

Provisoire

Réservé aux participants

2 septembre 2021

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-douzième session (Première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3523^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 17 mai 2021, à 11 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_fr@un.org).



Présents :

Président : M. Hmoud
Membres : M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Lehto
M. Nguyen
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Tladi
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 11 heures.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (point 3 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/739)

M. Grossman Guiloff, parlant par liaison vidéo, remercie la Rapporteuse spéciale pour les travaux diligents et rigoureux qu'elle a menés sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et pour son huitième rapport (A/CN.4/739). Il est essentiel pour la communauté internationale dans son ensemble de lutter contre l'impunité et d'amener les auteurs de crimes internationaux à rendre des comptes ; il faut donc se féliciter que la Rapporteuse spéciale propose un projet d'article sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales. Il est crucial de faire en sorte que le projet d'articles reflète, et ne compromette pas, les progrès substantiels réalisés dans le domaine du droit pénal international.

La Commission doit garder à l'esprit que le caractère *erga omnes* du devoir de réprimer les crimes tels que la torture et le génocide crée pour tous les États une obligation positive de veiller à ce que les auteurs de ces crimes fassent l'objet de poursuites effectives. Il importe de souligner que les projets d'article proposés ne portent pas atteinte aux obligations que les États ont librement contractées, y compris celles relatives aux juridictions pénales internationales ou relevant d'autres régimes conventionnels, et de trouver un équilibre entre l'absence d'impunité pour les auteurs des crimes internationaux les plus graves et la nécessité d'éviter les poursuites politiquement motivées. M. Grossman Guiloff constate toutefois qu'ainsi que lui-même et d'autres membres de la Commission l'ont déjà relevé, un tel équilibre n'existe pas en pratique ; c'est l'impunité qui prévaut dans les relations internationales, et il faut donc que des juridictions pénales internationales et les organes conventionnels interviennent pour assurer la mise en œuvre du principe de responsabilité au niveau international.

Eu égard à cet objectif universel, il est difficile de comprendre la préoccupation exprimée par M. Rajput à la 3521^e séance de la Commission en ce qui concerne le principe de responsabilité, et plus précisément la question de savoir si ce principe signifie que les règles du droit peuvent être méconnues en faveur d'une préférence subjective. Une telle question implique que la responsabilité, en tant que principe juridique, n'a pas la même force que les autres principes juridiques et qu'engager la responsabilité des auteurs des crimes internationaux les plus graves n'est pas un objectif partagé par la communauté internationale dans son ensemble. Ces deux présupposés sont erronés et ne sont pas étayés par le droit.

S'agissant des deux projets d'article proposés dans le huitième rapport, M. Grossman Guiloff dit qu'il est favorable au renvoi du projet d'article 18 au Comité de rédaction. M. Rajput s'est prononcé contre ce projet d'article 18 au motif qu'il n'y avait aucun lien entre les poursuites pénales exercées contre des représentants d'États étrangers au niveau national et les poursuites pénales internationales, tout en faisant valoir qu'inclure une clause « sans préjudice » dans le projet d'articles risquait d'être préjudiciable aux poursuites nationales. M. Rajput a également nié que la compétence des tribunaux internes et celle des juridictions pénales internationales coïncident de quelque manière que ce soit, mais a pourtant reconnu le principe de complémentarité, qui fonde la compétence de la Cour pénale internationale et confère priorité aux poursuites nationales lorsque les autorités du pays concerné veulent et peuvent exercer l'action pénale. La complémentarité n'intervient que lorsque deux tribunaux sont concurremment compétents, et c'est cet équilibre même que le projet d'article 18 vise à préserver.

Un autre argument avancé contre le projet d'article 18 est que son inclusion préjugerait de l'avis de la Cour internationale de Justice sur l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale. Or, en réalité, le projet d'article 18 laisse à juste titre toute latitude à la Cour internationale de Justice pour se prononcer sur cette question et ne préjuge en rien de son avis. Si l'on suit jusqu'au bout la logique de cet argument, la Commission ne pourrait énoncer aucune règle de droit international de crainte que celle-ci n'entre en conflit avec un arrêt ou un avis futur de la Cour internationale de Justice.

A également été invoqué contre le projet d'article 18 le fait que ni le projet de convention sur les crimes contre l'humanité ni la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ne contiennent de clause « sans préjudice » comparable. Or, dans le projet de convention sur les crimes contre l'humanité, la Commission a énoncé des clauses de sauvegarde précisément en ce qui concerne les obligations découlant de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. De plus, ces instruments visent à imposer aux États parties des obligations plus rigoureuses que celles auxquelles ils seraient autrement assujettis. À l'opposé, le projet d'articles sur l'immunité des représentants de l'État n'est pas nécessairement destiné à devenir une convention. Dans son état actuel, il vise à codifier les règles coutumières relatives à l'immunité des représentants de l'État et à donner aux États des indications pour les aider à déterminer dans quelle mesure les poursuites pénales qu'ils engagent contre les représentants d'États étrangers sont conformes au droit international. Les règles qu'il énonce constituent un plancher, non un plafond.

M. Grossman Guiloff dit que pour cette raison, il interprète les projets d'article comme s'appliquant en premier lieu aux États qui ne sont pas parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, au moins pour ce qui est des représentants accusés de l'un des crimes visés au projet d'article 7. Les règles énoncées dans les projets d'article ne s'appliqueront pas aux États qui sont parties au Statut de Rome ou à d'autres instruments par lesquels ils conviennent de limiter l'immunité dont jouissent leurs représentants. Pour éviter toute confusion à cet égard, il est fondamental de conserver la clause « sans préjudice ». Les décisions des juridictions pénales internationales dont la compétence n'émane pas d'une résolution du Conseil de sécurité n'ont pas d'effet pour les États tiers.

