

Document:-
A/CN.4/SR.2987

Compte rendu analytique de la 2987e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2008, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

pour diverses infractions, notamment des infractions économiques. De plus, au moins sept généraux et de nombreux agents de l'État de haut rang ont été arrêtés pour des crimes commis durant la dictature, ce qui, pour le Président, n'aurait jamais été possible sans l'affaire *Pinochet*.

111. M. NOLTE dit qu'il a l'impression, à la lecture d'arrêts rendus récemment en matière d'immunité par la Chambre des Lords, que les *Law Lords* sont en train de reconsidérer leur position, et ont maintenant tendance à confirmer l'immunité et non à la limiter.

112. M. BROWNLIE dit que les juges considèrent les affaires touchant l'immunité de la juridiction civile comme différentes du point de vue qualitatif des affaires d'immunité de la juridiction pénale. De plus, les décisions rendues dans les affaires récentes, dont certaines concernent des personnes détenues par les autorités militaires du Royaume-Uni en Iraq, reposaient sur le principe de la non-justiciabilité. Chaque affaire est tranchée en fonction des faits de l'espèce et M. Brownlie ne considère pas que les juges concernés aient tenu compte à cet égard, que ce soit de manière positive ou négative, de l'affaire *Pinochet*.

113. M^{me} XUE dit que la Commission reconnaît à l'évidence que l'affaire *Pinochet* a eu un impact important sur le droit international, en particulier s'agissant de l'action internationale visant à combattre l'impunité et l'immunité dans le cas des crimes internationaux graves. Ceci étant, s'agissant de l'impact de cette affaire, l'immunité de la juridiction pénale des tribunaux étrangers est une question très différente.

La séance est levée à 13 h 5.

2987^e SÉANCE

Mercredi 30 juillet 2008, à 10 heures

Président: M. Edmundo VARGAS CARREÑO

Présents: M. Brownlie, M. Caflisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kolodkin, M. McRae, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Nolte, M. Ojo, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Valencia-Ospina, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, M^{me} Xue, M. Yamada.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (suite) [A/CN.4/596 et Corr.1 et A/CN.4/601]

[Point 9 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité

des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (A/CN.4/601).

2. M. WAKO fait observer qu'ainsi que l'a rappelé le Rapporteur spécial, la question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère a été examinée par la Commission à maintes reprises au titre de divers sujets inscrits à son ordre du jour. Il s'agit d'une question qui, comme l'ont rappelé M. Brownlie et M. Vasciannie, risque, si elle n'est pas traitée comme il convient, de donner l'impression que les principes de l'égalité et l'état de droit font l'objet d'attaques, et que l'on fait deux poids deux mesures et privilégie les considérations politiques dans ce qui est essentiellement une question de justice pénale. C'est pourquoi il est nécessaire non seulement de tenir compte de l'état actuel du droit international dans ce domaine mais aussi d'encourager le développement progressif de ce droit afin que les règles applicables soient claires. M. Wako souscrit donc totalement à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial dans la première phrase du paragraphe 63 de son rapport préliminaire, à l'exception du mot «peut-être»: la Commission devrait assurément élaborer des projets d'article ou des principes directeurs sur le sujet.

3. Le Rapporteur spécial a limité la portée de son rapport préliminaire à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Chaque État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire et sur toutes les personnes et choses qui s'y trouvent, mais ce droit est sans préjudice des immunités reconnues par le droit international. Comme l'indique le mémorandum du Secrétariat (A/CN.4/596 et Corr.1), si le droit international considère que la compétence pénale est généralement territoriale, presque tous les systèmes de droit interne ont élargi son application à des infractions extraterritoriales au moyen du principe de la nationalité, du principe de protection et du principe de la compétence universelle, notamment. C'est ce dernier principe qui importe pour l'examen du sujet parce qu'il détermine la compétence par rapport à la nature de l'infraction, reconnue comme concernant la communauté internationale dans son ensemble, quels que soient le *locus delicti* et la nationalité de l'auteur de l'infraction et de sa victime. Selon *Oppenheim's International Law*²⁷⁴, on ne peut pas encore dire qu'il existe une règle générale du droit international positif qui donne aux États le droit de punir les nationaux étrangers qui commettent des crimes contre l'humanité, mais il existe des indications claires de l'apparition progressive d'un principe important du droit international à cet effet. Les États peuvent donc, en droit international, être compétents pour juger les nationaux étrangers. Toutefois, cette compétence est «sans préjudice des immunités reconnues par le droit international».

4. M. Wako souscrit à la conclusion à laquelle parvient le Rapporteur spécial à l'alinéa g du paragraphe 102 de son rapport, à savoir que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère est d'ordre procédural mais ne touche pas le fond du droit. Il s'agit d'un point qu'il est important de comprendre parce que certains ont tendance à dire que si les représentants de l'État jouissent d'une immunité totale et ne peuvent pas être

²⁷⁴ 9^e éd., Jennings et Watts (dir. publ.), Longman, 1992, vol. I, p. 998.

jugés à l'étranger s'ils commettent des crimes internationaux, on aboutit à l'impunité. M. Wako s'inscrit en faux contre cet argument. L'immunité de la juridiction des tribunaux étrangers dont jouissent les représentants de l'État concerné ne veut pas dire qu'ils jouissent de l'impunité pour les crimes qu'ils peuvent avoir commis. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit» [par. 60]. Auparavant, il n'y avait guère d'acteurs judiciaires effectifs dans le monde et la notion d'État-nation était entourée de barrières infranchissables. C'est pourquoi il a fallu doter les tribunaux nationaux d'une compétence universelle dans certains types d'affaires pour compléter ce que les mécanismes internationaux avaient mis en place. Comme le reconnaît le mémorandum du Secrétariat, en fait, le système international faisait fond sur le droit interne pour réprimer les infractions et la tendance était alors de conférer compétence aux tribunaux nationaux pour connaître des crimes internationaux ou de présumer qu'ils avaient cette compétence.

5. La situation est aujourd'hui différente. Premièrement, comme les trois juges qui ont formulé une opinion dissidente dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* l'ont souligné, le souci croissant de veiller à ce que les auteurs de crimes internationaux graves ne restent pas impunis a eu un impact sur les immunités dont jouissent les hauts dignitaires de l'État en droit coutumier classique²⁷⁵. En fait, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'envisage pas l'immunité. Deuxièmement, comme l'a déclaré M. Nolte, s'il faut tirer des conclusions, elles devraient aller dans le sens de la confirmation de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. La raison en est que plus la juridiction pénale internationale est établie et s'étend, moins il peut sembler nécessaire de lutter contre l'impunité en permettant à des États tiers de se déclarer compétents à l'égard des représentants de l'État. C'est pourquoi le fait qu'un représentant de l'État n'est pas assujéti à la juridiction d'un autre État ne signifie pas que l'impunité est tolérée. Cela signifie simplement que les représentants de l'État concerné répondront de leurs actes devant un tribunal international. Dans une communauté internationale marquée par l'interdépendance, il est préférable que les représentants de l'État – surtout, pour reprendre une expression employée par M^{me} Jacobsson, les «gros poissons» –, soient jugés par un tribunal international s'ils sont hors de portée de la justice de leur pays. M. Wako pense donc avec M. Vasciannie qu'une manière de procéder consisterait à stipuler que les représentants de l'État qui ont commis des crimes internationaux devraient être jugés dans leur propre pays ou par le tribunal international qui a été créé à cet effet.

