

Provisoire

**Réservé aux participants**

2 septembre 2021

Original : anglais

---

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

**Compte rendu analytique provisoire de la 3524<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 18 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](mailto:trad_sec_fr@un.org)).



**Présents :**

*Président :* M. Hmoud  
*Membres :* M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M. Forteau  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Hassouna  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Nguyen  
M<sup>me</sup> Oral  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Park  
M. Peter  
M. Petrič  
M. Rajput  
M. Reinisch  
M. Šturma  
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 11 h 5.*

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

**Le Président** invite la Commission à reprendre l'examen du huitième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/739).

**M<sup>me</sup> Lehto**, parlant par liaison vidéo, remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport, dans lequel elle règle les dernières questions qui étaient en suspens, et lui sait gré d'avoir organisé des consultations informelles avant et pendant la session pour faciliter les travaux du Comité de rédaction. Elle appuie pleinement les efforts faits pour achever la première lecture du projet d'articles à la session en cours.

Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale analyse trois questions de fond, dont la première est celle du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, à laquelle elle consacre des observations dont elle doit être remerciée. Si la pratique des juridictions internationales a confirmé que ni l'immunité personnelle ni l'immunité fonctionnelle ne faisaient obstacle à des poursuites devant une juridiction pénale internationale, ce principe et ses implications pratiques pour les relations interétatiques ont fait l'objet d'interprétations diverses et suscité une certaine confusion.

Des procédures concernant la coopération avec la Cour pénale internationale aux fins de l'arrestation et de la remise de l'ancien Président du Soudan, Omar Hassan Ahmad al-Bashir, ont été évoquées à cet égard. Il est normal que la Rapporteuse spéciale et la Commission aient attendu que la Chambre d'appel de la Cour rende son arrêt dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal* pour analyser cette problématique. Cet arrêt, en date du 6 mai 2019, aborde effectivement des questions pertinentes aux fins des travaux sur le sujet, en particulier celle de la distinction entre exercice de la compétence pénale nationale d'une part, et coopération avec la Cour de l'autre.

M<sup>me</sup> Lehto dit qu'elle considère comme la Rapporteuse spéciale que le projet d'articles devrait être généralement applicable et que, dans le cadre de celui-ci, la notion de juridiction pénale devrait de même s'entendre en un sens général comme applicable à tous les États.

Dans le même temps, les règles que la Commission est en train d'élaborer doivent tenir compte du chevauchement – découlant du principe de complémentarité consacré dans le Statut de Rome – entre exercice vertical et exercice horizontal de la compétence, ainsi que de l'existence de tribunaux hybrides et internationalisés. Plusieurs membres ont souligné que la Commission devait veiller à ce que ses travaux sur le sujet ne portent pas atteinte aux dispositions de fond et institutions du droit pénal international. Une clause « sans préjudice » est donc nécessaire.

Lors du débat en cours, M. Murphy a dit craindre qu'une clause sans préjudice ne donne à penser qu'il existe une hiérarchie entre les deux ensembles de règles qu'elle vise. Pourtant il est fréquent que la Commission recourt à de telles clauses, à des fins diverses, et en général elle explique dans ses commentaires les raisons l'ayant amenée à le faire. Dans la plupart des cas, ces clauses servent à circonscrire le sujet étudié en indiquant que les travaux de la Commission ne touchent pas, ou ne visent pas à affecter, d'autres règles.

Si l'on prend quelques vingt sujets que la Commission a examinés depuis six décennies, les trois seuls cas dans lesquels la Commission a expliqué qu'une clause sans préjudice avait l'effet redouté par M. Murphy concernent tous la Charte des Nations Unies. Dans les commentaires pertinents, la Commission a cité l'Article 103 de la Charte, aux termes duquel « [e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

L'Article 103 vise une situation bien précise. Un point de référence plus pertinent pour la clause sans préjudice du projet d'article 18 que propose la Rapporteuse spéciale est l'article 58 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui

dispose que les articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État. Selon le paragraphe 1) du commentaire de cette disposition, celle-ci précise que les articles dans leur ensemble ne traitent d'« aucune question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne agissant pour le compte d'un État ». Une autre clause sans préjudice, qui figure à l'article 57, exclut du champ d'application des articles toute question relative à la responsabilité des organisations internationales.

Pourquoi la Commission a-t-elle jugé nécessaire d'inclure ces clauses sans préjudice ? Ne ressortissait-il pas de l'intitulé du sujet, du texte des articles et des commentaires que la Commission ne traitait que de la responsabilité internationale de l'État ? Ces questions sont pertinentes eu égard à l'opinion exprimée par M. Park et Sir Michael Wood, à savoir qu'une clause sans préjudice n'est pas nécessaire parce que le projet d'article 1 définit le champ d'application du texte. Lorsqu'elle a adopté son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en 2001, et en de nombreuses autres occasions, la Commission a opté pour la clarté ; il serait bon qu'elle fasse de même en l'espèce étant donné la confusion susmentionnée.

