Chapitre VII

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

68. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet[724]. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session (2008)[725].

69. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)[726]. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)[727].

70. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé Mme Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission[728]. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale à la soixante-cinquième session (2013), son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014), son quatrième rapport à la soixante-septième session (2015) et son cinquième rapport, de façon partielle, à sa soixante-huitième session (2016)[729]. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans ses deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement six projets d'article et les commentaires y relatifs, le projet d'article 2 relatif aux définitions étant encore en cours d'élaboration[730].

B. Examen du sujet à la présente session

71. La Commission était saisie du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui traite de la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701), dont elle avait commencé à débattre à sa soixante-huitième session. Le rapport exposait, en particulier, les travaux antérieurs de la Commission sur la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, présentait une analyse de la pratique pertinente, traitait de quelques questions méthodologiques et conceptuelles relatives aux limites et exceptions, et envisageait les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'appliquerait pas. La Rapporteuse spéciale indiquait en guise de conclusion qu'il n'avait pas été possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière autorisant l'application de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni de déceler une tendance en faveur d'une telle règle. En revanche, elle parvenait à la conclusion que les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère s'appliquaient effectivement aux représentants de l'État dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Au terme de l'analyse, le rapport contenait un projet d'article 7 concernant les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'appliquait pas[731].

---

[724] À sa 2940e séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), par. 376]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I de son rapport [*Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 194, par. 257, et p. 209 à 218].

[725] *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir le document A/CN.4/596 et Corr.1 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session).

[726] *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire); *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport); et *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

[727] Voir *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 151, par. 207; et *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 201, par. 343.

[728] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 86, par. 266.

[729] Ibid., vol. II (1re partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire); *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport); *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport); *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport); et *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/701 (cinquième rapport).

[730] À sa 3174e séance, le 7 juin 2013, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et de sa 3193e séance à sa 3196e séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 42 à 54, par. 48 et 49]. À sa 3231e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 *e* et 5, et de sa 3240e séance à sa 3242e séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 152 à 156, par. 131 et 132]. À sa 3329e séance, tenue le 27 juillet 2016, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 *f* et 6, adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont la Commission avait pris note à sa soixante-septième session, et à ses 3345e et 3346e séances, tenues le 11 août 2016, la Commission a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 218 et 225 à 231, par. 194, 195, 249 et 250; voir également *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 76 et 77, par. 176].

[731] Le texte du projet d'article 7, tel que proposé par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport, se lit ainsi:

« *Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas*

« 1. L'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes suivants:

« *a*) le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées;

« *b*) les crimes liés à la corruption;

« *c*) les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux

(*Suite de la note page suivante.*)

72. À sa soixante-huitième session, la Commission a souligné que, le rapport n'étant pas disponible dans toutes les langues, le débat tenu à son sujet se poursuivrait afin d'être achevé à la session suivante. En conséquence, la Commission a poursuivi son débat sur le cinquième rapport de sa 3360e séance à sa 3365e séance, les 18, 19, 23, 24, 26 et 30 mai 2017.

73. À l'issue de son débat sur le rapport, la Commission, à sa 3365e séance, le 30 mai 2017, a décidé de renvoyer le projet d'article 7, tel qu'il figurait dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, au Comité de rédaction, en tenant compte du débat tenu à la Commission.

74. À sa 3378e séance, le 20 juillet 2017, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire le projet d'article 7 (voir *infra* la section C.1). Le projet d'article a été adopté à titre provisoire par 21 voix contre 8, avec 1 abstention, à l'issue d'un vote enregistré. Les membres présents ont voté comme suit :

M. Carlos J. Argüello Gómez	Oui
M. Yacouba Cissé	Oui
Mme Concepción Escobar Hernández	Oui
Mme Patrícia Galvão Teles	Oui
M. Juan Manuel Gómez Robledo	Oui
M. Hussein A. Hassouna	Oui
M. Mahmoud D. Hmoud	Oui
M. Huikang Huang	Non
M. Charles Chernor Jalloh	Oui
M. Roman A. Kolodkin	Non
M. Ahmed Laraba	Non
Mme Marja Lehto	Oui
M. Shinya Murase	Oui
M. Sean D. Murphy	Non
M. Hong Thao Nguyen	Oui
M. Georg Nolte	Non
Mme Nilüfer Oral	Oui
M. Hassan Ouazzani Chahdi	Oui
M. Ki Gab Park	Oui
M. Chris Maina Peter	Oui
M. Ernest Petrič	Non
M. Aniruddha Rajput	Non
M. August Reinisch	Oui
M. Juan José Ruda Santolaria	Oui
M. Gilberto Vergne Saboia	Oui
M. Pavel Šturma	Abstention
M. Dire D. Tladi	Oui
M. Eduardo Valencia-Ospina	Oui
M. Marcelo Vázquez-Bermúdez	Oui
Sir Michael Wood	Non

75. Des explications de vote avant le vote ont été faites par M. Roman A. Kolodkin, M. Sean D. Murphy, Sir Michael Wood, M. Huikang Huang, M. Aniruddha Rajput, M. Ernest Petrič, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Juan José Ruda Santolaria et M. Georg Nolte. Des explications de vote après le vote ont été faites par M. Dire D. Tladi, M. Pavel Šturma, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M. Shinya Murase, M. Yacouba Cissé, M. Hussein A. Hassouna, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, Mme Concepción Escobar Hernández et M. Hong Thao Nguyen. Ces explications de vote sont consignées dans le compte rendu de la 3378e séance.

76. De sa 3387e séance à sa 3389e séance, les 3 et 4 août 2017, la Commission a adopté le commentaire du projet d'article provisoirement adopté à la session en cours (voir *infra* la section C.2).

77. Des consultations informelles consacrées à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, conduites par la Rapporteuse spéciale pour le sujet, ont été tenues le 18 juillet 2017. Ces consultations informelles, à participation non limitée, avaient pour objectif de permettre l'échange de vues et d'idées concernant les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qui seront examinés dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, qu'elle soumettra en 2018. Les consultations se fondaient sur un document de réflexion relatif aux dispositions et garanties procédurales, élaboré par la Rapporteuse spéciale. À la 3378e séance, le 20 juillet 2017, la Rapporteuse spéciale a communiqué à la Commission des informations sur la tenue des consultations informelles.

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport

78. La Rapporteuse spéciale a rappelé que le cinquième rapport, consacré aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, traite d'un sujet qui a fait l'objet de débats récurrents au fil des ans au sein de la Commission et de la Sixième Commission, suscitant des opinions très diverses et

(*Suite de la note 731.*)

biens, s'ils sont commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant de l'État est présent sur ce territoire au moment où ces crimes sont commis.

« 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat.

« 3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice :

« *a*) de toute disposition d'un traité ayant force obligatoire pour l'État du for et l'État du représentant et en vertu de laquelle l'immunité ne serait pas applicable ;

« *b*) de l'obligation de coopérer avec une cour ou un tribunal international qui, dans chaque cas, peut être exigée de l'État du for. »

souvent opposées. L'ensemble des membres ont exprimé le souhait de procéder avec prudence étant donné le caractère sensible de la question et de son importance pour les États. Le rapport lui-même avait été présenté à la soixante-huitième session de la Commission[732] et avait fait l'objet d'un débat inachevé[733]. La Rapporteuse spéciale a indiqué que, compte tenu du changement intervenu dans la composition de la Commission et des commentaires et observations sur le rapport formulés à la soixante-huitième session de la Commission et au sein de la Sixième Commission à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, elle avait jugé approprié de formuler à la présente session de nouvelles observations liminaires sur le rapport. Elle a donc donné un bref aperçu des débats sur le cinquième rapport qui avaient eu lieu au sein de la Commission et de la Sixième Commission.

79. Commentant le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'elle avait suivi une méthode similaire à celle utilisée dans les rapports précédents et qui consiste à examiner la pratique des États, la jurisprudence internationale et les travaux antérieurs de la Commission, et à analyser la législation nationale aux fins du présent rapport. Elle avait également tenu compte des informations reçues des gouvernements en réponse aux questions posées par la Commission et des interventions orales des États à la Sixième Commission. La Rapporteuse spéciale a souligné que le cinquième rapport, tout comme ceux qui l'avaient précédé, devait être lu conjointement avec les rapports antérieurs sur le sujet.

80. S'appuyant sur la présentation qu'elle avait faite à la session précédente, qu'elle considérait comme faisant partie intégrante des rapports précédents examinés par la Commission, la Rapporteuse spéciale a mis en avant un certain nombre d'idées essentielles contenues dans le rapport. Premièrement, elle a fait observer que l'expression « limites et exceptions » faisait écho aux différents arguments avancés dans la pratique pour fonder la non-application de l'immunité. Elle a souligné que la distinction entre limites et exceptions, en dépit de son intérêt théorique et normatif pour l'interprétation systémique du régime de l'immunité, n'avait aucune incidence pratique, puisque les unes et les autres avaient le même effet, à savoir la non-application du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

81. Deuxièmement, le rapport traitait des limites et exceptions dans le cadre spécifique de l'immunité et dans le contexte du système juridique international dans son ensemble. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a souligné les points suivants : *a*) la relation entre immunité et juridiction, même si les deux notions étaient distinctes ; *b*) la nature procédurale de l'immunité ; *c*) la distinction entre l'immunité des représentants de l'État et l'immunité de l'État ; et *d*) la distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'immunité devant les juridictions pénales internationales. Le rapport examinait en outre l'immunité sous l'angle du droit international en tant que système normatif dans lequel un juste équilibre devait être trouvé entre l'immunité, qui visait à garantir le respect de l'égalité souveraine des États, et d'autres valeurs importantes du système juridique international.

82. Troisièmement, le rapport mettait l'accent sur la pratique des États, dont l'analyse constituait la pierre angulaire des travaux de la Commission. Il examinait dans quelle mesure la pratique révélait l'existence de normes coutumières susceptibles d'être codifiées, dans le droit fil de la méthode de base suivie par la Commission dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier. Il analysait en outre la question de savoir s'il existait une tendance au développement progressif de normes relatives à l'immunité. Outre la jurisprudence et les instruments internationaux, le rapport étudiait les législations nationales et les décisions des juridictions internes. Il analysait également les questions en jeu dans une perspective systémique, examinant le régime de l'immunité en relation avec d'autres aspects du système juridique international contemporain pris dans son ensemble.

83. Sur cette base, le rapport concluait qu'il n'avait pas été possible de déterminer l'existence d'une règle coutumière autorisant l'application de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni de déceler une tendance en faveur d'une telle règle. Cela étant, il concluait également que les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'appliquaient effectivement dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Même si elle variait, la pratique montrait une tendance claire à considérer la commission de crimes internationaux comme l'un des motifs de la non-application de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère dont bénéficient les représentants de l'État, parce que de tels crimes ne constituaient pas des actes officiels, qu'ils étaient graves ou qu'ils portaient atteinte aux valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble.

84. Enfin, la Rapporteuse spéciale a fait observer que la Commission devait envisager le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère, et en particulier la question des limites et exceptions, dans la perspective à la fois de la codification et du développement progressif du droit international. La difficulté réside pour la Commission dans le choix qu'elle doit opérer entre encourager une tendance de plus en plus marquée en matière d'immunité et mettre un terme à une telle évolution.

85. La Rapporteuse spéciale a aussi formulé des observations précises sur le projet d'article 7 qu'elle propose. Les trois paragraphes de ce projet d'article visent à couvrir de manière exhaustive tous les éléments qui définissent le régime des limites et exceptions à l'immunité.

86. Le paragraphe 1 répertorie les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Suivant le modèle de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, l'expression « ne s'applique pas » englobe à la fois les limites et les exceptions. Ce paragraphe recense les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas, en faisant référence aux crimes à l'égard desquels une entité cherche à exercer sa juridiction, à savoir : *a*) les crimes internationaux ; *b*) la corruption ; et *c*) les crimes relevant de ce qu'il est convenu d'appeler l'« exception territoriale ».

[732] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 218 à 220, par. 196 à 208.

[733] Ibid., p. 220 à 225, par. 209 à 246.

87. Le paragraphe 2 définit la portée des limites et exceptions. Il précise que les limites et exceptions prévues au paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, à savoir les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Il souligne toutefois que le bénéfice de l'immunité *ratione personae* est limité dans le temps, ce qui signifie que les limites et exceptions à l'immunité s'appliquent aux membres de la troïka dès lors qu'ils ne sont plus en fonctions.

88. Le paragraphe 3 contient une clause «sans préjudice» qui se réfère aux situations relevant de régimes spéciaux. Le premier alinéa vise les cas dans lesquels l'immunité des représentants de l'État n'est pas applicable en raison de l'existence de relations conventionnelles entre les États intéressés. Le second alinéa couvre les cas dans lesquels une obligation générale de coopérer avec un tribunal pénal international pourrait avoir une incidence sur l'immunité. Ces deux situations sont inspirées d'exemples tirés de la pratique.