6. L'absence d'impunité est l'objectif mais, dans d'autres circonstances, d'autres intérêts contraignants peuvent intervenir, par exemple la paix et la sécurité ou la réconciliation nationale. Au niveau international, et en particulier dans le cas du Statut de Rome, le Conseil de sécurité peut, dans certaines situations, adopter en vertu du Chapitre VII de la Charte une résolution priant la

Cour, en application de l'article 16 du Statut, de ne pas ouvrir d'enquête ni d'engager de poursuites ou de ne pas poursuivre celles qui le seraient déjà. La Cour peut décider de faire droit ou non à une telle demande. De telles demandes ne sont pas possibles lorsque c'est une juridiction nationale qui juge l'affaire, et il n'est donc pas étonnant que ceci ait parfois créé des malentendus, évoqués par MM. Brownlie et Vasciannie. Une décision adoptée récemment par la Conférence de l'Union africaine tenue en Égypte donne un bon exemple du type de craintes que la compétence pénale universelle peut susciter²⁷⁶.

7. La Conférence, tout en reconnaissant que la compétence universelle était un principe du droit international dont le but était de s'assurer que les individus qui commettent des crimes graves tels que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ne le fassent pas dans l'impunité et qu'ils soient traduits en justice conformément à l'article 4 *h* de l'Acte constitutif de l'Union africaine, a estimé que l'utilisation abusive du principe de la compétence universelle était un acte qui risquait de compromettre le droit, l'ordre et la sécurité au niveau international. La nature politique et l'utilisation abusive du principe de compétence universelle par les juges de certains États non africains contre des dirigeants africains étaient une violation flagrante de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de ces États. L'abus et l'utilisation abusive de chefs d'accusation contre les dirigeants africains avaient un effet déstabilisateur qui aurait un impact négatif sur le développement économique, politique et social des États et sur leur capacité à entretenir des relations internationales. La Conférence a donc demandé à tous les États Membres des Nations Unies, en particulier à ceux de l'Union européenne, d'imposer un moratoire à l'exécution de ces mandats jusqu'à ce que toutes les questions juridiques et politiques aient été examinées en profondeur par l'Union africaine, l'Union européenne et l'Organisation des Nations Unies.

8. Il est donc nécessaire de clarifier le droit international dans ce domaine mais aussi de contribuer à son développement progressif. À cet égard, M. Wako souscrit aux observations figurant au paragraphe 41 du rapport préliminaire du Rapporteur spécial et estime quant à lui que la codification du droit international en la matière n'est pas seulement «de la plus grande utilité», mais qu'elle est impérative.

9. La question se pose ensuite de savoir quels représentants de l'État bénéficient de l'immunité en question. Le Rapporteur spécial indique que tous les représentants de l'État jouissent de l'immunité de la juridiction pénale étrangère *ratione materiae* mais seulement certains d'entre eux de l'immunité *ratione personae*. Il semble y avoir en droit international coutumier un principe bien établi selon lequel les représentants de l'État de rang élevé qui jouissent de l'immunité personnelle comprennent le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des

²⁷⁵ Opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal.

²⁷⁶ Conférence de l'Union africaine, onzième session ordinaire, 30 juin-1^{er} juillet 2008, Sharm el-Sheikh (Égypte), «Décisions, déclarations, hommages et résolutions» [Assembly/AU/Dec.193-207 (XI)], Décision Assembly/AU/Dec.199 (XI) sur le rapport relatif à l'utilisation abusive de compétence universelle [Doc.Assembly/AU/14 (XI)], disponible en ligne www.au.int/fr/decisions/assembly (consulté le 8 janvier 2013).

affaires étrangères, ce que certains ont appelé la «troïka». La Cour internationale de Justice l'a confirmé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* mais il convient de noter que la Cour a indiqué que certaines personnes «telles que» le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, jouissaient de l'immunité et, par l'effet de la règle *ejusdem generis*, a ainsi indiqué que d'autres représentants de l'État de même rang n'étaient pas exclus. Les tribunaux britanniques ont accordé cette immunité au Ministre de la défense d'Israël (voir l'affaire *Général Shaul Mofaz*) et au Ministre du commerce de la République populaire de Chine (voir *Li Weixum c. Bo Xilai*). La CIJ et les tribunaux nationaux qui ont eu à statuer sur ce point ont examiné d'une manière rigoureuse les fonctions du poste qu'occupait le représentant de l'État avant de parvenir à une conclusion sur son immunité *ratione personae*. En particulier, dire que jouissent de l'immunité des personnes «telles que» le ministre des affaires étrangères signifie que d'autres ministres sont aussi concernés.

10. Le temps où outre le chef de l'État, le ministre des affaires étrangères avait seul la conduite de la politique étrangère et était le seul représentant de l'État dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales est révolu. À l'époque du village mondial, toute activité fait l'objet de relations internationales et l'on peut dire que la diplomatie ne traite plus de politique mais d'échanges commerciaux. Dans certains pays, les ministres du commerce et des finances, voire du tourisme, exercent certaines des fonctions qui relevaient jusqu'alors du ministre des affaires étrangères. Au niveau régional, où il y a une tendance à l'intégration politique, économique et sociale, des ministres des affaires régionales et communautaires font ce que faisaient auparavant les ministres des affaires étrangères. S'agissant de la criminalité organisée, de la délinquance transnationale ou de la corruption, par exemple, ce sont les ministres de la justice qui représentent l'État au niveau international.

11. Sur cette question, M. Wako pense comme le Rapporteur spécial et certains membres de la Commission, par exemple M. Pereira, qu'il faut élaborer des critères qui tiennent compte de nombreux facteurs et notamment du statut du représentant de l'État, de ses fonctions, des circonstances dans lesquelles il les exerce, de la question de savoir si la représentation que l'intéressé exerce dans les relations internationales est indispensable et constitue un aspect important des fonctions d'État, quelles sont les fonctions en question par rapport à celles qu'exerce le ministre des affaires étrangères, ainsi que d'autres facteurs qui ont été pris en compte par la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et par les juridictions nationales dans les diverses affaires dont elles ont eu à connaître.

12. M. NIEHAUS estime que le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère présente d'autant plus d'intérêt que la question est d'actualité et que le droit international est peu développé dans ce domaine. Dans l'intérêt des relations internationales au début du XXI^e siècle, un sujet aussi important doit faire l'objet d'une codification. M. Niehaus fait observer qu'intervenir parmi les derniers orateurs dans un débat sur

un sujet inscrit à l'ordre du jour de la Commission présente certes l'avantage de pouvoir tirer profit des opinions nourries déjà formulées par les membres de la Commission, mais comporte aussi un risque, celui de répéter ce qui a déjà été dit et fort bien dit. Il indique que c'est pour éviter ce dernier écueil qu'il limitera pour l'essentiel ses observations aux résumés des première et deuxième parties du rapport préliminaire du Rapporteur spécial, sans que cela signifie que la teneur même desdites parties soit négligeable.

