

Document:-
A/CN.4/SR.3087

Compte rendu analytique de la 3087e séance

sujet:
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2011, vol. I

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

53. Les alinéas *k* et *l* du paragraphe 94 soulèvent également des problèmes du fait de leur libellé catégorique. Une affirmation telle que: «Tous les représentants de l'État bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis à titre officiel» (al. *k*) ne peut être formulée qu'à l'issue des débats de la Commission et ne peut servir de prémices à ces débats. En revanche, M. Melescanu partage les thèses énoncées aux alinéas *m* et *p*, qui lui paraissent de bon sens et fondées sur la pratique du droit diplomatique et consulaire, et pourraient servir de base à un travail de codification et de développement progressif.

54. M. Melescanu évoque enfin le lien qui existe entre la question de l'immunité et la clause *aut dedere aut judicare*. Il partage la préoccupation exprimée par le Rapporteur spécial sur le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, M. Galicki qui, dans son rapport préliminaire de 2006, assimilait les immunités à des «circonstances [qui] privent les régimes de poursuite de leur efficacité et ne conviennent pas au crime international⁶⁵». Bien que le Rapporteur spécial sur l'immunité des représentants de l'État affirme qu'il «ne dispose d'aucune indication concernant des pratiques répandues parmi les États, notamment des pratiques judiciaires, ou leur *opinio juris*, qui confirmerait la présence d'exceptions à l'immunité des représentants étrangers lorsqu'une juridiction nationale exerce sa compétence à leur encontre conformément à la règle *aut dedere aut judicare*» (par. 79 de son deuxième rapport), M. Melescanu considère que cette préoccupation de M. Galicki demeure valable. Dans le cadre de ses travaux sur ces deux sujets, la Commission pourrait envisager d'introduire dans le projet d'articles sur l'immunité une clause «sans préjudice» couvrant les réglementations concernant l'application de la règle *aut dedere aut judicare*.

55. En conclusion, M. Melescanu dit partager l'avis de M. Dugard selon lequel il n'est pas opportun d'envisager d'examiner un troisième rapport alors même que la Commission ne s'est pas encore prononcée sur le deuxième, dont elle est actuellement saisie.

La séance est levée à 11 h 45.

3087^e SÉANCE

Jeudi 12 mai 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

Présents: M. Caffisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escobar Hernández, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M^{me} Jacobsson, M. Kolodkin, M. McRae, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Singh, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/638, sect. F, et A/CN.4/646]

[Point 8 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL⁶⁶ (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/631).

2. M^{me} JACOBSSON dit qu'avant de faire des observations sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial, elle voudrait souhaiter la bienvenue à la Commission à son nouveau membre espagnol, M^{me} Concepción Escobar Hernández. La présentation par l'Espagne de la candidature d'une femme à l'élection à la Commission du droit international est un exemple que d'autres États devraient suivre pour que la composition de la Commission reflète celle de la communauté juridique, qui ne manque pas de femmes qualifiées, praticiennes expérimentées du droit international.

3. Le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère est important, comme en témoigne le consensus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur la nécessité de lui accorder un rang de priorité élevé. Le Rapporteur spécial avance des arguments clairs et cohérents dans son rapport, qui est en outre bien documenté et offre un aperçu intéressant de la jurisprudence pertinente.

4. L'immunité est une question sensible; on le voit à l'ardeur avec laquelle le Rapporteur spécial a défendu la logique qui sous-tend son rapport, et au débat animé tenu sur le sujet par la Commission. En réalité, aucun juriste ne peut prétendre appliquer le droit sans a priori idéologique ou subjectif parce que ni le droit ni son application ne sont neutres au plan des valeurs. M^{me} Jacobsson n'est donc pas d'accord avec l'idée qu'un point de droit donné est davantage justifié si son auteur peut montrer qu'il est dépourvu de toute émotion. Les conclusions du Rapporteur spécial sont peut-être purement logiques, comme il le prétend, mais elles ne sont que la suite du postulat qui lui a servi de point de départ. Puisque la Commission doit décider si elle accepte ce postulat ou non, mieux vaut s'interroger sur celui-ci que se demander si les conclusions qui en découlent sont parfaitement logiques.

5. Le point de départ du Rapporteur spécial est le principe de la souveraineté de l'État et ses effets, notamment l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Pour l'essentiel, il considère que l'immunité est absolue. La souveraineté de l'État est effectivement une notion clef du droit international, mais l'interprétation de ce principe a évolué au cours des dernières décennies. La question est donc de savoir si ses effets ont eux aussi évolué et, si oui, dans quelle mesure.

6. L'immunité est effectivement de nature procédurale, mais ses conséquences ne le sont pas. La Commission

⁶⁵ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/571, par. 14.

⁶⁶ Reproduit dans *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631.

doit donc les étudier: il serait non seulement naïf mais aussi irresponsable de se cacher derrière une référence purement clinique à la nature procédurale de l'immunité.

7. Quant à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle il y a nécessairement un lien entre l'immunité qui découle du principe de la souveraineté de l'État, d'une part, et la responsabilité de l'État, d'autre part, M^{me} Jacobsson n'est pas totalement convaincue que ce soit toujours le cas; M. Melescanu a d'ailleurs soulevé ce point à la séance précédente. Deux exemples montrent que l'argumentation du Rapporteur spécial pose problème et peut être réfutée.

8. Premièrement, dans son arrêt du 26 février 2007 en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a clairement estimé qu'un État pouvait violer une obligation internationale sans que la responsabilité d'un auteur individuel ait été établie préalablement à l'établissement de la responsabilité de l'État. La Cour a rejeté l'argument du défendeur selon lequel «la condition *sine qua non* pour établir la responsabilité de l'État est qu'ait été préalablement établie [...] la responsabilité [individuelle]» [paragraphe 180 de l'arrêt]; elle a estimé qu'«un État [pouvait] voir sa responsabilité engagée en vertu de la Convention pour génocide et complicité de génocide, sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe» (par. 182).

9. La formulation employée par la Cour dans cet arrêt intéresse les travaux de la Commission à un double titre. Elle montre en premier lieu que l'engagement de poursuites pénales contre les représentants d'un État et l'établissement de la responsabilité de cet État ne sont pas nécessairement liés au plan procédural. En fait, la Cour a conclu que l'inverse était également possible. Ainsi, de plus en plus de criminels de guerre ayant agi en qualité de représentant d'un État sont traduits en justice sans qu'une action soit parallèlement engagée pour établir la responsabilité de cet État. Le deuxième élément intéressant pour les travaux de la Commission tient à la formulation catégorique employée par la Cour, qui affirme que «[t]oute autre interprétation signifierait que la Convention [pour la prévention et la répression du crime de génocide] n'aurait prévu aucune voie de droit dans des cas que l'on n'aura aucune peine à se figurer» (ibid.).

