le projet d'article 10, s'il est raisonnable de supposer que l'État du représentant fera connaître sa décision d'invoquer ou non l'immunité en temps voulu, des directives devraient être formulées à cet égard dans l'intérêt de la justice. Permettre à l'État d'invoquer l'immunité à un stade avancé de l'instance risque de porter atteinte à la procédure judiciaire d'un État souverain. Ainsi, afin de préserver l'intégrité des procédures judiciaires des États et de mettre en balance les droits respectifs de chaque État concerné, le projet d'articles devrait obliger l'État du représentant à indiquer officiellement en temps voulu, une fois qu'il a été informé de l'intention de l'État du for d'engager une instance pénale, s'il entend ou non invoquer l'immunité ou renoncer à l'immunité.

Mme Oral et Mme Lehto ont souligné que le précédent Rapporteur spécial et la Rapporteuse spéciale étaient d'accord sur la nécessité d'appliquer des règles distinctes, en matière d'invocation, à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*. De plus, comme l'a aussi fait observer Mme Lehto, cette distinction est étayée par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 10, M. Grossman Guiloff dit que s'il comprend la raison pour laquelle la Rapporteuse spéciale a employé le verbe « peut » dans la formule « peut invoquer », ce verbe ne traduit pas pleinement l'idée que les États doivent invoquer l'immunité *ratione materiae* s'ils entendent s'en prévaloir. Il propose donc de remplacer le verbe « peut » par les mots « est habilité à ». Il propose en outre d'ajouter l'adjectif « pénale » à la fin du paragraphe.

Le paragraphe 2 du projet d'article 10, tel qu'actuellement libellé, peut être interprété comme obligeant les États à invoquer l'immunité, alors que cette invocation a un caractère discrétionnaire. Il propose donc de remplacer le membre de phrase « L'immunité doit être invoquée dès que l'État du représentant a connaissance » par le membre de phrase « Si un État décide d'invoquer l'immunité, il le fait dès qu'il a connaissance ». De plus, il propose de remplacer les mots « à son égard » par les mots « à l'égard du représentant concerné » à la fin du paragraphe.

En ce qui concerne le paragraphe 3 du projet d'article 10, M. Grossman Guiloff approuve les conditions de forme proposées par la Rapporteuse spéciale pour l'invocation de l'immunité. Un autre aspect important doit toutefois aussi être pris en compte : dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, comme le note la Rapporteuse spéciale au paragraphe 50 de son septième rapport, les autorités compétentes de l'État du for peuvent ne pas disposer de suffisamment d'informations pour déterminer si les actes à l'égard desquels elles entendent exercer leur compétence ont été accomplis à titre officiel. L'État invoquant l'immunité *ratione materiae* devrait donc indiquer quels actes sont couverts par cette immunité. Cette condition devrait être énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 10.

En ce qui concerne le projet d'article 11, M. Grossman Guiloff dit qu'il est d'accord avec les membres qui estiment que la renonciation à l'immunité doit être claire, concise et expresse. Exiger que la renonciation soit expresse semble constituer une extension logique des principes du respect de l'égalité souveraine des États et de certitude juridique. De plus, il considère comme Mme Lehto et d'autres que la clarté d'une renonciation expresse autorise à conclure que cette renonciation est irrévocable. Une renonciation expresse justifie nécessairement une telle conclusion pour les mêmes raisons de certitude juridique et d'efficacité judiciaire. En outre, un argument convaincant peut être avancé en faveur de l'existence d'un estoppel.

En ce qui concerne la renonciation « implicite » à l'immunité, les États qui ont ratifié des traités leur imposant l'obligation de poursuivre ou d'extrader les personnes accusées de certains crimes internationaux ne peuvent arguer que l'un quelconque de leurs représentants, qui est accusé de tels crimes, jouit de l'immunité *ratione materiae* sans violer directement cette obligation conventionnelle. Le principe *pacta sunt servanda* ne saurait être méconnu. M. Grossman Guiloff estime par ailleurs préoccupante la possibilité de transférer la procédure dans de tels cas. La pratique établie de longue date de la renonciation à l'immunité via la ratification d'un traité devrait demeurer en vigueur, et le projet d'articles devrait l'indiquer au moyen d'une clause « sans préjudice ».

Deux éléments devraient être ajoutés au projet d'article 11. Premièrement, cette disposition devrait indiquer expressément le principal effet de la renonciation, à savoir autoriser l'État du for à exercer sa compétence pénale à l'égard du représentant étranger concerné. Deuxièmement, comme le fait observer la Rapporteuse spéciale au paragraphe 70 de son septième rapport, une renonciation à l'immunité émanant de l'État du représentant invalide tout débat sur l'existence ou l'application de l'immunité et sur ses limites ou exceptions. En conséquence, un nouveau paragraphe pourrait être élaboré pour expliquer que la renonciation a également pour effet de valider la procédure pénale que l'État du for peut avoir engagée à ce stade.

De nombreux membres ont évoqué la complémentarité en relation avec le projet d'article 14. M. Grossman Guiloff dit qu'il convient avec la Rapporteuse spéciale que dans certaines situations il est indubitable que c'est l'État du représentant qui est le mieux placé pour engager des poursuites contre son représentant accusé de l'un des crimes énumérés au projet d'article 7. De fait, de telles poursuites dans l'État de nationalité du représentant peuvent être cathartiques pour le pays. L'État du for doit donc se demander sérieusement s'il est dans l'intérêt de l'État du représentant de poursuivre son propre national, en particulier lorsque la majorité des victimes réside dans cet État. Le modèle de coopération proposé par la Rapporteuse spéciale au projet d'article 14 doit être examiné de manière approfondie sous l'angle de la lutte contre l'impunité et de la promotion de la coopération entre l'État du for et l'État du représentant. S'agissant du transfert de l'accusé, le principe du non-refoulement s'applique, et pas seulement en cas de torture relevant de la Convention contre la torture.

Néanmoins, la Commission doit veiller à ne pas faciliter les simulacres de procès dans l'État du représentant en accordant une place excessive à la complémentarité. Lorsqu'il envisage de transférer l'instance pénale, l'État du for doit prendre certains facteurs en considération, par exemple se demander si les violations flagrantes des droits de l'homme sont systématiques dans l'État du représentant, si des organisations régionales et internationales ont dénoncé des abus systématiques dans cet État et si celui-ci respecte suffisamment l'état de droit. Dans le cas de Fernando Albán, par exemple, un ressortissant vénézuélien qui se serait suicidé en se jetant du 10e étage d'un poste de police, et dont la

famille n'a pu obtenir que le corps soit autopsié malgré des demandes répétées adressées aux autorités vénézuéliennes, il aurait été très important de tenir compte de la situation dans ce pays, notamment à la lumière des rapports d'organisations internationales sur la situation des droits de l'homme au Venezuela.

M. Grossman Guiloff dit qu'il a constaté, en sa qualité de membre du Comité contre la torture, que les prétendues assurances diplomatiques des États selon lesquelles les personnes qui leur sont remises seraient protégées contre la torture et autres formes de mauvais traitements se sont révélées peu fiables. C'est pourquoi le Comité contre la torture a exhorté les États à s'abstenir de solliciter des assurances diplomatiques ou de faire fond sur de telles assurances lorsqu'il existe des raisons substantielles de penser que la personne concernée risque d'être soumise à la torture. Plus la pratique de la torture et les autres traitements cruels, inhumains ou dégradants sont répandus, moins les assurances diplomatiques garantissent aux personnes transférées une protection contre le risque réel de tels traitements, aussi rigoureuse la procédure de suivi convenue soit-elle. De telles considérations sont dans une certaine mesure pertinentes pour les travaux de la Commission sur le sujet.