La clause que propose la Rapporteuse spéciale au projet d'article 18 a pour la première fois été examinée en 2017 en tant que paragraphe 3 du projet d'article 7. Elle a à l'époque été largement appuyée, bien que de nombreux membres aient indiqué qu'ils préféreraient une clause générale applicable à tous les projets d'article et pas seulement au projet d'article 7. La décision de retirer cette disposition et de la présenter de nouveau sous la forme d'un projet d'article autonome a donc été judicieuse.

M<sup>me</sup> Lehto dit qu'en résumé, elle est favorable au projet d'article 18 proposé et le considère comme nécessaire. Son libellé peut toutefois être amélioré, par exemple en visant les « règles et pratiques » et les « juridictions pénales internationalisées », comme l'a proposé M. Jalloh, appuyé par d'autres membres.

M<sup>me</sup> Lehto rappelle que lorsque la Rapporteuse spéciale avait évoqué, dans le cadre du programme de travail futur qu'elle proposait dans son septième rapport (A/CN.4/729), la question du règlement des différends, elle-même ne voyait aucune raison de faire figurer une disposition sur la question dans le projet d'articles. Toutefois, dans son huitième rapport, la Rapporteuse spéciale avance un argument intéressant en faveur d'une telle disposition, à savoir qu'elle offrirait à l'État du for et l'État du fonctionnaire une garantie de dernier ressort si, à l'issue des consultations, des divergences subsistaient au sujet de la détermination et de l'application de l'immunité.

C'est bien entendu la forme finale qui sera donnée au texte issu des travaux de la Commission qui déterminera si le projet d'article sur le règlement des différends ne constitue qu'un rappel de l'obligation faite à tous les États de régler pacifiquement leurs différends internationaux ou est une véritable clause compromissoire définissant une base de compétence. Dans un cas comme dans l'autre, une telle disposition pourra être utile.

S'il est conçu comme un rappel, le projet d'article 17 doit être de caractère général. Il n'est nul besoin de prévoir des délais, comme le fait actuellement son paragraphe 2. S'agissant du paragraphe 3, il ne serait pas approprié, comme l'a souligné M. Forteau, d'exiger de l'État du for qu'il suspende l'exercice de sa compétence si le différend est soumis à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. C'est à l'État du représentant de demander à la Cour d'ordonner cette suspension à titre de mesure conservatoire.

Il convient d'ajouter que l'engagement d'une procédure de règlement a rarement pour effet de suspendre d'autres activités de l'État. M<sup>me</sup> Lehto indique que le seul exemple qui lui vient à l'esprit est celui des contremesures qui, aux termes de l'article 52 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, doivent être suspendues sans retard indu si le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions contraignantes pour les parties. Toute analogie entre l'exercice de la compétence pénale et la prise de contremesures serait toutefois difficilement justifiable.

Pour ce qui est des bonnes pratiques recommandées, M<sup>me</sup> Lehto dit qu'elle peut souscrire à la conclusion à laquelle la Rapporteuse spéciale parvient au paragraphe 61 du rapport à l'examen. Les quelques bonnes pratiques pouvant déjà être recensées sans que de

nouvelles contributions des États ou des membres de la Commission soient nécessaires pourront être visées dans les commentaires. En conclusion, M<sup>m</sup>c Lehto dit qu'elle appuie le renvoi des deux projets d'article proposés au Comité de rédaction.

**M. Petrič** dit que le rapport de la Rapporteuse spéciale devrait permettre à la Commission d'achever la première lecture du projet d'articles mais que plusieurs questions doivent encore être résolues par le Comité de rédaction, notamment en ce qui concerne le projet d'article 7. Il pense comme plusieurs des membres qui ont pris la parole avant lui qu'il est regrettable que la Commission n'ait pas eu le temps de recenser les bonnes pratiques à recommander en la matière avant d'achever sa première lecture.

À titre d'observation générale, M. Petrič indique que lorsqu'il est devenu membre de la Commission en 2007, l'objectif des travaux sur le sujet était clair : élaborer, à partir de la pratique des États, un projet d'articles et non des directives ou des règles. Il ne voit aucune raison de s'écarter de cette approche. La décision de la Commission quant à la forme que doit prendre le texte issu de ses travaux aura naturellement un impact sur ceux-ci.

Il importe de souligner que les deux régimes juridiques analysés au chapitre I du rapport à l'examen sont indépendants et le resteront probablement. Le régime des immunités devant les juridictions pénales internationales est un bon exemple de régime complémentaire ou subsidiaire. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est une norme du droit international coutumier appliquée horizontalement entre les États. Elle est aussi une expression de la souveraineté de l'État. Il en va de même, *mutatis mutandis*, de l'immunité diplomatique. La portée, l'invocation et les limites de l'immunité de juridiction pénale étrangère ont déjà été définies par la pratique des États. La tâche de la Commission consiste à établir ce qui relève déjà du droit international coutumier et doit être codifié, et ce qui s'est développé en tant que pratique et doit faire l'objet d'un développement progressif.