10. Dès lors que l'absence de lien procédural entre responsabilité de l'État et responsabilité individuelle peut être démontrée, on peut se demander si l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et la responsabilité de l'État sont aussi étroitement liées que le Rapporteur spécial le prétend. M^{me} Jacobsson ne pense pas qu'elles le soient.

11. Le second exemple du caractère problématique de l'argumentation du Rapporteur spécial est tiré de sa propre déclaration selon laquelle l'État que sert le représentant peut lever l'immunité, ce qui permet au tribunal d'un autre État d'exercer sa compétence pénale à l'égard de ce représentant en relation avec un acte *jure imperii* ou de souveraineté. Si l'immunité est nécessairement liée à la responsabilité de l'État, la levée de l'immunité par

l'État que sert le représentant risque d'être utilisée par cet État pour s'exonérer de sa responsabilité au détriment de son représentant.

12. La question est de savoir s'il faut envisager le problème du lien entre l'immunité et la responsabilité de l'État sous l'angle de la hiérarchie des normes, de l'exception à une règle ou à un principe, ou des deux à la fois. Le Rapporteur spécial a répondu à cette question en mettant l'accent sur les exceptions à l'immunité et, ce faisant, a laissé de côté la question de la hiérarchie des normes et sa pertinence en la matière. Certains membres, même si le Rapporteur spécial n'en fait pas partie, ont affirmé que la hiérarchie des normes n'était d'aucun secours parce que la responsabilité de l'État est régie par des règles de fond alors que l'immunité est d'ordre procédural. Que l'on souscrive ou non à ce point de vue – et M^{me} Jacobsson n'y souscrit pas – la question de la hiérarchie des normes est de celles qui doivent être traitées et analysées; on ne peut pas se contenter de l'écarter.

13. Il est difficile de comprendre pourquoi le Rapporteur spécial a indiqué dans sa présentation orale que la question de l'immunité pour les crimes de guerre ou les violations du droit international humanitaire ne relevait pas de son rapport. Il serait vraiment regrettable d'exclure ces questions du champ de l'étude parce que c'est précisément dans le domaine du droit international humanitaire que l'obligation de poursuivre ou d'extrader est la plus importante et que l'exonération de l'obligation de poursuivre ou d'extrader pour cause d'immunité a fait l'objet d'études approfondies. L'obligation de poursuivre ou d'extrader en cas d'accusation de crimes de guerre peut avoir une incidence directe sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Un officier soupçonné de crimes de guerre n'est pas nécessairement à l'abri des poursuites dans le pays étranger sur le territoire duquel il se trouve, en particulier si aucune procédure n'a été engagée contre lui par son propre pays. La Commission ne devrait pas exclure ces hypothèses du champ de son étude.

14. Même si la Commission est convenue de ne pas traiter de l'immunité diplomatique ou consulaire parce que ces formes d'immunité sont régies par des conventions internationales en vigueur, il peut y avoir des chevauchements entre ces formes d'immunité et l'immunité de juridiction, et il faut donc les étudier. Ainsi, d'après la presse, le Royaume-Uni aurait levé l'«immunité diplomatique» du chef de l'État libyen, Mouammar Kadhafi, et des membres de sa famille. Si M. Kadhafi était arrêté au Royaume-Uni pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, aurait-il droit à l'immunité de juridiction parce qu'il est un chef d'État en exercice et que le Royaume-Uni n'a levé que son immunité diplomatique?

15. Un des problèmes posés par le sujet de l'immunité si la Commission adopte le point de vue du Rapporteur spécial est qu'un large éventail d'actes en relève. M^{me} Jacobsson rappelle que lors de l'examen du sujet à la soixantième session de la Commission, elle avait souligné la nécessité d'envisager certains actes accomplis sur le territoire d'un État étranger, par exemple l'enlèvement, le meurtre commis par un agent des services secrets, les activités de renseignement illégales ou l'espionnage, car ils

pouvaient être le fait de représentants de l'État qui, n'étant pas des agents diplomatiques accrédités auprès de l'État étranger, ne pouvaient être déclarés *persona non grata*. La question, brièvement abordée aux paragraphes 155 à 165 du mémorandum du Secrétariat⁶⁷ mérite d'être examinée plus avant par la Commission.

16. La manière dont les sources sont référencées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial pose parfois problème. Par exemple, pour étayer l'affirmation selon laquelle les poursuites engagées par la France contre Rose Kabuye, Directrice du protocole du Président rwandais, auraient été abandonnées, la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin de l'alinéa *a* du paragraphe 70 renvoie le lecteur à la note de bas de page 19 dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe 12 où le Rapporteur spécial se borne à indiquer que «d'après la presse, l'affaire a par la suite été classée». Un lien est indiqué à l'appui de ce fait, mais il renvoie à la page d'accueil du site Web du quotidien rwandais *The New Times* et non à un article précis⁶⁸. Ce référencement, qui ne facilite pas la vérification des sources par le lecteur, nuit à la crédibilité du rapport.

17. Au paragraphe 10 du deuxième rapport, la note de bas de page 14, qui renvoie à un rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc Union africaine-Union européenne sur le principe de compétence universelle, soulève également des difficultés. Elle donne l'impression que ledit rapport exprime le point de vue officiel de l'Union africaine et de l'Union européenne, ce qui n'est assurément pas le cas puisque le mandat du Groupe d'experts précise que le résultat de ses travaux ne lie aucune de ces deux organisations. Comme ce rapport a suscité une vive controverse, il est trompeur de renvoyer aux «recommandations» des experts comme le fait le Rapporteur spécial dans ses conclusions au paragraphe 91 de son deuxième rapport, car on donne l'impression qu'elles ont été approuvées par l'Union européenne et par l'Union africaine.