Si les assurances diplomatiques ne protègent pas les personnes contre la torture, elles ne garantissent pas non plus que des poursuites effectives seront engagées, comme l'atteste la situation persistante d'impunité déjà évoquée. C'est pourquoi les assurances diplomatiques données par un État de son intention d'engager des poursuites effectives doivent être considérées comme insuffisantes en elles-mêmes pour justifier un transfert de la procédure. M. Grossman Guiloff dit que pour ces raisons, il est également préoccupé par le libellé du paragraphe 3 du projet d'article X proposé par M. Nolte. Il estime en effet que l'opportunité du transfert de l'instance pénale doit être évaluée indépendamment et impartialement au cas par cas. De plus, il ne faut pas oublier que si les États ont le droit d'invoquer l'immunité, ils n'ont pas le droit de le faire pour soustraire leurs représentants aux conséquences de leurs actes. L'État du for a également le droit et, souvent, l'obligation de s'enquérir des motifs et des circonstances de l'affaire en question et de refuser le transfert de la procédure lorsqu'il n'est pas convaincu que l'État du représentant engagera des poursuites effectives contre celui-ci. Peut-être la Rapporteuse spéciale pourrait-elle expliciter les critères devant guider l'État du for dans sa décision de transférer ou non la procédure. M. Grossman Guiloff se demande comment, dans le cas où les poursuites engagées par l'État du représentant se révèlent ultérieurement inadéquates, l'État du for peut recouvrer sa juridiction à l'égard du représentant accusé une fois celui-ci transféré dans son État d'origine.

S'agissant du projet d'article 16, M. Grossman Guiloff dit qu'il pense comme d'autres membres que l'accusé doit bénéficier des garanties d'un procès équitable, notamment être jugé par un tribunal indépendant et impartial. De plus, la garantie d'un procès équitable n'est pas seulement un droit de l'accusé ; dans les situations envisagées, un procès équitable peut aussi être considéré en lui-même comme une garantie. Si les procureurs adhèrent aux principes de l'équité procédurale, les poursuites arbitraires deviendront plus difficiles. M. Grossman Guiloff engage la Rapporteuse spéciale à étudier plus avant les liens pouvant exister entre les droits de la défense et les autres garanties procédurales.

Quant aux questions que la Rapporteuse spéciale propose à la Commission d'examiner, M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie l'élaboration de projets d'article recommandant des bonnes pratiques, par exemple en matière de formation et de renforcement des capacités et s'agissant des critères devant guider la prise des décisions. Pour ce qui est de la création d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant, l'efficacité d'un tel mécanisme doit être la considération dominante. Si un État fait valoir qu'un autre État a engagé des poursuites frivoles, il est évident qu'un mécanisme impartial de prise de décisions est important. Peut-être la Commission pourrait-elle prendre pour modèle le mécanisme prévu à l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

En conclusion, M. Grossman Guiloff dit qu'il n'est pas facile de mettre effectivement fin à l'impunité. L'étude du sujet en général, y compris de certaines questions délicates, tirera à n'en pas douter profit de la diversité de l'expérience des membres de la

Commission. M. Grossman Guiloff espère que les travaux de celle-ci, en réalisant l'équilibre qui convient entre le respect de l'égalité souveraine des États et la prévention de l'impunité, contribueront à faire en sorte de ceux qui doivent être traduits en justice le soient et à éviter que des innocents soient poursuivis, tout en garantissant les droits de la défense et en établissant un mécanisme efficace de règlement des différends.

M. Argüello Gómez, félicitant la Rapporteuse spéciale pour son septième rapport, dit que le sujet à l'examen est délicat, du fait que les tribunaux internes sont dotés de pouvoirs que de nombreux États ne sont pas prêts à accorder à des juridictions internationales ou dont l'exercice, lorsqu'ils ont été accordés à de telles juridictions, a abouti à des résultats dont les États ne sont pas satisfaits. Notant que les sixième et septième rapports de la Rapporteuse spéciale portent tous deux sur les aspects procéduraux de l'immunité, M. Argüello Gómez dit qu'il fera tout d'abord des observations sur les sanctions ayant des effets extraterritoriaux, ou sanctions imposées contre un représentant de l'État en son absence pour des actes qui auraient été commis hors du territoire de l'État qui les impose. Si les autorités d'un État prennent des sanctions, quelles qu'elles soient, contre le représentant d'un autre État au motif que celui-ci a commis des infractions hors du territoire de l'État du for, ces autorités exercent une compétence pénale. En prenant des sanctions, elles méconnaissent l'immunité dont peut jouir le représentant concerné, même si celui-ci est physiquement sous la juridiction de l'État du for.

Le seul fait que le représentant concerné se trouve hors du territoire de l'État du for ne prive pas cette situation de sa pertinence dans le cadre du sujet à l'examen. Le fait que dans un tel cas c'est normalement l'exécutif qui prend la décision ne fait pas non plus de différence, puisque cette décision procède de la conclusion que le représentant a commis une infraction telle qu'un acte de terrorisme ou une violation des droits de l'homme. L'autorité de l'État du for qui prend la sanction et qui déclare que le représentant qui en fait l'objet est coupable d'une infraction pénale méconnaît ainsi l'immunité dont peut jouir ce représentant.

Les travaux de la Commission sur le sujet seront indûment limités si elle n'analyse que les droits procéduraux et les immunités des représentants physiquement présents sur le territoire de l'État du for, sans prendre en considération les immunités des représentants qui ne sont pas sous la juridiction territoriale de cet État. Il y a là une omission dans les rapports sur le sujet et dans le débat tenu jusqu'ici par la Commission. Dans ce contexte, l'accent mis par Sir Michael Wood sur l'importance de la présence de l'accusé sur le territoire de l'État du for est particulièrement significatif. La Commission n'a pas encore étudié les implications de cette condition lorsque des sanctions sont imposées à raison d'infractions alléguées, même lorsque l'autorité qui les impose ne fait pas partie de l'appareil judiciaire. À cet égard, M. Argüello Gómez pense comme Sir Michael Wood qu'il est nécessaire de définir le terme « juridiction pénale ».

Bien que les sanctions imposées par les États à l'encontre d'autres États ne relèvent pas du sujet, il convient de souligner les graves conséquences que des sanctions ayant des effets extraterritoriaux peuvent avoir pour les individus ; de fait, cette question est étroitement liée aux droits de l'homme. M. Argüello Gómez propose donc que la Commission examine ces sanctions dans le cadre de son programme de travail futur.

Passant aux garanties procédurales dont doivent bénéficier les représentants de l'État accusés d'avoir commis des crimes internationaux, M. Argüello Gómez constate que le débat a en partie porté sur le point de savoir si ces garanties doivent s'appliquer aux procédures concernant les crimes énumérés au projet d'article 7 ou dans toutes les cas dans lesquels l'immunité est en cause. Nombre des membres qui ont fait valoir que ces garanties ne devaient s'appliquer qu'en ce qui concerne les crimes envisagés au projet d'article 7 ont indiqué que les seules autres personnes auxquelles elles pouvaient s'appliquer étaient des membres de la « troïka » et que ceux-ci jouissaient d'office de l'immunité *ratione personae*. Cette position n'est toutefois pas aussi claire qu'elle devrait l'être, puisque c'est l'autorité de l'État chargée des relations internationales qui a le pouvoir de reconnaître les gouvernements et les membres de la troïka. Ce pouvoir n'appartient pas habituellement à la justice, car les raisons de reconnaître un gouvernement sont généralement politiques et non pas juridiques. À cet égard, il suffit de rappeler le cas de la République bolivarienne du Venezuela. Ce pays a un gouvernement qui contrôle l'ensemble du territoire national et la

totalité de l'appareil d'État, y compris les services publics, et qui est reconnu comme tel par l'appareil judiciaire, le parlement et les services de la sécurité de l'État. Or un groupe d'États ne reconnaît ni ce gouvernement ni la troïka qui le représente. M. Argüello Gómez se demande donc de quelles garanties les membres de la troïka de ce pays jouiraient vis-à-vis de ce groupe d'États. On ne saurait régler le problème en disant simplement qu'il s'agit d'un cas exceptionnel dont il ne faut pas tenir compte. La même situation peut survenir en ce qui concerne n'importe quel pays, et ce, à l'initiative d'un seul État : si l'État du for conteste la légitimité du gouvernement de l'autre État concerné, il ne reconnaîtra pas les immunités de ses représentants. À l'évidence, la question des garanties procédurales a des implications qui ne se limitent pas aux règles devant être suivies devant les tribunaux de l'État du for. L'examen du sujet sera donc incomplet si ces questions sont méconnues.