Il y a bien entendu un lien entre les deux régimes, et une coopération est possible, voire nécessaire. Tous deux reposent sur certains accords ou sur des décisions du Conseil de sécurité et ne sont donc obligatoires, *stricto sensu*, que pour les États parties à ces accords. M. Petrič rappelle que lorsque les négociations auxquelles il a participé, relatives au Statut de Rome, ont débuté, il était entendu que le Statut devrait aider les États qui ne voulaient pas ou ne pouvaient pas réprimer les crimes les plus odieux. L'histoire montre que ces crimes sont commis non par des individus mais par des autorités de l'État et que ce sont les plus hauts représentants de celui-ci qui en sont responsables au premier chef. Il est toutefois irréaliste de s'attendre à ce que tous les États soient prêts à engager des poursuites contre leurs plus hauts représentants.

Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale analyse longuement l'arrêt rendu, dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, sur l'appel interjeté par la Jordanie contre la décision prononcée le 11 décembre 2017 par la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale. Cet arrêt, aussi problématique soit-il, ne peut s'entendre que comme concernant l'obligation des États de coopérer avec la Cour. Cette obligation, comme il ressort de l'arrêt lui-même, ne s'impose qu'aux parties au Statut de Rome.

M. Petrič dit qu'à cet égard il ne peut s'empêcher de mentionner des arrêts comparables, par exemple celui rendu par la Cour internationale de Justice en ce qui concerne l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. La Cour a jugé que le massacre de Srebrenica, mais non celui de Bijeljina, avait constitué un génocide, alors que les auteurs et les mobiles étaient les mêmes. De fait, la seule différence majeure était le nombre des victimes. Cette affaire montre que même les juridictions les plus sages peuvent parfois être incohérentes. La Commission ne doit pas mentionner, et certainement pas commenter longuement, l'arrêt de la Cour pénale internationale dans les commentaires, bien qu'il faille être reconnaissant à la Rapporteuse spéciale de l'avoir analysé dans son rapport aux fins du débat.

Il est clairement indiqué au chapitre I du rapport, qui contient une analyse détaillée du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, que celles-ci « ne relèvent pas du [...] sujet ». La portée de celui-ci doit demeurer circonscrite à l'immunité *ratione personae* et *ratione materiae* des représentants de l'État de la juridiction pénale des autres États, comme elle l'est depuis le

début des travaux. Il est expliqué dans le commentaire du projet d'article 1 provisoirement adopté par la Commission que 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 et que, de ce fait, aucune des règles régissant l'immunité devant ces tribunaux ne doit être affectée par le contenu du projet d'articles.

Toutefois, de la même manière, la Commission a décidé que le projet d'articles ne devait pas être affecté par les règles régissant l'immunité devant les juridictions pénales internationales. M. Petrič se demande si cette position ne pourrait pas être exposée dans le commentaire, voire dans une nouvelle clause sans préjudice, afin de répondre à certaines des préoccupations exprimées au sujet du projet d'article 18, en particulier la crainte qu'il établisse la supériorité des régimes spéciaux des juridictions pénales internationales et qu'il mette des obligations à la charge des États qui ne sont pas parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale. M. Petrič dit qu'il ne partage pas ces préoccupations mais estime que davantage de clarté serait assurément souhaitable. Il ne voit toutefois pas la nécessité du projet d'article proposé, qui risque de nuire à la clarté du texte, en particulier en tant que disposition autonome. À titre de compromis, il serait disposé à accepter que sa teneur soit incorporée au projet d'article 1, relatif au champ d'application.

M. Petrič souligne qu'il est un partisan convaincu du Statut de Rome et qu'il considère la création de la Cour pénale internationale comme une avancée historique dans le développement du droit international. L'immunité devant les juridictions pénales internationales et l'immunité de la juridiction pénale des États font toutefois l'objet de deux régimes juridiques distincts, qui doivent demeurer indépendants l'un de l'autre, quelques similarités que l'une et l'autre puissent présenter. La première fait l'objet d'un régime spécifique tandis que la seconde, si les travaux de la Commission sur le sujet donnent naissance à une convention, fera l'objet d'un régime général.

S'agissant du projet d'article 17, qu'il juge très utile, M. Petrič dit qu'il souscrit à l'approche générale adoptée par la Rapporteuse spéciale. Il appartiendra aux États de décider, lorsqu'ils élaboreront une convention sur la base du projet d'articles, s'ils souhaitent établir un régime spécial pour le règlement pacifique des différends. La décision de la Rapporteuse spéciale de proposer un projet d'article sur la question offre aux États la possibilité de donner leur opinion à cet égard avant la seconde lecture.