89. S'agissant des travaux futurs de la Commission sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a fait part de son intention de mener, durant la session en cours, des consultations informelles sur diverses questions de procédure relatives au sujet à l'examen. Elle espérait que ces consultations permettraient de mieux orienter le contenu du sixième rapport, qu'elle présenterait à la soixante-dixième session de la Commission.

2. Résumé du débat

90. Le débat qui a eu lieu à la session en cours était la suite de la discussion sur le cinquième rapport, qui avait commencé à la soixante-huitième session de la Commission. Le résumé ci-après devrait être lu conjointement avec le résumé du sujet figurant dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session.

a) *Observations d'ordre général*

91. Les membres de la Commission ont félicité la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport, riche et bien documenté, qui contient une analyse approfondie de la pratique des États telle qu'elle ressort des traités et de la législation nationale, ainsi que des jurisprudences internationale et nationale. Les membres ont également rappelé avec satisfaction les travaux menés par l'ancien Rapporteur spécial, ainsi que l'étude élaborée par le Secrétariat. Ils ont reconnu la complexité et le caractère controversé du sujet, en particulier de la question des limites et exceptions. La plupart des observations avaient trait aux questions d'ordre méthodologique et conceptuel soulevées dans le cinquième rapport, notamment la méthode retenue, le traitement de la pratique des États, le mandat de la Commission en matière de développement progressif et de codification du droit international, le régime de l'immunité dans l'ensemble du système juridique international et le lien entre la question des limites et exceptions et les aspects procéduraux.

Méthode retenue et traitement de la pratique des États

92. Plusieurs membres ont apprécié l'analyse détaillée et complète de la pratique des États figurant dans le cinquième rapport. Certains ont exprimé leur appui à la méthode retenue par la Rapporteuse spéciale et affirmé que le rapport constituait une base solide pour le projet d'article proposé.

93. D'autres membres ont déclaré que, si l'examen de la pratique était approfondi, le lien avec les limites et exceptions expressément mentionnées dans le projet d'article 7 demeurait flou. Certains membres se sont également demandé si, étant donné qu'il ne faisait pas état d'une pratique cohérente allant à l'encontre de la non-applicabilité de l'immunité, le rapport contenait suffisamment d'éléments en faveur des limites et exceptions à l'immunité qui y étaient proposées. Il a été relevé que de nombreux exemples cités dans le rapport avaient trait à l'immunité des États ou à l'immunité dans les procès civils, plutôt qu'à celle accordée dans les procédures pénales. De l'avis de certains membres, le rapport examinait de manière sélective des affaires qui plaidaient en faveur de la mise en place de limites et d'exceptions aux immunités, tout en passant sous silence des éléments qui militaient contre une telle solution. Il a été relevé que les exemples cités dans le rapport étaient tirés de contextes et d'époques différents et n'attestaient pas une évolution régulière conduisant à des restrictions en matière d'immunité.

94. Les avis divergeaient quant à la portée et la pertinence de la pratique conventionnelle en ce qui concernait les limites et exceptions à l'immunité. Certains membres ont soutenu que la pratique conventionnelle n'instaurait pas de tendance à la limitation de l'immunité de représentants d'un État étranger. De leur point de vue, peu de traités prévoyaient des limites et exceptions, et toute pratique concernant ces traités ne pouvait être prise en compte pour établir l'existence d'une règle coutumière. Il a été souligné que de nombreux traités, notamment ceux régissant les relations diplomatiques et consulaires, ainsi que ceux applicables aux crimes internationaux, ne prévoyaient pas de limites ou d'exceptions. En outre, plusieurs membres ont relevé que, même lorsqu'ils ne conféraient pas l'immunité devant les tribunaux internationaux, les traités instituant une responsabilité individuelle en matière de crimes internationaux étaient sans effet sur l'immunité dont bénéficiaient les représentants étrangers devant les tribunaux nationaux.

95. D'autres membres ont affirmé que la pratique conventionnelle traduisait une volonté délibérée de fixer des limites et de définir des exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Certains membres ont replacé cette évolution dans le contexte des travaux de la Commission sur la responsabilité pénale individuelle, notant que les instruments pertinents, tels que les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[734], ainsi que les travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et sur la juridiction pénale internationale, excluaient l'immunité pour les crimes internationaux. Ces membres affirmaient que le présent projet d'articles devait suivre l'exemple du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont

[734] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 374 et suiv. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316).

l'article 27 instituait le défaut de pertinence de la qualité officielle. Il a également été fait référence au Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), tel qu'adopté par l'Union africaine. En outre, certains membres ont fait observer que la prolifération de traités contenant une disposition relative à l'obligation de poursuivre ou d'extrader avait une incidence sur la portée de l'immunité des représentants de l'État. Ils ont laissé entendre que l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux supposait de limiter la portée de l'immunité des représentants de l'État.

96. En ce qui concerne la législation interne, certains membres ont fait observer qu'il y avait peu d'exemples de lois nationales instituant des limites et exceptions à l'immunité des représentants d'États étrangers, même en cas de crimes internationaux. Quelques membres ont fait observer que les législations nationales mettant en œuvre le Statut de Rome ne traitaient généralement que de questions relatives aux institutions ou à l'extradition, sans rien prévoir en matière d'immunité. Il a été souligné que les quelques pays dont la législation prévoyait des clauses d'exception plus larges avaient récemment révisé leurs lois sur l'immunité des représentants de l'État afin de restreindre la portée des limites et exceptions.

97. D'autres membres ont soutenu que le droit interne reflétait la tendance observée par la Rapporteuse spéciale. L'avis a été exprimé que, même si la législation interne était souvent axée sur l'immunité des États, il s'en dégageait tout de même une tendance à la limitation de l'immunité. Certains membres ont noté que la mise en œuvre du Statut de Rome sur le plan interne avait une incidence directe sur le régime de l'immunité devant les tribunaux nationaux.

98. Plusieurs membres ont critiqué le nombre limité d'affaires portées devant des juridictions nationales examinées dans le cinquième rapport. Il a été relevé que, dans nombre d'entre elles, le jugement avait été annulé ou bien la question en jeu était non pas l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, mais l'immunité des États ou l'immunité à l'égard de la juridiction civile. Certains membres ont affirmé que le rapport aurait dû examiner les raisons pour lesquelles l'immunité avait été refusée ou confirmée dans certains cas ; qu'il aurait fallu analyser les cas dans lesquels les procureurs avaient décidé de ne pas engager de poursuites en raison de l'immunité du représentant mis en cause ; et qu'il aurait fallu examiner les cas dans lesquels les États s'étaient prévalus de l'immunité sans succès.

99. Un certain nombre de membres ont affirmé que le fait qu'un échantillon limité d'affaires portées devant des juridictions nationales seulement ait été analysé ne changeait rien à l'analyse sur le fond. La Rapporteuse spéciale a été encouragée à étudier plus avant la pratique régionale, notamment, par exemple, la jurisprudence des pays asiatiques et celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

100. Plusieurs membres ont souligné que la jurisprudence internationale suivait une tendance contraire aux conclusions formulées dans le cinquième rapport. Il a été relevé que les tribunaux internationaux et régionaux avaient à plusieurs reprises confirmé l'immunité, même dans des cas de crimes internationaux ou de violation de normes impératives du droit international (*jus cogens*). La jurisprudence internationale insistait sur le fait que l'immunité, de nature procédurale, ne dépendait pas de la gravité d'un acte donné. Plusieurs membres ont également mis l'accent sur la différence entre les juridictions internationales et nationales, affirmant que l'absence d'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux n'entraînait pas la non-application de l'immunité devant les juridictions internes. Il a été souligné que les tribunaux internationaux n'avaient reconnu le refus de l'immunité par les juridictions nationales que dans des affaires où celles-ci coopéraient avec eux.

101. D'autres membres ont affirmé que l'analyse de la jurisprudence internationale à laquelle avait procédé la Rapporteuse spéciale militait en faveur de sa conception des limites et exceptions à l'immunité. Plusieurs membres ont fait observer qu'un grand nombre de décisions internationales confirmant l'immunité ne concernaient pas la responsabilité pénale individuelle mais l'immunité à l'égard de la juridiction civile, l'immunité des États, l'immunité *ratione personae* accordée aux représentants de l'État ou des questions de responsabilité de l'État. Certains membres ont également insisté sur le fait que les juridictions internationales avaient subordonné l'application de l'immunité à l'existence d'autres voies de recours : à défaut, l'immunité ne pouvait pas être confirmée. Il a été fait référence aux opinions individuelles et dissidentes soulignant que les exigences de souveraineté ne devaient pas l'emporter sur la nécessité de veiller à ce que chacun réponde de ses actes mais qu'un équilibre devait être trouvé.

Développement progressif et codification du droit international

102. De l'avis de certains membres, la Rapporteuse spéciale aurait pu indiquer plus clairement dans son rapport si elle cherchait à déterminer la portée du droit international existant (*lex lata*), si elle suivait une nouvelle tendance en matière de normes à adopter (*lex ferenda*) ou si elle visait à énoncer un « droit nouveau ». Il a été noté que le double mandat de codification et de développement progressif confié à la Commission obligeait celle-ci, selon les cas, à suivre de près la pratique établie ou à affirmer ouvertement le caractère progressif de ses travaux. Plusieurs membres ont invité instamment la Commission à mettre l'accent sur le droit existant plutôt que d'entreprendre un développement progressif. Il a été relevé que la Commission ne travaillait pas à l'élaboration d'un nouvel instrument dont les dispositions seraient finalement soumises à l'approbation des États, mais qu'elle cherchait à élaborer un ensemble de directives à propos de la pratique actuelle destinées à des non-spécialistes appelés à intervenir dans des poursuites au niveau national.

103. À cet égard, un certain nombre de membres ont critiqué le cinquième rapport parce qu'il y était affirmé l'existence d'une règle de droit international coutumier en matière de limites et d'exceptions sans qu'il y soit démontré qu'une telle affirmation était solidement étayée par la pratique. De l'avis de plusieurs membres, le rapport ne

mettait pas suffisamment l'accent sur les graves désaccords existant au sein de la Commission et de la Sixième Commission à propos des aspects matériels et procéduraux de cette question. Il a été suggéré qu'en raison de ces divergences, la Commission procède avec prudence.

104. D'autres membres ont dit que les travaux de la Commission sur la question des limites et exceptions devraient relever à la fois de la codification et du développement progressif du droit international. Il a été affirmé que le cinquième rapport rendait fidèlement compte de l'état actuel du droit international relatif à l'immunité des représentants d'États étrangers. Ces membres ont fait observer que l'incertitude persistante quant à la portée de l'immunité devait encourager la Commission à adopter des directives sur la question, indépendamment des opinions des États. La Commission a été instamment priée de ne pas perdre de vue son engagement en faveur du développement progressif du droit international, dont elle avait déjà fait preuve à l'occasion de l'élaboration de divers instruments. Pour certains de ces membres, la possibilité d'élaborer des projets d'article qui serviraient de base à un instrument sur le sujet ne pouvait être écartée à ce stade.

105. Certains membres se sont demandé si la pratique des États étayait l'existence d'une tendance en faveur des limites et exceptions à l'immunité des représentants de l'État qui étaient proposées. Ils affirmaient que cette tendance n'existait pas ou que, si une tendance avait été constatée, elle allait dans la direction opposée. Il a été rappelé que plusieurs États avaient récemment restreint la portée des limites et exceptions à l'immunité dans leur législation interne, et que les juridictions internationales et régionales avaient généralement confirmé l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans des affaires récentes.

106. D'autres membres ont affirmé que, même si les conclusions formulées dans le rapport n'étaient pas toutes solidement étayées par le droit international coutumier, une tendance en faveur de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae* existait bel et bien. Un certain nombre de membres pensaient que les évolutions constatées dans les domaines de l'immunité des États, du droit pénal international et du droit international des droits de l'homme encourageaient cette tendance. Il a été affirmé en outre que les cours et tribunaux refusaient de plus en plus souvent d'appliquer l'immunité, soit parce que les actes incriminés auraient été commis en violation des normes impératives du droit international (*jus cogens*), soit parce qu'ils considéraient que de tels actes ne pouvaient pas être accomplis à titre officiel. De surcroît, certains États s'étaient dits favorables à une limitation de la portée de l'immunité des représentants d'États étrangers. Certains membres ont soutenu que la Commission devait promouvoir cette tendance, afin de combattre l'impunité et de lever les obstacles à la poursuite des auteurs de crimes internationaux.

Le droit international en tant que système

107. Certains membres ont souligné que le projet d'articles devait ménager un équilibre entre, d'un côté, l'égalité souveraine des États et la nécessité de maintenir la stabilité des relations internationales et, de l'autre, l'intérêt pour la communauté internationale dans son ensemble de prévenir et punir les crimes les plus graves au regard du droit international.