13. S'agissant du résumé de la première partie, qui figure au paragraphe 102 du rapport, M. Niehaus pense avec M^{me} Xue qu'il est important de tenir compte de la jurisprudence des tribunaux internes, mais il souscrit à l'observation figurant à l'alinéa *a* du résumé, à savoir que la source principale doit être le droit international, en particulier le droit international coutumier. Il approuve le choix qu'a fait le Rapporteur spécial de ne s'intéresser qu'à la seule question de l'immunité, à l'exclusion de celle de la juridiction en tant que telle. Par ailleurs, comme plusieurs membres de la Commission, il estime que les immunités diplomatiques et consulaires doivent être laissées de côté, parce qu'elles font l'objet d'un régime particulier. S'agissant de la juridiction *ratione personae*, il est logique de limiter l'immunité aux représentants du rang le plus élevé, mais on peut se demander si parmi les ministres seul celui des affaires étrangères doit en bénéficier. En effet, dans le monde contemporain, d'autres ministres, comme celui du commerce extérieur, de l'environnement ou de la défense, exercent des fonctions qui sont égales, du point de vue du niveau de représentation, à celles exercées par le ministre des affaires étrangères. Il faut donc étudier cette question plus avant, tout en privilégiant une conception limitée de l'immunité *ratione personae*. En effet, l'immunité ne devrait concerner que des représentants de l'État du rang le plus élevé, et si d'autres représentants de l'État peuvent en jouir, il s'agit d'une immunité fonctionnelle et non personnelle. Il faut quoi qu'il en soit préserver l'immunité des hauts dignitaires de l'État qui jouent un rôle indispensable dans la conduite des relations internationales.

14. Par ailleurs, dans la conduite de ses travaux, la Commission doit constamment avoir à l'esprit la nécessité de lutter contre l'impunité. À cet égard, toutefois, l'observation de M. Nolte est pertinente, à savoir que plus la compétence pénale internationale s'étend, moins il est nécessaire pour lutter contre l'impunité de permettre aux États de juger les représentants des États étrangers. Quant aux exceptions à l'immunité, le Rapporteur spécial a indiqué qu'elles seraient traitées dans le prochain rapport. En outre, une question qu'ont soulevée plusieurs membres de la Commission mais sans y insister suffisamment pour M. Niehaus, est celle de l'immunité des anciens chefs d'État ou de gouvernement, dont il pense qu'elle doit aussi être étudiée. Quant à l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État, elle relève elle aussi du sujet.

15. En conclusion, M. Niehaus remercie le Président, M. Vargas Carreño, pour l'excellente synthèse qu'il a présentée à la séance précédente de l'affaire *Pinochet*, une affaire d'une importance capitale en matière d'immunité et de juridiction.

16. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit qu'il s'en tiendra à quelques considérations très générales. Tout d'abord, il lui semble que les travaux de la Commission sur le sujet ont très bien commencé, grâce à la qualité du memorandum du Secrétariat et à l'excellence du rapport préliminaire du Rapporteur spécial ainsi qu'à la richesse du débat auquel de très nombreux membres ont participé. Il ne reviendra pas sur la première partie du rapport préliminaire, préférant évoquer quelques-uns des problèmes qui restent à résoudre. Premièrement, concernant la portée de l'immunité *ratione personae*, la Commission devra décider si elle va la limiter à la «troïka» (chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères) ou l'étendre à d'autres personnes. Comme l'ont fait remarquer M. Wako et M. Niehaus, notamment, il existe, à l'ère de la mondialisation, une tendance à conférer cette immunité à d'autres agents de l'État dans le cadre des relations internationales, par exemple au ministre de la défense ou au ministre de l'intérieur pour des questions telles que la lutte contre le terrorisme. Cette question très délicate doit être abordée avec prudence. Pour M. Vargas Carreño, en principe, la Commission devrait adopter une approche restrictive, mieux adaptée à la nécessité de concilier la souveraineté de l'État et la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes graves, deux principes très bien établis en droit international.

17. Deuxièmement, comme plusieurs membres l'ont fait observer, il est essentiel que les exceptions à l'impunité ne bénéficient pas aux chefs d'État qui ont commis des crimes contre l'humanité. L'actualité récente montre toutefois que dans la pratique, les choses ne sont pas toujours aussi simples. Si le premier ministre d'un État européen ou le président des États-Unis était poursuivi pour crime contre l'humanité, les autres États seraient-ils disposés à l'arrêter? La Commission se doit d'être réaliste. Une réponse possible serait de n'accorder ces exceptions qu'aux anciens chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères.

18. Troisièmement, une question importante a été soulevée lors du débat, à savoir celle de la complémentarité ou de la subsidiarité. Pour M. Vargas Carreño, la juridiction pénale étrangère ne doit intervenir que lorsque la juridiction pénale nationale n'est pas en mesure de le faire, comme le prévoit d'ailleurs le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Ce principe de la subsidiarité de la juridiction étrangère devrait être reflété, d'une manière ou d'une autre, dans le projet d'articles.

19. Parmi les questions à examiner que le Rapporteur spécial a recensées dans la deuxième partie de son rapport préliminaire, il y a la notion de «représentant de l'État». M. Vargas Carreño est d'avis qu'il s'agit d'une question éminemment politique et que vu la rareté des exemples concrets, toute codification serait prématurée. En revanche, il lui paraît essentiel de traiter la question de l'immunité des membres de la famille d'un chef d'État ou de gouvernement, qui devrait se prêter tant à une codification qu'à un développement progressif.

20. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial), résumant le débat qui a eu lieu sur le sujet, dit qu'il tiendra compte des nombreux commentaires et observations qui ont été

formulés à propos de son rapport préliminaire, ainsi que des nombreux points de vue qui ont été exprimés au sujet de questions qu'il compte traiter dans son prochain rapport.

21. Tout d'abord, en ce qui concerne les personnes dont il est question, les membres de la Commission s'accordent en général à reconnaître que la principale source de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères est le droit international, en particulier le droit international coutumier. Quelques membres ont également évoqué l'importance de la pratique nationale et des décisions des juridictions nationales.

22. De nombreux membres ont appuyé l'idée que l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère constituait un rapport juridique, une corrélation entre des droits et obligations existants. De nombreux membres ont par ailleurs reconnu que cette immunité avait un caractère procédural, mais d'autres pensaient qu'elle pouvait également dans certaines situations porter sur le fond du droit. On a largement appuyé l'idée que l'immunité de juridiction pénale s'entendait uniquement de l'immunité de juridiction exécutive et judiciaire et que la question de cette immunité était importante parce qu'elle pouvait être soulevée dès la phase pré-contentieuse de l'action pénale.

23. Un certain nombre de membres ont appuyé la thèse selon laquelle la base de l'immunité était mixte, fonctionnelle et représentative. Un membre a fait valoir que l'immunité de différentes personnes pouvait avoir différents fondements. Par exemple, le chef de l'État personnifiait l'État et c'était sur cela que se fondait son immunité, ce qui ne pouvait s'appliquer aux autres représentants de l'État.

24. De nombreux membres se sont accordés sur le fait que la compétence prime l'immunité. S'est alors posée la question de la compétence universelle. Pour certains membres, elle ne pouvait être laissée de côté et devait être abordée au moins dans le contexte des exceptions à l'immunité. À ce propos, le Rapporteur spécial précise qu'il a bien l'intention d'étudier la question de la compétence mais pour le moment, il pense que cet examen aura plutôt un caractère analytique et que la Commission ne devrait pas avoir besoin d'adopter une position de fond quant à la compétence en tant que telle.