Pour ce qui est des négociations, qui font l'objet du paragraphe 1, les États doivent effectivement s'efforcer de régler le plus rapidement possible leurs différends concernant la détermination et l'application de l'immunité. Celle-ci étant une question très délicate, risquant même de compromettre les relations pacifiques entre les États, il convient d'assigner un délai aux négociations. Celles-ci ne sont toutefois pas toujours le meilleur moyen de régler les différends en question, en particulier lorsque ceux-ci opposent un État puissant à un État qui l'est moins. Cet aspect de la question devrait également être pris en compte.

Quant au paragraphe 2, la référence à « l'arbitrage » devrait être expliquée dans le commentaire, car l'arbitrage peut prendre des formes diverses. Plus important, les mots « peuvent tous deux proposer » soulèvent la question de savoir ce qui se passera si la proposition est rejetée. La Commission devrait s'efforcer de répondre à cette question pour que le projet d'articles dans son ensemble soit suffisamment efficace. Le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité pourrait sur ce point servir de modèle.

M. Petrič dit qu'il souscrit à la conclusion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle il n'est pas nécessaire de formuler de propositions concernant les « bonnes pratiques recommandées ».

M. Petrič dit qu'il est favorable au renvoi du projet d'article 17 au Comité de rédaction mais qu'il a des doutes en ce qui concerne le projet d'article 18. Il peut néanmoins également appuyer le renvoi de celui-ci au Comité aux fins d'un examen plus détaillé si d'autres membres de la Commission y sont favorables.

**M. Reinisch** se félicite que la Rapporteuse spéciale ait analysé le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales et approuve sa proposition d'ajouter une clause sans préjudice

– le projet d'article 18 – à la fin du texte, même s'il est peut-être préférable de remplacer les mots « le fonctionnement » par les mots « la compétence » dans ce projet d'article. Quoi qu'il en soit, le libellé de celui-ci est nettement préférable à la mention, dans le commentaire du projet d'article 1 provisoirement adopté, de « l'immunité devant ces tribunaux ». En effet, le terme « immunité » devrait être réservé aux immunités de la juridiction des tribunaux internes et ne devrait pas être utilisé s'agissant des tribunaux internationaux, en particulier les juridictions pénales internationales. Du point de vue conceptuel, les immunités ne sont pas applicables devant les juridictions internationales. Il est certes possible que, lorsqu'ils créent une telle juridiction, les États prévoient expressément quelque chose de fonctionnellement équivalent à l'immunité, comme ils l'ont fait dans le Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (le protocole de Malabo). Le terme « immunité » risque toutefois de créer une confusion dans ce contexte. De telles exceptions, prévues dans des traités, définissent plutôt les limites de la compétence des juridictions internationales.

Au paragraphe 27 de son rapport, la Rapporteuse spéciale déclare que la Commission n'a pas à prendre position sur la question de la coopération avec les juridictions pénales internationales. Une disposition sur cette question n'a en effet pas sa place dans le projet d'articles, qui porte, comme il se doit, sur l'immunité de juridiction pénale étrangère.

Pour ce qui est du règlement des différends, qui fait l'objet du projet d'article 17, M. Reinisch dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale qu'il convient, au minimum, de conseiller aux États d'utiliser les modes de règlement des différends existants lorsque ceux-ci sont adéquats pour régler les différends relatifs à l'immunité des représentants de l'État. En fait, renforcer le règlement des différends contribuerait à empêcher les États du for de priver indûment les représentants d'États étrangers de leur immunité. Dans la mesure où les projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale sont destinés à devenir un traité, les États ne devraient en aucune manière être empêchés d'opter pour une clause efficace de règlement des différends.

Tant la Cour internationale de Justice que les tribunaux arbitraux sont des instances de règlement des différends qui ont fait leurs preuves. M. Reinisch dit qu'ainsi qu'il l'a déclaré lors de l'examen du septième rapport de la Rapporteuse spéciale, un problème concret pourrait découler du fait que, au regard des règles procédurales régissant la saisine de la Cour internationale de Justice, les États ne sont pas autorisés à demander un avis consultatif à la Cour et qu'il n'existe pas non plus de procédure de renvoi préjudiciel qui leur permettrait de saisir la Cour pour qu'elle décide si un représentant de l'État a droit à l'immunité dans une affaire donnée ; une telle décision pourrait servir de base aux décisions futures de l'État du for. On peut toujours espérer un amendement du Statut de la Cour internationale de Justice, mais il serait plus réaliste d'envisager de mettre en place une procédure de renvoi préjudiciel permettant aux tribunaux internes de suspendre l'instance pénale lorsque l'immunité est invoquée par l'État du représentant et que la question ne peut être réglée bilatéralement. Une telle instance de règlement par tierce partie pourrait prendre la forme d'un tribunal *ad hoc* ou d'un organe permanent de règlement des différends.