108. D'autres membres ont exprimé leur inquiétude quant au fait que les limites et exceptions à l'immunité proposées par la Rapporteuse spéciale risquaient de favoriser des abus, par exemple en permettant la tenue de procès politiques contre des représentants d'États devant des juridictions étrangères. Cela pouvait compromettre la stabilité des relations internationales et aller à l'encontre de la lutte contre l'impunité et de la promotion des droits de l'homme. Il a été souligné qu'en vertu d'un principe fondamental du droit international, les juridictions d'un État ne devaient pas statuer sur les actes d'un autre État.

109. Plusieurs membres ont observé que le système de l'immunité pouvait, mais ne devait pas, constituer un obstacle à la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Il a été souligné que la protection des droits de l'homme et la lutte contre l'impunité ne revêtaient pas une importance secondaire par rapport à la souveraineté des États, mais qu'elles devaient être conciliées avec cette dernière. Selon les mêmes membres, les auteurs de crimes internationaux ne devaient pas être autorisés à utiliser l'écran de la souveraineté pour se mettre à l'abri des poursuites, car leurs actes avaient causé dans les pays et régions où ils avaient été perpétrés une profonde instabilité qui avait, en fin de compte, eu des répercussions sur la communauté internationale tout entière. Il a été dit que les règles relatives à l'immunité ne devaient pas être examinées isolément, mais à la lumière d'autres normes du système juridique international.

Aspects procéduraux de l'immunité

110. Certains membres ont fait observer que la question des limitations et exceptions était étroitement liée à celle des aspects procéduraux de l'immunité, notamment des garanties procédurales. Plusieurs membres ont regretté que la Rapporteuse spéciale n'ait pas présenté à la session en cours un sixième rapport consacré à cette question. Un certain nombre de membres ont suggéré que la Commission reporte ses travaux sur les limites et exceptions jusqu'au moment où la Rapporteuse spéciale aurait exposé ses vues sur les aspects procéduraux, dans son sixième rapport, de sorte que les deux questions puissent être examinées conjointement.

111. Il a été dit que les garanties procédurales pouvaient aider à trouver l'équilibre nécessaire entre le respect de l'égalité souveraine des États et la nécessité de combattre l'impunité. Plusieurs membres ont renvoyé aux travaux du précédent Rapporteur spécial sur le sujet, qui avaient couvert différentes questions procédurales, à savoir le moment où l'immunité doit être examinée, l'invocation de l'immunité, le fardeau de la preuve et la levée de l'immunité. Pour ce qui est de cette dernière question, certains membres ont proposé que soit instituée une procédure imposant à l'État du représentant d'invoquer expressément l'immunité, ou que soit établi, par voie conventionnelle, une obligation « de lever l'immunité ou de

poursuivre » en vertu de laquelle les États devraient choisir entre lever l'immunité devant une juridiction étrangère ou engager eux-mêmes des poursuites.

112. Soulignant la nature procédurale de l'immunité, un certain nombre de membres ont relevé que, lorsqu'elle était invoquée avec succès par la voie diplomatique ou devant les tribunaux, l'immunité suspendait l'exercice de la compétence des tribunaux étrangers mais n'avait pas d'incidence sur la responsabilité pénale des auteurs présumés. Compte tenu de son caractère préliminaire, les tribunaux devaient examiner la question de l'immunité avant de passer au fond de l'affaire. De ce fait, la gravité de l'acte allégué ne pouvait avoir aucune incidence sur l'application de l'immunité, ni sur le caractère souverain ou officiel dudit acte. Les mêmes membres ont soutenu que cela ne créait pas de hiatus au regard de l'obligation de rendre des comptes, puisque, par exemple, un État qui invoquerait l'immunité de son représentant et en reconnaîtrait les actes comme étant les siens engagerait sa propre responsabilité et pourrait lui-même être poursuivi au niveau national ou international.

113. D'autres membres ont soutenu que, si l'examen des aspects procéduraux était très important pour le sujet dans son ensemble, la Commission devait commencer par identifier les éléments essentiels des limites et exceptions à l'immunité. Il a été souligné que les aspects procéduraux concernaient l'ensemble du projet d'articles et ne pourraient être examinés qu'après l'examen de tous les éléments de fond. Plusieurs membres souhaitaient que l'on ne préjuge pas des débats de la Commission sur le thème du sixième rapport, et ont engagé la Commission à ne pas différer son examen des limites et exceptions à l'immunité.

114. Un certain nombre de membres ont affirmé qu'il existait un lien étroit entre immunité et impunité pour les crimes internationaux, soulignant qu'en l'absence d'autre for ou d'autre juridiction susceptible d'être exercée aux fins de la poursuite des auteurs de crimes internationaux, l'obstacle procédural de l'immunité devant les tribunaux nationaux aurait des incidences sur le fond. Certains membres ont insisté sur le fait que la justice substantielle ne devait pas être sacrifiée à la justice procédurale, en particulier en cas de violations de normes impératives du droit international (*jus cogens*). Ils ont mis en garde la Commission, estimant qu'une approche exclusivement procédurale de l'immunité aurait une incidence négative sur l'évolution de la responsabilité individuelle en droit international.

115. Il a été relevé que la Cour pénale internationale, le for devant lequel il paraissait le plus évident de poursuivre les représentants de l'État, n'avait pas la capacité ni les ressources nécessaires pour poursuivre tous les auteurs présumés de crimes internationaux. Rappelant que le rôle de la Cour reposait sur le principe de complémentarité, les mêmes membres ont affirmé que les juridictions nationales devaient avoir la primauté dans la lutte contre l'impunité. Il a aussi été noté que la responsabilité de l'État pour un acte donné n'annulait pas la responsabilité individuelle du représentant de l'État concerné et ne devait donc pas faire obstacle à l'engagement de poursuites individuelles.

b) *Observations portant spécifiquement sur le projet d'article 7*

116. Certains membres se sont interrogés sur le point de savoir pourquoi le titre proposé pour le projet d'article 7 renvoyait à des situations « à l'égard desquel[le]s l'immunité ne s'applique pas », alors que le rapport portait sur les « limites et exceptions » à l'immunité. Il a été dit que les incertitudes quant au sens et à la portée de l'expression « limites et exceptions » montraient que le projet d'article 7 ne reflétait pas un droit international bien établi.

117. Un certain nombre de membres ont considéré que la distinction entre les limites et les exceptions était utile et qu'il fallait la conserver. Elle aidait à distinguer entre les situations dans lesquelles la question de l'immunité ne se posait pas, parce que le comportement en cause ne pouvait pas être considéré comme un acte officiel ou accompli à titre officiel, et les cas dans lesquels l'immunité était exclue sur le fondement de circonstances exceptionnelles.

118. D'autres membres ont appuyé le libellé proposé par la Rapporteuse spéciale. Il a été souligné que les travaux sur le sujet étaient, jusque-là, partis de l'hypothèse selon laquelle l'immunité s'appliquait et que le projet d'article 7 devait donc traiter de sa « non-application ». Certains membres ont fait observer que, si la distinction évoquée clarifiait, certes, les choses sur le plan théorique, elle n'avait aucun fondement dans la pratique des États.

119. Certains membres ont exprimé à nouveau les réserves générales qu'ils nourrissaient au sujet du projet d'article 7 tel qu'il était proposé. Il a été dit qu'une solution pouvait être de remanier le projet d'article sur la base d'une obligation de lever l'immunité ou de poursuivre qui s'appliquerait à l'égard des auteurs des principaux crimes internationaux et signifierait que l'État serait tenu, soit de lever l'immunité de ses représentants devant les tribunaux d'un État étranger, soit d'engager des poursuites contre ses propres représentants.

120. Un certain nombre de membres se sont interrogés sur le point de savoir si la liste des crimes figurant au paragraphe 1 était exhaustive ou simplement indicative. Il a été proposé de renvoyer, de manière générale, aux crimes les plus graves au regard du droit international, plutôt que de donner une liste de crimes. Certains membres ont estimé que le paragraphe devait prévoir la possibilité qu'apparaissent de nouveaux crimes auxquels l'immunité ne s'appliquerait pas. D'autres membres ont exprimé des doutes quant au fondement en droit international coutumier des crimes énumérés par la Rapporteuse spéciale et aux motifs pour lesquels elle en avait inclus certains et non d'autres dont on pouvait raisonnablement penser qu'ils étaient du même type. Il a aussi été dit que le projet d'article, ou le commentaire s'y rapportant, devait donner des définitions appropriées des crimes énumérés.

121. En ce qui concerne l'alinéa *a*, plusieurs membres se sont dits favorables à ce qu'y figurent les principaux crimes internationaux, à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Certains membres ont noté que la torture et les disparitions forcées, également citées par la Rapporteuse spéciale, entraient dans la catégorie des crimes contre l'humanité.

Des propositions tendant à ajouter les crimes d'esclavage, d'apartheid et de terrorisme, ainsi que les crimes contre le patrimoine culturel mondial, ont été formulées.

122. Les membres ont en outre débattu du point de savoir si le crime d'agression devait figurer dans le projet d'article. Ceux qui y étaient favorables ont fait valoir l'importance que revêtait ce crime en vertu des Principes de Nuremberg, ainsi que l'activation prochaine de la compétence de la Cour pénale internationale à son égard, sur la base du Statut de Rome. Il a également été relevé que les lois d'application de certains États prévoyaient que ce crime donne lieu à des poursuites internes. D'autres membres convenaient avec la Rapporteuse spéciale que le crime d'agression devait être exclu pour les raisons exposées dans le cinquième rapport. Il a été dit que l'engagement de poursuites pour crime d'agression à l'encontre de représentants d'un État par d'autres États porterait atteinte à l'égalité souveraine des États, problème qui ne se poserait pas dans le cas de poursuites devant une juridiction internationale.

123. À propos de l'alinéa *b*, un certain nombre de membres doutaient que la pratique des États justifie de mentionner la corruption à propos des limites et exceptions à l'immunité. Il a aussi été observé que le texte proposé par la Rapporteuse spéciale restait assez flou quant à la définition et à la portée de la corruption. Certains membres ont affirmé que les actes de corruption ne pouvaient figurer parmi les actes pouvant être accomplis à titre officiel, parce qu'ils étaient toujours motivés par la recherche d'un avantage personnel. À cet égard, il a été en outre observé que l'immunité pour les actes de corruption avait déjà été exclue sur la base du projet d'article 6. Il a été suggéré de supprimer cet alinéa et de mentionner la corruption dans le commentaire.

124. D'autres membres se sont dits favorables à l'inclusion du crime de corruption dans le texte du projet d'article, alléguant de la nécessité pour la communauté internationale de coopérer aux fins de prévenir et de punir ce crime. On a fait valoir que les juridictions internes avaient souvent refusé l'immunité aux auteurs de crimes de corruption, que de nombreux États avaient adopté des lois visant à prévenir et à punir ces crimes et que la corruption faisait l'objet de différentes conventions internationales et régionales.

125. Certains membres ont insisté sur le fait que la corruption compromettait gravement le fonctionnement des institutions publiques et l'état de droit et qu'elle pouvait avoir une forte incidence sur la situation socioéconomique de la population d'un pays. Il a été proposé que le projet d'article ne vise que la « grande corruption » ou la corruption à vaste échelle. Il a également été suggéré d'indiquer dans l'alinéa ce qu'il convenait de faire des produits du crime de corruption lorsque des représentants de l'État étaient poursuivis à l'étranger. Il a été souligné que cela dépendait de la volonté politique des États concernés mais qu'en principe les fonds devaient être restitués au pays dans lequel ils avaient été pris.

126. Certains membres ont noté que l'exception territoriale, dont l'alinéa *c* était inspiré, était bien établie en procédure civile mais non dans le domaine pénal. Il a été relevé que les références citées par la Rapporteuse spéciale concernaient pour la plupart des affaires civiles et que l'applicabilité de l'exception territoriale en matière pénale n'était pas suffisamment examinée dans le rapport. Plusieurs membres ont dit que cette notion demeurait controversée en droit international et que le rapport laissait sans réponse un certain nombre de questions, par exemple l'application de l'exception territoriale aux activités militaires et à d'autres actes publics. À cet égard, il a été suggéré de libeller l'alinéa *c* de manière plus stricte. Plusieurs membres ont renvoyé à la définition proposée par le précédent Rapporteur spécial sur le sujet. Il a aussi été suggéré de restreindre la portée de l'alinéa à des actes précis portant atteinte à la souveraineté de l'État comme l'espionnage, les assassinats politiques et le sabotage.

127. Les membres ont dans l'ensemble approuvé le paragraphe 2 sur le fond, en relevant qu'il reflétait la pratique existante. Certains ont recommandé de préciser dans les commentaires que seuls les membres de la troïka, à savoir le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, pouvaient bénéficier de l'immunité *ratione personae*. Il a été souligné que, conformément à la jurisprudence internationale, l'immunité *ratione personae* était sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes qui en bénéficiaient. Il a été suggéré d'indiquer que l'immunité *ratione personae* ne s'appliquait pas à l'égard des juridictions internationales.