18. La principale tâche de la Commission est à présent de décider de la manière dont elle entend poursuivre ses travaux sur le sujet. Elle est saisie d'un mémorandum du Secrétariat et de deux rapports fouillés du Rapporteur spécial⁶⁹, et l'Assemblée générale, dans sa résolution 65/26 du 6 décembre 2010, l'a priée d'accorder la priorité à l'examen du sujet (par. 6). Le Rapporteur spécial ne propose aucune orientation à la Commission même s'il suggère, au paragraphe 93, d'étudier la question de l'élaboration d'un protocole facultatif ou de clauses types concernant la limitation ou la levée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. M^{me} Jacobsson estime que la Commission devrait préciser comment elle entend avancer sur le sujet et, à cette fin, il serait peut-être utile de créer un groupe de travail. Le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il faut traiter le sujet sous l'angle du droit positif, mais l'examen du droit positif ne doit pas occulter un autre aspect du mandat de la Commission, le développement progressif du droit international.

⁶⁷ A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 40).

⁶⁸ La référence a été précisée lors de l'édition du rapport en vue de son inclusion dans l'*Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie): «Judicial restrictions on Rose Kabuye lifted», 26 septembre 2009.

⁶⁹ Le rapport préliminaire est reproduit dans *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, et le deuxième rapport dans *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631.

19. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial) voudrait s'assurer qu'il a bien compris la manière dont M^{me} Jacobsson a interprété ce qu'il a dit dans son deuxième rapport et dans la présentation qu'il en a faite concernant le lien nécessaire entre responsabilité de l'État et immunité. A-t-elle compris qu'il voulait dire que le lien entre la responsabilité de l'État et l'immunité était tel que lorsqu'un État accorde l'immunité pour mettre ses représentants à l'abri de la responsabilité pénale, la question de sa propre responsabilité à raison d'un fait internationalement illicite commis par un de ses représentants n'était plus posée?

20. M^{me} JACOBSSON dit qu'elle comprend que le Rapporteur spécial affirme dans son rapport que la responsabilité de l'État et l'immunité sont toujours liées. Dans sa déclaration, elle s'est appuyée sur deux exemples pour montrer que ce n'était pas toujours le cas et que la Commission devait par conséquent examiner la question plus avant.

21. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial) indique que ce qu'il a voulu dire est que le même critère, l'attribution à l'État de la conduite du représentant, devrait s'appliquer en cas de demande d'immunité *ratione materiae* comme il s'applique en cas d'invocation de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. C'est ce point qui a été contesté par M. Melescanu à la séance précédente.

22. Ainsi qu'indiqué dans le deuxième rapport, si l'on utilise le même critère d'attribution, l'invocation ou la levée de l'immunité par un État ou le représentant d'un État n'exonère pas cet État de sa responsabilité pour fait internationalement illicite. C'est très différent de la position décrite par M^{me} Jacobsson dans ses observations sur le rapport. Pour résumer, si un même critère est utilisé aux fins de la responsabilité de l'État, d'une part, et aux fins de l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère, d'autre part, la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale de son représentant peuvent être invoquées parallèlement. Inversement, le fait que l'immunité de juridiction pénale étrangère soit invoquée et accordée n'empêche pas la victime de l'infraction ou ses ayant droits d'invoquer la responsabilité de l'État à raison du fait illicite, tout simplement – ou précisément – parce que le même critère d'attribution s'applique. Les deux derniers paragraphes du résumé du troisième rapport (A/CN.4/646), qui a été distribué aux membres de la Commission, portent précisément sur ce point particulier.

23. M^{me} JACOBSSON dit que la question de savoir si immunité et responsabilité de l'État sont liées, à laquelle le Rapporteur spécial répond par l'affirmative, est une question sensible. La manière d'y répondre aura une incidence sur le résultat des travaux de la Commission, surtout s'il est décidé d'étendre l'immunité de juridiction pénale étrangère à tous les représentants de l'État. M^{me} Jacobsson n'est pas persuadée que ce lien existe, ce qui semble être également le cas de M. Melescanu. Elle a pris l'exemple de l'État qui lève l'immunité pour échapper à sa propre responsabilité pour montrer que la levée de l'immunité pouvait être utilisée comme un argument juridique ou à des fins politiques. C'est la raison pour laquelle l'hypothèse du Rapporteur spécial doit être soigneusement examinée avant de servir de base à l'élaboration de projets d'article par la Commission.

24. M. VARGAS CARREÑO dit que le Rapporteur spécial présente un deuxième rapport bien documenté; la plupart de ses propositions sont réalistes et étayées par la jurisprudence et la pratique existantes. Certains membres n'ont pas été en mesure d'appuyer certaines de ses propositions au motif qu'elles ignorent selon eux les tendances les plus récentes du droit international, mais cela ne veut pas dire qu'ils sous-estiment les progrès notables accomplis par le Rapporteur spécial dans ses travaux sur un sujet ardu, complexe et important.

25. Pour avancer dans ses travaux sur le sujet, la Commission doit décider quelle sera leur prochaine étape en ayant à l'esprit trois considérations importantes. Premièrement, il ne reste que très peu de temps à consacrer au sujet puisque le quinquennat arrive à échéance et que la Commission aura d'autres questions plus urgentes à régler pendant la deuxième partie de sa session. Deuxièmement, depuis le début de ses travaux sur le sujet, des points de vue a priori inconciliables opposent des membres de la Commission sur certains points. Troisièmement, de nombreux représentants à la Sixième Commission ont exprimé leur préoccupation face au peu de progrès accomplis à ce jour sur le sujet et demandé que la priorité lui soit accordée à la session en cours. Par conséquent, M. Vargas Carreño approuve la proposition de M^{me} Jacobsson de créer un groupe de travail sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

26. Ce groupe de travail pourrait se réunir pendant la première partie de la session dans le seul but de déterminer les questions à examiner par la Commission, lesquelles seraient incorporées par la suite dans son rapport annuel à l'Assemblée générale. Durant la deuxième partie de la session, le groupe de travail pourrait formuler des principes généraux sur ces questions et les soumettre à la Commission pour adoption en plénière. Il faudrait que ces principes soient concis et portent uniquement sur des aspects essentiels du sujet comme les motifs de l'engagement de poursuites contre des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère, la portée et le contenu des immunités *ratione materiae* et *ratione personae* et, notamment, les effets de la commission de certaines infractions sur l'immunité des représentants de l'État. Le groupe de travail pourrait également recenser les infractions définies par le droit international couvertes par l'immunité de juridiction.

27. Le groupe de travail devra bien évidemment axer ses débats sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial, mais il pourrait aussi utilement s'appuyer sur son rapport préliminaire, sur le résumé de son troisième rapport et sur les arrêts les plus pertinents de la Cour internationale de Justice, comme l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* ou l'arrêt rendu dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Le groupe de travail devrait également examiner les opinions concordantes et dissidentes émises par les juges dans ces affaires.