Il serait toutefois peu judicieux d'établir ce que la Rapporteuse spéciale appelle, au paragraphe 41 de son rapport, un « organe international *ad hoc* à caractère permanent ». Outre l'apparente contradiction dans les termes – un organe ne peut être à la fois permanent et *ad hoc* – la création d'une nouvelle instance de règlement des différends nécessiterait un traité distinct, entraînerait des dépenses et ne serait pas nécessairement utile, car l'organe en question devrait se prononcer sur des questions fondamentales de droit international public dans un domaine où il existe déjà suffisamment de mécanismes de règlement des différends.

Il faut savoir gré à la Rapporteuse spéciale d'avoir élaboré la disposition relative au règlement des différends qu'elle propose sur le modèle de dispositions récemment adoptées par la Commission dans le cadre de ses travaux sur d'autres sujets, à savoir l'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et la conclusion 21 des projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). M. Reinisch dit qu'il se demande toutefois si le mécanisme que propose la Rapporteuse spéciale est suffisant pour aboutir à un résultat comparable. Il semble en effet relativement incomplet à plusieurs égards. Aux termes du paragraphe 3 du projet d'article 17, l'État du for est tenu de suspendre l'exercice de sa compétence jusqu'à ce que le tribunal

arbitral ou la Cour internationale de Justice ait rendu une décision définitive ; or cette suspension suppose que les parties conviennent de soumettre leur différend à l'une ou l'autre de ces instances de règlement, et le projet d'article ne dit rien de ce qui se passera si les parties ne peuvent parvenir à un accord.

De plus, le projet d'article 17 est muet sur la question de l'effet qu'aura la décision définitive de la Cour internationale de Justice, du tribunal arbitral ou de tout autre organe de règlement des différends. Il serait utile d'indiquer d'une manière ou d'une autre que les parties doivent tenir compte de cette décision ou qu'il existera une présomption de licéité si l'État du for agit en conséquence.

Le principal problème tient toutefois au fait que le paragraphe 2 du projet d'article 17 dispose qu'à l'issue d'une période consacrée aux négociations, l'État du for ou l'État du représentant peuvent proposer de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. La question de savoir ce qu'il adviendra si cette proposition est rejetée par l'autre partie est laissée sans réponse. Or il est essentiel d'indiquer ce qui arrivera si, dans une telle situation, l'État du for exerce sa compétence. Une solution serait de considérer que le rejet par l'État du représentant d'une proposition de l'État du for de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice habilite *prima facie* celui-ci à exercer sa compétence. Une autre solution serait de suivre de plus près les prescriptions procédurales énoncées dans la conclusion 21 des projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Ainsi, un État qui s'oppose à l'exercice de sa compétence par l'État du for devrait proposer que le différend soit soumis à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice, l'État du for étant alors empêché d'exercer sa compétence à moins d'accepter la procédure proposée et d'en attendre l'issue.

Une autre question dont ne traite pas le projet d'article 17 est celle de la situation du représentant dont l'immunité de juridiction pénale étrangère est en cours d'examen. Demeurera-t-il en détention dans l'État du for ? Quel sera l'effet sur la durée de la détention provisoire, et donc sur les droits de l'accusé, du délai nécessaire pour les consultations, des négociations d'une durée raisonnable et d'une éventuelle procédure judiciaire ou arbitrale ? Des indications supplémentaires sont assurément nécessaires sur ces points.

Dans la mesure où le projet d'articles a vocation à devenir un traité, une disposition efficace de règlement des différends serait préférable aux recommandations relativement faibles qui sont proposées. Comme l'ont suggéré M. Rajput et Sir Michael Wood, l'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité pourrait servir de modèle pour élaborer une telle disposition.

S'agissant des bonnes pratiques recommandées, qui font l'objet du chapitre III du rapport à l'examen, M. Reinisch dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale et d'autres membres de la Commission que, si un guide des bonnes pratiques serait certainement utile, l'élaboration d'un tel guide ne doit pas retarder l'adoption du projet d'articles.

En conclusion, M. Reinisch dit que bien qu'il partage les préoccupations exprimées au sujet du projet d'article 18, il est favorable au renvoi des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction pour examen.

**M. Valencia-Ospina**, dans une déclaration vidéo préenregistrée, remercie la Rapporteuse spéciale pour son huitième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, un document mûrement réfléchi et concis, et pour la diligence dont elle a fait preuve dans ses travaux sur le sujet au fil des ans.

Comme la Rapporteuse spéciale l'indique dans son rapport, la question du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales s'est posée très tôt à la Commission. Bien que la Commission ait indiqué clairement qu'elle n'entendait pas s'immiscer dans la procédure de ces juridictions, le lien entre celles-ci et le sujet à l'examen a toujours relevé de son champ d'investigation.