128. Certains membres ont dit que le paragraphe 2 leur paraissait superflu et pouvait être supprimé. Ils ont proposé de préciser dans le paragraphe 1 que les limites et exceptions énumérées dans le projet d'article s'appliquaient seulement à l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres préféraient que l'on conserve ce paragraphe afin de faire ressortir la différence entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Il a été suggéré d'aligner le champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* sur les projets d'articles 4 et 6. Il a été dit en outre qu'il convenait de restreindre l'immunité *ratione personae*, qui risquait de conduire à l'impunité dans le cas des dirigeants à vie.

129. Plusieurs membres ont souscrit à la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 3. Il a été observé que, contrairement à ce qui était dit à l'alinéa *a*, cette clause devait aussi s'appliquer aux traités en vertu desquels l'immunité est applicable. Concernant l'alinéa *b*, certains membres ont estimé que l'expression « une cour ou un tribunal international » était trop vague, et ont suggéré de préciser dans le projet d'article s'il s'agissait des juridictions pénales internationales ou de toute juridiction internationale. Il a été dit que ce paragraphe demeurait inopportun et devait être supprimé car il était susceptible de compromettre des procédures judiciaires en cours.

c) *Travaux futurs*

130. De nombreux membres ont déclaré attendre avec intérêt le sixième rapport, qui devait porter sur les aspects procéduraux de l'immunité. Il a été suggéré que la Rapporteuse spéciale examine la relation entre l'immunité et la prescription des crimes auxquels aucune limite ni exception ne s'appliquait. Certains membres ont observé que la Commission devait réexaminer certains des textes

adoptés à titre provisoire, par exemple la définition de « l'immunité de juridiction » afin de déterminer si elle couvrait les questions d'inviolabilité.

3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

131. Dans son résumé du débat, la Rapporteuse spéciale s'est félicitée des discussions intéressantes suscitées par le cinquième rapport, auxquelles un grand nombre de membres avait participé. Répondant à certaines des critiques visant la structure et la teneur du rapport, elle a insisté sur le fait que tous les chapitres contribuaient utilement aux conclusions formulées. Elle a également fait observer que c'était le contenu de ses arguments qui importait et non le fait qu'elle ait ou non suivi l'approche du précédent Rapporteur spécial.

132. Concernant l'analyse de la pratique contenue dans le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a rappelé la diversité des vues exprimées. Elle a souligné que la jurisprudence des juridictions internationales n'excluait pas catégoriquement l'application de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, car les décisions portaient au premier chef sur l'immunité de l'État ou l'immunité *ratione personae*. Elle a également insisté sur l'importance de la jurisprudence nationale qui, bien que parfois limitée et manquant d'homogénéité, se trouvait au cœur du projet. Elle a remercié les membres d'avoir suggéré l'ajout d'éléments de jurisprudence internationale, régionale et nationale.

133. La Rapporteuse spéciale a dit que l'analyse de la législation nationale figurant dans le rapport avait contribué à établir la distinction entre immunité des représentants de l'État et immunité de l'État, à mettre en évidence le caractère relatif de l'immunité de l'État et à illustrer le recours à l'« exception territoriale ». Elle a aussi noté que les lois nationales d'application du Statut de Rome pouvaient apporter un éclairage sur la question de l'immunité des représentants de l'État, en particulier lorsqu'elles allaient au-delà des exigences du Statut. La Rapporteuse spéciale a noté que d'autres formes de pratique des États, comme les décisions des procureurs ou les démarches diplomatiques, n'étaient pas en principe accessibles au public et ne pouvaient donc pas être considérées comme pratique pertinente.

134. La Rapporteuse spéciale a pris acte du désaccord entre les membres sur l'existence éventuelle d'une règle coutumière fixant des limites et exceptions à l'immunité des représentants de l'État ou sur l'émergence d'une tendance en ce sens. Elle a affirmé que la Commission devait se concentrer sur l'identification des règles pertinentes de *lex lata* et de *lex ferenda* relatives à l'immunité. Elle a dit ne pas souscrire à l'idée que la Commission avait entrepris d'élaborer un « droit nouveau » sur la question, comme l'avaient suggéré certains membres. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a observé que le projet d'articles, comme d'autres projets de la Commission, contenait des éléments relevant tant de la codification que du développement progressif et qu'il convenait de l'évaluer à la lumière de cette considération.

135. La Rapporteuse spéciale a réaffirmé que la distinction entre les limites et les exceptions, telle qu'elle est exposée dans le rapport, avait contribué à éclairer la notion d'immunité des représentants de l'État et son rôle dans le système juridique international. Selon elle, cette approche n'était pas incompatible avec le pragmatisme du libellé du projet d'article 7, centré sur les situations où l'immunité « ne s'applique pas » ; au contraire, la formule avait permis d'éviter un certain nombre de controverses au sujet de la distinction entre limites et exceptions, et elle trouvait son fondement dans la pratique.

136. La Rapporteuse spéciale a dit partager l'opinion des membres jugeant crucial pour le projet de procéder à un examen des aspects procéduraux de l'immunité. Elle a toutefois noté que les questions procédurales allaient au-delà de celles relatives aux limites et exceptions, qu'elles avaient des incidences sur l'ensemble du projet d'articles et qu'elles devaient être traitées une fois que la Commission aurait examiné la question des limites et exceptions à l'immunité. Elle a relevé que le précédent Rapporteur spécial avait adopté une approche similaire et elle a réitéré son offre de procéder à des consultations informelles à ce sujet dans le cadre de la préparation de son sixième rapport.

137. Passant aux observations concernant spécifiquement le projet d'article proposé dans le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a noté que de nombreux membres étaient favorables au maintien du paragraphe 1, même si différentes suggestions de modification de son contenu avaient été faites. En ce qui concernait l'alinéa *a*, la Rapporteuse spéciale était disposée à y faire figurer le crime d'apartheid, mais elle a maintenu ses réserves concernant l'inclusion d'autres crimes transnationaux, car ceux-ci étaient plutôt visés dans des traités que condamnés par la coutume. En outre, la Rapporteuse spéciale hésitait encore à inclure le crime d'agression, craignant que la politisation de l'ensemble du projet n'en soit accrue. Pour une raison analogue, elle préférait conserver une liste de crimes spécifiques plutôt que d'employer une formule ouverte renvoyant de manière générale aux crimes internationaux. Des définitions des crimes expressément visés pourraient être données dans le commentaire, et peut-être renvoyer à des instruments existants.

138. La Rapporteuse spéciale a pris note de la controverse qui subsistait à propos de l'inclusion de la corruption à l'alinéa *b*. Elle a reconnu que la disposition en question devait s'appliquer principalement aux cas de « grande corruption », terme qu'il conviendrait de préciser dans le commentaire. Elle a insisté sur le fait qu'étant toujours motivé par un profit personnel, un acte de corruption ne pouvait être considéré comme un acte accompli à titre officiel, auquel l'immunité *ratione materiae* s'appliquerait. Quant à l'« exception territoriale », telle que formulée à l'alinéa *c*, la Rapporteuse spéciale a affirmé que son application ne se limitait pas au domaine de la juridiction civile. Sous sa forme actuelle, elle visait des infractions majeures telles que le sabotage et l'espionnage.

139. La Rapporteuse spéciale a également relevé le large soutien recueilli par le paragraphe 2, où il était souligné que les limites et exceptions ne s'appliquaient pas en cas d'immunité *ratione personae*, opinion bien établie dans la pratique et la doctrine. Elle a estimé que le fait de mentionner expressément l'immunité *ratione personae*

permettait de ménager, entre le principe d'égalité souveraine et la nécessité de combattre l'impunité, un équilibre qui pouvait être compromis si ce paragraphe était supprimé. Elle a également jugé préférable de conserver la clause «sans préjudice» figurant au paragraphe 3, qui faciliterait le règlement d'éventuels conflits de normes entre le projet d'articles et les instruments internationaux existants, en particulier ceux relatifs aux juridictions pénales internationales.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets d'article

140. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

Première partie

INTRODUCTION

Article premier. Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.

2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

Article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[…]

***e*) on entend par «représentant de l'État» tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;**

***f*) «acte accompli à titre officiel» s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.**

Deuxième partie

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE*[*]

***Article 3. Bénéficiaires de l'immunité* ratione personae**

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

***Article 4. Portée de l'immunité* ratione personae**

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.

2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.

3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Troisième partie

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*[*]

***Article 5. Bénéficiaires de l'immunité* ratione materiae**

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

***Article 6. Portée de l'immunité* ratione materiae**

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité* ratione materiae *ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

***a*) crime de génocide ;**

***b*) crimes contre l'humanité ;**

***c*) crimes de guerre ;**

***d*) crime d'apartheid ;**

***e*) torture ;**

***f*) disparitions forcées.**

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

ANNEXE

LISTE DES TRAITÉS VISÉS AU PARAGRAPHE 2 DU PROJET D'ARTICLE 7

Crime de génocide

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 6 ;

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, article II.

Crimes contre l'humanité

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 7.

Crimes de guerre

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 8, paragraphe 2.

[*] La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session.

Crime d'apartheid

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973, article II.

Torture

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 20 décembre 2006, article 2.

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLE ET DU COMMENTAIRE Y RELATIF PROVISOIREMENT ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION

141. Le texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session est reproduit ci-après.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

DEUXIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE*[*]

[…]

TROISIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*[*]

[…]

Article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité* ratione materiae *ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

***a*) crime de génocide ;**

***b*) crimes contre l'humanité ;**

***c*) crimes de guerre ;**

***d*) crime d'apartheid ;**

***e*) torture ;**

***f*) disparitions forcées.**

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

[*] La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session.

ANNEXE

LISTE DES TRAITÉS VISÉS AU PARAGRAPHE 2 DU PROJET D'ARTICLE 7

Crime de génocide

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 6 ;

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, article II.

Crimes contre l'humanité

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 7.

Crimes de guerre

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, article 8, paragraphe 2.

Crime d'apartheid

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973, article II.

Torture

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 20 décembre 2006, article 2.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 énumère les crimes de droit international à l'égard desquels, selon les présents projets d'article, l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas. Il comporte deux paragraphes consacrés, respectivement, à l'énumération des crimes visés (par. 1) et à la définition de ces crimes (par. 2).

2) Le projet d'article 7 traite uniquement de l'immunité de juridiction *ratione materiae*, raison pour laquelle il est placé dans la troisième partie du projet d'articles ; il ne s'applique pas en ce qui concerne l'immunité de juridiction *ratione personae*, qui fait l'objet de la deuxième partie.

3) Cela ne signifie pas, toutefois, que les représentants de l'État visés au projet d'article 3 (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) soient définitivement exclus du champ d'application du

projet d'article 7. Au contraire, on retiendra que, comme l'a indiqué la Commission, ces représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione personae* « exclusivement pendant la période où ils exercent leur mandat[735] » et l'extinction de cette immunité « est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*[736] ». De surcroît, le projet d'article 6, qui traite de l'immunité *ratione materiae*, dispose que « [l]es individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* […], dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat[737] ». En conséquence, étant donné que cette immunité résiduelle est une immunité *ratione materiae*, le projet d'article 7 sera applicable à l'immunité de juridiction dont peuvent bénéficier les anciens chefs d'État ou de gouvernement et les anciens ministres des affaires étrangères pour les actes accomplis à titre officiel pendant la période où ils exerçaient leur mandat. Partant, ces anciens représentants de l'État ne bénéficieront pas de l'immunité *ratione materiae* pour les crimes de droit international énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7.

4) Le paragraphe 1 du projet d'article 7 énumère les crimes dont la perpétration exclut l'application de l'immunité de juridiction pénale au représentant d'un État étranger, même s'ils ont été commis par l'intéressé en sa qualité de représentant de l'État et pendant l'exercice de ses fonctions. Les dispositions du projet d'article 7 viennent donc compléter les éléments normatifs relatifs à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* exposés aux projets d'articles 5 et 6.

5) À l'issue d'un vote enregistré, la Commission a décidé de retenir ce projet d'article, pour plusieurs raisons. Premièrement, elle a estimé qu'il se dégageait de la pratique une tendance à la limitation de l'applicabilité de l'immunité de juridiction *ratione materiae* en ce qui concerne certains comportements constitutifs de crimes de droit international. Cette tendance se reflète dans des décisions rendues par des tribunaux nationaux qui, même si elles ne reposent pas sur le même raisonnement, expriment toutes la non-reconnaissance de l'immunité de juridiction *ratione materiae* pour certains crimes internationaux[738]. Elle se reflète également dans l'adoption de lois nationales qui prévoient des exceptions à l'immunité *ratione materiae* liées à la perpétration de crimes internationaux[739], quoique ces lois soient très peu nom-

[735] Projet d'article 4, par. 1. Voir le paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 4, provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-cinquième session, *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 51.

[736] Projet d'article 4, par. 3. Voir le paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 4, ibid., p. 53 et 54.

[737] Projet d'article 6, par. 3. Voir les paragraphes 9 à 15 du commentaire du projet d'article 6 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-huitième session, *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 230 et 231. Voir aussi le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 5 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-sixième session, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 156.