25. Pour de nombreux membres, les réflexions du Rapporteur spécial concernant l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État étaient fort utiles, du moins sur le plan analytique, mais un membre au moins préférerait se détacher de cette distinction et parler plutôt d'actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles et d'actes accomplis à titre privé. À cet égard, le Rapporteur spécial rappelle qu'il a lui-même indiqué, dans son rapport préliminaire, que la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* était utile du point de vue de l'analyse mais ne figurait pas dans les instruments normatifs.

26. Le débat a permis de mieux se représenter la portée du sujet, même s'il reste des questions à résoudre. De l'avis général – et le Rapporteur spécial en est tout à fait

d'accord – les immunités diplomatiques, consulaires et des missions spéciales (auxquelles on pourrait peut-être ajouter celles des représentants d'États auprès des organisations internationales) ne doivent pas entrer dans le champ du sujet. Un membre a évoqué la situation d'un diplomate accrédité auprès d'un État et qui va le représenter à une manifestation dans un État tiers. Cette situation est déjà évoquée dans le rapport: ce fonctionnaire jouit de l'immunité en tant qu'agent de l'État mais pas en tant qu'agent diplomatique. Le droit diplomatique et le droit consulaire sont en effet des branches bien élaborées du droit international et les résultats des travaux de la Commission sur le sujet ne devraient pas porter atteinte à l'immunité de ces catégories de personnes.

27. La majorité des membres qui se sont exprimés sur la question pensaient que le sujet ne devait pas englober les questions de compétence pénale internationale. Il a toutefois été estimé qu'on ne pourrait pas les éluder lorsqu'on analyserait la question des exceptions à l'immunité. On a également fait remarquer qu'il importait de tenir compte du principe de complémentarité énoncé dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le Rapporteur spécial a l'intention d'aborder ces questions dans son prochain rapport, sans préjudice des conclusions auxquelles il parviendra.

28. Selon le décompte du Rapporteur spécial, une majorité de membres pensaient qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la question de la reconnaissance. Cependant, plusieurs autres ont exprimé un avis contraire. Peut-être serait-il judicieux, comme l'on proposé certains, de se limiter à l'examen des conséquences de la non-reconnaissance d'une entité quelconque en tant qu'État pour traiter des questions relatives à l'immunité de ses représentants.

29. En ce qui concerne l'application aux différentes catégories de personnes, pour certains membres, seuls le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères jouissaient de l'immunité *ratione personae*. D'autres, tout en reconnaissant que d'autres représentants de l'État en bénéficiaient aussi, redoutaient que la Commission ne s'aventure au-delà des limites de cette «troïka». Enfin, pour deux membres au moins, même si d'autres représentants jouissaient de cette immunité, la Commission devait se limiter à la «troïka» et ne pas les mentionner, afin de ne pas préjuger des autres catégories de personnes pouvant bénéficier de l'immunité personnelle. En revanche, plusieurs membres de la Commission – et peut-être bien la majorité – pensaient que vu l'évolution objective de la conduite des affaires de l'État, la Commission ne parviendrait pas à se limiter à la «troïka». Ceux qui étaient en faveur d'un élargissement ont tout de même souligné que la Commission devait faire preuve de la plus grande circonspection. On a donné des exemples de représentants de l'État qui pourraient bénéficier de l'immunité *ratione personae*: ministres de la défense, du commerce extérieur, présidents de parlement et vice-présidents, magistrats, etc. On a aussi évoqué la question de l'immunité des représentants d'entités constitutives d'États fédéraux. De nombreux membres ont dit qu'il ne fallait pas énumérer les représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae* mais plutôt définir des critères sur lesquels s'appuyer pour dégager les catégories de personnes concernées. Le Rapporteur spécial est d'avis

que pour établir la marche à suivre dans la suite des travaux, il faudra également approfondir l'analyse de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*.

30. Les membres de la Commission se sont partagés en nombre à peu près égal quant à la question de savoir s'il fallait inclure dans le champ du sujet les membres de la famille des représentants de l'État et leurs proches. Cela étant, ceux en faveur de cette inclusion ont aussi exprimé diverses réserves. Par exemple, l'un d'eux pensait que cette question devait être examinée à un stade ultérieur de l'étude du sujet et uniquement dans le but de refuser l'immunité à ces personnes. Certains membres étaient d'avis qu'il ne fallait s'intéresser qu'aux membres de la famille des représentants de l'État de rang élevé. Un autre membre ne voyait un intérêt à examiner cette question qu'en vue de déterminer si la source de l'immunité de ces personnes résidait uniquement dans la courtoisie internationale. Pour beaucoup de membres, c'était bien le cas. Dans l'ensemble, le débat qui a eu lieu sur cette question n'a pas convaincu le Rapporteur spécial qu'il fallait réviser le point de vue formulé dans son rapport préliminaire mais, bien entendu, il est tout à fait disposé à réexaminer ce qui a été dit.

31. Il convient aussi de rappeler qu'un membre de la Commission s'est prononcé en faveur de l'inclusion des membres des forces armées dans le champ du sujet.

32. Pour ce qui est des termes et définitions, l'expression «fonctionnaire de l'État» a recueilli un certain appui, mais plusieurs membres lui préféraient «représentant de l'État» (*state representative*) ou «agent de l'État» (*state agent*). De nombreux membres ont dit qu'il importait de donner une définition de *state official*, «fonctionnaire de l'État». Un membre a proposé une approche de la définition différente de celle figurant dans le rapport préliminaire, et le Rapporteur spécial pense qu'elle pourrait être utile.

33. Plusieurs membres ont également parlé de la nécessité de définir l'«immunité» et l'«immunité de juridiction pénale».

34. Abordant la question de la teneur de son prochain rapport, le Rapporteur spécial dit qu'il a décrit à grands traits, à titre préliminaire, la structure et l'enchaînement logique de l'étude du sujet dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session²⁷⁷, dont tous les membres ont pu prendre connaissance. Dans la quatrième partie de sa présentation, intitulée «Portée de l'examen du sujet proposé», il proposait 11 groupes de questions qu'il jugeait nécessaire d'examiner, et écrivait entre autres que la question centrale était celle de la portée ou des limites de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (point 6). Il s'est donc tenu à ce qu'il avait déclaré deux ans auparavant. D'une manière générale, cette approche lui paraît toujours juste, même s'il faut y apporter quelques modifications. C'est notamment pour cette raison qu'il n'a pas encore abordé, par exemple, la question des exceptions à l'immunité.

²⁷⁷ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 199.

35. Cela étant, en sa qualité de conseiller juridique, le Rapporteur spécial réfléchit en permanence à toutes ces questions. En conséquence, ses idées ont évolué et continueront probablement d'évoluer au fur et à mesure de l'examen du sujet. À l'origine, il pensait que le sujet devait être axé sur les relations entre l'immunité et les normes de *jus cogens* interdisant les crimes internationaux les plus graves. Cela sera bien entendu abordé dans le prochain rapport, mais on n'épuisera pas ainsi la question du champ de l'immunité. On pourrait formuler cette question de la manière suivante: l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère dépend-elle de la gravité des actes commis? Il faudra examiner la question des conséquences pour l'immunité de la compétence universelle à l'égard des crimes les plus graves, mais il faudra garder à l'esprit que, dans la pratique, la question de l'immunité des représentants de l'État se pose également pour des infractions de caractère international moins graves, comme la corruption ou le blanchiment d'argent.