28. De plus, le groupe de travail voudra peut-être examiner les décisions de juridictions nationales, notamment l'arrêt rendu en mars 1999 par la Chambre des lords du Royaume-Uni sur un recours contre l'octroi de l'immunité

à l'ancien dictateur chilien Augusto Pinochet (*Pinochet n° 3*), et certaines opinions des sept juges intervenus dans cette affaire, ainsi que l'arrêt *Bouterse* rendu en novembre 2000 par la cour d'appel d'Amsterdam. La doctrine a également bénéficié d'importantes contributions sur l'immunité de juridiction pénale étrangère, notamment l'étude de l'Institut de droit international intitulée «Les droits fondamentaux de la personne humaine face aux immunités de juridiction du droit international⁷⁰». La Commission a suffisamment d'éléments pour avancer dans ses travaux sur le sujet et accorder à celui-ci le rang de priorité élevé demandé par l'Assemblée générale. Elle pourrait ainsi adopter un projet de texte à sa soixante-quatrième session et achever ses travaux sur le sujet au cours du quinquennat à venir.

29. La plupart des principaux points à examiner à la présente session sont abordés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial même si le premier de ces points, la raison d'être de l'immunité, est traité principalement dans le rapport préliminaire. Pour ce qui est des conclusions du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 102 et 103 de ce rapport⁷¹, il y a lieu de souligner que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a des fondements divers, complémentaires et liés entre eux, comme les principes du droit international relatifs à l'égalité souveraine des États et à la non-ingérence dans leurs affaires intérieures, et la nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales et l'indépendance des États dans la conduite de leurs activités. L'immunité de juridiction est souvent utilisée pour faire obstacle à l'attribution de la responsabilité pénale, mais ce n'est pas toujours le cas. Dans ses conclusions, la Commission devrait indiquer expressément que l'immunité de juridiction ne doit jamais favoriser l'impunité de représentants qui ont commis des violations graves du droit international. Ces conclusions devraient porter en premier lieu sur la question de l'immunité *ratione materiae* et *ratione personae* des représentants de l'État. Mis à part quelques points de détail qui pourront être réglés par le groupe de travail proposé, les propositions et conclusions du Rapporteur spécial semblent constituer une bonne base pour la poursuite des travaux.

30. Seuls les actes accomplis par les représentants dans l'exercice de leurs fonctions, et non ceux accomplis avant qu'ils ne prennent celles-ci, devraient être couverts par l'immunité *ratione materiae*. Quant à l'immunité *ratione personae*, elle ne devrait couvrir que les actes accomplis par les hauts représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions, que ces actes aient été commis à titre privé ou officiel. L'immunité personnelle cesse lorsque les représentants quittent leurs fonctions.

31. La liste des représentants qui jouissent de l'immunité *ratione personae* devrait être la plus courte possible. En droit international coutumier, elle se limite à la «triade», c'est-à-dire le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, mais on pourrait l'étendre aux représentants qui exercent des fonctions à titre provisoire comme un prince héritier ou un vice-premier ministre. Jouissent également

⁷⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, p. 3 et suiv. (voir *supra* la note 47).

⁷¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

de l'immunité personnelle les représentants tels que les diplomates, consuls et membres de missions spéciales, en vertu de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et de la Convention de 1969 sur les missions spéciales. L'immunité *ratione personae* doit néanmoins être appliquée restrictivement, en tenant compte du rôle clef des représentants de l'État concernés dans les relations internationales.

32. Le principal problème posé par le sujet en l'état est que les diverses formes d'immunité peuvent protéger les auteurs de crimes graves, en particulier les crimes sanctionnés par le droit international, comme l'a souligné M. Dugard. L'immunité *ratione materiae* pose a priori moins de problèmes. Compte tenu de l'évolution récente du droit international, il est impossible de dire qu'une des fonctions d'un haut représentant de l'État soit de commettre des crimes. À cet égard, le Rapporteur spécial évoque dans son rapport les opinions de plusieurs membres du comité d'appel de la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet n° 3*. M. Vargas Carreño voudrait citer l'opinion de son Président, Lord Browne-Wilkinson, qui a estimé que

si, ainsi qu'allégué, le sénateur Pinochet a organisé et autorisé la torture après le 8 décembre 1988, il n'agissait en aucune qualité ouvrant droit à l'immunité *ratione materiae* parce que ces actes étaient contraires au droit international, que le Chili avait accepté d'interdire la torture et que le Chili était convenu avec les autres parties à la Convention contre la torture [et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] que tous les États signataires étaient compétents pour connaître des actes de torture commis à titre officiel (tels que définis dans la Convention), même si ces actes de torture étaient commis au Chili⁷².

Le Ministre de l'intérieur du Royaume-Uni a ensuite donné son aval à l'extradition du général Pinochet pour crimes de torture et complot, commis après le 8 décembre 1988.

33. Le Rapporteur spécial évoque également d'autres décisions de justice établissant des exceptions à l'immunité *ratione materiae*, comme l'arrêt rendu en novembre 2000 par la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse*, relative au dictateur Desiré Delano Bouterse – auteur de plusieurs assassinats – dans lequel la cour a estimé que «la commission de très graves infractions pénales de cette nature ne [pouvait] être regardée comme relevant des fonctions officielles du chef d'État⁷³».

34. En fait, le groupe de travail pourrait peut-être déterminer quelles infractions, notamment les actes qualifiés de crimes par le droit international, ne peuvent en aucun cas être considérées comme des actes officiels. La meilleure solution serait sans doute de s'appuyer sur les définitions des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale énoncées dans le Statut de Rome, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Il est exact que les situations étudiées par la Commission ne sont pas les mêmes, mais les définitions énoncées dans le Statut de Rome présentent l'avantage d'être déjà acceptées. Il y a aussi une raison d'ordre pratique: pour ratifier le Statut de Rome, plusieurs États ont dû modifier leur législation pénale.

35. La solution au problème posé par les représentants ayant commis des infractions alors qu'ils jouissaient de l'immunité *ratione personae* est moins évidente; la position du Rapporteur spécial sur cette question appelle plusieurs observations. Contrairement à lui, M. Vargas Carreño ne pense pas que les hauts représentants de l'État jouissent de cette immunité avant de prendre leurs fonctions. Il n'est pas souhaitable d'affirmer aussi catégoriquement que l'immunité *ratione personae* est toujours absolue; ce n'est d'ailleurs pas ce que prévoit le Statut de Rome pour les chefs d'État ou de gouvernement.