[738] Voir les décisions rendues dans les affaires ci-après : *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Chambre des lords du Royaume-Uni, 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 ; *Pinochet*, Belgique, tribunal de première instance de Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, *International Law Reports*, vol. 119, p. 349 ; *Hussein*, Allemagne, Haute Cour régionale de Cologne, arrêt du 16 mai 2000, 2 Zs 1330/99, par. 11 (affirmation faite dans l'hypothèse où le Président Hussein aurait à ce moment-là cessé d'exercer ses fonctions) ; *Bouterse*, Pays-Bas, cour d'appel d'Amsterdam, arrêt du 20 novembre 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 266 [bien que la Cour suprême ait ensuite cassé l'arrêt, elle ne s'est pas prononcée sur la question de l'immunité, mais sur la violation du principe de non-rétroactivité et la portée restreinte de la compétence universelle, voir l'arrêt du 18 septembre 2001, *International Law in Domestic Courts* (ILDC), ILDC 80 (NL 2001)] ; *Sharon et Yaron*, Belgique, Cour de cassation, arrêt du 12 février 2003, *International Law Reports*, vol. 127, p. 123 (bien qu'elle ait reconnu l'immunité *ratione personae* d'Ariel Sharon, la Cour a estimé qu'Amos Yaron devait être traduit en justice car, au moment des faits, il dirigeait les forces armées israéliennes ayant participé aux massacres de Sabra et de Chatila) ; *H. c. Procureur public*, Pays-Bas, Cour suprême, arrêt du 8 juillet 2008, ILDC 1071 (NL 2008), par. 7.2 ; *Lozano c. Italie*, Italie, Cour de cassation, arrêt du 24 juillet 2008, ILDC 1085 (IT 2008), par. 6 ; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Suisse, Tribunal pénal fédéral, décision du 25 juillet 2012, BB.2011.140 ; *FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire *Prince Nasser*), Cour de division de la Division du Banc de la Reine de la Haute Cour de justice, arrêt du 7 octobre 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin.) [l'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il a été rendu en tant qu'*order consented*, c'est-à-dire sur la base d'un accord entre les plaignants et le Directeur des poursuites publiques par lequel ce dernier a admis que les actes de torture imputés au Prince Nasser n'étaient pas couverts par l'immunité *ratione materiae*]. Dans le cadre d'une procédure civile, la Cour suprême italienne a en outre dit que l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas à l'égard de la juridiction pénale en cas de crimes internationaux commis par des représentants de l'État (*Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, arrêt du 11 mars 2004, *International Law Reports*, vol. 128, p. 674). Dans l'affaire *Jones*, bien qu'elle ait reconnu l'immunité à l'égard de la juridiction civile, la Chambre des lords a réaffirmé que l'immunité de juridiction pénale n'était pas applicable en cas de torture (*Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, Chambre des lords, arrêt du 14 juin 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.). Enfin, quoique dans le cadre d'une procédure engagée contre un Éthiopien, le Tribunal supérieur fédéral d'Éthiopie a affirmé l'existence d'une norme de droit international excluant l'application de l'immunité à un ancien chef d'État accusé de crimes internationaux [*Procureur spécial c. Colonel Hailemariam*, Tribunal supérieur fédéral, arrêt du 9 octobre 1995, ILDC 555 (ET 1995)]. Il est aussi arrivé que des tribunaux nationaux jugent des représentants d'un État étranger pour des crimes internationaux sans se prononcer sur la question de l'immunité. C'est ce qu'ont fait, par exemple, les tribunaux français dans l'affaire *Barbie* : *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie*, France, Cour de cassation, arrêts des 6 octobre 1983, 26 janvier 1984 et 20 décembre 1985, *Bulletin criminel*, 1983, nº 239, p. 610, ibid., 1984, nº 34, p. 90, et ibid., 1985, nº 407, p. 1038 ; *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie*, cour d'assises du Rhône, arrêt du 4 juillet 1987, *International Law Reports*, vol. 78, p. 148 ; et Cour de cassation, arrêt du 3 juin 1988, *Bulletin criminel*, 1988, nº 246, p. 637. L'Audiencia Nacional d'Espagne a jugé plusieurs représentants d'États étrangers pour des crimes internationaux sans estimer nécessaire de se prononcer sur la question de l'immunité (affaires *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, du *Guatemala*, du *Rwanda* et du *Tibet*). Dans l'affaire du *Rwanda*, elle a toutefois décidé de ne pas juger le Président Kagame, en raison de l'immunité dont il bénéficiait. De même, dans l'affaire du *Tibet*, elle n'a pas jugé le Président chinois d'alors, Hu Jintao ; après que le mandat présidentiel a pris fin, le tribunal central d'instruction nº 2 a toutefois rendu une ordonnance de mise en accusation en date du 9 octobre 2013, estimant que l'intéressé ne bénéficiait plus de l'« immunité diplomatique ».

[739] À l'appui de ce point de vue, on a mentionné la loi organique nº 16/2015 du 27 octobre sur les privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales ayant leur siège ou bureau en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, qui établit, pour le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, un régime d'immunité distinct selon lequel les crimes de génocide, les crimes de disparition forcée, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité accomplis par les fonctionnaires en question au cours de leur mandat et dans l'exercice de leurs fonctions officielles ne sont pas couverts par l'immunité (art. 23, par. 1, *in fine*). On retiendra également à cet égard la loi argentine nº 24488 sur l'immunité de l'État étranger, dont l'article 3 a été supprimé par le décret nº 849/95 portant promulgation de la loi, en conséquence de quoi les tribunaux argentins ne peuvent refuser de

breuses. Elle a aussi été mise en évidence dans la doctrine, et s'est manifestée dans une certaine mesure lors de procès tenus devant des tribunaux internationaux[740].

6) Deuxièmement, la Commission a aussi tenu compte du fait que le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est destiné à s'appliquer dans le cadre d'un ordre juridique international dont on ne saurait ignorer l'unité et le caractère systémique. En conséquence, la Commission ne saurait faire fi des autres normes existantes ni aller à l'encontre de principes juridiques reconnus relevant d'autres branches du droit international contemporain aussi importantes que le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international pénal. Partant, il convient de déterminer les crimes excluant l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère avec circonspection et dans un souci d'équilibre entre la nécessité de veiller au respect du principe de l'égalité souveraine des États et celle de garantir l'application du principe de responsabilité, notamment du principe de responsabilité pénale individuelle, et de mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves, cet objectif étant une priorité pour la communauté internationale. C'est en parvenant à cet équilibre que l'on pourra garantir que l'immunité sert le but dans lequel elle a été instaurée (protéger l'égalité souveraine et les intérêts légitimes des États) et n'est pas utilisée comme un instrument de procédure destiné à faire échouer toute tentative pour établir la responsabilité pénale de certaines personnes (les représentants de l'État) pour la perpétration des crimes les plus graves au regard du droit international.

7) Pour les deux motifs qui précèdent, la Commission estime qu'elle doit s'acquitter de son mandat de promotion de la codification et du développement progressif du droit international en appliquant à la fois une méthode déductive et une méthode inductive. Elle a donc inclus dans le projet d'article 7 la liste des crimes pour lesquels l'immunité ne s'applique pas *ratione materiae* pour les motifs suivants : *a*) dans la pratique, ils tendent à être considérés comme n'étant pas couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ; *b*) ce sont des crimes de droit international considérés comme les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale et qui sont visés par des normes internationales conventionnelles et coutumières imposant l'obligation d'adopter des mesures pour les prévenir et en punir les auteurs.

8) Certains membres ont toutefois exprimé leur désaccord avec cette analyse. Tout d'abord, ils se sont déclarés opposés au projet d'article 7, adopté à l'issue d'un vote, au motif : *a*) que la Commission ne devrait pas présenter ses travaux comme participant de la codification du droit coutumier alors que manifestement ni la jurisprudence

connaître d'une requête formée contre un État pour violation du droit international des droits de l'homme. Dans une perspective beaucoup plus limitée, la loi sur l'immunité souveraine étrangère des États-Unis, modifiée par la loi sur la protection des victimes de la torture, établit une exception pour terrorisme à l'immunité juridictionnelle d'un État étranger (sect. 1605A) qui permet d'exclure l'application de l'immunité pour certains types d'actes, comme la torture ou les exécutions extrajudiciaires, dès lors qu'ils ont été accomplis par des représentants d'un État que les autorités compétentes des États-Unis ont placé dans la catégorie des États soutenant le terrorisme. La loi canadienne sur l'immunité prévoit une exception similaire. Enfin, on notera que certaines limitations ou exceptions à l'immunité pour les crimes internationaux sont inscrites en droit interne, que ce soit dans des lois expressément consacrées à ces crimes (voir la loi belge relative aux violations graves du droit international humanitaire, modifiée en 2003, la loi néerlandaise de 2003 sur les crimes internationaux et le Code pénal de la République du Niger, modifié en 2003) ou dans des lois relatives à l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Pour des lois d'application qui établissent une exception générale à l'immunité, voir la loi n° 50 (2009) du Burkina Faso portant détermination des compétences et de la procédure d'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabé, articles 7 et 15.1 (disposant que les juridictions burkinabé peuvent exercer leur compétence à l'égard des personnes ayant commis un crime relevant de la compétence de la Cour, même à l'étranger, dès lors que le suspect est présent sur le territoire national. En outre, la qualité officielle ne constitue pas un motif d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité) ; Comores, loi n° 11-022 du 13 décembre 2011, portant application du Statut de Rome, art. 7.2 (« les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu de la loi ou du droit international, n'empêchent pas les juridictions nationales d'exercer leur compétence à l'égard de cette personne en ce qui concerne les infractions visées par la présente loi ») ; Irlande, loi sur la Cour pénale internationale de 2006, art. 61.1 (« Conformément à l'article 27, aucune immunité diplomatique ou immunité de l'État associée à une personne en raison d'un lien existant avec un État partie au Statut de Rome n'exclut l'ouverture d'une procédure à l'encontre de cette personne ») ; Maurice, loi sur la Cour pénale internationale (2001), art. 4 ; Afrique du Sud, loi n° 27, du 18 juillet 2002, sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 4.2 *a* i et 4.3 *c* (conformément à cette loi, les tribunaux sud-africains sont compétents pour connaître des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dès lors que l'auteur présumé se trouve sur le territoire national, indépendamment de sa qualité officielle). Parmi les lois d'application qui établissent uniquement des limites ou des procédures de consultation s'agissant de l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale, voir : Allemagne, loi sur la constitution des tribunaux, art. 20.1 et 21 ; Argentine, loi n° 26200 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, approuvé par la loi n° 25390 et ratifié le 16 janvier 2001, art. 40 et 41 ; Australie, loi n° 41 (2002) sur la Cour pénale internationale, art. 12.4 ; Autriche, loi fédérale n° 135 du 13 août 2002 sur la coopération avec la Cour pénale internationale, art. 9.1 et 9.3 ; Canada, loi sur l'extradition (1999), art. 18 ; France, Code de procédure pénale (la loi n° 2002-268 du 26 février 2002), art. 627.8 ; Irlande, loi n° 30 (2006) sur la Cour pénale internationale, art. 6.1 ; Islande, loi sur la Cour pénale internationale (2003), art. 20.1 ; Kenya, loi n° 16 (2008) sur les crimes internationaux, art. 27 ; Liechtenstein, loi du 20 octobre 2004 sur la coopération avec la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux internationaux, art. 10.1 *b* et *c* ; Malte, loi relative à l'extradition, art. 26S.1 ; Norvège, loi n° 65 du 15 juin 2001 relative à l'incorporation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 dans le droit norvégien, art. 2 ; Nouvelle-Zélande, loi sur les crimes internationaux et loi de 2000 sur la Cour pénale internationale, art. 31.1 ; Ouganda, loi n° 18 (2006) sur la Cour pénale internationale, art. 25.1 *a* et *b* ; Royaume-Uni, loi sur la Cour pénale internationale, 2001, art. 23.1 ; Samoa, loi n° 26 (2007) sur la Cour pénale internationale, art. 32.1 et 41 ; Suisse, loi sur la coopération avec la Cour pénale internationale, art. 6. Il existe un cas particulier, celui du Danemark, dont la loi sur la Cour pénale internationale, du 16 mai 2001 (art. 2), habilite l'exécutif à trancher les questions relatives à l'immunité sans prévoir de système précis de consultations.