L'objectif du projet d'article 18 n'est pas d'établir une position de neutralité quant au fonctionnement de la Cour pénale internationale, comme l'a affirmé M. Murphy, ni d'imposer la compétence de la Cour aux États qui ne sont pas parties au Statut de Rome, comme l'a soutenu M. Rajput. Cet objectif est d'indiquer explicitement que l'exclusion des règles relatives aux juridictions pénales internationales du champ d'application du projet d'articles doit être interprétée, comme indiqué dans le commentaire du projet d'article 1, comme signifiant qu'aucune des règles régissant l'immunité devant ces juridictions n'est affectée par le contenu du projet d'articles. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale indique très clairement que tel est l'objectif. Le débat concernant le projet d'article 18 donne toutefois à penser qu'il existe, quant aux règles applicables, une certaine confusion que l'ajout des mots « ou des obligations que le droit international peut imposer aux États » à la fin du projet d'article permettrait peut-être d'éviter.

Comme l'ont relevé des membres de la Commission, le projet d'article 18 ne vise que les « juridictions pénales internationales » et ne mentionne pas les tribunaux pénaux « mixtes » ou « internationalisés » visés dans le commentaire du projet d'article 1. Cette omission risque d'être problématique. Bien que le précédent Rapporteur spécial ait conclu, à la soixante-cinquième session de la Commission, qu'il n'était pas possible à ce stade de se prononcer de manière définitive sur la question des tribunaux pénaux mixtes ou internationalisés, il est apparu depuis lors que ne pas régler cette question risquait de créer une confusion, comme l'ont montré les poursuites engagées au Sénégal contre l'ex-Président du Tchad, Hissène Habré. La proposition qu'a faite M. Jalloh à la 3520^e séance de la Commission de remplacer le mot « internationales » par « internationalisées » devrait donc être examinée sérieusement. M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie également la proposition de M. Jalloh d'insérer les mots « et pratiques » après le mot « règles ». La formule « règles et pratiques régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales » refléterait mieux l'esprit et l'état du droit international sur ce point. De plus, la préoccupation exprimée par M. Forteau à la 3521^e séance de la Commission au sujet du terme « fonctionnement » mérite d'être prise en compte ; le Comité de rédaction devrait trouver un terme plus général.

À la 3521^e séance, M. Murphy a dit craindre que le projet d'article 18 ne soit interprété comme indiquant que les règles régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale peuvent altérer les règles du droit interne relatives à l'immunité visées dans le projet d'articles. En ce qui concerne les États parties au Statut de Rome, cela est totalement exact, puisque les États parties sont liés par les obligations qu'ils ont librement contractées dans le cadre du Statut et ne peuvent s'y soustraire en invoquant une obligation coutumière

en conflit avec elles. En revanche, les règles régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale ou de toute autre instance créée par un traité ne peuvent altérer les droits et obligations des États tiers. En vertu du principe de complémentarité, une affaire peut être renvoyée à une juridiction pénale internationale pour assurer le respect de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le projet d'article 18 indique que ces poursuites supranationales ne sont pas affectées par le contenu du projet d'articles. Il ne crée donc pas pour les juridictions internationales un moyen de contourner les règles du droit interne relatives à l'immunité mais il garantit que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sera pas mal interprétée lorsque des poursuites seront engagées par ces juridictions en vertu du principe de complémentarité pour assurer la mise en œuvre du principe de responsabilité.

M. Murphy a également dit craindre que le projet d'article 18 donne à penser que les règles régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale font échec à l'immunité dont jouissent les représentants d'États étrangers devant les juridictions pénales des États qui ne sont pas parties au Statut de Rome. Le projet d'article 18 n'impose néanmoins aucune obligation ni ne modifie aucune règle concernant l'immunité de la juridiction pénale des États non parties dont jouissent les représentants d'États étrangers. Par contre, si le projet d'article 18 n'est pas maintenu, le projet d'articles risque d'être erronément interprété comme modifiant les règles régissant les juridictions pénales internationales en ce qui concerne les procédures complémentaires. La clause « sans préjudice » de l'article 18 vise simplement à souligner que les juridictions pénales internationales opèrent dans le cadre d'un régime juridique distinct et à prévenir toute atteinte aux règles régissant leur fonctionnement.