36. Il est vrai que l'on trouve peu de cas, dans la pratique, dans lesquels l'immunité *ratione personae* n'a pas été accordée parce que des crimes internationaux avaient été commis. Le seul exemple donné par le Rapporteur spécial est tiré d'un article dans lequel le professeur Brigitte Stern relève qu'en 2000 un tribunal de Belgrade a condamné 14 dirigeants occidentaux, dont Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, à une peine de vingt ans d'emprisonnement pour des faits commis en Yougoslavie par l'OTAN; l'auteur poursuit en soulignant que cet exemple montre certains des possibles effets contre-productifs de la levée de l'immunité d'anciens représentants⁷⁴.

37. Si l'on s'accorde généralement à penser que l'immunité *ratione materiae* ne doit pas être accordée en cas de crime international grave, la possibilité d'étendre l'immunité *ratione personae* à toutes les catégories d'infractions est quant à elle sujette à controverse. La Commission devrait examiner cette question et trouver une solution conciliant les règles établies du droit international avec la nécessité de combattre l'impunité. On pourrait peut-être s'appuyer sur le paragraphe 1 de l'article III de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Naples en 2009, d'après laquelle: «Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux⁷⁵.» Cette position, moins radicale que l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle l'immunité *ratione personae* est toujours absolue, serait peut-être plus facilement acceptée puisqu'elle a été adoptée par une large majorité des participants à la session de Naples.

38. En conclusion, M. Vargas Carreño félicite le Rapporteur spécial de ses efforts; son rapport a suscité des avis partagés mais il sera utile à la Commission dans ses travaux futurs sur le sujet. Il appuie fermement la proposition visant à créer un groupe de travail qui serait chargé, avec le concours actif du Rapporteur spécial, de rédiger un bref rapport sur les fondements de l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère et sur les caractéristiques de l'immunité *ratione materiae* et de l'immunité *ratione personae*, et qui expliquerait si la commission de certains crimes a

⁷⁴ B. Stern, «Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et des chefs d'État en cas de crime de droit international?», dans M. G. Cohen (dir. publ.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*. Liber Amicorum Lucius Calfish, Leyde, Martinus Nijhoff, p. 513 à 549, à la page 526.

⁷⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (voir *supra* la note 47), p. 230.

⁷² *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 157.

⁷³ *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 277, par. 4.2.

une incidence sur ces formes d'immunité. Il serait incorporé dans le rapport annuel de la Commission à l'Assemblée générale et constituerait un document de base pour l'examen du sujet à la soixante-quatrième session de la Commission.

39. M. PELLET dit qu'il est difficile d'être bref sur un sujet si important, qui a donné lieu à un débat de très haut niveau. Les problèmes techniques évoqués ont des implications importantes qu'il ne faudra pas négliger. Il sera difficile pour la Commission d'aller plus loin sur le sujet tant qu'elle ne se sera pas accordée sur ces problèmes de principe et sur la «direction procédurale» mise en relief par le Rapporteur spécial dans l'aperçu qu'il a donné de son troisième rapport.

40. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial est un bon rapport parce qu'il repose sur une documentation scientifique impressionnante; M. Pellet partage toutefois certaines des réserves de M^{me} Jacobsson quant aux notes de bas de page; ainsi, la note au paragraphe 79 qui fait référence au résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-deuxième session⁷⁶ ne reflète pas les vues de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, mais simplement celles de certaines délégations. L'analyse des matériaux dépouillés dans le deuxième rapport a l'apparence de la rigueur mais elle est en réalité biaisée. Le seul reproche formel que M. Pellet lui ferait est que les notes de bas de page, qui sont abondantes et contiennent des éléments fort importants, auraient pu être incorporées dans le corps du document.

41. D'une certaine manière, il est vraiment regrettable que ce rapport soit aussi bon, car il est fondé sur des prémisses erronées. Le Rapporteur spécial arrive à des conclusions hautement contestables qui en font davantage une sorte de plaidoyer que l'énoncé impartial des données du problème, ce que devrait être tout rapport préliminaire. Le deuxième rapport est en réalité la suite du rapport préliminaire, examiné à la soixantième session en 2008. M. Pellet rappelle qu'à l'époque, plusieurs membres, dont lui-même, s'étaient étonnés de ce que ce rapport ne fasse pas la distinction entre les problèmes d'immunité soulevés par les infractions ordinaires, d'une part, et par les «grands» crimes, d'autre part. Le Rapporteur spécial avait répondu qu'il traiterait ces problèmes dans le suivant, ce qu'il a fait mais d'une façon qui est loin d'être convaincante.

42. Bien que M. Pellet ne soit pas entièrement d'accord avec lui, il reconnaît que M. Dugard a mis le doigt sur le problème posé par le sujet d'une manière claire et convaincante à la séance précédente. Il n'irait pas jusqu'à dire, comme Victor Hugo, qu'il s'agit du «combat du jour et de la nuit»; cela étant, il s'agit de l'affrontement entre deux conceptions du rôle de la Commission et du droit international lui-même. L'approche retenue par le Rapporteur spécial – son plaidoyer spécial – repose sur une conception stricte de la souveraineté qui exclut toute possibilité d'exception à l'immunité absolue des dirigeants de l'État lorsqu'ils jouissent de l'immunité *ratione personae*.

43. M. Pellet sait que le Rapporteur spécial reconnaît la nécessité de distinguer l'immunité *ratione materiae* de l'immunité *ratione personae*; de plus, il n'a globalement pas de problème avec la façon dont il analyse l'immunité *ratione materiae*, ni avec l'essentiel des conclusions qu'il tire au paragraphe 94, alinéas *a* à *m*, du deuxième rapport. Toutefois, ce qui importe dans le présent débat, c'est la conception «hyperwestphalienne» que véhicule le rapport. Comme l'a fait observer M^{me} Jacobsson, cela ramène la Commission au temps où seul l'État était sujet de droit international et où rien de ce qu'il faisait n'était susceptible d'engager sa responsabilité. Car, contrairement à d'autres membres de la Commission, M. Pellet pense comme le Rapporteur spécial que l'immunité des dirigeants est la conséquence de celle de l'État. Mais, tout comme la souveraineté de l'État n'est pas un principe absolu permettant aux États de faire tout ce qu'ils veulent, les dirigeants de l'État ne sauraient se soustraire aux conséquences de leurs actes, quels que soient ces actes, sous prétexte qu'ils représentent l'État. Représenter l'État ne donne pas tous les droits, pas plus que la souveraineté ne donne à l'État le droit de faire n'importe quoi. Comme un membre de la Commission l'a parfaitement expliqué, cette position n'est pas tenable en 2011.