La Rapporteuse spéciale a procédé à une étude approfondie des mécanismes de notification, d'échange d'informations et de consultation. La question la plus cruciale est toutefois celle de la définition des garanties procédurales qui doivent être en place pour protéger les droits du représentant et de l'État dont celui-ci tient son immunité lorsque l'État du for exerce sa juridiction pénale. Le projet d'article 7 a été adopté étant entendu que des règles seraient formulées pour garantir que la procédure soit équitable et apolitique, et il faut donc se demander si les règles proposées dans le septième rapport le garantissent. Il serait impossible de progresser en partant de l'hypothèse qu'eu égard au projet d'article 7, il est vain de discuter de garanties procédurales parce que celles-ci se révéleront toujours inutiles ou insuffisantes. Le projet d'article 7 n'est pas le problème ; si le projet d'articles ne visait aucun des crimes qui ne sont pas couverts par l'immunité, l'étude du sujet et la formulation de règles n'auraient guère de sens. À l'inverse, cette étude serait de même dénuée de pertinence si elle postulait que l'État du for peut exercer sa juridiction pour connaître de n'importe quelle infraction, car cela impliquerait que l'immunité n'existe pas.

Adopter provisoirement le projet d'article 7 avant d'examiner les garanties procédurales n'était pas inconsidéré, car on voit mal comment l'adoption de garanties procédurales aurait pu influer sur la décision prise quant aux crimes devant être visés dans ce projet d'article. À cet égard, la proposition tendant à ce que le projet d'article 7 indique qu'aucune mesure ne peut être prise contre un représentant étranger en l'absence de preuves concluantes qu'il a commis l'un des crimes visés dans cette disposition lui paraît inapplicable.

Le projet d'article 7 n'est pas entièrement dénué de garanties, en ce que son paragraphe 2, en renvoyant aux définitions que les traités internationaux donnent des crimes visés, fait obstacle à ce que ces crimes soient définis arbitrairement par l'État du for. Toutefois, les juristes savent bien que l'interprétation d'un texte est une entreprise complexe qui est souvent fonction du système juridique et social dans lequel ce texte est appliqué. Comme indiqué dans *Oppenheim's International Law*, dans de nombreux États les tribunaux doivent appliquer les lois nationales qu'elles soient ou non compatibles avec le droit international, et ils ont naturellement tendance à envisager les problèmes qui se posent essentiellement du point de vue des intérêts de leur État. Il n'est donc pas certain que les crimes en question seront interprétés d'une manière compatible avec les règles du droit international.

Le problème consiste essentiellement à déterminer comment offrir des garanties satisfaisantes à l'État du représentant, qui est le principal bénéficiaire de l'immunité. Le nouvel article X proposé par M. Nolte à la 3483e séance de la Commission est intéressant en ce qu'il prévoit des garanties dans des situations imprévues qui dépendent dans une large mesure de la volonté politique des États concernés, mais M. Argüello Gómez se demande comment la preuve que le représentant a commis l'infraction alléguée pourra être considérée comme « pleinement concluante » s'il n'y a pas encore eu de procès auquel l'accusé a participé. Il se demande également si subordonner le transfert de la procédure à l'État du représentant à la condition que celui-ci ait la volonté et la capacité de mener à bien les poursuites appropriées constitue réellement une garantie si c'est l'État du for qui décide si cette condition est ou non remplie. Tout idéalisme mis à part, le plus probable est que l'État du for transférera la procédure à l'État du représentant si les deux États ont de bonnes relations. Un différend qui naîtrait entre ces deux États ne pourrait être

réglé ni anticipé par des règles, quelles qu'elles soient, que la Commission pourrait formuler. Une divergence d'opinions en la matière constituerait un différend international qui devra être réglé par les moyens pacifiques de règlement prévus dans la Charte des Nations Unies. Les propositions intéressantes quant au règlement de tels différends qui ont été présentées par des membres de la Commission devraient aussi être prises en considération.

Les garanties dont bénéficiera le représentant à titre individuel dépendront pour l'essentiel de l'étroitesse de ses liens avec le gouvernement au pouvoir dans son État d'origine. Si ces liens sont étroits, il est probable que l'État du for sera contre le transfert de la procédure au motif que l'État du représentant n'a pas réellement la volonté de poursuivre celui-ci. Dans une telle situation, la seule solution sera un règlement pacifique conforme à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies ou, comme l'a proposé M. Tladi, une variante de la conclusion 21 du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Si l'État du représentant désavoue celui-ci, les seules garanties seront en pratique celles offertes par la législation de l'État du for, qui sera libre de tenir compte du projet d'articles de la Commission sans craindre de susciter un différend international.

S'agissant des mesures propres à garantir au représentant un traitement équitable et impartial, la manière dont le représentant doit être traité peut être un moyen de faire pression sur l'État qu'il représente. Ces mesures ne doivent pas viser seulement à garantir les droits du représentant en tant qu'individu, aussi important cela soit-il. Lorsqu'elle formule des garanties procédurales, la Commission doit avoir à l'esprit celles applicables devant la Cour pénale internationale, même s'il convient de les distinguer des procédures devant les tribunaux internes. De même, il serait judicieux de reprendre certaines des pratiques de la Cour s'agissant du traitement des accusés, car ces pratiques tiennent compte des différences existant dans les langues, les coutumes et les systèmes juridiques, et de la séparation des accusés d'avec leur famille et des coûts qui en découlent. Le projet d'articles pourra indiquer que les règles d'administration de la preuve et de procédure appliquées au représentant doivent être similaires à celles que les tribunaux de l'État du for appliquent lorsqu'ils jugent des personnes de même rang. La question de savoir s'il convient ou non d'interdire le transfert du représentant vers un autre État pour qu'il y soit jugé ou y purge une peine devra être examinée, l'idée étant d'empêcher que l'État du représentant exerce une pression sur l'État du for lorsqu'il est plus puissant que celui-ci. La situation du représentant *pendente lite* doit aussi être prise en compte. Si le représentant est détenu dans un établissement ordinaire, il purgera de facto une peine avant d'avoir été jugé. Pour éviter la politisation du procès, il convient également de tenir compte du fait que dans certains pays le ministère public et l'accusé peuvent conclure un accord dans le cadre duquel ce dernier est condamné à une peine moindre s'il incrimine d'autres personnes. Dans les affaires touchant les relations internationales, cette pratique peut donner lieu à des arrangements qui n'ont guère à voir avec la traduction en justice des auteurs d'infractions.

M. Argüello Gómez dit qu'il est favorable au renvoi des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale au Comité de rédaction compte tenu des propositions faites par les membres de la Commission.

M. Ruda Santolaria dit que les projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport sont bien étayés par de multiples renvois à la pratique conventionnelle, la législation, la doctrine et la jurisprudence. Des garanties procédurales réduiraient les possibilités d'abus ou d'exercice politiquement motivé de la juridiction à l'encontre des représentants de l'État. Si la Commission envisage les aspects procéduraux de l'immunité, il lui sera assurément plus facile de réaliser un équilibre entre le principe de l'égalité souveraine de l'État du for et de l'État du représentant et la prévention de l'impunité, et entre le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction pénale et les droits du représentant étranger.

S'agissant des projets d'articles 8 et 9, M. Ruda Santolaria convient que la question de l'immunité doit être examinée à un stade précoce de la procédure, avant la mise en accusation du représentant et l'engagement des poursuites, et que la détermination de l'immunité de juridiction pénale étrangère incombe aux juridictions compétentes de l'État

du for, sans préjudice de la participation d'autres organes de l'État, tels que le ministère des affaires étrangères, ayant des compétences spécialisées en la matière ou susceptibles de donner des avis sur des questions délicates.