M. Grossman Guiloff dit que pour cette raison, il ne partage pas la crainte que le projet d'article 18, ou les arguments avancés au paragraphe 27 du huitième rapport de la Rapporteuse spéciale, soient interprétés comme allant à l'encontre de l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969. En application des règles du droit international général, un traité ne crée ni obligations ni droits pour les États tiers sans leur consentement, mais cette règle ne libère pas les États parties des obligations qu'ils ont acceptées. Par exemple, le fait pour un État partie au Statut de Rome de faire droit à une demande de la Cour pénale internationale concernant un représentant d'un État tiers ne crée pas d'obligations pour cet État tiers. M. Grossman Guiloff dit qu'il ne partage donc pas l'opinion exprimée par certains membres de la Commission selon laquelle les États qui ne sont pas parties au Statut de Rome ne peuvent être affectés par les règles et pratiques régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale. Comme l'a jugé la Chambre d'appel de celle-ci dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, lorsque la Cour est compétente pour connaître d'une affaire en vertu de l'article 13 du Statut de Rome, les États parties ont l'obligation de coopérer pleinement avec elle et ne peuvent, même au nom d'un État non-partie, se soustraire à cette obligation en invoquant l'immunité. Lorsque le Conseil de sécurité défère une situation dans un État tiers à la Cour pénale internationale, c'est de la résolution adoptée par le Conseil à cette fin en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et non du Statut de Rome lui-même, qu'émane l'obligation ou l'altération de ses droits pouvant s'imposer à l'État tiers concerné. Comme M. Saboia l'a déclaré à la 3521^e séance de la Commission, les résolutions du Conseil de sécurité ayant créé le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda ont également donné naissance à une obligation de coopérer avec ces tribunaux qui lie tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. M. Grossman Guiloff dit qu'il ne s'oppose pas à ce que la source de l'obligation en question soit indiquée plus explicitement, comme l'a proposé M. Murphy.

Bien qu'elle ait beaucoup retenu l'attention jusqu'alors dans le cadre du débat de la Commission, la décision rendue dans l'affaire *Al-Bashir* n'est pas le seul précédent qui soit pertinent en ce qui concerne l'obligation de coopérer avec les juridictions pénales internationales et d'autres régimes conventionnels. La pratique des États prévoit également une telle obligation. Certains États, tels que l'Allemagne, l'Espagne et la Pologne, ont codifié dans leur droit interne des exceptions à l'immunité des représentants de l'État et à l'obligation d'extrader. La loi organique espagnole n° 16/2015 comprend un article sur les crimes internationaux qui indique que les dispositions de cette loi n'affectent pas les obligations internationales contractées par l'Espagne en ce qui concerne la répression des crimes internationaux ni ses engagements envers la Cour pénale internationale. Il semble donc que,

dans le cas de l'Espagne, l'immunité de juridiction et d'extradition dont jouissent les anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères ne s'applique pas en cas de coopération avec la Cour pénale internationale ou lorsque l'Espagne a contracté d'autres obligations internationales aux fins de la répression des crimes internationaux.

Par ailleurs, l'obligation de punir les auteurs des crimes internationaux les plus graves ne découle pas de la seule participation à l'acte constitutif d'une juridiction pénale internationale. L'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 énonce le principe *pacta sunt servanda*, aux termes duquel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. La grande majorité des États sont parties à des traités qui les obligent à prévenir et réprimer les crimes internationaux les plus graves, tels que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. M. Grossman Guiloff dit qu'il espère que le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité en viendra un jour à fonder l'obligation internationale de réprimer ces crimes. Sa proposition tendant à ce que le projet d'article 18 indique que le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État n'affecte aucune des autres obligations déjà contractées par les États vise à clarifier ce point.

En ce qui concerne le projet d'article 17, comme le note à juste titre la Rapporteuse spéciale dans son rapport, la Commission a évoqué l'idée d'un mécanisme de règlement pacifique des différends dès le début de ses travaux sur le sujet. Déterminer si l'immunité s'applique peut être un processus contentieux, car les deux États concernés ont des intérêts légitimes à protéger : il s'agit pour l'un d'engager rapidement des poursuites pénales efficaces, pour l'autre de faire respecter l'immunité dont jouissent de longue date les représentants de l'État devant les tribunaux étrangers et qui vise à protéger leur dignité et garantir qu'ils ne soient pas pris pour cible ni pénalisés à raison des actes qu'ils accomplissent à titre officiel. Le projet d'article 17 découle logiquement des projets d'articles sur la notification, l'échange d'informations et les consultations. M. Grossman Guiloff dit que pour cette raison, même s'il partage les préoccupations exprimées par M. Forteau et M. Tladi lors des 3520^e et 3521^e séances de la Commission, il est convaincu que le projet d'article 17 doit être renvoyé au Comité de rédaction.

Tant M. Forteau que M. Tladi ont fait valoir qu'une disposition sur le règlement des différends n'était justifiée que si le projet d'articles avait vocation à devenir une convention. M. Grossman Guiloff dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale qu'en incluant le projet d'article 17 parmi les projets d'article adoptés en première lecture, la Commission amènera les États à formuler des observations qui seront utiles si le projet d'articles devait finalement prendre la forme d'une convention. Certes, si tel était le cas, le projet d'article 7 devrait être révisé. Il a de plus été dit que les dispositions relatives au règlement des différends ne devraient s'appliquer qu'en l'absence d'autres règles juridiques applicables. M. Forteau a souligné que lorsque des accusations de torture seraient formulées, ces dispositions seraient inapplicables aux États parties à la Convention contre la torture, puisque cet instrument impose une obligation positive de poursuivre ou d'extrader. M. Grossman Guiloff dit que tout en comprenant la préoccupation de M. Forteau, il ne pense pas que conserver le projet d'article 17 créerait un conflit d'obligations, en particulier si la clause « sans préjudice » du projet d'article 18 est elle aussi conservée.