Il y a deux raisons distinctes de mentionner les juridictions pénales internationales dans le projet d'articles. La première est la relation de facto existant entre la juridiction pénale étrangère et les juridictions pénales internationales. Une juridiction pénale internationale peut délivrer un mandat d'arrêt sur la base duquel un État pourra arrêter un individu. De telles interactions entre juridictions n'existent pas uniquement au niveau vertical. Par exemple,



dans l'affaire Pinochet, des magistrats instructeurs du Royaume-Uni ont délivré des mandats d'arrêt à la demande de tribunaux espagnols. D'une part, il serait manifestement inexact de dire que l'immunité des représentants de l'État empêche les États d'exercer leur compétence pénale dans de telles situations, car les juridictions pénales internationales se trouveraient alors dépourvues de moyens d'action. Or, s'il en est ainsi, l'absence dans le projet d'articles de toute mention de la relation entre les travaux de la Commission et ces juridictions jettera un doute sur l'autorité de celles-ci. D'autre part, si on laisse de côté cet argument relevant de la *reductio ad absurdum*, la question doit à tout le moins être considérée comme n'étant pas résolue : la Commission ne doit pas supposer que le statut de toute juridiction pénale internationale – existante ou future – n'affecte pas l'obligation des États de respecter l'immunité des représentants des autres États. Or c'est exactement ce que porte à croire l'absence de toute mention du lien entre les travaux de la Commission sur le sujet et les juridictions pénales internationales.

Certains membres ont déclaré que si la Commission n'indique pas qu'il en est autrement, elle accepte l'idée que les juridictions pénales internationales peuvent être un moyen de « contourner » l'immunité des représentants de l'État. Ces juridictions peuvent toutefois déjà servir à contourner cette immunité, et c'est parce qu'elle a ces notions juridictionnelles clairement à l'esprit que la majorité des États les appuie. Il n'appartient pas à la Commission de dire aux États que l'immunité des représentants de l'État fonctionne comme une sorte de norme impérative du droit international qui les empêche d'établir des juridictions pénales internationales.

La seconde raison en faveur de l'inclusion d'une référence aux juridictions pénales internationales dans le projet d'articles tient à l'évolution profonde du droit international coutumier intervenue ces dernières années dans le domaine du droit pénal international, à l'importance du rôle que jouent les juridictions pénales internationales à cet égard et à la manière dont l'immunité a été progressivement réduite. L'examen de cette évolution depuis la Seconde Guerre mondiale vient rappeler que la Cour pénale internationale n'est pas la seule juridiction pénale internationale et que la Commission devrait dans le cadre de ses travaux tenir compte de l'ensemble de ces juridictions. Celles-ci relèvent du droit coutumier faisant l'objet des travaux de la Commission. Si elles ne sont pas mentionnées, le lecteur risque naturellement, bien qu'erronément, de conclure que la Commission a considéré que l'évolution intervenue dans le cadre de ces juridictions n'a pas été suffisamment importante pour que la Commission les mentionne dans le texte issu de ses travaux. Or telle n'est pas l'intention de la Commission.

M. Valencia-Ospina dit que pour les raisons qu'il vient d'exposer, il convient que, conformément à la conclusion figurant dans le commentaire du projet d'article 1, relatif au champ d'application du projet d'articles, les juridictions pénales internationales doivent être mentionnées dans le cadre d'une clause « sans préjudice ».

M. Valencia-Ospina appuie la proposition de la Rapporteuse spéciale d'inclure le projet d'article 17, relatif au règlement des différends, dans le texte adopté en première lecture, car cela donnera aux États la possibilité d'en commenter la teneur. À cet égard, il serait étrange que la Commission donne aux États des indications sur les procédures à suivre lorsque des questions d'immunité se posent – comme le font les projets d'articles 8 à 16 – mais reste muette sur ce qu'ils doivent faire lorsque ces procédures de détermination et d'application de l'immunité n'aboutissent pas. L'argument selon lequel le texte ne doit pas contenir de disposition sur le règlement des différends parce qu'il n'a pas nécessairement vocation à devenir une convention n'est pas convaincant. Comme l'a souligné la Rapporteuse spéciale, les projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) prévoient un mécanisme de règlement des différends bien qu'ils n'aient jamais été conçus pour devenir un traité.

S'agissant du contenu du projet d'article 17, M. Valencia-Ospina propose de mentionner non seulement les négociations mais aussi la conciliation. La Rapporteuse spéciale propose que le différend puisse être soumis à la Cour internationale de Justice ou à l'arbitrage, ou encore à un organe international *ad hoc* à caractère permanent. Il serait toutefois injustifié de créer un tel organe dans ce contexte, car sa création postule l'existence d'un grand nombre de différends à régler, faute de quoi elle constituerait une utilisation inefficace et peu judicieuse des ressources disponibles. Or, si l'on examine la pratique

contemporaine au niveau mondial, il ne semble pas que l'immunité des représentants de l'État soit à l'origine d'un nombre de différends suffisant pour que la création d'un organe international spécialisé soit justifiée. De plus, c'est dans les domaines juridiques particulièrement spécialisés, comme le droit de la mer ou le droit international des droits de l'homme, que l'existence d'un organe spécialisé permanent se justifie. M. Valencia-Ospina dit qu'il ne considère donc pas qu'il soit justifié de créer un organe international pour régler les différends relatifs à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à quelque stade que ce soit, et assurément pas au stade actuel de la codification et du développement progressif du droit en la matière.