[740] L'existence d'une tendance à la limitation de l'immunité pour les crimes internationaux a été constatée par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans l'opinion individuelle commune qu'ils ont rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 88, par. 85. La Cour européenne des droits de l'homme, en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, a expressément reconnu qu'il semblait qu'« un soutien se dégage en faveur d'une règle ou exception spéciale en droit international public lorsque des agents d'États étrangers [étaient] assignés au civil pour des actes de torture » et que, par conséquent, « compte tenu des nouveaux développements que conna[issait] actuellement cette branche du droit international public, il s'agi[ssait] d'une question dont les États contractants dev[raient] suivre l'évolution » (*Jones et autres c. Royaume-Uni*, n°s 34356/06 et 40528/06, arrêt du 2 juin 2014, CEDH 2014, par. 213 et 215).

des États[741], ni les législations nationales[742], ni le droit des traités[743] ne venaient étayer les exceptions prévues au projet d'article 7, comme le montraient les exemples donnés dans les notes de bas de page ci-après ; *b*) qu'il ne ressortait de la pratique aucune « tendance », temporelle ou autre, en faveur de l'imposition d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ; *c*) que, l'immunité ayant un caractère procédural, i) on ne saurait partir du principe que la responsabilité pénale découlant d'un crime de droit international commis par un représentant de l'État exclut automatiquement l'immunité de juridiction pénale étrangère, ii) l'immunité ne dépend pas de la gravité de l'acte commis, ni du fait que celui-ci est interdit par une norme péremptoire de droit international, et iii) la question de l'immunité doit être examinée au début de la procédure, avant que l'affaire ne soit examinée au fond[744] ; *d*) que l'absence d'immunité de juridiction pénale internationale ne préjuge en rien de l'existence ou non d'une immunité de juridiction nationale ; et *e*) qu'à moins d'être convenu par traité, l'établissement d'un système d'exceptions à l'immunité nuirait probablement aux relations entre États et risquait d'entraver l'action menée par la communauté internationale en vue de mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves. Ces membres étaient par ailleurs d'avis qu'en proposant le projet d'article 7, la Commission se livrait à un exercice normatif sans lien avec la codification ni le développement progressif du droit international. Selon eux, le projet d'article 7 vise à énoncer un « droit nouveau » qui ne saurait être considéré comme reflétant la *lex lata* ou comme relevant d'un développement progressif désirable du droit international. Ces membres ont de surcroît insisté sur la différence entre l'immunité de juridiction étrangère, qui revêt un caractère procédural, et la responsabilité pénale, qui touche au fond du droit, soutenant que pour atteindre l'équilibre voulu il n'était pas nécessaire, ni forcément judicieux, de prévoir des exceptions à l'immunité. D'après eux, l'impunité peut être évitée lorsque le représentant d'un État est poursuivi dans son État d'origine, ou devant un tribunal international, ou encore devant un tribunal étranger après avoir renoncé à l'immunité. Établir des exceptions à l'immunité sans qu'elles aient été acceptées par les États au moyen d'un traité ou reflètent une pratique étatique largement répandue risque de créer entre les États de profondes tensions, voire un véritable conflit, lorsqu'un État engage des poursuites pénales contre un représentant d'un autre État au seul motif qu'il aurait commis un crime odieux.

---

[741] Ces membres ont fait observer que seules neuf affaires citées traitaient expressément de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État par le droit international coutumier (voir *supra* la note 738) et qu'en réalité, la plupart n'étayaient pas l'argument selon lequel cette immunité doit être refusée. Dans l'affaire *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, le juge britannique a refusé d'accorder l'immunité pour les actes visés par un traité en vigueur interprété comme excluant ce privilège (à savoir : la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants). L'affaire *Hussein*, portée devant les tribunaux allemands, ne concernait aucun des crimes énumérés au projet d'article 7, et rien dans l'arrêt n'indique que, dans l'hypothèse où le Président Hussein aurait cessé d'exercer ses fonctions, l'immunité *ratione materiae* ne serait pas reconnue ou ne devrait pas l'être. L'arrêt rendu dans l'affaire *Bouterse* n'a pas été confirmé par la Cour suprême des Pays-Bas et le raisonnement suivi par la juridiction inférieure reste incident. L'arrêt rendu par le juge belge dans l'affaire *Sharon et Yaron* a été controversé et a amené le Parlement à modifier la loi nationale, après quoi la Cour de cassation a déclaré que la justice belge n'était pas compétente. La même loi a été mise en question dans l'affaire *Pinochet*, jugée par le tribunal de première instance de Bruxelles. Dans l'affaire *Lozano c. Italie*, l'immunité *ratione materiae* a été accordée, et non refusée, au représentant de l'État étranger. L'affaire *Le Procureur spécial c. Hailemariam* concernait un national éthiopien, et non un représentant d'un État étranger. Les autres affaires citées concernaient des situations dans lesquelles l'intéressé n'a pas invoqué l'immunité ou y a renoncé, et ne viennent pas étayer la thèse selon laquelle le représentant de l'État ne peut pas bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* reconnue par le droit international coutumier s'il l'invoque. Ces membres ont de surcroît fait observer qu'il fallait sérieusement se poser la question de savoir si les affaires *civiles* jugées devant des juridictions nationales étaient pertinentes aux fins du présent sujet ; dans la mesure où elles l'étaient, elles ne venaient pas confirmer le bien-fondé des exceptions énumérées à l'article 7. Ainsi, la Cour internationale de Justice a jugé que l'arrêt rendu en l'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* (voir *supra* la note 738) était incompatible avec les obligations mises à la charge de l'Italie par le droit international. Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99. Dans l'affaire *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia* (voir *supra* la note 738), la Chambre des lords a reconnu l'immunité du représentant de l'État. De surcroît, les membres en question ont cité plusieurs affaires dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* a été invoquée et reconnue par des juridictions pénales nationales. Voir, par exemple, Sénégal, *Hissène Habré*, cour d'appel de Dakar, arrêt du 4 juillet 2000, et Cour de cassation, arrêt du 20 mars 2001, disponible à l'adresse suivante : www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-cour_de_cass.html (immunité accordée à un ancien chef d'État) ; Allemagne, *Jiang Zemin*, décision du Procureur général fédéral du 24 juin 2005, 3 ARP 654/03-2 (idem).

[742] Ces membres ont fait observer que la question de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État par le droit international coutumier était abordée dans très peu de législations internes. Comme la Rapporteuse spéciale l'a fait observer dans son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701), par. 42, « [l]a plupart des États ne consacrent expressément aucun texte à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants. La matière est laissée à l'appréciation des tribunaux ». Aucune des rares législations nationales qui envisagent cette immunité (celles de l'Afrique du Sud, du Burkina Faso, des Comores, de l'Espagne, de l'Irlande, de Maurice et du Niger) ne vient étayer les dispositions de l'article 7. Ainsi, la loi organique espagnole n° 16/2015, du 27 octobre 2015, dispose uniquement, au paragraphe 1 de son article 23, que l'immunité *ratione materiae* s'applique aux anciens chefs d'État et de gouvernement et aux anciens ministres des affaires étrangères. La loi belge relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, modifiée en 2003, et la loi néerlandaise de 2003 sur les crimes internationaux prévoient que l'immunité sera refusée lorsque le droit international l'exige, sans donner davantage de précisions. Les membres en question ont de surcroît fait observer que les lois nationales imposant l'obligation de remettre le représentant d'un État à la Cour internationale de Justice en application du Statut de Rome ou d'une décision du Conseil de sécurité ne sont pas pertinentes à l'égard de l'immunité de juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État par le droit international coutumier, non plus que les lois nationales consacrées à l'immunité des États, telles la loi argentine n° 24488, la loi des États-Unis sur l'immunité souveraine des États étrangers et la loi canadienne sur l'immunité de l'État (ils ont également fait observer que la loi sur l'immunité souveraine des États étrangers n'avait pas été modifiée par la loi sur la protection des victimes de torture, qui n'a aucun rapport avec le terrorisme).

[743] Ces membres ont fait observer qu'aucun des traités d'envergure mondiale portant sur un type de crime particulier (génocide, crimes de guerre, apartheid, torture, disparitions forcées) ou un type de représentant de l'État particulier (diplomates, agents consulaires, agents en mission spéciale) ne contenait de disposition excluant l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère.

[744] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))* [note 741 *supra*], p. 137, par. 84 (« en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée ») ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 740 *supra*), p. 25, par. 60 (« Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit »).

9) On retiendra que les membres concernés ont également exprimé l'avis que la Commission ne pouvait adopter aucune décision sur la question des limites et exceptions à l'immunité tant qu'elle ne se serait pas prononcée sur la question des garanties de procédure. Cet avis n'a toutefois pas été suivi par la majorité des membres, qui a estimé que s'il importait de définir clairement ces garanties afin d'éviter tout abus dans l'exercice de la juridiction pénale étrangère à l'égard des représentants de l'État, la question des crimes pour lesquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas pouvait être traitée séparément au stade actuel des travaux de la Commission. Néanmoins, pour montrer l'importance que la Commission accorde aux questions de procédure dans le contexte du sujet à l'examen, il a été décidé d'insérer dans le texte actuel du projet d'articles une note de bas de page rédigée dans les termes ci-après : « La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projets d'article à sa soixante-dixième session. » L'appel de note a été inséré après le titre de la deuxième partie (Immunité *ratione personae*) et de nouveau après celui de la troisième partie (Immunité *ratione materiae*) du projet d'articles, les dispositions et garanties de procédure pouvant concerner les deux types d'immunité et devant en outre être envisagées dans le contexte du projet d'articles dans son ensemble.

Paragraphe 1

10) Aux alinéas *a* à *f* du paragraphe 1 du projet d'article 7 sont énumérés les crimes de droit international dont la perpétration exclut l'application de l'immunité de juridiction pénale à un représentant de l'État étranger même s'ils ont été commis par l'intéressé à titre officiel et pendant la période où il exerçait ses fonctions. Les crimes visés sont le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime d'apartheid, la torture, et les disparitions forcées.

11) L'expression « ne s'applique pas » est utilisée dans la phrase introductive du projet d'article pour refléter le fait que, dans la pratique comme dans la doctrine, il existe deux écoles différentes pour ce qui est de savoir si ces crimes doivent ou non être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel ». Certains estiment que la perpétration de tels crimes ne peut en aucun cas relever d'une fonction officielle et que, par conséquent, ceux-ci ne sauraient être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel ». D'autres soutiennent au contraire que les crimes de droit international supposent la participation d'un agent de l'État (torture, disparitions forcées) ou le consentement exprès ou tacite de l'appareil d'État, de telle sorte qu'ils présentent un lien avec l'État et peuvent être considérés, dans certaines circonstances, comme des « actes accomplis à titre officiel »[745]. Bien que la Commission n'ait pas jugé nécessaire de trancher en faveur de l'une ou l'autre interprétation, elle a noté que certains tribunaux nationaux n'avaient pas appliqué l'immunité *ratione materiae* dans l'exercice de leur compétence pénale pour ce qui concernait les crimes de droit international, soit parce qu'ils ne considéraient pas que ces crimes puissent être des actes accomplis à titre officiel ou dans le cadre d'une fonction officielle[746], soit parce qu'ils estimaient qu'en tout état de cause l'immunité de juridiction pénale ne pouvait être reconnue aux auteurs de crimes internationaux (en raison de la gravité de ces crimes ou parce qu'ils sont contraires à des normes impératives)[747].

12) Partant, étant donné que dans la pratique un même crime de droit international a été interprété comme constituant tantôt une limitation (absence d'immunité), tantôt une exception (exclusion de l'immunité existante), la Commission a jugé préférable d'aborder la question du point de vue de la conséquence qu'ont l'une et l'autre de ces interprétations, à savoir que l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère dont peut en principe bénéficier un représentant de l'État ne s'applique pas aux auteurs de crimes de droit international. La Commission a retenu la formulation actuelle dans un souci de clarté, l'objectif étant de lever toute ambiguïté en fournissant une liste des crimes dont la perpétration exclut l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère même lorsqu'ils sont commis par un représentant de l'État.

13) La Commission a ainsi employé les termes « [l]'immunité ne s'applique pas », suivant *mutatis mutandis* ce qu'elle avait fait lors de ses travaux sur les immunités juridictionnelles des États, dans le cadre desquels, dans un contexte semblable, elle avait parlé des « procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité[748] ». Elle a toutefois décidé de ne pas

[745] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* [note 741 *supra*], p. 125, par. 60 (où il est question des actes *jure imperii* dans le contexte de l'immunité des États).

[746] Voir, par exemple, les affaires suivantes : *Pinochet*, tribunal de première instance de Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998 (note 738 *supra*), p. 349 ; *Hussein*, Haute Cour régionale de Cologne, arrêt du 16 mai 2000 (note 738 *supra*), par. 11 (qui repose sur l'hypothèse que le Président Hussein aurait cessé d'exercer ses fonctions). Un argument similaire a été avancé dans certaines affaires dans lesquelles l'immunité de juridiction civile était invoquée. Voir, par exemple, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, tribunal de première instance de Livadeia (Grèce), jugement du 30 octobre 1997.