Une autre question soulevée par M. Forteau est plus problématique. Tel qu'actuellement libellé, le paragraphe 3 du projet d'article 17 sur la suspension des poursuites nationales est extrêmement favorable à l'État du représentant et à l'immunité et il risque de compromettre l'efficacité des poursuites pénales nationales, voire de permettre à des représentants de se soustraire à leur responsabilité en retardant ces poursuites par des moyens procéduraires pendant des années, même lorsque ces poursuites sont justifiées. De plus, comme l'a indiqué M. Forteau, en pratique la suspension des poursuites nationales n'est pas automatique mais est décidée au cas par cas. En conséquence, toute obligation de l'État du for de suspendre les poursuites découlera d'une décision judiciaire. M. Grossman Guiloff est néanmoins persuadé que le Comité de rédaction pourra répondre à ces préoccupations.

M. Grossman Guiloff dit qu'en conclusion, bien qu'il appuie pleinement le renvoi des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction, il espère également qu'à la session en cours la Commission progressera dans l'adoption provisoire des projets d'article en suspens depuis la précédente session. Ce faisant, elle apporterait une importante contribution à la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale dans son ensemble.

M. Park, parlant par liaison vidéo, dit qu'il sait gré à la Rapporteuse spéciale de la contribution considérable qu'elle a apportée aux travaux sur le sujet important et délicat de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Bien que relativement concis comparé aux rapports précédents, son huitième rapport contient des informations essentielles sur les questions en suspens.

En ce qui concerne le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, M. Park rappelle que lors de l'examen par la Commission du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/701), il avait insisté sur la nécessité, s'agissant de la portée de cette immunité, de réfléchir à l'évolution du droit pénal international intervenue dans le cadre de la Cour pénale internationale et des tribunaux internationaux. Toutefois, comme la Rapporteuse spéciale le fait observer dans son huitième rapport, l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'immunité devant les juridictions pénales internationales sont des institutions techniquement différentes et indépendantes. La Commission devrait, conformément au projet d'article 1, limiter ses travaux à l'immunité applicable dans les relations horizontales entre États.

À cet égard, la clause « sans préjudice » que constitue le nouveau projet d'article 18 n'est pas nécessaire. Le paragraphe 1 du projet d'article 1 limite clairement le champ d'application du projet d'articles à « l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État ». De plus, ce champ d'application est précisé comme il convient au paragraphe 6) du commentaire du projet d'article 1, aux termes duquel « les immunités devant les tribunaux pénaux internationaux, qui sont soumises à leur propre régime juridique, demeureront exclues du champ d'application du projet d'articles. Cette exclusion doit être comprise comme signifiant qu'aucune des règles régissant l'immunité devant ces tribunaux ne doit être affectée par le contenu du présent projet d'articles. » Des membres de la Commission ont suggéré d'incorporer la teneur du projet d'article 18 dans le projet d'article 1, en tant que nouveau paragraphe 3, mais un tel ajout risque de soulever des questions complexes quant à la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales. En outre, comme cela a déjà été dit, le commentaire du projet d'article 1 est tout à fait clair sur ce point.

Comme indiqué au paragraphe 34 du huitième rapport, des opinions diverses ont été exprimées au sein de la Commission sur la question du règlement des différends. La Commission devrait examiner cette question eu égard à deux objectifs concurrents : d'une part protéger la souveraineté de l'État, d'autre part promouvoir des valeurs de la communauté internationale telles que l'élimination de l'impunité. Étant donné l'importance de la compétence pénale en droit interne, on peut douter que les États acceptent sans hésiter que le projet d'articles contienne une disposition relative au règlement des différends. Même s'ils acceptent une telle disposition, ils pourraient être réticents à l'invoquer en pratique parce qu'ils considèrent qu'elle limite leur propre compétence pénale.

Le paragraphe 3 du projet d'article 17 est lui aussi problématique. Son applicabilité est étroitement liée à un argument avancé par des membres de la Commission qui n'a pas encore été expressément envisagé, à savoir qu'une condition préalable à l'exercice de sa compétence pénale par l'État du for est la présence physique du représentant étranger sur son territoire. Si cette condition préalable est considérée comme raisonnable, le paragraphe 3 du projet d'article 17, tel qu'actuellement libellé, placera les représentants étrangers présents sur le territoire de l'État du for dans une situation précaire aussi longtemps que la Cour internationale de Justice ou une instance arbitrale internationale n'aura pas définitivement statué sur le différend, au terme d'un processus qui prend normalement un temps considérable. Il n'est donc pas opportun de faire figurer une disposition relative au règlement des différends dans le projet d'articles.

Si toutefois la Commission décide d'inclure le projet d'article 17 dans les projets d'article à adopter en première lecture, la Rapporteuse spéciale devra expliquer la différence entre les « consultations » et les « négociations » visées au paragraphe 1 de ce projet d'article. En ce qui concerne son paragraphe 2, la Commission devra décider si le consentement des États concernés est requis pour que le différend puisse être soumis à une institution judiciaire internationale. De plus, la formule « peuvent tous deux proposer » n'est pas claire. À cet égard, M. Park rappelle l'approche en deux étapes prévue au paragraphe 2 de l'article 27 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, ainsi libellé :

Tout différend [...] qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai de six mois est, à la demande de l'un quelconque de ces États Parties, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, les États Parties ne peuvent s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut porter le différend devant la Cour internationale de Justice en lui adressant une requête conformément au Statut de la Cour...

Étant donné l'incertitude entourant son applicabilité, le paragraphe 3 du projet d'article 17 devrait être supprimé.