44. À la précédente séance, M. Dugard a déclaré qu'il ne voulait pas rentrer dans un débat sur ce qui constitue la règle et ce qui constitue l'exception en ce qui concerne l'octroi de l'immunité, mais qu'il convenait avec M. Melescanu que cette question était au cœur du débat. M. Pellet est fermement convaincu que la question ne se pose pas dans les termes énoncés par le Rapporteur spécial. Celui-ci postule que le principe fondamental est celui de l'immunité absolue des dirigeants de l'État, ou à tout le moins du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères, mais M. Pellet se demande, comme M. Vargas Carreño, qui d'autre pourrait bénéficier de cette immunité absolue; or le Rapporteur spécial laisse la question pendante.

45. L'absence d'immunité de juridiction pénale ne serait qu'une exception, dont le Rapporteur spécial ne trouve nulle trace en droit positif. Il ne s'agit en fait que d'un simple postulat qui n'est pas acceptable car il revient à nier tous les progrès du droit international depuis la Première Guerre mondiale et en particulier depuis la Seconde Guerre mondiale, avec l'apparition de l'idée de communauté internationale et la prise de conscience, aussi limitée soit-elle, que les membres de cette communauté sont liés par des intérêts supérieurs qui l'emportent sur les intérêts particuliers de chacun. Ces intérêts supérieurs sont reflétés dans la notion de *jus cogens* en droit international général.

46. Ces intérêts de la communauté internationale sont encore balbutiants et rudimentaires, mais ils existent et ont pour l'approche du sujet une importance fondamentale car l'important principe qui a émergé de cet ordre public international n'est pas celui de l'immunité mais celui de la responsabilité à la fois de l'État et de ses représentants pour quelques crimes très graves, principe selon lequel les auteurs de ces crimes, qu'ils soient des États, des organisations internationales ou des particuliers, peuvent être jugés sans bénéficier de l'immunité.

⁷⁶ A/CN.4/588, par. 161.

47. Évoquant l'échange précédent entre M^{me} Jacobsson et le Rapporteur spécial sur le lien entre responsabilité individuelle et responsabilité de l'État, M. Pellet dit qu'il n'est pas d'accord avec M^{me} Jacobsson et M. Melescanu, mais qu'il partage l'avis du Rapporteur spécial. S'il est exact que dans des situations exceptionnelles la responsabilité de l'État et celle de ses dirigeants peuvent être dissociées, dans pratiquement tous les cas les dirigeants sont responsables à raison de leurs fonctions, même s'ils ont agi *ultra vires*. On peut également considérer que la responsabilité de l'État est engagée du fait des actes de ses représentants.

48. Toutefois, la Commission n'envisage que les crimes majeurs constituant des violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. M. Pellet souligne qu'ainsi qu'il l'a souvent dit lors de l'examen du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁷⁷, en particulier les articles 40 et 41, une des principales conséquences résultant de cette catégorie particulière de faits internationalement illicites est que dans ces situations l'État devient transparent. De plus, c'est précisément dans de tels cas que l'on peut rechercher la responsabilité individuelle des dirigeants, y compris des chefs d'État qui ne peuvent s'abriter derrière le voile étatique pour s'exonérer de cette responsabilité.

49. Dans ces cas-là, et comme le Tribunal de Nuremberg l'a indiqué dans son jugement, «ce sont des hommes, et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international⁷⁸», de sorte que l'État, qui est également responsable, devient transparent et que sa personnalité ne peut tenir en échec la responsabilité pénale de l'individu. Cela est proclamé par de nombreux traités internationaux, dont certains sont le fruit des travaux de la Commission, comme les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal de 1950⁷⁹ et les traités mentionnés par M. Dugard à la séance précédente.

50. Il importe également de ne pas confondre règles de fond et règles de compétence, comme l'ont apparemment fait les juges qui ont émis une opinion dissidente dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, également évoquée par M. Dugard. En d'autres termes, contrairement à ces juges, M. Pellet ne croit pas qu'on puisse dire que les normes de *jus cogens* que les requérants étaient accusés d'avoir violées, en l'espèce l'interdiction de la torture, étaient supérieures aux règles relatives à la compétence, pas plus que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête:2002)*, ne pouvait exercer une compétence qu'elle n'avait pas au prétexte que le demandeur prétendait que le défendeur était responsable de la violation d'une règle du *jus cogens*. En raisonnant ainsi, on

confond règles de fond et règles de compétence et c'est pourquoi M. Pellet ne peut souscrire aux vues exprimées par M^{me} Jacobsson à cet égard.

51. Cela dit, M. Pellet aurait abouti à la même conclusion que les juges dissidents en faisant observer que, dans un tel cas, il n'y a tout simplement pas d'immunité; le résultat est le même mais le raisonnement suivi est très différent et, sans vouloir offenser, plus exact. Pour grossir le trait, il va sans dire que ce n'est pas parce qu'un individu est accusé des crimes de génocide ou d'agression que la Cour internationale de Justice, qui n'a pas compétence pour se prononcer sur la responsabilité des individus, serait compétente pour le juger. Cette situation – le fait que la Cour n'est pas compétente – ne résulte pas de l'immunité de l'individu concerné mais des règles régissant la compétence de la Cour. En revanche, si une juridiction pénale nationale ou internationale est compétente pour juger l'auteur de certains crimes internationaux que la communauté internationale veut réprimer, alors l'individu ne peut en aucune manière exciper de son immunité tout simplement parce qu'il n'y en a pas. Ici encore, bien que le raisonnement soit différent et fondé sur la compétence de la juridiction concernée, le résultat est le même.

52. Une fois établi le principe fondamental de la responsabilité – et donc l'absence d'immunité – deux questions se posent. Premièrement, quand cette responsabilité à l'égard de la communauté internationale prévaut-elle? Deuxièmement, existe-t-il des exceptions à cette responsabilité sous la forme d'immunité de juridiction pénale et, dans l'affirmative, devant quels tribunaux?