36. Le Rapporteur spécial compte aussi examiner la question de savoir si l'immunité des représentants de l'État est également préservée lorsqu'ils commettent, sur le territoire de l'État qui a compétence, des actes contraires au droit de cet État. On a parlé à cet égard d'espionnage, et l'on peut rappeler l'affaire du *Rainbow Warrior*. Le Rapporteur spécial a donc bien l'intention d'examiner la question de savoir s'il existe des exceptions à l'immunité. Cette question serait d'ailleurs mieux formulée ainsi: existe-t-il des exceptions à l'immunité en vertu du droit international général? S'il n'en existe pas, faut-il en instituer? Et s'il en existe ou s'il faut en créer, quelles sont ces exceptions? La possibilité de créer des exceptions à l'immunité en concluant un traité international ne fait pour lui aucun doute.

37. Le Rapporteur spécial se propose aussi, dans son prochain rapport, d'examiner quelle est l'étendue de l'immunité personnelle et celle de l'immunité *ratione materiae*. L'une des prémisses sur lesquelles il se fonde consiste à dire que l'immunité *ratione personae* ne vaut que pour la durée pendant laquelle la personne est en fonctions. En outre, il faudra examiner les questions suivantes: comment distinguer les actes accomplis à titre officiel de ceux accomplis à titre privé? Quels sont les actes accomplis à titre officiel? Des actes illégaux peuvent-ils être considérés comme des actes accomplis dans le cadre de fonctions officielles? On examinera également la question de savoir si, par exemple, l'immunité personnelle doit être étendue aux actes commis avant la prise de fonctions. À côté de la question de savoir quels actes commis par le représentant de l'État sont couverts par l'immunité et quels actes ne le sont pas, sera examinée celle de savoir de quels actes de l'État exerçant la compétence l'immunité protège, et de quels actes elle ne protège pas. Le Rapporteur spécial se propose également d'étudier séparément l'étendue de l'immunité des représentants de l'État qui sont en poste et celle de ceux qui ne le sont plus.

38. S'agissant des aspects procéduraux de l'immunité, il semblait auparavant au Rapporteur spécial qu'il ne fallait examiner ici que la question de la renonciation à l'immunité, notamment les points suivants: qui a le droit de renoncer à l'immunité du représentant de l'État, le

représentant lui-même ou l'État qu'il sert? Quelle forme doit prendre la renonciation? Une renonciation implicite est-elle possible? Peut-on considérer le consentement de l'État à être lié par les obligations qui découlent de la Convention contre la torture de 1984, où l'on ne dit mot de l'immunité ni de la renonciation à l'immunité, comme une renonciation implicite à l'immunité? Mais le Rapporteur spécial estime à présent qu'il existe d'autres aspects procéduraux importants de l'immunité, par exemple les suivants: l'État au service duquel se trouve le représentant doit-il poser devant l'État qui tente d'exercer sa compétence pénale à l'encontre de ce représentant la question de l'immunité pour que celle-ci soit prise en considération? L'État auquel ressortit le représentant doit-il, s'il est question d'immunité fonctionnelle, déclarer ou démontrer que les actes de son représentant ont été accomplis à titre officiel? À cette dernière question est liée celle que deux membres ont posée, à savoir la question du lien entre l'immunité du représentant de l'État de la juridiction pénale étrangère et la responsabilité de l'État au service duquel il se trouve. Le Rapporteur spécial considère que cette question mérite d'être étudiée plus avant.

39. En ce qui concerne l'approche et la méthode, il pense, contrairement à certains membres de la Commission, que l'arrêt de la CIJ en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est correct, qu'il a une grande portée et qu'il donne une image claire de ce qu'est le droit international en vigueur dans le domaine à l'étude. Comme on sait, cet arrêt a été adopté par 13 voix contre 3, c'est-à-dire à une majorité écrasante. Il se distingue en cela de l'arrêt *Al-Adsani*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme à une voix de majorité. L'importance de cet arrêt, en ce qu'il énonce clairement le droit international dans le domaine considéré, a été soulignée notamment lors de son examen en 2002 au CAHDI.

40. Le Rapporteur spécial a l'intention de poursuivre l'analyse desdites questions sur la base des sources, sur lesquelles il s'est fondé pour élaborer le rapport soumis, notamment: pratique des États, y compris législation et décisions judiciaires, décisions des juridictions internationales (avant tout de la CIJ), doctrine. Il juge en outre importantes les décisions des tribunaux nationaux, non seulement en elles-mêmes, mais aussi parce que dans les dossiers que ces tribunaux examinent se trouve souvent reflétée la position des États correspondants.

41. Par ailleurs, le Rapporteur spécial estime qu'il est primordial d'analyser la pratique judiciaire et autre dans une perspective dynamique de développement, ainsi que de tenir compte de l'enchaînement logique dans lequel se prennent les décisions de justice. Selon lui, il est inexact de dire, par exemple, que la décision de la CIJ en l'affaire du *Mandat d'arrêt* entre en conflit avec la décision *Blakšić* du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ou avec l'arrêt *Pinochet*. Cependant, cette pratique n'est pas homogène, et il existe des décisions internes qui s'écartent de l'arrêt pris dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*.

42. Le Rapporteur spécial le répète: la pratique judiciaire doit être étudiée en tenant compte du facteur temps. Il convient de ne pas balayer les décisions de justice concernant l'immunité de juridiction civile sous prétexte

que la juridiction civile et la juridiction pénale sont différentes. Elles sont certes différentes, mais pas au point que les décisions concernant l'immunité de juridiction civile n'aient aucune pertinence pour le sujet à l'étude. Pour le Rapporteur spécial, il est fondamental de s'appuyer sur la pratique internationale et nationale, sur la pratique et l'opinion des États. Il ne s'agit pas pour lui de formuler des propositions abstraites sur ce que doit être le droit international, hors du champ du droit en vigueur et sans référence aux manifestations du droit international existant.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [suite*] (A/CN.4/588, sect. F, A/CN.4/599 et A/CN.4/603)

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

43. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) (A/CN.4/603).

44. M^{me} ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son rapport. Ses observations vont porter sur les trois projets d'article proposés par le Rapporteur spécial ainsi que sur la poursuite de l'examen du sujet.

45. En ce qui concerne le projet d'article 1 (Champ d'application), M^{me} Escarameia aurait préféré que le titre soit «Portée» plutôt que «Champ d'application», cette dernière expression donnant en effet l'impression que le projet d'articles porte uniquement sur l'application du principe, ce qui n'est bien évidemment pas le cas. Eu égard à l'aspect temporel, à savoir l'établissement, la teneur, le fonctionnement et les effets de l'obligation, elle estime que cette formulation précise bien les différents aspects de la question qui seront abordés. En revanche, elle serait d'avis de supprimer l'adjectif «juridique» dans l'expression «l'obligation juridique de l'État» dans la mesure où il est redondant d'indiquer dans un document juridique que l'obligation est juridique. S'agissant des expressions entre crochets, elle privilégierait l'expression «relevant de sa compétence», cette formule étant plus adaptée pour des États qui administrent des territoires qui ne leur appartiennent pas et auxquels s'impose l'obligation. En outre, comme l'a indiqué M. Pellet, c'est l'expression également utilisée dans la Convention européenne des droits de l'homme.