M. Park rappelle qu'il a fait des observations sur les bonnes pratiques recommandées à la session de 2019, déclarant en particulier que pour des raisons de forme, des recommandations pratiques n'avaient pas leur place dans le projet d'articles. De plus, peut-être n'est-il pas approprié que le projet d'articles contienne un guide ou manuel des bonnes pratiques du type mentionné par la Rapporteuse spéciale dans son rapport. Si la Commission souhaite répondre aux deux questions mentionnées par celle-ci au paragraphe 55 de ce rapport, elle peut le faire dans les commentaires pertinents ou demander à l'Assemblée générale des Nations Unies de se prononcer sur ces questions dans une résolution. Comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 60, il appartient à chaque État d'élaborer un tel guide ou manuel, et le rôle de la Commission à cet égard doit consister à aider les États qui souhaitent se doter d'un tel instrument. De plus, comme indiqué au paragraphe 58 du rapport, les projets d'articles 8 à 16 actuellement proposés par la Rapporteuse spéciale peuvent faire fonction de guide de la pratique.

Enfin, remerciant une nouvelle fois la Rapporteuse spéciale pour ses efforts inlassables, M. Park exprime l'espoir qu'à la session en cours le Comité de rédaction trouvera de bonnes solutions s'agissant des projets d'article qui n'ont pas encore fait l'objet d'un accord.

Sir Michael Wood, remerciant la Rapporteuse spéciale pour son huitième rapport et la présentation qu'elle en a faite, dit que ce document n'examine pas certaines questions centrales que la Commission doit résoudre pour mener à bien la première lecture, en particulier les divergences d'opinions marquées au sujet du projet d'article 7, qu'une commission divisée n'a été en mesure d'adopter qu'au moyen d'un vote. La Sixième Commission est encore plus divisée sur ce projet d'article, bien qu'elle soit unanime pour demander à la Commission de trouver le moyen d'avancer. Une autre question importante sur laquelle la Commission devra revenir avant de pouvoir adopter un projet d'articles est celle de l'inviolabilité de la personne des représentants d'États étrangers. L'inviolabilité de la personne étant d'une importance pratique considérable lorsque des questions touchant l'immunité de juridiction pénale se posent, la position de la Commission sur l'inviolabilité, et la distinction entre l'inviolabilité et l'immunité, doivent être claires ; les textes antérieurs reposant sur les travaux de la Commission envisagent l'inviolabilité de la personne expressément et séparément. La Commission doit également élaborer des définitions supplémentaires pour inclusion au paragraphe 3 du projet d'article 2.

En ce qui concerne le huitième rapport, le titre du chapitre I est vague. Il ne donne pas vraiment d'indications sur les aspects du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales qui sont envisagés. L'analyse qui suit n'est pas non plus particulièrement éclairante. Sir Michael Wood dit que, quoi qu'il en soit, il n'est pas d'accord avec une grande partie du contenu de ce chapitre et ne souhaite pas que celui-ci figure dans les commentaires. Tout ce qu'il faut dire sur la question a déjà été dit au paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 1, adopté en 2013.

Il n'est nul besoin d'une clause « sans préjudice » ; peut-être celle-ci ne vise-t-elle qu'à justifier l'insertion dans le commentaire d'une longue digression sur les juridictions pénales internationales, à laquelle Sir Michael Wood dit qu'il s'opposera vigoureusement. Comme d'autres membres de la Commission, il n'est pas favorable au renvoi du projet d'article 18 proposé au Comité de rédaction, également pour des raisons pratiques : si la Commission devait élaborer une clause « sans préjudice », tant l'article lui-même que le commentaire devront être rédigés avec un soin extrême et seront selon toutes probabilités hautement controversés. Le résultat final retardera donc encore l'adoption du texte en première lecture.

Sir Michael Wood rappelle qu'ainsi qu'il l'a indiqué à la session de 2019, il estime lui aussi qu'il n'y a aucune raison que la Commission débâte de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale le 6 mai 2019 sur l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir*, dans laquelle il faisait lui-même fonction de conseil. Il précise qu'il pense ainsi non parce qu'il considère que la Commission doit de manière générale s'abstenir de porter une appréciation sur les décisions judiciaires, comme le paragraphe 23 du rapport à l'examen semble le donner à penser, mais parce qu'une telle appréciation est en l'occurrence tout simplement dénuée de pertinence. La Rapporteuse spéciale indique à juste titre que la décision de la Chambre a suscité « de vives critiques ». Les conclusions (« *findings* ») de la Chambre, dont le résumé dans le rapport n'est pas totalement fidèle, sont le fruit d'un raisonnement défectueux, lorsqu'elles ne sont pas purement et simplement erronées, comme M. Tladi l'a expliqué avec éloquence à la 3520^e séance de la Commission. Ces « conclusions » ont été rejetées par les États et les organisations internationales et ne sauraient être considérées comme reflétant l'état du droit. Le Statut de Rome est loin d'être universel, et aucun traité n'a d'effet sur les droits des non-parties.