53. Concernant la première question, dans une société telle que la communauté internationale, si peu unie et solidaire, les cas de responsabilité absolue seront très limités et concerneront sans doute le génocide, les crimes contre l'humanité, l'agression, la torture et les crimes de guerre, pour autant qu'ils soient commis d'une manière systématique et à grande échelle. Une certaine prudence est de mise afin de ne pas banaliser les règles du *jus cogens*.

54. La réponse de M. Pellet à la seconde question est un non catégorique: il ne peut y avoir d'exceptions dans les rares cas de responsabilité absolue dans lesquels l'État devient transparent et les individus qui agissent en son nom n'ont pas droit à l'immunité, sauf à considérer que l'absence de compétence de la juridiction saisie constitue une exception. Il s'agit là toutefois d'une tout autre problématique.

55. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial est donc un bon exemple de plaidoyer *pro domo*, mais dans la mesure où il part d'une prémisse erronée, ou en tout cas incomplète, il ne peut aboutir à des conclusions exactes. Pour paraphraser Blaise Pascal, qui avait dit: «Plaisante justice qu'une rivière borne⁸⁰», on pourrait dire: plaisante science qu'une science aveugle à toutes les évolutions que le droit a connues depuis un siècle dans ce domaine, avec pour ligne de mire les seules autorités qui toutes regardent résolument vers le passé.

⁷⁷ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

⁷⁸ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, vol. I, Nuremberg, 1947, p. 235.

⁷⁹ Voir *supra* la note 55.

⁸⁰ B. Pascal, *Pensées, lettres et opuscules divers*, Paris, Napoléon Chaix et Cie, 1864, chap. III, p. 83 (source Bibliothèque nationale de France, Gallica, disponible à l'adresse suivante: <http://gallica.bnf.fr>).

56. M. Pellet n'a pas l'intention d'examiner les arguments du Rapporteur spécial un par un; M. Dugard a déjà montré qu'ils pouvaient être contrés. Certes, si l'on veut se placer strictement du point de vue du droit positif, tout ne va pas dans le même sens. Le malheureux arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* a sans aucun doute renforcé la thèse de l'immunité absolue. M. Pellet a souvent dénoncé ce qu'il considère comme étant une des décisions les plus regrettables de la Cour depuis 1923, non pas tant parce que le raisonnement qui la motive est intenable, mais parce que le raisonnement inverse l'est tout autant et parce que la Cour pourrait parfaitement arriver aux mêmes conclusions, que M. Pellet approuve, en se fondant sur des motifs complètement différents, à savoir ceux relatifs à la compétence des juridictions belges. Elle a ainsi choisi de porter un coup à l'évolution heureuse à laquelle les affaires *Pinochet* devant la Chambre des lords et *Kadhafi* devant la Cour de cassation française avaient donné naissance.

57. La Commission doit prêter la plus grande attention à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, mais elle n'est nullement obligée de faire siens tous ses raisonnements tortueux, notamment ses erreurs; d'abord parce qu'il n'existe pas de rapport hiérarchique entre les deux institutions et, deuxièmement, parce qu'elles n'ont pas la même fonction. La Cour ne peut se prononcer que sur la base du droit positif, la *lex lata* (même s'il n'est pas certain que, dans l'affaire évoquée, le droit existait déjà), tandis que le premier devoir de la Commission est de développer progressivement le droit international. Elle dispose d'éléments plus que suffisants pour s'engager dans la bonne direction, celle de la consolidation de la tendance que la Cour internationale de Justice s'est si maladroitement employée à briser dans son arrêt de 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

58. C'est essentiellement pour ces raisons que M. Pellet regrette de devoir, en conscience, et nonobstant son estime pour le Rapporteur spécial, joindre sa voix à celles de M. Dugard, de M. Melescanu, de M^{me} Jacobsson et de M. Vargas Carreño, et exhorte la Commission à ne pas examiner plus avant le sujet sans avoir discuté de l'orientation générale que le Rapporteur spécial entend lui donner. Il convient avec M^{me} Jacobsson et M. Vargas Carreño que cet examen devrait être effectué au sein d'un groupe de travail qui, il l'espère, sera présidé par le Rapporteur spécial ou par un membre ayant sa confiance. M. Pellet souhaiterait que ce groupe de travail oriente les travaux dans une direction plus susceptible de répondre aux espoirs de nombreux membres, ainsi que des organisations et militants des droits de l'homme, dans le cadre d'une réorientation judicieuse du droit international tenant compte des intérêts de la communauté internationale dans son ensemble.

59. M. PETRIĆ dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État constitue une bonne base de discussion car il est le résultat d'une analyse minutieuse de la pratique des États, de la jurisprudence nationale et internationale et de la doctrine en la matière.

60. Certaines vues et conclusions du Rapporteur spécial, notamment en ce qui concerne les exceptions à

l'immunité, ne peuvent que provoquer une réaction et susciter un débat, ce qui permet à la Commission d'approfondir la discussion sur ce sujet délicat mais important. Probablement qu'aux paragraphes 90 à 93 et aux alinéas *n* et *o* du paragraphe 94 du deuxième rapport, le Rapporteur spécial exprime plutôt son avis qu'il ne propose une orientation à la Commission. Du reste, plusieurs orateurs précédents, s'appuyant essentiellement sur les mêmes éléments, à savoir la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, sont arrivés à des conclusions fort différentes des siennes.

61. La Commission est habilitée par la Charte des Nations Unies à développer progressivement le droit international et à le codifier – en d'autres termes, à élaborer des instruments juridiques internationaux et à les soumettre aux États. C'est son objectif dans le cadre des travaux sur le présent sujet. Concrètement, la codification consiste à transformer les règles du droit coutumier en un projet de traité. L'existence de règles coutumières dans la pratique des États et dans l'*opinio juris* est une condition *sine qua non* de la codification. Quant au développement progressif, il devrait aller de pair avec la codification et transcender le droit coutumier existant, ce qui ne veut pas dire que cet exercice soit délibéré et sans limites. Il doit être pertinent et tenir compte des tendances du droit international, des valeurs humanistes qui se font jour et des réalités de la communauté internationale. Le développement progressif peut prendre une longueur d'avance sur le droit international coutumier existant, mais il doit s'effectuer prudemment, et répondre au besoin de réglementer certains aspects nouveaux qui intéressent la communauté internationale et les États individuellement tout en renforçant dans le même temps la coopération entre les États, leur coexistence et leurs intérêts communs.