M. Ruda Santolaria dit que s'il convient également que l'invocation de l'immunité est un droit de l'État du représentant, la question de l'immunité *ratione personae* doit être examinée d'office par les juridictions de l'État du for. S'agissant de l'immunité *ratione materiae*, elle doit être invoquée par l'État du représentant, car les organes de l'État du for n'ont aucun moyen de savoir si, au moment des faits, la personne concernée avait la qualité de représentant d'un État étranger ou a commis ces faits à titre officiel. Il appuie l'accent mis sur « l'application de la diligence voulue dans l'exercice d'un droit de l'État », conformément aux conclusions auxquelles est parvenue la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*.

Comme l'immunité de juridiction des représentants de l'État est reconnue au bénéfice des États et non de leurs représentants et que c'est aux États, et non à leurs représentants, qu'il appartient de l'invoquer ou non, elle ne peut être invoquée que par l'État lui-même. Si l'organe compétent pour prendre la décision d'invoquer l'immunité est déterminé par l'ordre interne de chaque État, l'invocation de l'immunité par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères est indubitablement valide, puisque ceux-ci représentent l'État au niveau international. De même, la question de l'immunité doit être examinée lorsque l'immunité est invoquée par le chef de la mission diplomatique de l'État du représentant auprès de l'État du for.

Il n'existe effectivement aucune règle limitant le moment de la procédure auquel l'État du représentant peut invoquer l'immunité de celui-ci. Toutefois, pour que cette invocation soit effective et produise les effets désirés, l'État doit y procéder dès qu'il apprend que les autorités de l'État du for entendent exercer leur compétence pénale à l'égard de l'un de ses représentants. M. Ruda Santolaria appuie donc le projet d'article 10 et souligne, s'agissant du paragraphe 4 de celui-ci, que la voie diplomatique, qui est la voie ordinaire des relations interétatiques, garantit la certitude juridique en cas d''invocation de l'immunité. Il appuie également le paragraphe 6 de ce projet d'article.

M. Ruda Santolaria dit qu'il approuve la teneur du projet d'article 11. Le principe de la continuité des effets d'une renonciation signifie que celle-ci concerne non seulement l'immunité de juridiction mais également l'immunité d'exécution. Toutefois, comme la Rapporteuse spéciale l'indique au paragraphe 100 de son septième rapport, si elles ont l'intention d'exercer leur compétence pénale à l'égard de nouveaux actes, distincts de ceux auxquels se rapporte la renonciation, les autorités de l'État du for doivent réexaminer la question de l'immunité de juridiction du représentant concerné.

La voie diplomatique est particulièrement bien adaptée pour communiquer une renonciation à l'immunité, comme le montre l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, citée dans les notes de bas de page 159 et 160, dont a connu le Tribunal fédéral suisse. Dans l'intérêt de la certitude juridique, la renonciation à l'immunité doit être irrévocable.

En ce qui concerne la garantie procédurale prévue au projet d'article 12, M. Ruda Santolaria dit qu'il souscrit à l'opinion de la Rapporteuse spéciale à savoir que, premièrement, la voie diplomatique joue un rôle particulièrement important dans la mesure où la question de l'application ou non de l'immunité de juridiction pénale étrangère à un représentant donné constitue indéniablement une « affaire officielle » et, deuxièmement, que si aucun autre moyen de communication n'a été établi à cette fin, le paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques s'appliquera.

M. Ruda Santolaria dit qu'il convient aussi avec la Rapporteuse spéciale, en ce qui concerne le projet d'article 13, que la participation de l'État du représentant à l'échange d'informations ne peut en aucune manière être interprétée comme une reconnaissance de la compétence des tribunaux de l'État du for ou comme une renonciation implicite à l'immunité de juridiction pénale du représentant.

Le projet d'article 14 mérite une attention particulière étant donné que le modèle de la compétence subsidiaire peut être intégralement transposé dans le régime de l'immunité des représentants de l'État et que cette immunité ne sera pas affectée si, au moment où elle est examinée ou ultérieurement, les tribunaux de l'État du for, ayant conclu qu'il est impossible ou inopportun d'exercer leur compétence à l'égard du représentant, engagent le processus de transfert de la procédure pénale à l'État du représentant. Il souscrit au raisonnement de la Rapporteuse spéciale exposé aux paragraphes 142 à 144, selon lequel ce transfert est possible dans toute affaire dans laquelle l'immunité *ratione materiae* est en cause et constitue une reconnaissance de la primauté de la compétence de l'État du représentant. Il opère donc en faveur de l'État en question, en ce qu'il permet aux tribunaux de cet État, le cas échéant, de se prononcer sur la responsabilité pénale du représentant. M. Ruda Santolaria dit qu'il convient également qu'instituer le transfert de la procédure pénale comme modèle de coopération entre l'État du for et l'État du représentant « permettrait de se prémunir de toute accusation d'instrumentalisation de la compétence pénale de l'État du for à des fins politiques ». Cela contribuera indubitablement à prévenir l'impunité s'agissant des crimes internationaux les plus graves et à renforcer le principe de l'égalité souveraine des États.

Le projet d'article 15 est des plus pertinents, car les consultations ont l'avantage d'être souples. Elles peuvent donc être utilisées en même temps que les autres garanties procédurales ou à la place de celles-ci. Elles ne doivent pas nécessairement être limitées au seuls États compétents pour déterminer ou appliquer l'immunité ; elles peuvent aussi être menées par la voie diplomatique.

Le projet d'article 16 assure la cohérence avec les autres travaux de la Commission, par exemple le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité. Son paragraphe 3 est conforme à la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

En ce qui concerne le programme de travail futur, M. Ruda Santolaria dit qu'il espère que dans son rapport suivant la Rapporteuse spéciale analysera l'opportunité de prévoir un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant. Il pourrait aussi être souhaitable de recommander aux États d'élaborer des guides ou manuels sur les immunités des représentants d'États étrangers à l'usage de leurs divers organes.

M. Ruda Santolaria dit qu'il approuve pleinement le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets d'article proposés dans le septième rapport.

M. Reinisch dit que le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/722) contient un résumé très utile du débat tenu par la Commission en 2017 et fournit de précieuses informations sur les questions théoriques générales touchant la juridiction et la procédure. Il constitue donc une introduction au septième rapport. Il résume le débat sur la définition du terme « juridiction » qui a été proposée, qui dispose que ce terme s'entend de l'ensemble des formalités, procédures et actes qui sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale découlant de la commission d'infractions. Cette définition a le mérite d'éluder la question complexe du fondement juridique de l'exercice par l'État de sa juridiction et, dans le même temps, d'être libellée de manière à faire une place aux exemptions de l'exercice de la juridiction que représente l'immunité. La Commission devrait donc reprendre l'examen de la définition du terme « juridiction » aux fins de ses travaux sur le sujet.

L'analyse de la pratique des États et de la jurisprudence figurant aux paragraphes 49 et suivants du sixième rapport est extrêmement utile, bien qu'elle montre que ni l'une ni l'autre n'étant cohérente, il est difficile de dégager une pratique générale. Dans une affaire, une juridiction nationale a conclu qu'une enquête ou des investigations des autorités de police, même à un stade très préliminaire, seraient incompatibles avec les effets de l'immunité en droit international. De même, dans son avis consultatif sur un *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice a jugé que les questions d'immunité étaient des questions préliminaires qui devaient être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis*. Dans d'autres affaires, la Cour et d'autres juridictions semblent s'être demandé si le représentant de l'État avait été soumis à un « acte d'autorité contraignant », pour reprendre la formule utilisée dans l'arrêt relatif à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*.

Ces questions sont liées à la question centrale des garanties procédurales car les États entendant exercer leur compétence doivent avoir suffisamment de preuves pour décider si l'immunité *ratione materiae* fait obstacle à cet exercice. Il est clair que, même au stade préliminaire de l'enquête, les personnes susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales devront recourir à des avocats pour préparer leur défense et seront donc déjà soumises de facto à des contraintes indirectes susceptibles d'entraver l'exercice de leurs fonctions.