46. S'agissant du projet d'article 2 (Définitions), M^{me} Escarameia approuve les suggestions du paragraphe 1. Cependant, elle préférerait que l'alinéa *d* («On entend par "personnes relevant de sa juridiction"...») soit divisé en deux alinéas, le premier consacré aux personnes, puisqu'il faut souligner qu'il s'agit bien de personnes physiques et non de personnes morales, et le second consacré à la juridiction. Elle considère par ailleurs qu'il serait intéressant de consacrer un alinéa à la définition de la compétence universelle.

47. M^{me} Escarameia ne voit pas très bien l'utilité du paragraphe 2. En effet, dans la mesure où il est précisé au paragraphe 1 «Aux fins du présent projet d'articles», il lui semble superflu d'ajouter que ces définitions «ne préjudicient pas [...] au sens qui peut leur être donné dans [d'autres instruments internationaux ou dans] le droit interne d'un État».

48. M^{me} Escarameia insiste sur l'importance de l'article 3 (Les traités comme source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre). Selon elle, cet article est important non pas tant parce qu'il «commence de formuler une norme coutumière dans ce domaine», comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, mais surtout en raison de l'opinion avancée par les États-Unis dans les observations et informations reçues des gouvernements²⁷⁸. Ainsi, selon les États-Unis, le fait d'être partie à un traité multilatéral ne crée d'obligations concrètes que si ces obligations sont répétées dans un traité bilatéral. En d'autres termes, seul un traité bilatéral peut être source d'obligations. M^{me} Escarameia considère qu'une telle position est curieuse, et que l'intérêt du projet d'article 3 est justement de lever toute ambiguïté à cet égard.

49. M^{me} Escarameia propose de renvoyer ces trois projets d'article au Comité de rédaction. En ce qui concerne la poursuite de l'examen du sujet, elle partage certaines des préoccupations évoquées par M. Pellet. Il lui semble en effet que le Rapporteur spécial a rassemblé suffisamment d'informations sur la question, que la Commission dispose d'un nombre suffisant d'éléments d'orientation et qu'il est donc inutile d'attendre d'autres réponses des États. Le Rapporteur spécial devrait simplement poursuivre son travail. Dans son rapport préliminaire²⁷⁹, celui-ci avait déjà esquissé, au paragraphe 61, un grand nombre de projets d'article possibles. Selon M^{me} Escarameia, dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial devrait proposer des projets d'article sur les sources de l'obligation, notamment un projet d'article 4 sur le caractère coutumier de celle-ci et un projet d'article 5 sur le principe *aut dedere aut judicare* en tant que principe général de droit fondé sur des lois nationales, une jurisprudence et une pratique partagées. Dans cette optique, il pourrait être intéressant d'analyser le lien entre la compétence universelle et le principe *aut dedere aut judicare*, ainsi que la relation entre cette notion et les crimes de droit international. Par ailleurs, bien d'autres articles pourraient être proposés ultérieurement, portant notamment sur la compétence universelle, le «troisième terme de l'alternative», à savoir la relation avec une juridiction pénale internationale, etc. Ces questions étant particulièrement compliquées et suscitant des opinions divergentes au sein de la Commission, M^{me} Escarameia pense qu'il serait utile de créer des groupes de travail, non pas dès à présent comme l'a proposé M. Pellet, mais après que le Rapporteur spécial aura présenté des projets d'article sur les différentes questions évoquées.

50. Par ailleurs, M^{me} Escarameia invite le Rapporteur spécial à s'intéresser également à des questions de procédure telles que les motifs avancés pour refuser d'extrader

²⁷⁸ *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/579 et Add.1 à 4.

²⁷⁹ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/571.

* Reprise des débats de la 2984^e séance.

une personne, les garanties dont bénéficient les personnes susceptibles d'être extradées, les demandes d'extradition concurrentes, etc.

51. M. DUGARD dit qu'il limitera ses observations au troisième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre et pense que trois raisons principales expliquent que les progrès accomplis par le Rapporteur spécial ne soient pas à la hauteur de ce que l'on pouvait attendre. Premièrement, on voit mal pourquoi il tient tellement à obtenir des indications de la part des États. Au paragraphe 33 de son rapport, le Rapporteur spécial regrette la lenteur avec laquelle leurs observations et informations lui sont communiquées et souligne que cela constitue un «frein à son travail». Il note au paragraphe 44 que seuls une vingtaine d'États ont réagi, or on peut difficilement s'attendre à ce que davantage d'États répondent. Par ailleurs, le Rapporteur spécial ne doit pas oublier que seuls les pays d'Europe occidentale lui ont transmis leurs observations, de sorte qu'on ne dispose pas des vues des pays en développement. Il faut garder présent à l'esprit que la Commission du droit international est tenue de servir les intérêts d'un éventail plus large d'États.

52. Des problèmes de fond sont également à l'origine du retard pris par le Rapporteur spécial qui n'a effectivement pas encore arrêté sa position sur des questions essentielles: celles de savoir si l'obligation d'extrader ou de poursuivre est une obligation coutumière et s'il faut établir un lien entre le sujet à l'examen et la question de la compétence universelle. Ces questions sont cruciales et doivent être réglées d'emblée. Par ailleurs, un problème de calendrier se pose également et il semble en effet peu probable que les travaux puissent être menés à leur terme avant la fin du quinquennat en cours.

53. M. Dugard convient avec M^{me} Escameia qu'il est de la plus haute importance de commencer par répondre à la question de l'existence ou non d'une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre. En l'absence d'une telle obligation, on voit mal pourquoi la Commission poursuivrait ses travaux. C'est donc d'emblée qu'il faut se poser la question d'un lien éventuel entre le sujet à l'examen et le principe de la compétence universelle, examen qui n'appelle toutefois pas une étude approfondie du principe de la compétence universelle. La compétence universelle concerne presque exclusivement les crimes les plus graves et il en va de même de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Le Rapporteur spécial a relevé que pour certains États, l'obligation d'extrader ou de poursuivre concernait tous les crimes, ce qui est selon M. Dugard un non-sens. L'obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre, si elle existe, ne peut concerner que les crimes les plus graves. À cet égard, les points de vue de la Chine et la Suède, qui sont reproduits par le Rapporteur spécial en note au paragraphe 98, sont particulièrement intéressants.