Les arguments de la Rapporteuse spéciale à l'appui de la clause « sans préjudice » qu'elle propose, alors même que la question est déjà envisagée dans le commentaire du projet d'article 1, ne sont pas convaincants et sont difficiles à suivre. Elle affirme qu'une telle clause permettrait de rendre compte de deux éléments. Le premier de ces éléments semble être la nécessité de préciser que l'immunité devant les juridictions pénales internationales ne relève pas du sujet, mais une telle précision est inutile. Bien que la Rapporteuse spéciale affirme qu'en l'absence de clause « sans préjudice », les juridictions pénales internationales ne sont exclues du champ d'application du projet d'articles que par le jeu d'une interprétation *a contrario* du paragraphe 1 du projet d'article 1, il ressort tout à fait clairement – de l'intitulé du sujet, du texte du projet d'articles et des commentaires – que le projet d'articles ne s'applique qu'à l'immunité devant les tribunaux internes. Le projet de clause « sans préjudice » vise « les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales » ; si ce que désigne cette formule est loin d'être clair, il est par contre parfaitement clair que les juridictions pénales internationales ne relèvent pas du sujet. L'argument avancé par la Rapporteuse spéciale pour incorporer le second élément qu'elle invoque est encore moins compréhensible : Sir Michael Wood ne voit tout simplement pas en quoi « la pertinence des juridictions pénales internationales dans la lutte contre l'impunité » obligerait la Commission à faire figurer une clause « sans préjudice » dans le projet d'articles.

S'agissant du chapitre II du rapport, relatif au règlement des différends, Sir Michael Wood appelle l'attention sur deux inexactitudes mineures. Premièrement, il n'est pas vrai que, comme indiqué au paragraphe 36, jusque très récemment il n'entraînait généralement pas dans la pratique de la Commission d'inclure dans les textes issus de ses travaux des dispositions sur les moyens de règlement des différends ; les travaux menés par la Commission en 2010 et 2011 sur des clauses de règlement des différends l'attestent clairement. Deuxièmement, la Cour internationale de Justice n'a pas statué sur des questions touchant l'immunité des représentants de l'État dans toutes les affaires citées dans la note de bas de page 50 : elle ne l'a pas fait, par exemple, dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*.

Le projet d'articles devrait contenir une clause de règlement des différends, mais une telle clause doit être, au moins potentiellement, efficace. Or le projet d'article 17 proposé n'est guère contraignant, car il prévoit seulement qu'un des États concernés peut « proposer » à l'autre de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. Une

telle disposition risque même d'affaiblir les obligations existantes des États en matière de règlement des différends. Comme le souligne la Rapporteuse spéciale, la question du règlement des différends est liée à certaines des dispositions relatives aux garanties proposées dans son septième rapport (A/CN.4/729) et doit être examinée en même temps que celles-ci. Elle est de même étroitement liée à la question de la forme du texte qui sera finalement issu des travaux ; la nature de la clause en question sera différente selon que la Commission entend élaborer une convention, comme pour le sujet « Crimes contre l'humanité », ou des conclusions ou un texte de nature comparable, comme pour le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

Sir Michael Wood dit qu'à supposer, comme lui-même le suppose depuis le début des travaux sur le sujet, que l'objectif final soit d'élaborer une convention, la Commission pourrait recommander, aux fins du règlement des différends entre États concernant l'interprétation et l'application du futur instrument, ce qui est en passe de devenir une disposition type sans être indûment ambitieuse, en prenant pour modèle l'article 15 du projet d'articles de 2019 sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, en particulier les paragraphes 1 et 2 de cet article. Une telle disposition pourrait être facultative, au sens où les États pourraient déclarer en temps voulu qu'elle ne les lie pas. Le fait pour les États de convenir de soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice ou à l'arbitrage n'est pas contraire au principe du libre choix des moyens ; en fait, une telle disposition est un exemple de libre choix des moyens et il est fréquent qu'elle soit acceptée par les États favorables à une clause de règlement des différends. Si la Commission recommande une telle clause, aucune autre disposition sur le règlement des différends ne sera nécessaire. La Rapporteuse spéciale a eu raison de ne pas proposer la création d'un organe international spécial ad hoc à caractère permanent, bien qu'elle ne semble pas en avoir exclu la possibilité à l'avenir. Une telle proposition ne présente guère d'intérêt, ne serait-ce que parce qu'il est peu probable que les États y donnent suite.

En ce qui concerne le chapitre III du rapport, relatif aux bonnes pratiques recommandées, Sir Michael Wood dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale qu'il n'est pas nécessaire de formuler des propositions à cet égard.

Revenant au principal problème qui se pose à la Commission dans ses travaux sur le sujet, à savoir le projet d'article 7, Sir Michael Wood dit qu'à moins que la Commission reconnaisse que ce projet d'article demeure tout autant un obstacle à un accord au sein de la Commission et parmi les États qu'il l'était lorsqu'il a été adopté par un vote en 2018, elle ne peut guère espérer progresser. Or le huitième rapport ne mentionne pas la controverse entourant le projet d'article 7 ni les divergences d'opinions marquées exprimées en ce qui le concerne à tous les stades des travaux, mais donne au contraire l'impression que tout va bien, allant même jusqu'à suggérer que le rapport préliminaire de 2012 de la Rapporteuse spéciale a été « approuvé » par la Commission et la Sixième Commission, ce qui est loin d'être le cas. En réalité, l'approche générale et la méthodologie adoptées par la Rapporteuse spéciale ont été contestées dès le départ.