[747] Tel a été le cas, par exemple, dans l'affaire *Eichmann*, Cour suprême d'Israël, arrêt du 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 309 et 310. Dans l'affaire *Ferrini*, les tribunaux italiens ont basé leur décision sur la gravité des crimes commis et sur le fait que le comportement incriminé était contraire au *jus cogens* [*Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, arrêt du 11 mars 2004 (note 738 *supra*), p. 674]. Dans l'affaire *Lozano*, la Cour de cassation italienne a fondé sa décision de refuser l'immunité sur le fait qu'il y avait eu violation des droits fondamentaux, qui ont valeur de *jus cogens* et doivent donc primer sur les règles régissant l'immunité [*Lozano c. Italie*, Cour de cassation italienne, arrêt du 24 juillet 2008 (voir *supra* la note 738), par. 6]. Dans l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération*, le Tribunal pénal fédéral suisse a fondé sa décision sur l'existence d'une interdiction coutumière des crimes internationaux que le législateur suisse considère comme relevant du *jus cogens* ; le Tribunal a également souligné qu'il était contradictoire d'établir une telle interdiction tout en continuant de reconnaître l'immunité *ratione materiae*, qui empêche l'ouverture d'une enquête [*A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal pénal fédéral suisse, décision du 25 juillet 2012 (voir *supra* la note 738)].

[748] Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté par la Commission à sa quarante-troisième session, *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 34. La Commission a employé les termes susmentionnés comme intitulé de la troisième partie du projet d'articles, ainsi que dans les articles 10 à 17 de cette partie. Pour l'explication des motifs qui l'ont conduite à utiliser ces termes, voir, notamment, le paragraphe 1 du commentaire général de la troisième partie (p. 34) et les paragraphes 1 à 5 du commentaire de l'article 10 (p. 34 et 35). Dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, les termes « procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité » sont employés à la fois comme intitulé de la troisième partie et dans les articles 10 à 17.

reprendre les termes « ne peuvent pas invoquer », qui ont une connotation procédurale, préférant la formule neutre « ne s'applique pas ».

14) Le membre de phrase « à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère » a été inclus dans la phrase introductive par souci de cohérence avec les projets d'articles 3 et 5 provisoirement adoptés par la Commission.

15) L'expression « crimes de droit international » désigne les actes érigés en crimes par le droit international, peu importe que ces actes soient ou non incriminés en droit interne. Les crimes énumérés au projet d'article 7 sont les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble, au sein de laquelle il existe un large consensus quant à leur définition et à l'existence d'une obligation de les prévenir et de les réprimer. Ces crimes sont reconnus comme tels par des instruments internationaux et par le droit international coutumier.

16) La Commission a déjà employé l'expression « crimes de droit international » dans les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[749], ainsi que dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'elle a adopté en 1954[750]. Dans ce contexte, elle avait estimé que l'emploi de cette expression indiquait que « c'[était] sur la base du droit international qu'[étaient] qualifiés de crimes les types de comportement identifiés » et que « la prohibition et la répression de ces comportements découl[ai]ent directement du droit international »[751]. Il en résultait « l'autonomie du droit international en matière de qualification pénale » de ces crimes[752] et le fait que « peu importe, lorsqu'il s'agit de déterminer si un certain type de comportement est criminel au regard du droit international, que ce comportement soit ou non qualifié de criminel en droit interne[753] ». L'emploi de l'expression « crimes de droit international » permet donc d'établir un lien direct entre les crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7 et le droit international et de s'assurer que la définition de ces crimes s'entend conformément aux normes internationales, sans que la définition qui pourrait avoir été établie en droit interne ait d'incidence sur la détermination des cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas.

17) Entrent dans la catégorie des crimes de droit international : *a*) le crime de génocide ; *b*) les crimes contre l'humanité ; et *c*) les crimes de guerre. La Commission a fait figurer ces crimes parmi ceux à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas pour deux raisons fondamentales. Premièrement, ce sont des crimes au sujet desquels la communauté internationale a exprimé une préoccupation particulière qui l'a amenée à adopter des instruments fondamentaux du droit pénal international, du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et les tribunaux internationaux en ont souligné la gravité et ont affirmé que leur interdiction avait un caractère coutumier et que leur perpétration pouvait constituer une violation de normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Deuxièmement, il en est fait état, directement ou indirectement, dans la pratique judiciaire des États, dans le cadre d'affaires dans lesquelles la question de l'immunité *ratione materiae* a été soulevée. On retiendra en outre que ces crimes sont tous trois mentionnés à l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, où ils sont qualifiés de « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale[754] ». Certains membres ont toutefois fait observer que la décision de mentionner ces crimes dans le projet d'article 7 n'était guère, voire pas du tout, étayée, que ce soit dans la pratique, dans la jurisprudence nationale ou internationale, ou dans les législations internes.

18) La Commission a décidé de ne pas inclure pour le moment dans la liste le crime d'agression, pourtant mentionné à l'article 5 du Statut de Rome et défini dans les amendements adoptés à la Conférence de révision du Statut de Rome tenue à Kampala en 2010[755]. Elle a pris cette décision compte tenu de la nature du crime d'agression, qui obligerait les tribunaux nationaux à déterminer s'il y a eu un acte d'agression préalable de la part de l'État étranger, du caractère politique de ce type de crime[756], qui

[749] Voir le principe I des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal : « Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtiment » [*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 374. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 12].

[750] Voir l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1954 : « Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis » [*Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, document A/2693, p. 151. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9* (A/2693), p. 11]. Le paragraphe 2 de l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 dispose que « [l]es crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes au regard du droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit national » [*Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17].

[751] Voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17.

[752] Ibid., p. 18, par. 9.

[753] Ibid., par. 10. Il est à noter que dans le commentaire du principe I des Principes de Nuremberg, la Commission a dit que « [l]a règle générale sur laquelle repose le principe I est que le droit international peut imposer directement des devoirs à des individus sans aucune interposition du droit interne » [*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 374, par. 99. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 12].

[754] Statut de Rome, art. 5, par. 1, et préambule, quatrième alinéa.

[755] Voir la définition qui est donnée de l'« agression » à l'article 8 *bis*, *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010*, publication de la Cour pénale internationale, RC/9/11, résolution 6, « Le crime d'agression » (RC/Res.6).

[756] À cet égard, il convient de relever que, dans les commentaires du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission a dit ce qui suit : « La responsabilité d'un individu pour sa participation au crime d'agression est subordonnée à l'agression attribuée à un État, en l'absence de laquelle un individu ne peut voir sa responsabilité engagée au titre de ce crime. Ainsi, une cour ne peut statuer sur la responsabilité pénale d'un individu au titre de ce crime sans examiner à titre préalable la question de savoir si un État a commis une agression. Or il serait contraire au principe fondamental du droit international *par in parem imperium non habet* que les tribunaux d'un État puissent se prononcer sur la question de savoir si un autre État a commis une agression. En outre, l'examen par un tribunal interne d'un État, dans l'exercice de sa compétence, de la question de savoir si un autre État a commis une agression aurait de graves répercussions pour les relations internationales et la paix et la sécurité internationales » [*Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 31, paragraphe 14 du commentaire de l'article 8].

est un « crime de dirigeants », et du fait que l'Assemblée des États parties au Statut de Rome ne s'est pas encore prononcée sur l'activation de la compétence de la Cour à l'égard de l'agression. Cela étant, plusieurs membres estimaient que le crime d'agression aurait dû être inclus dans le paragraphe 1 du projet d'article 7 au motif qu'il est le plus grave des crimes de droit international, que la Commission elle-même l'a fait figurer dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[757] et qu'il est parmi les crimes visés par le Statut de Rome. De surcroît, il est couvert par la législation de nombreux États[758]. Ils ont donc exprimé une opinion contraire à la décision majoritaire de la Commission et ont réservé leur position sur le sujet.

19) Par contre, la Commission a jugé nécessaire de faire figurer, au paragraphe 1 du projet d'article 7, les crimes d'apartheid (al. *d*) et de torture (al. *e*) et les disparitions forcées (al. *f*), en tant que catégories à part entière de crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Bien que ces crimes soient classés, à l'article 7 du Statut de Rome, dans la catégorie des crimes contre l'humanité[759], la Commission a décidé de les considérer comme des infractions distinctes pour les raisons suivantes. Premièrement, les crimes d'apartheid et de torture et les disparitions forcées sont visés par des instruments internationaux établissant un régime juridique de prévention, de répression et de sanction propre à chacun[760] et imposant aux États de prendre certaines dispositions en droit interne, notamment de définir ces crimes dans leur législation pénale et de faire le nécessaire pour que les juridictions nationales soient compétentes pour les juger[761]. En outre, les instruments en question établissent un système de coopération internationale et d'entraide judiciaire entre les États[762]. Deuxièmement, le Statut de Rome définit les crimes d'apartheid, de torture et de disparition forcée sur la base d'un critère particulier, à savoir que ces crimes doivent être commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque[763] », ce qui n'est toutefois pas le cas des instruments expressément consacrés à ces crimes. Troisièmement, les instruments relatifs à la torture et aux disparitions forcées disposent expressément que de tels actes ne peuvent être commis que par un agent de la fonction publique ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite[764]. En outre, la Commission a tenu compte du fait que, dans bon nombre de cas, les tribunaux nationaux qui ont été amenés à traiter de la question de l'immunité à l'égard de pareils crimes ont traité ceux-ci comme des crimes distincts. Les décisions rendues concernant le crime de torture en sont une bonne illustration[765]. Certains membres ont toutefois fait observer que la décision de mentionner ces crimes dans le projet d'article 7 n'était guère, voire pas du tout, étayée, que ce soit dans la pratique, dans la jurisprudence nationale ou internationale, ou dans les législations internes.

20) Bien que des membres de la Commission aient suggéré de faire figurer dans la liste d'autres crimes tels que l'esclavage, le terrorisme, la traite des êtres humains, la prostitution des enfants, la pornographie mettant en scène des enfants ou la piraterie, qui font aussi l'objet d'instruments internationaux établissant des régimes de prévention, de répression et de la sanction propres à chacun, la Commission a décidé de n'en rien faire. Elle a en effet estimé que certains de ces crimes étaient déjà couverts en ce qu'ils appartenaient à la catégorie des crimes contre l'humanité et que les autres ne pouvaient pas être définis comme des crimes de droit international *stricto sensu* car ils étaient pour la plupart des crimes transnationaux. Elle

[757] Ibid., p. 44, art. 16.

[758] Entre autres exemples de législations nationales couvrant le crime d'agression, on peut citer : Allemagne, Code pénal du 13 novembre 1998 (BGBl) ; Autriche, Code pénal nº 60/1974 du 23 janvier 1974, modifié par la loi BGBl. I nº 112/2015 du 13 août 2015, par. 321k ; Azerbaïdjan, Code pénal de 2000, art. 100 et 101 ; Bangladesh, loi sur les crimes (et tribunaux) internationaux, art. 3, loi sur les crimes (et tribunaux) internationaux nº XIX de 1973, modifiée par les lois nº LV de 2009 et nº XXI de 2012 ; Bélarus, Code pénal (loi nº 275-Z du 9 juillet 1999, modifiée le 28 avril 2015), art. 122 et 123 ; Bulgarie, Code pénal, art. 408 et 409, Journal officiel nº 26 du 2 avril 1968, modifié dans le Journal officiel nº 32 du 27 avril 2010 ; Croatie, Code pénal, art. 89 et 157, Journal officiel de la République de Croatie nº 125/11 ; Cuba, Code pénal (loi nº 62 du 29 décembre 1987, modifiée par la loi nº 87 du 16 février 1999), art. 114 et 115 ; Équateur, Code pénal, art. 88 ; Estonie, Code pénal, par. 91 et 92 ; Finlande, Code pénal (loi nº 39/1889, modifiée par la loi nº 1718/2015), par. 4 *a*, 4 *b* et 14 *a* ; Luxembourg, Code pénal, art. 136 ; Macédoine, Code pénal, art. 415 ; Malte, Code pénal de 1854, modifié en 2004, par. 82 C ; Mongolie, Code pénal (2002), art. 297 ; Monténégro, Code pénal, art. 442, Journal officiel de la République du Monténégro nº 70/2003, correction, nº 13/2004 ; Paraguay, Code pénal (loi nº 1.160/97), art. 271 ; Pologne, Code pénal (loi du 6 juin 1997), art. 17 ; République de Moldova, Code pénal, adopté le 18 avril 2002 par la loi nº 985-XV (modifié en 2009), art. 139 et 140 ; Russie, Code pénal, loi fédérale nº 64-FZ du 13 juin 1996 (modifiée), art. 353 et 354 ; Samoa, loi de 2007 sur la Cour pénale internationale, modifiée par la loi de 2014, par. 7A, nº 23 ; Slovénie, Code pénal de 2005, art. 103 et 105 ; Tadjikistan, Code pénal, art. 395 et 396 ; Timor-Leste, Code pénal (décret-loi nº 19/2009), art. 134. Voir, pour un examen, A. Reisinger Coracini, « National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression », dans R. Bellelli (dir. publ.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Londres et New York, Routledge, 2016.

[759] Statut de Rome, art. 7, par. 1, al. *j*, *f* et *i*, respectivement.

[760] Voir 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.

[761] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. IV ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 4, 5 et 6 ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 4, 6 et 9.