54. Le Rapporteur spécial devrait se poser la question de savoir si l'obligation d'extrader ou de poursuivre ne s'applique que lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire de l'État concerné, à laquelle M. Dugard incline à répondre par l'affirmative. Nombre de traités l'exigent et cela fait sens: comment demander à un État d'extrader l'auteur présumé d'une infraction

dont il n'a pas la garde? Le Rapporteur spécial devrait aussi se prononcer sur la question de savoir si l'État qui exerce son contrôle sur l'auteur présumé ou en a la garde a le choix entre poursuivre ou extrader. Personnellement, M. Dugard pense que ce choix doit être fait par l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé. Quant à la troisième option qui pourrait découler de l'obligation *aut dedere aut judicare*, à savoir remettre l'auteur présumé de l'infraction à la Cour pénale internationale, il serait très problématique de ne pas la retenir à ce stade des travaux. Le point de savoir si l'obligation d'extrader ou de poursuivre n'existe qu'en cas de présentation par un autre État d'une demande d'extradition devrait être examiné plus avant à la lumière des remarques faites par M^{me} Escameia. Un exercice de développement progressif du droit paraît inévitable sur le sujet; en cela, le Rapporteur spécial a raison de s'appuyer sur un certain nombre de décisions de tribunaux nationaux qui lui seront sans doute plus utiles que les vues exprimées par les États.

55. M. Dugard ne pense pas qu'en leur état actuel, les projets d'article puissent être renvoyés au Comité de rédaction; ils appellent en effet un examen plus approfondi sur le fond. Le projet d'article 1 n'est pas assez abouti, faute pour le Rapporteur spécial d'avoir pris clairement position sur son contenu. Tel qu'il est actuellement libellé, le projet d'article 2 ne peut pas non plus être renvoyé au Comité de rédaction. Concernant le projet d'article 3, il faut effectivement prendre en considération les différents traités internationaux prévoyant l'obligation d'extrader ou de poursuivre mais il faudrait néanmoins dresser la liste des instruments concernés afin de savoir s'il existe une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre. Le Rapporteur spécial doit donc poursuivre ses travaux et veiller à en rester maître. À cet égard, la proposition de M. Pellet tendant à ce que soit créé un groupe de travail ne lui paraît pas la solution idoine; quant à la volonté du Rapporteur spécial d'obtenir des commentaires et informations supplémentaires des États, elle ne lui paraît pas appropriée.

56. M. PELLET ne pense pas, contrairement à M. Dugard, que les travaux de la Commission perdraient leur utilité si l'on constatait l'absence d'obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre. En effet, les clauses *aut dedere aut judicare* prévues par les traités sont souvent très vagues et sommaires, de sorte qu'un projet d'article sur la question permettrait d'en préciser la teneur et de se pencher sur les problèmes complexes liés à leur mise en œuvre. Sur la création d'un groupe de travail qui serait chargé d'épauler le Rapporteur spécial, M. Pellet persiste à penser qu'elle serait bienvenue compte tenu du très grand nombre de questions de principe soulevées par M^{me} Escameia et par M. Dugard, et compte tenu des hésitations du Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission sur le sujet examiné. C'est toutefois à lui seul qu'il appartient d'en décider.

57. M. GAJA rend hommage au Rapporteur spécial pour la clarté et l'utilité de son troisième rapport et souhaite faire un certain nombre d'observations sur les questions qui devraient être traitées dans le cadre des futurs travaux sur le sujet à l'examen. Il espère que ces remarques seront utiles, même si elles s'écartent dans une certaine mesure

de celles qui viennent d'être faites par M^{me} Escarameia et M. Dugard, pour qui la question complexe de l'existence d'une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre devrait être traitée d'emblée. C'est également l'avis du Rapporteur spécial, comme en témoignent les paragraphes 88 et 89 de son rapport où il fait état de décisions récentes intéressantes – et le paragraphe 125 dans lequel, commentant brièvement un projet d'article concernant les traités comme source de l'obligation, il rappelle que l'obligation d'extrader ou de poursuivre est réputée établie en cas de ratification par un État de plusieurs traités internationaux consacrant ce principe sous une forme ou une autre et que cette pratique devrait conduire à consacrer ce principe en droit coutumier.

58. Considérer que l'obligation d'extrader ou de poursuivre est une règle de droit international coutumier pose la question complexe de la compétence universelle, ce qui comme M. Wako l'a rappelé est un point controversé. Il serait donc peut-être plus efficace de s'intéresser en premier lieu à l'obligation *aut dedere aut judicare* indépendamment du fait de savoir quelle est sa source en droit international. Que cette obligation soit une règle ou un principe de droit international coutumier n'a pas vraiment d'importance, les deux termes sont généralement admis comme ayant la même signification. Ceci pourrait être mentionné sous réserve de l'exception de la *lex specialis*. Les questions soulevées par M^{me} Escarameia et M. Dugard retiendraient alors l'attention de la Commission dès le départ.

59. Dans cette perspective, le Rapporteur spécial pourrait s'interroger d'abord sur les conditions d'existence d'une obligation de poursuivre en application de la règle ou du principe *aut dedere aut judicare*, et s'interroger ensuite sur sa teneur. Pour ce qui est des conditions d'existence de l'obligation, il semble tout d'abord que la présence de l'auteur présumé de l'infraction sur le territoire de l'État concerné en fasse partie. On peut toutefois se demander si cette présence doit nécessairement être volontaire et s'interroger sur la nature de l'obligation qui incombe à l'État pour ce qui est d'établir la présence effective de l'auteur présumé de l'infraction sur son territoire. On peut se demander en outre si l'État doit être en premier lieu compétent pour connaître de l'infraction en cause pour qu'il ait l'obligation de poursuivre. Quant au fait de savoir à partir de quel moment l'État est réputé avoir rejeté la demande d'extradition, il conviendrait de le préciser. On peut également penser qu'il y a obligation de poursuivre lorsque l'État est tenu, en vertu d'un traité ou d'une règle de droit international, d'exercer sa compétence. Une question à se poser concerne l'autorité publique habilitée à en décider. On peut aussi se demander dans quelle mesure cette compétence a des répercussions sur l'immunité dont le suspect est susceptible de bénéficier en vertu des règles en vigueur dans l'État sur le territoire duquel il se trouve.

60. La teneur de l'obligation de poursuivre soulève aussi un certain nombre de questions. Comment concilier une telle obligation avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministère public dans de nombreux pays? Comment prouver que l'obligation de poursuivre est constituée et dans quelle mesure la qualité des éléments de preuve recueillis affecte-t-elle sa nature? L'auteur

préssumé doit-il nécessairement être détenu dans l'attente de son procès? Son extradition vers un État autre que celui qui a présenté la demande d'extradition est-elle compatible avec l'obligation de poursuivre? Pour répondre à ces questions, dont la liste n'est pas exhaustive, le Rapporteur spécial devrait se rapprocher du Secrétariat pour déterminer les modalités d'un examen approfondi de la pratique disponible, dont les résultats, soumis aux États pour appréciation, pourraient donner lieu à des observations plus ciblées, et donc plus utiles pour la Commission.