Sir Michael Wood rappelle qu'à la session de 2019, il avait souligné six points. Premièrement, dans son libellé actuel, le projet d'article 7 n'est pas acceptable pour les États en général, et il n'y a pas non plus d'accord au sein de la Commission en ce qui le concerne ; il ne saurait donc servir de base à la Commission pour achever avec succès ses travaux sur le sujet. Deuxièmement, comme la Rapporteuse spéciale semble désormais l'admettre, le projet d'article 7 ne reflète pas la *lex lata* ; si la Commission le conserve, elle doit indiquer, au moins dans le commentaire, qu'il ne codifie pas le droit international coutumier existant. Troisièmement, le projet d'article 7 ne reflète pas une « tendance » de l'évolution du droit. Quatrièmement, étant donné la position adoptée par de nombreux États de diverses régions et de traditions juridiques diverses, il n'est pas réaliste de penser que le projet d'article 7 en viendra à être considéré comme reflétant le droit international coutumier. Cinquièmement, si les règles applicables du droit international devaient être modifiées dans le sens du projet d'article 7, cette modification ne vaudrait qu'entre les États prêts à devenir parties à une convention dûment ratifiée. Sixièmement, si la Commission conserve une disposition comparable à l'actuel projet d'article 7, des garanties procédurales efficaces devront être établies pour que les exceptions à l'immunité *ratione materiae* proposées ne donnent pas lieu à des abus, sous la forme de poursuites politiquement motivées ou autrement abusives. Telle

semble être l'opinion générale au sein de la Commission et parmi les États, et cette opinion est reflétée dans le projet d'article 8 *ante*, qui a été provisoirement adopté par le Comité de rédaction en 2019.

Sir Michael Wood dit qu'il espère sincèrement que la Commission pourra achever une première lecture en 2021 ou au moins durant le quinquennat en cours, mais adopter un texte en première lecture sans être parvenu à un accord sur les questions en suspens, en particulier celles que soulève le projet d'article 7, une disposition extrêmement controversée, serait préjudiciable à ses travaux. Les commentaires sont d'une importance majeure, mais ceux adoptés jusqu'alors sont trop verbeux, abordent des questions théoriques sans aucun intérêt pratique ou autre et sont source de confusion. Sir Michael Wood dit qu'il est persuadé que les projets de commentaire et, le cas échéant, des mises à jour et révisions des projets de commentaire existants seront mis en temps voulu à la disposition des membres de la Commission afin qu'ils puissent les étudier avec soin avant leur adoption en première lecture.

En conclusion, remerciant de nouveau la Rapporteuse spéciale pour son huitième rapport, Sir Michael Wood dit qu'il approuve le renvoi au Comité de rédaction du projet d'article 17 mais non celui du projet d'article 18, pour les raisons qu'il a exposées.

M. Nguyen, parlant par liaison vidéo, remercie la Rapporteuse spéciale pour son huitième rapport et la présentation qu'elle en a faite, qui fournissent une base solide pour le débat sur le sujet, ainsi que pour les consultations informelles qu'elle a organisées durant la première semaine de la session. Il indique que faute de temps, il ne fera pas d'observations générales et axera sa déclaration sur les trois questions procédurales envisagées dans le rapport à l'examen.

S'agissant en premier lieu du projet d'article 18, M. Nguyen dit qu'en ce qui concerne le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et des juridictions pénales internationales, il pense lui aussi que les deux juridictions sont distinctes et doivent être traitées séparément. Le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale « étrangère » ne concerne que l'immunité invoquée devant les tribunaux internes, non devant les juridictions pénales internationales ; l'obligation de coopérer avec les instances pénales internationales dans les affaires de crimes internationaux est régie par d'autres conventions, règles ou accords. Par exemple, l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale sera différente selon que l'État concerné est ou non partie au Statut de Rome. La Cour peut demander aux 123 États parties au Statut de coopérer avec elle, mais elle ne peut qu'inviter les États qui n'y sont pas parties à lui prêter assistance.

L'obligation de coopérer avec les instances pénales internationales doit être invoquée dans le respect de l'indépendance et des droits souverains des États et des accords qu'ils peuvent avoir conclus. C'est aux États qu'il incombe de punir les auteurs des crimes internationaux les plus graves, les juridictions pénales internationales constituant un moyen complémentaire d'éviter l'impunité. Il faut à cet égard réaliser un équilibre entre le droit et la politique, et la pratique des États est loin d'être uniforme. Comme le principal objectif de la Commission est de codifier cette pratique, le projet d'articles doit définir le régime général applicable à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans tous les cas, que les États concernés soient ou non parties au Statut de Rome. Le projet d'articles ne doit pas empiéter sur les discussions et négociations politiques concernant l'obligation de coopérer avec les juridictions pénales internationales, étant donné en particulier que, depuis 2014, la Commission n'a reçu aucune observation sur le sujet des États d'Asie ou d'Afrique. D'une manière générale, les États font preuve de prudence s'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, notamment en ce qui concerne la relation entre la compétence des tribunaux internes et celle des juridictions pénales internationales. L'équilibre réalisé dans le projet d'articles entre droits et obligations devrait refléter les vues de tous les États, y compris ceux d'Asie et d'Afrique. M. Nguyen dit que de ce point de vue, il souscrit pleinement à la conclusion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la Commission n'a pas à prendre position sur la question.

La possibilité d'inclure le projet d'article 18 dans le projet d'articles doit donc être examinée avec prudence. M. Nguyen dit qu'il est pleinement d'accord avec MM. Forteau, Jalloh, Murphy, Rajput et Tladi lorsqu'ils proposent de placer la clause « sans préjudice »

dans le projet d'article 1, dont il constituerait un nouveau paragraphe 3 consacré à la relation entre le projet d'articles et les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales et la pratique des États, le champ d'application de l'ensemble du projet d'articles étant expliqué dans le commentaire. La clause « sans préjudice » n'encourage pas les États à saisir les juridictions pénales internationales au lieu de laisser les tribunaux internes exercer leur compétence pour réprimer les crimes internationaux.