L'utilité de la Cour internationale de Justice ne saurait être remise en question. Elle a déjà réglé de nombreux différends, visés dans les notes de bas de page 50 et 51 du rapport à l'examen, relatifs à l'immunité de représentants de l'État. Quant à l'arbitrage, il présente l'intérêt de laisser aux États le soin de définir les paramètres de l'instance devant régler leur différend. M. Valencia-Ospina indique qu'à cet égard, il croit comprendre que le paragraphe 2 du projet d'article 17 n'entend pas interdire aux États de se mettre d'accord sur la manière dont ils régleront leur différend avant d'engager une procédure obligatoire de règlement.

La Rapporteuse spéciale fait valoir que la suspension par l'État du for de l'exercice de sa compétence si le différend est soumis à la Cour internationale de Justice ou à l'arbitrage évitera un fait accompli. Une telle suspension est également nécessaire pour éviter une détérioration des relations entre les États parties au différend. La question du maintien en détention du représentant étranger par l'État du for, qui, techniquement, découle de la poursuite par cet État de l'exercice de sa compétence pénale, n'est toutefois pas analysée en détail dans le rapport. La Commission serait bien avisée de prendre position sur cette question et de reformuler le paragraphe 3 du projet d'article 17 pour interdire la poursuite de la procédure pénale de l'État du for contre le représentant étranger sans qu'il ait été statué sur le maintien de celui-ci en détention.

S'agissant des deux bonnes pratiques que la Rapporteuse spéciale propose de recommander aux États, la Commission devra d'abord expliquer en quoi elles sont utiles et où elles doivent être placées dans le texte. La recommandation tendant à ce que les décisions concernant la détermination et l'application de l'immunité soient prises par des autorités nationales de haut niveau semble postuler que cette détermination relève de l'exécutif, puisque c'est seulement dans ce contexte que la notion d'autorité nationale de « haut niveau » a un sens. Or le projet d'article 9 dispose déjà ce qui suit : « La détermination de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État incombe aux juridictions compétentes de l'État du for, sans préjudice de la participation d'autres organes de l'État qui, conformément à la législation nationale, pourront coopérer avec eux. » Si c'est la justice qui procède à la détermination mais l'exécutif qui intervient au niveau international, un conflit risque de se faire jour au sein du système politique interne de l'État.

La question du statut de l'organe procédant à la détermination concerne également la seconde bonne pratique – l'élaboration de manuels ou guides à l'intention des organes de l'État susceptibles de participer à la détermination et l'application de l'immunité. Cette recommandation ne s'adresse qu'à l'exécutif, et non au législateur ou à la justice. En effet, la Commission ne peut recommander aux États, à titre de bonne pratique, d'adopter des lois pour faciliter l'exécution de leurs obligations internationales : il n'y a rien de particulièrement nouveau dans une telle recommandation qui justifierait qu'on la qualifie de « bonne pratique ». Quoi qu'il en soit, la Commission doit soit adopter les deux bonnes pratiques recommandées, qui sont étroitement liées, soit n'en adopter aucune. M. Valencia-Ospina dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale que les bonnes pratiques ne doivent pas faire l'objet d'un guide distinct.

Il a également été proposé que les dispositions procédurales du projet d'articles soient placées dans le guide envisagé, mais cela modifierait la nature des travaux. De plus, à ce stade, une telle décision ne serait pas légitime, car c'est à la Rapporteuse spéciale qu'il appartient de décider de la forme que doit prendre le résultat des travaux qui lui ont été confiés. Il ne semble pas non plus opportun de faire figurer les recommandations de bonnes pratiques dans le projet d'articles, car elles sont d'une nature fondamentalement différente. Ces recommandations ne peuvent davantage être placées dans les commentaires, car elles

seront alors moins visibles. En bref, elles ne semblent devoir être nulle part à leur place. Pour M. Valencia-Ospina, il suffit d'indiquer dans le commentaire que la Commission considère que les deux bonnes pratiques en question sont utiles et d'en proposer une brève analyse. Les États pourront alors adopter l'une ou l'autre, voire les deux, s'ils le souhaitent.

En conclusion, M. Valencia-Ospina appuie le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

**M<sup>me</sup> Galvão Teles** dit que le rapport de la Rapporteuse spéciale est clair et concis et constitue une bonne base pour la poursuite des travaux de la Commission. S'agissant du lien entre l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, il est clair que les immunités devant celles-ci ne relèvent pas du projet d'articles. Cela est déjà expressément indiqué dans le commentaire du projet d'article 1 provisoirement adopté, mais peut-être faut-il insister encore davantage. D'autre part, le sujet ne peut être complètement dissocié des questions de juridiction pénale internationale, en particulier lorsque des représentants de l'État commettent des infractions qui relèvent à la fois de la compétence des tribunaux internes et de celle des tribunaux pénaux internationaux.