La section C du chapitre II du sixième rapport porte sur les actes visés par l'immunité, et en particulier la détention, qui soulève des questions d'une extrême complexité. M. Reinisch dit qu'il convient avec la Rapporteuse spéciale que lorsqu'il est ordonné par l'exécutif et non par un organe judiciaire, le placement en détention ne concerne pas à strictement parler l'immunité de juridiction pénale mais l'inviolabilité de certains représentants de l'État, tels que les agents diplomatiques, les membres des missions spéciales, les courriers diplomatiques et les membres de la troïka. Bien entendu, les membres de la troïka jouissent également de l'immunité *ratione personae,* qui les protège contre la détention, même ordonnée par un tribunal dans l'exercice de sa compétence pénale. Il semble que l'immunité *ratione materiae* protégera également le représentant contre la détention lorsque celle-ci est ordonnée par un tribunal, mais non lorsqu'elle est ordonnée par l'exécutif avant la comparution du représentant devant un tribunal. M. Reinisch dit qu'il partage la préoccupation que M. Rajput a exprimée à la 3485e séance, à savoir que, si l'immunité *ratione materiae* ne s'applique qu'à la détention judiciaire, la distinction entre détention administrative et détention judiciaire risque de donner lieu à des abus, car c'est souvent la police, qui relève de l'exécutif, qui place une personne en détention avant de la présenter à un magistrat.

La question est de savoir dans quelle mesure, s'agissant de la détention purement exécutive, l'inviolabilité est nécessaire pour que les représentants de l'État puissent exercer leurs fonctions. À la différence de la Rapporteuse spéciale, qui considère qu'il est impossible de trouver, dans le droit international conventionnel et coutumier, de règles reconnaissant l'inviolabilité des représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione materiae*, M. Reinisch dit qu'il estime qu'une inviolabilité plus limitée que celle dont jouissent les membres de la troïka devrait par analogie être reconnue aux autres représentants de l'État afin de protéger les intérêts de l'État qu'ils représentent. Les différentes solutions prévues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires sont instructives. Si la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques confère aux diplomates une inviolabilité générale quelle que soit l'infraction alléguée à leur encontre, la Convention de Vienne sur les relations consulaires est plus nuancée et ne confère pas aux agents consulaires d'immunité générale d'arrestation ou de détention. La Convention de Vienne sur les relations consulaires est intéressante en ce qu'elle dissocie la question de l'inviolabilité de l'infraction alléguée à l'encontre du représentant, et donc du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*. Elle donne à penser que l'arrestation ou la détention, quelle qu'en soit la forme, ne doit pas porter atteinte aux fonctions consulaires. Si l'approche consacrée dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques peut être élargie aux membres de la troïka, celle consacrée dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires peut être élargie aux autres représentants de l'État qui ne jouissent que de l'immunité *ratione materiae*.

Naturellement, lorsque l'on prend pour modèle la Convention de Vienne sur les relations consulaires, il faut avoir à l'esprit certaines différences cruciales. L'État du for peut avoir davantage intérêt à s'assurer de la présence d'une personne qui n'a pas la qualité d'agent consulaire, puisqu'il ne peut tenir pour acquis que cette personne demeurera sur son territoire. Cet État peut aussi avoir besoin de davantage de temps pour déterminer si l'immunité *ratione materiae* s'applique que lorsque des membres de la troïka ou des agents diplomatiques, qui jouissent *prima facie* de l'immunité *ratione personae*, sont en cause.

Il semble exister un parallèle intéressant entre l'immunité d'exécution et l'immunité des représentants de l'État : dans les deux cas, ce n'est pas l'allégation sous-jacente qui est décisive, mais le risque d'atteinte de l'État du for à l'exercice des fonctions étatiques. M. Reinisch dit qu'il reconnaît toutefois qu'il existe des risques d'abus dans ce domaine

également, car les représentants de l'État et les États peuvent avancer un argument commode, à savoir que la détention est hors de question parce que les intéressés doivent exercer certaines fonctions.

Manifestement, les mesures obligeant un représentant à comparaître en tant que témoin devront être traitées de la même manière que la détention, car elles soulèvent également les questions de l'inviolabilité ou de l'immunité. Par contre, une simple invitation adressée à un représentant de l'État pour qu'il se présente à une audience comme témoin ne poserait pas de problèmes majeurs, car dans un tel cas la comparution serait volontaire. M. Reinisch dit qu'il n'est pas sûr que le renvoi à l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* au paragraphe 88 du sixième rapport soit pertinent dans le contexte des considérations touchant l'inviolabilité. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'espèce le 29 octobre 1997, la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que le Tribunal ne pouvait adresser d'ordonnances contraignantes à des représentants de l'État agissant en leur qualité officielle, mais cette décision semble reposer sur des considérations touchant davantage la souveraineté de l'État que l'inviolabilité, puisque la Chambre a jugé que le pouvoir du Tribunal de rendre des ordonnances obligatoires ne l'autorisait pas à déterminer quel organe de l'État était compétent pour les exécuter. La Chambre d'appel a fait valoir que « les juridictions internationales ne possèdent pas nécessairement, vis-à-vis des organes des États souverains, les mêmes pouvoirs qu'exercent les juridictions internes sur les organes administratifs, législatifs et politiques de l'État ».

S'agissant des mesures conservatoires, la Rapporteuse spéciale distingue celles qui touchent les représentants étrangers eux-mêmes, tels que la confiscation de documents de voyage, de la saisie de biens appartenant à ces représentants. Bien que ces mesures ne soient pas aussi contraignantes pour les représentants étrangers que la détention, elles devraient probablement être régies par des règles comparables à celles applicables à celle-ci, ce qui signifie qu'elles ne peuvent être prises à l'encontre des membres de la troïka. Il est toutefois difficile d'imaginer que des règles très différentes puissent s'appliquer aux autres représentants de l'État, dans la mesure où réduire leur liberté de mouvement entraverait sérieusement l'exercice de leurs fonctions.

M. Reinisch dit qu'il n'est pas certain de souscrire à l'affirmation figurant au paragraphe 96 du sixième rapport selon laquelle il serait licite de saisir les biens personnels des représentants de l'État lorsque ces biens sont utilisés à des fins illicites. En effet, la saisie de biens dans de tels cas ne constituerait pas une mesure conservatoire ou provisoire ; il s'agirait d'une mesure d'exécution de caractère pénal.

Passant à la section D du chapitre II du sixième rapport, consacrée à la détermination de l'immunité et en particulier à la question de savoir quels organes de l'État du for sont compétents pour se prononcer, M. Reinisch dit que la Rapporteuse spéciale donne un aperçu clair de la pratique de différents États qui atteste de la diversité de celle-ci : dans certains cas, ces décisions relèvent exclusivement des tribunaux alors que dans d'autres les tribunaux s'appuient sur l'appréciation de l'exécutif. Il existe de nombreuses variantes entre ces deux extrêmes, par exemple la pratique consistant à considérer les appréciations de l'exécutif comme des propositions ou recommandations non contraignantes mais d'une grande force probante. M. Reinisch dit qu'il convient qu'il serait difficile de formuler une règle générale sur la base de pratiques aussi diverses. Étant donné que c'est l'État qui est tenu de respecter l'immunité dans certaines situations, il pourrait toutefois être utile que les systèmes juridiques nationaux prévoient un mécanisme permettant aux tribunaux d'exécuter cette obligation. En d'autres termes, les systèmes nationaux devraient prévoir un mécanisme facilitant la détermination de l'immunité. M. Reinisch dit qu'il souscrit donc à l'opinion exprimée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 56 de son septième rapport, à savoir que la désignation de l'organe compétent pour invoquer l'immunité relève du droit de chaque État « à s'auto-organiser » et ne peut faire l'objet d'une règle générale.

Le septième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/729) contient des propositions attendues avec impatience en matière de garanties procédurales visant « à ce que l'État du for se garde d'exercer de manière abusive sa juridiction pénale ainsi que de politiser cet exercice », comme l'ont demandé les États à la Sixième Commission et comme le reconnaît la Rapporteuse spéciale au paragraphe 105, dans lequel elle souligne qu'« [i]l

faut [...] veiller à ce que, d'un côté, l'État du for n'exerce pas sa compétence de manière abusive ou à des fins ou pour des motifs politiques, et, de l'autre, à ce que l'État du représentant n'utilise pas frauduleusement l'institution de l'immunité ». Dans ce contexte, M. Reinisch dit qu'il pense comme M. Nolte et M. Saboia que si les garanties procédurales sont censées s'appliquer au projet d'article 7, il convient de l'indiquer expressément dans le texte de cette disposition.