S'agissant du projet d'article 17, relatif au règlement des différends, l'examen, la détermination et l'application par les tribunaux internes de l'immunité des représentants d'États étrangers sont des questions procédurales. Les procédures pertinentes – à savoir la notification (projet d'article 12), l'échange d'informations (projet d'article 13) et l'exercice de la compétence (projets d'articles 14 et 15) – visent à régler les éventuels différends dès qu'ils se font jour. Dans presque tous les cas, toute divergence d'opinions entre les deux États quant à la nature de l'infraction, la sévérité des mesures et l'application de l'immunité est évidente dès que la notification est reçue et l'immunité invoquée. D'une part, parce que les questions pénales ont plus tendance que d'autres à toucher la souveraineté nationale, la sécurité, l'ordre public et d'autres intérêts essentiels des États, aucun État étranger n'a le droit de décider de la manière dont l'État du for organise ses procédures. D'autre part, il incombe aux États de mettre leurs représentants à l'abri de la juridiction pénale étrangère.

La clause de règlement des différends adoptée devrait donc refléter la pratique des États et l'équilibre des obligations. Elle ne doit affecter ni modifier en rien le modèle contemporain de règlement des différends bien établi en droit international. Les modes de règlement pacifique des différends visés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies valent pour tous les différends, y compris ceux concernant l'immunité. Les États sont tenus de s'efforcer, avant de soumettre ces différends au règlement d'une tierce partie, de les régler au niveau bilatéral, que ce soit en appliquant les procédures établies dans les accords de coopération internationale et d'entraide judiciaire ou autres procédures dont ils sont convenus, ou par la voie diplomatique. Ils sont alors libres de choisir le moyen de règlement par une tierce partie qu'ils préfèrent, y compris le règlement judiciaire.

Le projet d'article 17 vise la négociation et la possibilité d'un arbitrage ou d'un règlement judiciaire mais ne mentionne pas les autres moyens de règlement pacifique des différends, par exemple la médiation ou les bons offices du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui ont fait la preuve de leur efficacité dans la pratique des États. Ainsi, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a réussi par sa médiation à amener un règlement du différend qui existait entre la Nouvelle-Zélande et la France au sujet du préjudice causé par des représentants de l'un de ces États à un national de l'autre.

Tout délai fixé pour le règlement bilatéral d'un différend concernant l'immunité doit être fonction des mesures prises par les États et dépend de leur consentement. Le délai de douze mois prévu dans la conclusion 21 du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) a son origine dans l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette conclusion 21 stipule toutefois que les États doivent rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies avant de saisir la Cour internationale de Justice de leur différend et indique que son contenu est sans préjudice des obligations procédurales énoncées dans la Convention de Vienne, des règles pertinentes concernant la compétence de la Cour internationale de Justice ou d'autres dispositions applicables en matière de règlement des différends convenues par les États intéressés.

Il a été proposé d'élaborer une convention sur la base du texte issu des travaux de la Commission sur le sujet « Crimes contre l'humanité ». Le paragraphe 2 de l'article 15 de ce texte réserve le droit des États de déclarer qu'ils ne sont pas liés par l'obligation de porter leurs différends devant la Cour internationale de Justice. Pour ce qui est des différends concernant l'immunité, aucun fondement conventionnel ou coutumier ne justifie la fixation d'un délai pour les négociations et l'obligation de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. Lorsqu'il n'est pas certain que le texte issu des travaux de la Commission sur un sujet donné deviendra une convention, il faut veiller à n'imposer aucune règle de caractère conventionnel aux États sans leur consentement. M. Nguyen préférerait donc que le projet d'article 17 soit rédigé prudemment, en s'inspirant du libellé des

paragraphe 3 à 5 de la conclusion 21 du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et du paragraphe 3 de l'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. De plus, le titre « Obligations procédurales » serait préférable au titre « Règlement des différends » ; le premier de ces intitulés est celui de la conclusion 21 du projet de conclusions sur le *jus cogens* et il atténuerait l'impression qu'une obligation contraignante est imposée aux États.

M. Nguyen dit qu'à l'instar de la Rapporteuse spéciale, il estime préférable de ne pas inclure un guide des bonnes pratiques dans le projet d'articles. Si la Commission adoptait un tel guide, la nature de ses travaux sur le sujet ne serait plus celle définie au paragraphe 7 b) du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661), dans lequel celle-ci indique que, s'agissant d'un sujet complexe et délicat, il semble préférable de commencer par l'envisager sous l'angle de la *lex lata*. Toutes bonnes pratiques qui seraient recommandées devraient être accompagnées de commentaires les expliquant et en définissant le champ d'application, et être assez souples pour ne pas préjuger de la volonté de l'État du for ou de l'État du représentant. Elles devraient refléter les pratiques des États les plus clairement attestées et ne comporter aucun élément qui ne relève pas de celles-ci, ne soit pas clair ou soit juridiquement imprécis ; leur élaboration nécessiterait donc un délai supplémentaire s'agissant d'un sujet qui est à l'étude depuis quatorze ans et a fait l'objet de 11 rapports de deux rapporteurs spéciaux.

M. Nguyen dit qu'en conclusion, il tient à rendre un nouvel hommage à la Rapporteuse spéciale, dont les conseils, la coopération et la compétence ont considérablement facilité les travaux de la Commission. Il approuve le renvoi des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction et espère que la Commission sera en mesure d'adopter le projet d'articles en première lecture à la session en cours.

La séance est levée à 12 h 20.