M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle pense comme d'autres membres qu'il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur l'arrêt rendu par la Cour pénale internationale dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*. Une conclusion importante peut toutefois être tirée du débat qui a suivi cet arrêt, à savoir qu'il n'y a pas de consensus sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'obligation de coopérer avec les tribunaux pénaux internationaux. Cela étant, il serait inapproprié que la Commission prenne position sur cet arrêt.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il soit totalement injustifié de mentionner les tribunaux pénaux internationaux dans le projet d'articles, ou que la Commission ne doive pas reconnaître leur rôle dans le développement de la justice pénale internationale. Une disposition indiquant que le projet d'articles est « sans préjudice des règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales » comme le projet d'article 18 proposé garantira qu'en définissant le régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère, le projet d'articles ne compromet pas les progrès réalisés en droit pénal international et dans la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux les plus graves.

Cette disposition doit être lue avec la clause sans préjudice du paragraphe 2 du projet d'article 1 relatif à l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international. Le Comité de rédaction devra se demander si le projet d'article 18 ne serait pas plus à sa place dans le projet d'article 1 en tant que nouveau paragraphe. M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle est prête à examiner la formulation précise de cette disposition dans le cadre du Comité de rédaction.

En ce qui concerne le règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant, la proposition d'inclure un projet d'article prévoyant un mécanisme de règlement des différends est dans la continuité des projets d'article proposés dans le septième rapport, qui visent pour la plupart à régler la relation entre l'État du for et l'État du représentant lorsque l'immunité est susceptible de s'appliquer. Dans la mesure où des différends peuvent survenir lorsque ces deux États ne peuvent s'entendre sur la détermination et l'application de l'immunité, une disposition sur le règlement des différends est indispensable pour que les travaux de la Commission sur le sujet soient exhaustifs. De plus, à la soixante et onzième session de la Commission, de nombreux membres ont appuyé l'inclusion d'une telle disposition.

Certes, une disposition relative au règlement des différends ne liera les États que si le projet d'articles devient un traité, mais elle peut tout de même leur être utile. La proposition de la Rapporteuse spéciale a toutefois donné lieu à des malentendus et doit donc être reformulée plus clairement. L'incertitude quant à la forme que prendra le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet explique en partie la confusion à cet égard. Une disposition générale demandant aux États concernés de recourir à des mécanismes de règlement des différends en cas de différend concernant la détermination et l'application de l'immunité est une chose, mais une disposition type de règlement des différends concernant l'interprétation et l'application du projet d'articles au cas où celui-ci deviendrait une convention en est une autre.

L'utilité de la proposition de la Rapporteuse spéciale tient à sa souplesse, car elle ne doit pas dépendre de la création de nouvelles institutions, laquelle nécessiterait un traité. L'inclusion d'une disposition sur le règlement des différends serait également conforme à la pratique récente de la Commission, qui a fait figurer une telle disposition dans ses projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Toutefois, si celle-ci doit servir de modèle, la clause devrait peut-être prendre la forme d'une « obligation procédurale », comme dans les projets de conclusion sur le *jus cogens*, ou d'une « recommandation procédurale » aux fins du règlement des différends. Si le projet d'articles n'a pas vocation à devenir une convention, c'est une clause plus générale prenant la forme d'une recommandation procédurale qui devrait être adoptée. Si, en revanche, le projet d'articles devait donner naissance à une convention, l'inclusion d'une clause de règlement des différends comparable à celle adoptée par la Commission dans le cadre de ses travaux sur des sujets tels que les crimes contre l'humanité ou les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens pourrait être justifiée.

En ce qui concerne les deux bonnes pratiques que la Rapporteuse spéciale propose de recommander aux États, comme les procédures relatives à la détermination de l'immunité sont longuement définies dans les projets d'articles 8 à 16, des bonnes pratiques peuvent assurément être recommandées dans le commentaire des projets d'article auxquels elles se rapportent. Bien qu'elles ne soient pas strictement nécessaires, de telles recommandations pourraient être très utiles aux États. M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle comprend la préoccupation exprimée par la Rapporteuse spéciale et certains membres, à savoir que tenter d'élaborer un guide complet de bonnes pratiques risque de retarder l'adoption du projet d'articles. Cette difficulté peut toutefois être surmontée en prenant comme point de départ bon nombre des éléments figurant déjà dans les projets d'article dont le Comité de rédaction est saisi.

M<sup>me</sup> Galvão Teles dit qu'elle espère sincèrement que la Commission pourra achever la première lecture du projet d'articles le plus tôt possible lors du quinquennat en cours. Elle appuie le renvoi des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction, compte tenu des observations faites en plénière.

*La séance est levée à 12 h 45.*