Les paragraphes 35 et suivants du rapport sont quelque peu trompeurs. L'intertitre « L'invocation comme condition procédurale » et le paragraphe 35 lui-même, dans lequel on peut lire que, « pour pouvoir être examinée par les organes de l'État du for, la question de l'immunité doit être soulevée devant eux », portent à croire que l'immunité doit nécessairement être invoquée. Or le paragraphe 36 reflète adéquatement l'état du droit, à savoir que si elle peut être invoquée, cela ne signifie pas « que l'immunité doit être invoquée pour être appréciée et, le cas échéant, appliquée par les tribunaux de l'État du for ». Cette affirmation est conforme à l'opinion qui prévaut : l'immunité doit être appréciée et respectée d'office par les tribunaux pour que l'obligation de la respecter soit satisfaite. M. Reinisch dit qu'il souscrit donc pleinement à l'affirmation figurant au paragraphe 43 selon laquelle « 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 ».

M. Reinisch dit qu'il est moins convaincu par la distinction opérée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 53 entre l'immunité *ratione materiae* d'une part, laquelle doit être invoquée, et l'immunité *ratione personae*, de l'autre. Si, lorsqu'un représentant jouit de l'immunité *ratione personae*, il est probable que les tribunaux en auront connaissance, s'ils savent qu'un représentant jouit de l'immunité *ratione materiae*, l'État de ce représentant ne devrait pas avoir à invoquer celle-ci. M. Reinisch propose donc de modifier comme suit le projet d'article 10 : « Les organes compétents pour déterminer l'immunité se prononcent d'office sur son application s'agissant des représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* lorsque ces organes ont connaissance de cette immunité », ou « lorsqu'il existe des indications suffisamment claires que cette immunité peut s'appliquer ».

M. Reinisch dit qu'il souscrit dans une large mesure aux explications données par la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne la renonciation. Il aurait toutefois souhaité un examen plus poussé de la question de savoir si la renonciation est ou non irrévocable. Le paragraphe 6 du projet d'article 11 ne fait qu'indiquer que la renonciation à l'immunité est irrévocable. On peut se demander si cela est nécessairement vrai, ou si la révocabilité de la renonciation ne pourrait constituer une garantie de procédure supplémentaire au bénéfice de l'État du représentant.

M. Reinisch dit qu'il doute comme M. Aurescu que la non-invocation de l'immunité puisse constituer une renonciation implicite, puisque le paragraphe 2 du projet d'article 11 dispose que la renonciation doit être « expresse ». De même, à l'instar de M. Nolte, il doute que la renonciation puisse se déduire d'un traité comme en dispose le paragraphe 4 du projet d'article 11. S'il n'ignore pas que la jurisprudence nationale renvoie parfois à des « renonciations conventionnelles », il pense comme M. Nolte qu'une des caractéristiques de la renonciation à l'immunité est qu'elle propre au cas d'espèce qu'elle vise.

Le projet d'article 12 énonce, à la charge de l'État du for, une obligation de notification à l'État du représentant. C'est la première des diverses garanties procédurales ayant fait l'objet de vifs débats ces dernières années et elle se trouve indubitablement au cœur du processus de mise en balance de la nécessité d'exercer la juridiction pénale pour prévenir l'impunité et de la nécessité de garantir l'égalité des États et l'immunité dont ils jouissent dans l'accomplissement de leurs actes officiels.

M. Reinisch dit qu'il convient qu'en principe l'obligation de notification doit être la première des garanties procédurales et qu'il approuve le parallèle établi avec la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui vise également l'immunité *ratione materiae* et fournit ainsi un point de départ utile. Il n'est toutefois pas convaincu par le libellé proposé pour le projet d'article 12, qui est imprécis et vague quant au moment où naît l'obligation de notification. Le paragraphe 1 du projet d'article 12 vise la situation dans laquelle les

autorités de l'État du for concluent qu'un représentant étranger « pourrait être soumis à [l]a juridiction pénale [de cet État] ». Prise au mot, cette disposition risque de déclencher un déluge de notifications qui pourraient n'avoir aucune suite en pratique. Ces notifications prématurées non seulement sont inutiles mais risquent de nuire à l'efficacité des poursuites, car il est probable que les personnes ainsi alertées qu'elles risquent de faire l'objet de poursuites fuiront l'État du for pour se soustraire à leur responsabilité. M. Reinisch estime donc qu'il serait préférable de suivre sur ce point la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui dispose que l'État du représentant doit être informé en cas d'arrestation du représentant ou de poursuite pénale engagée contre lui.

La question temporelle est également pertinente s'agissant du projet d'article 8, qui dispose que les autorités compétentes doivent examiner la question de l'immunité « dès qu'elles ont connaissance » qu'un représentant étranger peut en jouir. Quel que soit le moment précis retenu, peut-être serait-il utile d'ajouter au projet d'article 8 un paragraphe visant à rassurer l'État du for en indiquant que l'immunité de telle ou telle personne ne fait pas obstacle à ce qu'il enquête sur l'infraction en cause lorsque d'autres personnes sont susceptibles d'être impliquées dans sa commission.

M. Reinisch dit qu'il souscrit en grande partie au libellé du projet d'article 13 et aux arguments et raisons de principe avancés pour le justifier. Le paragraphe 1 ne semble pas poser de problème. La question est de savoir si, dans certaines circonstances, l'État du for doit avoir l'obligation, et pas seulement la faculté, de demander à l'État du représentant les informations qui lui paraissent utiles pour se prononcer sur l'immunité. Du point de vue des garanties procédurales visant à prévenir l'exercice abusif de la compétence, une disposition faisant obligation à l'État du for, sous une forme ou sous une autre, de demander des informations avant de se prononcer sur l'immunité serait la bienvenue. Le paragraphe 2 ne semble pas non plus poser de problème, puisqu'il vise les moyens de communication habituellement admis pour les échanges d'informations, la voie diplomatique étant le moyen par défaut. Le paragraphe 3, qui porte sur la communication directe d'informations, est peut-être trop détaillé et traite de manière trop approfondie de questions relevant du droit interne, dont bon nombre peuvent être envisagées dans le commentaire.

Le paragraphe 4, qui dispose qu'un État peut rejeter une demande d'informations, ne semble pas poser de problème. Étant donné que l'État du représentant a généralement intérêt à justifier l'immunité pour étayer son application, il est peu probable qu'il rejette une demande d'informations. Quoi qu'il en soit, les dispositions du paragraphe 5, relatif aux conditions de confidentialité auxquelles peut être assujettie la communication des informations sont un bon moyen de régler le problème. M. Reinisch dit qu'il souscrit aux dispositions du paragraphe 6 prévoyant que le refus de communiquer les informations demandées ne peut pas être considéré comme un motif suffisant pour déclarer que l'immunité de juridiction ne s'applique pas, si l'État du for a obtenu des informations indiquant que le représentant concerné jouit de l'immunité.

M. Reinisch dit qu'il convient que le transfert de la procédure à l'État du représentant prévu au projet d'article 14 constituerait une garantie pour cet État s'il a la possibilité de décider si le transfert doit ou non avoir lieu. Or le libellé du projet d'article proposé porte à croire qu'il en est autrement, puisque son paragraphe 1 dispose que les autorités de l'État du for « peuvent renoncer à exercer leur compétence » et transférer la procédure.

Le paragraphe 2 du projet d'article 14 pose problème : il mentionne en premier lieu la demande de transfert − dont on peut supposer qu'elle émane de l'État du représentant, ce qui pourrait être plus explicitement indiqué − qui suspend la procédure pénale dans l'État du for, mais vise ensuite la décision de l'État du représentant sur cette demande. M. Reinisch dit qu'il aurait pensé qu'une demande de transfert entraîne la suspension de la procédure, et non que cette suspension ne dure que « jusqu'à » ce que cette décision soit prise. Si toutefois la première mention du transfert demandé renvoie à une demande de l'État du for, la suspension pourra durer indéfiniment si l'État du représentant ne se prononce pas sur cette demande.