61. M. FOMBA note que, malgré les difficultés rencontrées par le Rapporteur spécial pour susciter et collecter les réactions des États, son rapport contient quelques conclusions qui pour être préliminaires n'en sont pas moins intéressantes. Sur le fait de savoir si et dans quelle mesure l'obligation d'extrader ou de poursuivre fait partie du droit international coutumier, le Rapporteur spécial décrit ce qu'il considère comme étant la réalité juridique actuelle, à savoir l'existence d'un grand nombre de traités consacrant cette obligation et celle d'un nombre croissant de textes juridiques nationaux et de décisions judiciaires. À ce sujet, le Rapporteur spécial évoque également la création et le développement d'une pratique juridique, qui constitue un élément crucial pour la définition et la réception de nouvelles normes coutumières, et il note une certaine réceptivité des États sur la question. Pour ce qui est de savoir si cette réalité juridique traduit bien une *opinio juris*, il incline à répondre par l'affirmative en s'appuyant sur l'argument selon lequel

si un État adhère à un grand nombre de traités internationaux qui consacrent tous, sous une forme ou sous une autre, le principe *aut dedere aut judicare*, c'est la preuve qu'il a l'intention de se lier par cette disposition généralisable et que cette pratique doit conduire à consacrer ce principe en droit coutumier.²⁸⁰ (par. 125)

M. Fomba pense que cette interprétation peut être acceptée; il n'en reste pas moins qu'elle couvre un cas de figure concret qui ne semble pas être généralisable ici. En tout état de cause, dans la mesure où ce bilan provisoire des recherches et de l'analyse faite par le Rapporteur spécial serait acceptable pour la Commission, l'inquiétude suscitée par la lenteur de la réaction des États serait ainsi relativisée et pourrait ne plus entraîner la nécessité de continuer à rechercher de nouvelles réactions de leur part, et ouvrir par conséquent la voie à la poursuite des travaux par le Rapporteur spécial.

62. En ce qui concerne la question de savoir si l'obligation *aut dedere aut judicare* est une obligation alternative, M. Fomba ne comprend pas l'idée qui consiste à ne pas traiter le sujet en tant que tel; à moins que le terme «alternatif» puisse avoir plusieurs acceptions, ce qu'il ne croit pas. Quoiqu'il en soit, il ne fait pas de doute que l'obligation doit être formulée en termes alternatifs. On peut entrevoir quatre options: extrader seulement le suspect; poursuivre seulement le suspect; extrader d'abord et poursuivre ensuite le suspect, ce qui poserait le problème du jugement *in absentia* et de ses conséquences éventuelles; ou enfin, poursuivre d'abord et extrader ensuite le suspect, ce qui pose le problème de la finalité, à savoir

²⁸⁰ C. Enache-Brown et A. Fried, «Universal crime, jurisdiction and duty: The obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», *Revue de droit de McGill*, vol. 43 (1997-1998), p. 613 à 633, à la page 629.

le risque d'une double incrimination ou l'exécution d'une peine, par exemple. En tout état de cause, la question est de savoir si et dans quelle mesure ces options, notamment la troisième et la quatrième, sont pertinentes et quelles seraient les conditions de leur mise en œuvre. Pour ce qui est de «la triple alternative», la question se pose de savoir quelles sont ou seraient concrètement les autres situations, en dehors de la remise de suspects à la Cour pénale internationale.

63. À propos de la portée de l'arrêt rendu le 28 avril 2008 par la juridiction espagnole compétente en matière pénale, cité au paragraphe 88 *c* du rapport, M. Fomba note que cette décision est intéressante dans la mesure où elle précise de façon plutôt novatrice quel est le régime juridique applicable en cas de refus d'extrader tout en posant une double condition. Premièrement, que l'État territorial du suspect soit tenu de le faire juger par ses propres tribunaux. Deuxièmement, que cela soit fait seulement à la demande de l'État requérant l'extradition. Une condition que le Rapporteur spécial qualifie de «nouvelle» et «inconnue jusqu'alors» mais dont il faudrait être absolument sûr. En conclusion, M. Fomba note que le Rapporteur spécial rencontre manifestement des difficultés qui sont plutôt indépendantes de sa volonté. Aussi, la proposition de M. Pellet tendant à ce que soit créé un groupe de travail pour aider le Rapporteur spécial lui semble judicieuse mais à la condition d'en préciser le mandat. Pour le reste, et pour répondre à l'appel du Président, M. Fomba se réserve le droit de revenir sur ces questions et sur d'autres questions encore, à la session suivante.

64. M. CANDIOTI juge les remarques de M. Gaja intéressantes et relève qu'il n'a parlé que d'obligation de poursuivre, comme s'il s'agissait de la seule obligation découlant de la maxime *aut dedere aut judicare*. Quant à M. Fomba, il cite quatre variantes possibles de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Dans ces conditions, il conviendrait peut-être d'adopter une définition préliminaire unique de cette obligation; cela faciliterait les travaux de la Commission sur le sujet et permettrait de susciter de nouvelles réactions de la part des États.

La séance est levée à 13 heures.

2988^e SÉANCE

Judi 31 juillet 2008, à 10 h 5

Président: M. Edmundo VARGAS CARREÑO

Présents: M. Brownlie, M. Caflisch, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kolodkin, M. McRae, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Nolte, M. Ojo, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Valencia-Ospina, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, M^{me} Xue, M. Yamada.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [suite] (A/CN.4/588, sect. F, A/CN.4/599 et A/CN.4/603)

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).

2. M. GALICKI (Rapporteur spécial) remercie tous les membres de la Commission qui ont participé au débat de leurs critiques constructives et amicales. La plupart de ces critiques étaient dirigées contre l'approche qu'il a adoptée dans son troisième rapport, dans lequel il a poursuivi l'examen du matériel envisagé dans son rapport préliminaire²⁸¹ et son deuxième rapport²⁸², et contre la lenteur des progrès de l'étude du sujet. Tout en attribuant ces carences essentiellement au fait que de nombreux gouvernements n'ont pas présenté les commentaires et informations qui leur avaient été demandés, le Rapporteur spécial convient qu'une approche plus diligente et dynamique est nécessaire, cette situation ne devant pas empêcher la Commission de définir le contenu et l'économie générale du sujet. Au stade actuel, les contributions des gouvernements doivent être considérées comme précieuses mais non indispensables à la poursuite de l'étude. Compte tenu des observations qui ont été faites à cet égard, le Rapporteur spécial indique qu'il poursuivra ses travaux en vue de présenter une série de projets d'article plus étoffée dans son prochain rapport.

3. En ce qui concerne les projets d'article proposés dans son troisième rapport, certains membres ont estimé que le projet d'article 1 (Champ d'application) ne devrait pas spécifier les divers délais correspondant à l'établissement, au contenu, au fonctionnement et aux effets de l'obligation, tandis que d'autres étaient d'avis contraire, estimant que définir ces délais donnerait une structure aux travaux futurs de la Commission sur le sujet. Sur le point de savoir si l'adjectif «alternative» doit être remplacé par «juridique», selon l'opinion qui a prévalu tout adjectif est superflu, et M. Fomba a fait observer que l'expression «obligation alternative» pouvait être interprétée d'au moins quatre manières. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il s'abstiendra en conséquence de qualifier l'obligation, et qu'il abrègera le titre anglais du projet d'article, qui se lira *Scope*.

4. Quant à la substance du projet d'article 1 et la définition des crimes et autres infractions concernés par l'obligation, on a dit que cette obligation, et le principe de la compétence universelle, ne valaient que pour les crimes graves au regard du droit international. Cette opinion a aussi été exprimée par les représentants de la Suède et de la Chine à la Sixième Commission²⁸³. M. Candiotti a déclaré que la Commission devait s'efforcer pour

²⁸¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/571.

²⁸² *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/585.

²⁸³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-deuxième session, 22^e séance (A/C.6/62/SR.22)*, par. 33 et 62, respectivement.