[762] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. XI ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 6 à 9 ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, 11, 13 et 14.

[763] Statut de Rome, art. 7, par. 1. La définition de ce critère est donnée à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 7.

[764] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 1er, par. 1 ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 2.

[765] Au Royaume-Uni, par exemple, dans toutes les affaires dans lesquelles était invoquée la non-applicabilité de l'immunité de juridiction *ratione materiae* dans les cas de torture, les tribunaux se sont fondés sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Voir *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Chambre des lords, Royaume-Uni, 24 mars 1999 (note 738 *supra*) ; et *FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire concernant le Prince Nasser), Cour de division de la Division du Banc de la Reine de la Haute Cour de justice, arrêt du 7 octobre 2014 (note 738 *supra*). La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a également été invoquée dans une affaire concernant l'immunité de juridiction civile : *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, Chambre des lords, arrêt du 14 juin 2006 (note 738 *supra*).

a en outre tenu compte du fait que ces crimes sont habituellement commis par des acteurs non étatiques et que la pratique judiciaire des États relative à l'immunité de juridiction est muette en ce qui les concerne. Cela étant, on ne saurait considérer que le fait que le projet d'article 7 ne couvre pas tels ou tels crimes internationaux signifie que la Commission sous-estime la gravité de ces crimes.

21) On notera, enfin, que la Commission n'a inclus dans le paragraphe 1 du projet d'article 7 ni les crimes de corruption, ni les crimes à l'égard desquels s'applique l'« exception territoriale », contrairement à ce qu'avait proposé la Rapporteuse spéciale[766]. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle estime que l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère s'applique à l'égard de ces deux catégories de crimes.

22) Pour ce qui est de la corruption (au sens de « grande corruption »), plusieurs membres de la Commission ont fait observer que c'était un crime particulièrement grave car il portait directement atteinte aux intérêts et à la stabilité de l'État, au bien-être de sa population et même à ses relations extérieures. Ces membres se sont donc dits favorables à ce que la corruption fasse l'objet d'une exception à l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres ont toutefois avancé qu'en dépit de la gravité indiscutable de la corruption, l'inclusion de ce crime dans le projet d'article 7 posait problème, essentiellement en raison du caractère général du terme « corruption » et de la grande diversité des actes auxquels il s'applique, mais aussi parce que, d'après eux, la pratique conventionnelle et la jurisprudence ne suffisent pas à justifier que l'on classe ce crime parmi les limitations ou les exceptions à l'immunité. D'autres encore n'étaient pas certains que la corruption satisfasse au même critère de gravité que les crimes énumérés au projet d'article 7. Enfin, plusieurs membres de la Commission ont fait observer que la corruption ne pouvait en aucun cas être considérée comme un acte accompli à titre officiel et que, de ce fait, il n'était pas nécessaire de l'incorporer parmi les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas.

23) Compte tenu en particulier de ce dernier argument, la Commission a décidé de ne pas inclure les crimes liés à la corruption dans le projet d'article 7, ces crimes n'étant pas des « actes accomplis à titre officiel » mais des actes accomplis par un représentant de l'État pour son seul bénéfice[767]. Bien que certains membres aient fait observer qu'on ne pouvait pas ignorer la participation des représentants de l'État à de tels actes, puisque c'est précisément la qualité de représentant de l'État qui rend possible et facilite la perpétration du crime de corruption, d'autres ont estimé que le fait que l'acte soit commis par un représentant de l'État ne changeait rien à sa nature et que la corruption restait un acte accompli au bénéfice de son auteur même si celui-ci tire parti, pour l'accomplir, des structures de l'État, ce qui peut conférer à l'acte une apparence officielle. Par conséquent, plusieurs membres ont estimé que, puisque le crime de corruption ne satisfaisait pas le critère posé au paragraphe 1 du projet d'article 6, il ne pouvait pas déclencher l'immunité de juridiction *ratione materiae*, en conséquence de quoi il n'était pas nécessaire de le faire figurer sur la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas[768].

24) La Commission s'est également intéressée à d'autres crimes commis par le représentant d'un État étranger sur le territoire de l'État du for sans que ce dernier ait consenti ni à la présence dudit représentant sur son territoire, ni à la conduite par celui-ci des activités ayant donné lieu à la perpétration du crime (exception territoriale). Les crimes commis dans ces circonstances présentent des caractéristiques bien différentes de celles des crimes de droit international visés au paragraphe 1 du projet d'article 7 et du crime de corruption. Si d'aucuns ont estimé qu'ils pouvaient déclencher l'immunité et ne devaient pas être énumérés au projet d'article 7 parce que la pratique ne suffisait pas à justifier qu'ils soient considérés comme une exception, la Commission a toutefois jugé qu'ils ne devaient pas figurer dans le projet d'article pour d'autres raisons. Elle estime en effet que certains crimes[769] (meurtre, espionnage, sabotage et enlèvement) commis sur le territoire d'un État dans les circonstances susmentionnées sont soumis au principe de la souveraineté territoriale et ne déclenchent pas l'immunité de juridiction *ratione materiae*, en conséquence de quoi il n'est pas nécessaire de les faire figurer sur la liste des crimes à l'égard desquels cette forme d'immunité ne s'applique pas. Cette conclusion est sans préjudice de l'immunité de juridiction pénale découlant de règles spéciales de droit international, énoncée au paragraphe 2 de l'article premier.

Paragraphe 2 et annexe

25) Le paragraphe 2 du projet d'article 7 a pour objet d'établir un lien entre le paragraphe 1 de cette disposition et l'annexe du projet d'articles intitulée « Liste des traités visés au paragraphe 2 du projet d'article 7 ». Bien que la notion de « crimes de droit international » et celles de « crime de génocide », « crimes contre l'humanité », « crimes de guerre », « crime d'apartheid », « torture » et « disparitions forcées » correspondent à des catégories de crimes bien établies en droit international contemporain, la Commission a estimé que le fait que le projet d'article 7 vise des « crimes » impliquait qu'il fallait respecter le principe de la sécurité juridique caractéristique du droit pénal en fournissant des outils permettant d'éviter toute subjectivité pour ce qui est de déterminer ce que recouvre chacun des crimes susmentionnés.

26) La Commission n'a toutefois pas jugé nécessaire de définir elle-même les notions de « crime de génocide », « crimes contre l'humanité », « crimes de guerre », « crime d'apartheid », « torture » et « disparitions forcées », estimant que cela ne s'inscrivait pas dans le cadre de l'élaboration du présent projet d'articles. Elle a trouvé préférable de se contenter de dresser la liste les instruments définissant ces crimes, ce qui devrait permettre aux praticiens du droit d'appliquer le projet d'article 7 judicieusement. La liste est jointe en annexe au projet d'articles.

[766] Voir le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701), par. 225 à 234.

[767] Dans le même ordre d'idée, voir les paragraphes 3 et 5 du commentaire du projet d'article 2, al. *f*, relatif à la définition de l'« acte accompli à titre officiel », *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 226 et 227.

[768] Ibid., par. 13, p. 228 et 229.

[769] Concernant une exception à l'immunité des États, voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* [note 741 *supra*].

27) Ainsi qu'il ressort du paragraphe 2 du projet d'article 7, le lien entre chacun des crimes visés au paragraphe 1 de cette disposition et les instruments énumérés dans l'annexe est établi aux fins du projet d'article 7 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État uniquement, l'objectif étant de déterminer quelles définitions employer pour ces crimes, et il n'est ni supposé ni exigé que les États soient parties auxdits instruments.

28) Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que l'énumération d'instruments n'enlève rien au caractère coutumier des crimes visés, reconnu par le droit international, pas plus qu'elle n'a d'effet sur les obligations particulières qui peuvent incomber aux États parties aux instruments en question. De surcroît, l'énumération de certains seulement des instruments définissant les crimes visés est sans effet sur les dispositions des autres instruments définissant ou visant les mêmes crimes, les définitions et les régimes juridiques prévus dans ces instruments demeurant applicables pour les États parties à ces traités. En conclusion, la Commission a décidé de faire référence à tel ou tel instrument pour la définition de chacun des crimes visés au paragraphe 1 du projet d'article 7 parce qu'elle estimait que c'était opportun et judicieux et uniquement aux fins du projet d'article 7, et cette décision est sans préjudice des autres règles de droit international, coutumières ou conventionnelles, qui visent ces crimes et établissent des régimes juridiques de portée générale relatifs à chacun d'entre eux.

29) La Commission a choisi de retenir la définition des crimes de droit international donnée dans les instruments dont les articles sont mentionnés à l'annexe sur la base de trois critères fondamentaux : *a*) elle souhaitait éviter toute confusion possible en présence de plusieurs instruments qui emploieraient une terminologie différente pour définir un même crime ; *b*) les instruments choisis devaient être de portée universelle ; et *c*) ces instruments devaient donner du crime visé la définition la plus récente énoncée dans le droit conventionnel.

30) La première définition du génocide, formulée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide[770], est demeurée inchangée en droit pénal international contemporain ; elle a notamment été reprise dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 4)[771], le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 2)[772] et, en particulier, le Statut de Rome, dont l'article 6 incorpore la définition donnée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. La Commission a défini le génocide à l'article 17 de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[773]. Aux fins du présent projet d'articles, elle a cité à l'annexe le Statut de Rome (art. 6) et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. II), qui sont formulés de manière pratiquement identique et ont le même sens.

31) On retiendra que certains instruments internationaux qualifient certains comportements de « crimes contre l'humanité[774] » et que les tribunaux internationaux se sont prononcés sur le caractère coutumier de cette catégorie de crimes. Les crimes contre l'humanité ont été définis dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que par la Commission elle-même, dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (art. 18)[775]. Toutefois, c'est dans le Statut de Rome qu'ils ont pour la première fois été définis exhaustivement et comme une catégorie distincte de crimes. C'est pourquoi la Commission a estimé qu'aux fins du présent projet d'article, c'était la définition de l'article 7 du Statut de Rome qu'il convenait de retenir. Cette décision s'inscrit dans le droit fil de celle qui avait été prise lors de l'élaboration du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, qui reprend également, en son article 3, la définition énoncée à l'article 7 du Statut de Rome[776].

32) La notion de crimes de guerre existe depuis longtemps et trouve son origine dans les instruments de droit international humanitaire. Les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) qualifient ces crimes d'« infractions graves[777] ». Les crimes de guerre ont été définis dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 2 et 3) et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 4), ainsi que par la Commission elle-même dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (art. 20)[778]. On en trouve la définition la plus récente au paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome, qui s'inspire de sources antérieures et couvre, de manière exhaustive, les crimes de guerre commis au cours

[770] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. II.

[771] Le Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, est annexé au rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704 et Corr.1 et Add.1).

[772] Le Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 est annexé à la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 8 novembre 1994.

[773] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 46.

[774] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. I ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, cinquième alinéa du préambule.

[775] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 49.

[776] Voir *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 39 et 40, projet d'article 3 et paragraphe 8 du commentaire y relatif.

[777] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève), art. 50 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève), art. 51 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève), art. 130 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève), art. 147 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 85.

[778] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 56 et 57.

d'un conflit armé international et au cours d'un conflit armé interne, ainsi que les crimes de droit conventionnel et de droit coutumier. Aux fins du présent projet d'article, la Commission a décidé de retenir la définition des crimes de guerre figurant au paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome, estimant que c'était la plus récente. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'il faille minimiser l'importance des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole I pour ce qui est de définir les crimes de guerre.

33) Le crime d'apartheid a été défini pour la première fois dans la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973, qui, bien qu'elle le qualifie de crime contre l'humanité et de crime de droit international (art. I), en comporte une définition distincte et détaillée (art. II). La Commission a donc décidé de retenir la définition de la Convention de 1973 aux fins du présent projet d'article.

34) La torture est définie comme une violation des droits de l'homme dans tous les instruments internationaux pertinents. C'est dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, qui la définit comme une infraction à part entière en son article premier, paragraphe 1, qu'elle a pour la première fois été reconnue comme un comportement prohibé devant faire l'objet d'une répression pénale. Selon la définition donnée dans cette convention, pour qu'un acte puisse être constitutif de torture, il doit avoir été commis par un agent de la fonction publique ou à son instigation ou avec son consentement, ce qui établit un rapport direct entre le crime de torture et le sujet du présent projet d'articles. On trouve une définition semblable dans la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (art. 2 et 3). La Commission estime qu'aux fins du présent projet d'article, la torture doit s'entendre conformément à la définition qu'en donne la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

35) La disparition forcée de personnes a été définie pour la première fois dans la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, du 9 juin 1994 (art. II). La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, du 20 décembre 2006, en donne également une définition (art. 2). De même que la torture, la disparition forcée est définie comme un acte commis par des agents de l'État ou à leur instigation ou avec leur consentement, en conséquence de quoi elle relève clairement du présent projet d'articles. La Commission estime donc qu'aux fins du présent projet d'article, les disparitions forcées doivent s'entendre conformément aux dispositions de l'article 2 de la Convention de 2006.