En outre, le projet d'article 14 ne tient pas suffisamment compte de la nécessité de s'assurer que l'État du représentant a véritablement la volonté d'exercer sa juridiction et d'engager des poursuites à raison des actes allégués. Bien que la Rapporteuse spéciale évoque cette nécessité au paragraphe 150 de son septième rapport et indique, au paragraphe 147, qu'il s'agit d'une des raisons pour lesquelles une juridiction portugaise a rejeté une demande de transfert, cet élément central pour assurer l'efficacité des poursuites et ainsi prévenir l'impunité n'est pas suffisamment reflété au paragraphe 1 du projet d'article 14, qui se contente de viser l'engagement d'une procédure contre le représentant dans son État d'origine. Or l'engagement ou le transfert d'une procédure risque de ne viser qu'à exonérer le représentant de sa responsabilité devant les juridictions de l'État qu'il représente. Le projet d'article 14 devrait donc indiquer que la décision de l'État du for de transférer la procédure doit tenir compte de ces intérêts concurrents majeurs.

M. Reinisch dit que le projet d'article 15, relatif aux consultations, est utile, et il souscrit à la plupart des vues exprimées au chapitre IV du septième rapport, même s'il aurait jugé préférable que son intitulé ne vise que les droits procéduraux du représentant et non ses droits « et garanties », une notion plus pertinente dans le contexte des relations interétatiques affectées par l'exercice de la juridiction à l'égard des représentants étrangers. Le terme « garanties » est utilisé pour décrire les mécanismes visant à prévenir les poursuites politiquement motivées dans l'État du for. Le principal objet du chapitre IV est le droit à un traitement équitable, consacré dans divers instruments relatifs aux droits de l'homme, dont doit jouir le représentant. M. Reinisch dit que comme la Rapporteuse spéciale, il préfère l'expression « traitement équitable », qui désigne le traitement qui doit être accordé aux personnes faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites pénales. Cela étant, il propose de remplacer l'expression « procès équitable et impartial » par l'expression « traitement équitable » ou « procès équitable ». Le projet d'article 16 serait ainsi intitulé « Traitement équitable du représentant ». La notion d'« impartialité » renvoie aux conditions jumelles de jugement par un juge « impartial et indépendant » et est l'un des éléments de la notion plus large de « procès équitable » ou de « traitement équitable ». Cette notion d'impartialité ne devrait pas être mise en exergue comme elle l'est actuellement au projet d'article 16.

M. Reinisch dit qu'à l'instar de M. Murphy, il préférerait que le libellé du projet d'article 16 soit aligné sur celui de l'article 11 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, afin de ne pas donner l'impression que la Commission propose différents critères de traitement équitable.

M. Reinisch dit que si les propositions précises faites par la Rapporteuse spéciale dans la quatrième partie du projet d'articles ne lui posent pas de problème, il se demande si elles peuvent réellement atteindre l'objectif − difficile à réaliser − de prévention de l'exercice abusif de la juridiction pénale d'une part et de prévention de l'invocation abusive de l'immunité de l'autre. Les articles 8 à 16 proposés faciliteront assurément la coopération et éviteront les malentendus, mais ils n'offrent pas de solution lorsque l'État du for insiste pour exercer sa juridiction pénale et celui du représentant pour que l'immunité soit respectée. Il semble que dans un tel cas la seule solution soit un mécanisme neutre de règlement par une tierce partie.

L'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* montre bien que des questions d'immunité peuvent être soulevées devant la Cour internationale de Justice. Cette affaire montre toutefois également que la Cour peut ne pas être en mesure de se prononcer sur ces questions avant que l'État du for se soit lui-même prononcé sur l'immunité. Une fois qu'une juridiction interne a décidé qu'elle est compétente et que l'invocation de l'immunité ne l'empêche pas d'exercer sa compétence, l'État invoquant l'immunité peut avoir le sentiment qui lui est fait grief et introduire une instance devant la Cour en invoquant une violation du droit international public.

Les règles de procédure de la Cour n'autorisent pas les États à demander des avis consultatifs ni à saisir la Cour de « renvois préjudiciels » pour obtenir une décision sur le point de savoir si un représentant de l'État jouit ou non de l'immunité dans une affaire donnée, décision susceptible d'être ensuite invoquée par l'État du for pour se prononcer. Des modifications de la compétence de la Cour sont théoriquement et juridiquement possibles, mais il serait peut-être plus réaliste d'établir une sorte de procédure de renvoi

préjudiciel qui autoriserait les juridictions internes à suspendre la procédure pénale lorsque l'État du représentant invoque l'immunité et que la question ne peut être réglée bilatéralement. Une tierce partie, qu'il s'agisse d'un tribunal arbitral ad hoc ou d'une juridiction permanente, pourrait être habilitée à rendre, sur la question de l'immunité, un jugement qui lierait les États concernés, en particulier les juridictions de l'État du for dont émane le renvoi préjudiciel.

À cet égard, M. Reinisch prend note de la proposition de M. Tladi, appuyé par Mme Oral, tendant à prendre pour modèle de disposition sur le règlement des différends la conclusion 21 du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Comme l'a souligné M. Tladi, cette conclusion énonce des règles procédurales qui ne constituent pas à strictement parler une procédure de règlement des différends par recours à une tierce partie mais institue un mécanisme susceptible d'être adapté au projet d'articles à l'examen. Si une telle disposition est retenue, l'État du for serait tenu de notifier à l'État du représentant son intention d'exercer sa juridiction. Si l'État du représentant accepte de soumettre la question à un mécanisme de règlement des différends par recours à une tierce partie, l'État du for n'aurait le droit d'exercer sa juridiction qu'une fois que ce mécanisme s'est prononcé. S'il n'y a pas d'objection de l'État du représentant ni d'accord sur une procédure de règlement par tierce partie, l'État du for pourrait exercer sa juridiction sans suivre une telle procédure.

En ce qui concerne le programme de travail futur, M. Reinisch dit qu'il faut prendre garde à ne pas ouvrir un nouveau débat sur l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale sur l'appel interjeté par la Jordanie en ce qui concerne son obligation de coopérer avec la Cour à l'arrestation et la remise de l'ex-Président du Soudan, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. L'arrêt rendu sur cet appel concerne les immunités au titre d'un régime conventionnel dans le contexte spécifique du renvoi d'une situation à la Cour pénale internationale par le Conseil de sécurité. Cette affaire n'a guère de rapport avec l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Les deux questions en rapport avec la juridiction pénale étrangère se posant dans cette affaire concernent i) la nature d'une juridiction internationale et ii) la question de savoir si les États qui agissent en exécution d'une obligation de coopérer avec une juridiction internationale le font en qualité d'« agents » de cette juridiction et donc si ce sont les règles « verticales » ou les règles « horizontales » de l'immunité de juridiction pénale étrangère qui doivent s'appliquer. Ces questions ne semblent pas relever du sujet. La Commission pourra aussi vouloir s'abstenir de préjuger d'une question susceptible d'être soumise à la Cour internationale de Justice pour avis consultatif.

M. Reinisch se félicite que la Rapporteuse spéciale propose que la Commission examine la question d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant et propose éventuellement une disposition à cet égard, et qu'elle établisse un manuel ou autre document sur les bonnes pratiques en matière de détermination de l'immunité. De fait, l'établissement d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant est peut-être la garantie procédurale la plus propre à assurer que « d'un côté, l'État du for n'exerce pas sa compétence de manière abusive ou à des fins ou pour des motifs politiques et, de l'autre, à ce que l'État du représentant n'utilise pas frauduleusement l'institution de l'immunité ».

En conclusion, M. Reinisch appuie le renvoi de tous les projets d'article proposés au Comité de rédaction.

Le Président, prenant la parole en tant que membre de la Commission, remercie la Rapporteuse spéciale pour son septième rapport, un document substantiel et riche en informations. La Commission ne devrait pas rouvrir le débat sur le projet d'article 7, mais elle peut et doit se pencher sur les règles et garanties procédurales qui s'imposent en lien avec ce projet d'article ; M. Šturma dit qu'il croit comprendre que c'est dans le même esprit que M. Nolte a présenté ses propositions très utiles. Il rappelle qu'en 2018 il était parmi les membres de la Commission qui ont appuyé dans leur principe les exceptions et limites à l'immunité *ratione materiae*, tout en estimant qu'elles devaient être contrebalancées par des règles et garanties procédurales plus étoffées. Il a même proposé un mécanisme de subsidiarité pour les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas. À cet égard, il

a fait une proposition très semblable à celle de M. Nolte. Il considère que les nouveaux projets d'article proposés devraient porter expressément sur la question des garanties concernant le projet d'article 7.

Les règles et garanties procédurales générales proposées dans le rapport devraient s'appliquer également au projet d'article 7, à condition qu'elles soient modifiées et restructurées. M. Šturma dit qu'il est convaincu que les dispositions relatives à l'examen de la question de l'immunité, à la détermination, à l'invocation, à l'échange d'informations, aux consultations et au transfert de la procédure peuvent s'appliquer même lorsque l'État du for est appelé à prendre une décision au sujet des exceptions prévues au projet d'article 7.

Toute décision sur l'immunité d'un représentant étranger doit être l'aboutissement d'un processus exhaustif de détermination dans le cadre duquel les juridictions ou autres autorités compétentes de l'État du for tiennent compte de tous les éléments à leur disposition. Doivent notamment être pris en compte non seulement des critères formels, par exemple si la personne concernée est un représentant de l'État de haut rang qui jouit de l'immunité *ratione personae* ou un autre représentant de l'État agissant à titre officiel, mais également si l'une quelconque des exceptions prévues au projet d'article 7 s'applique. En d'autres termes, le fait que l'un des crimes énumérés au projet d'article 7 soit visé dans un acte d'accusation, mandat d'arrêt ou autre document relevant d'une instance pénale n'exclut pas de plein droit, *ex lege*, l'immunité du représentant étranger concerné. L'immunité n'en doit pas moins être déterminée « conformément aux dispositions du présent projet d'articles et selon les procédures établies par le droit national », ainsi qu'en dispose le paragraphe 2 du projet d'article 9.

Toutefois, ce qui est clair pour les juristes en général peut ne pas l'être pour les autres lecteurs du projet d'articles. M. Šturma dit que pour cette raison, il appuie la plupart des modifications de forme proposées par les autres membres de la Commission pour faciliter la compréhension des projets d'article. Clarifier les articles procéduraux de caractère général est aussi important qu'élaborer une disposition particulière concernant le projet d'article 7, étant donné qu'ainsi que l'a rappelé M. Tladi, des doutes peuvent exister quant aux représentants autres que les membres de la troïka qui jouissent de l'immunité *ratione personae*. De plus, comme l'a à juste titre souligné M. Zagaynov, certaines des exceptions proposées, par exemple l'exception territoriale, ont été supprimées dans le projet d'article 7 et ne seront mentionnées que dans les commentaires. M. Šturma dit qu'il ne conteste pas que la Commission ait pris la bonne décision à cet égard et qu'il n'évoque la question que pour souligner l'importance des règles procédurales et montrer que d'autres facteurs que les crimes internationaux peuvent sérieusement compliquer les décisions relatives à l'immunité.

La question est de savoir comment répondre à de telles préoccupations. Premièrement, une restructuration du projet d'articles comme celle proposée par M. Nolte pourrait être utile. Deuxièmement, il importe que le représentant étranger soit présent sur le territoire de l'État du for et que la question de l'immunité soit déterminée à un niveau relativement élevé. Ces conditions et garanties sont pertinentes non seulement en cas d'application du projet d'article 7 mais également à chaque fois que l'immunité doit être déterminée. Troisièmement, la seule garantie propre au projet d'article 7 semble être la condition que l'État du for fonde sa décision sur des preuves concluantes. Il en est ainsi parce que le projet d'article 7 énonce une exception fondée sur le droit substantiel qui diffère des critères purement formels applicables dans les autres cas, à savoir que la personne en cause doit être un représentant étranger agissant en cette qualité. Cela ne signifie naturellement pas que le critère de preuve est le même que pour une reconnaissance de culpabilité devant un tribunal, mais les organes de l'État du for doivent pouvoir établir *prima facie* le bien-fondé de leurs allégations.

En ce qui concerne le projet d'article 8, M. Šturma dit qu'il suppose que les autorités compétentes de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité tant *ratione personae* que *ratione materiae* dès qu'elles se rendent compte que l'une ou l'autre de ces immunités peut s'appliquer. En pratique, ce moment peut être celui où l'immunité est revendiquée par le représentant concerné ou son avocat. Bien qu'une telle revendication

n'ait pas le même effet que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant, elle peut déclencher un mécanisme de notification dont on peut supposer qu'il amènera une invocation de l'immunité ou une renonciation à celle-ci.

M. Šturma dit qu'il appuie les principales dispositions en la matière, qui figurent aux projets d'articles 10 et 11, sous réserve de quelques observations. S'agissant de l'immunité *ratione materiae*, on ne voit pas très bien si la non-invocation de l'immunité par l'État du représentant constitue une renonciation implicite. D'une part, le projet d'article 11 dispose à juste titre que « [l]a renonciation doit être expresse et claire » ; d'autre part, le projet d'article 10 dispose que l'immunité ne doit être déterminée d'office qu'en ce qui concerne les représentants jouissant de l'immunité *ratione personae*. Si la Rapporteuse spéciale considère que la non-invocation de l'immunité par l'État du représentant emporte renonciation implicite à l'immunité ou levée de l'immunité, elle doit l'indiquer clairement, et préciser que l'État du représentant doit être informé et disposer d'un délai raisonnable pour invoquer l'immunité ou renoncer à l'immunité.

Le paragraphe 4 du projet d'article 11 dispose qu'une renonciation pouvant se déduire de manière claire et sans équivoque d'un traité international auquel l'État du for et l'État du représentant sont parties doit être considérée comme une renonciation expresse. Les États souverains pouvant limiter ou lever l'immunité de leurs représentants dans certaines situations, une telle exception ne saurait être exclue, mais il n'est pas certain qu'elle puisse être qualifiée de « renonciation ». En effet, le terme « renonciation » dénote une décision prise dans un cas d'espèce et ne saurait renvoyer à une disposition conventionnelle de caractère général. Les renonciations à l'immunité sont irrévocables, et les tribunaux ou autres autorités compétentes de l'État du for ne font que les accepter. Par contre, une exception conventionnelle doit être déduite et interprétée par les autorités compétentes de l'État du for. Il se peut également que l'État du représentant adopte une interprétation différente, voire qu'il invoque l'immunité ; M. Šturma dit qu'il se demande si dans un tel cas cet État serait empêché de le faire.

S'agissant du projet d'article 14, le transfert de la procédure à l'État du représentant est l'un des éléments les plus importants. Il peut servir de base à un mécanisme de subsidiarité. Cela étant, tant l'État du for que l'État du représentant devraient avoir le droit de proposer ou demander le transfert de la procédure, lequel pourrait même être envisagé avant la détermination finale de l'immunité. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, l'immunité n'est pas l'impunité et ne met pas les représentants étrangers à l'abri de poursuites pénales devant les tribunaux de leur propre État.

M. Šturma dit que d'une manière générale il appuie les projets d'articles 13, 15 et 16. S'agissant du programme de travail futur, l'idée de revenir sur la question de la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales est intéressante mais, eu égard à la portée du sujet, cela est inutile et risquerait même de retarder l'adoption du projet d'articles. La Commission pourrait, s'agissant de définir un mécanisme de règlement des différends, s'inspirer des exemples fournis par le projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. Il pourrait par ailleurs être utile de recommander des bonnes pratiques, ce que la Commission pourrait faire dans le projet d'articles, dans une annexe ou simplement dans les commentaires.

En conclusion, M. Šturma recommande le renvoi de tous les projets d'article proposés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 18 h 10.