62. Dans la plupart des cas, la Commission conjugue codification et développement progressif du droit et on peut considérer qu'il en ira de même s'agissant du sujet examiné. La Commission doit donc non seulement analyser les règles existantes du droit international coutumier relatives à l'immunité des représentants de l'État, mais aussi les besoins et les attentes de la communauté internationale, les valeurs et les tendances de la science juridique et les nécessités de la société humaine. Alors que la codification du sujet s'appuie sur la pratique existante des États, le développement progressif doit être prospectif et anticiper les problèmes susceptibles de se poser à l'avenir. Il apparaît, en définitive, que le deuxième rapport du Rapporteur spécial fait la part trop belle au droit positif ayant atteint la maturité requise pour être codifié et n'explore pas suffisamment les possibilités de développement progressif.

63. Dans quelle mesure faut-il développer le droit? Tel est le principal dilemme auquel la Commission est confrontée dans ses travaux sur le sujet. D'un côté, le principe de l'immunité *ratione personae* et *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est bien établi en droit international coutumier. Le Rapporteur spécial examine ce principe dans son rapport préliminaire⁸¹ et dans la première partie de son deuxième rapport. D'un autre côté, l'évolution récente de la pratique

⁸¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

et de la jurisprudence, les opinions dissidentes émises par des juges de tribunaux internationaux et la doctrine mettent l'accent sur le principe vital de non-impunité pour les crimes de droit international, un principe consacré par les décisions du Tribunal de Nuremberg, du Tribunal international militaire pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo), de la Cour pénale internationale et de quelques tribunaux ad hoc, et dont le corollaire est l'idée de compétence universelle pour les crimes les plus graves.

64. Nul ne conteste que l'immunité des représentants de l'État est une règle établie du droit international. Ce principe consacré découle de la nécessité pour les États de coopérer et il est, comme l'immunité diplomatique, très important. Toutefois, on ne peut non plus nier qu'une attente s'est fait jour dans le monde contemporain et qu'il faut faire en sorte que les auteurs de crimes de droit international ne restent pas impunis. On peut concilier ces deux exigences en admettant des exceptions à l'immunité pour les crimes de *jus cogens*. La Commission devra toutefois examiner jusqu'où elle peut aller à cet égard. Telle serait la principale tâche du groupe de travail qui pourra être créée pour le sujet. Le Rapporteur spécial consacre la moitié de son deuxième rapport aux exceptions à l'immunité; il considère donc que la question de savoir comment traiter le problème de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en cas de crimes de droit international est la question centrale dans les travaux de la Commission. Toutefois, M. Petrič ne partage pas son avis selon lequel une seule exception peut être admise.

65. M. Petrič ne partage pas non plus l'avis du Rapporteur spécial sur la question des actes *ultra vires* des représentants de l'État. Les représentants de l'État qui agissent *ultra vires* n'agissent plus sur les instructions de l'État ni dans le cadre de leurs fonctions officielles. Or l'immunité *ratione materiae* d'un représentant de l'État est un prolongement de l'immunité de l'État. Comme les actes *ultra vires* ne relèvent pas des fonctions officielles et ne sont pas autorisés par l'État, ils ne doivent pas être couverts par l'immunité *ratione materiae*.

66. M. Petrič n'est pas non plus convaincu par les paragraphes 35 à 37 du deuxième rapport. Sa propre réflexion l'a amené à conclure que l'immunité *ratione personae* était un aspect de la souveraineté de l'État et que, par conséquent, seuls les représentants de l'État qui agissent au nom de l'État souverain devaient en jouir. Aucun représentant de haut rang autre qu'un chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères ne bénéficie de l'immunité *ratione personae*. Les «personnalités de rang élevé» et «autres personnes pouvant prétendre» à cette immunité, évoquées aux paragraphes 35 et 36 du rapport, jouissent toutes de l'immunité *ratione materiae* qui leur permet d'exercer leurs fonctions sans entraves.

67. De plus, l'immunité ne s'impose que pour les actes officiels; elle ne devrait pas couvrir les actes accomplis à titre privé. Pour résumer, l'immunité *ratione personae*, dont l'apparition remonte au XIX^e siècle, voire avant, ne devrait pas être étendue à d'autres représentants de l'État qui bénéficient déjà de l'immunité *ratione materiae*.

68. Venant à la partie cruciale du deuxième rapport, consacrée aux exceptions à la règle consacrant l'immunité,

M. Petrič note que le Rapporteur spécial affirme au paragraphe 54 que «les exceptions à l'immunité envisagées sont celles qui sont fondées sur le droit international coutumier». Cette limite est importante. Il ajoute qu'«il ne fait aucun doute que la levée ou l'exclusion de l'immunité peuvent être obtenues par la conclusion d'un accord international», ce qui est une observation plus importante encore. S'il existe effectivement des exceptions à l'immunité bien établies en droit coutumier, ces exceptions peuvent tout autant être établies par un traité bilatéral ou multilatéral. La tâche de la Commission consiste précisément à élaborer un projet de traité multilatéral sur l'immunité des représentants de l'État prévoyant des exceptions à l'immunité et réalisant un développement progressif du droit. Ce projet de traité devrait tenir compte des valeurs et besoins actuels de la communauté internationale et s'appuyer sur le principe de non-impunité à raison des crimes réprimés par des règles de *jus cogens*.

69. Au paragraphe 56 du deuxième rapport, le Rapporteur spécial énonce plusieurs fondements possibles d'exceptions à l'immunité en s'appuyant sur la jurisprudence des juridictions internationales et nationales, sur les travaux de l'Institut de droit international et sur les observations faites par des organisations non gouvernementales. Dans les paragraphes suivants, il donne plus de précisions sur ces fondements et arrive à la conclusion que «[l]es divers arguments avancés pour justifier les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont pas suffisamment convaincants» (par. 94 n). La Commission devrait toutefois rechercher d'autres exceptions que la seule admise par le Rapporteur spécial et s'efforcer de trouver des arguments convaincants pour les étayer. La prudence dont le Rapporteur spécial fait preuve dans le libellé de ses conclusions est bienvenue au regard de son analyse aux paragraphes 57 à 59 du rapport. Il n'exclut pas totalement la possibilité que d'autres exceptions à l'immunité des représentants de l'État puissent exister. À divers endroits dans le rapport, il fait état de points de vue différents et contradictoires, notamment les opinions dissidentes de juges dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Il affirme que l'idée s'est «assez largement répandue» d'exceptions à l'immunité mais note «qu'on ne voit pas bien pour quelle raison la gravité d'un acte criminel» justifierait une exception (par. 61). Sa conclusion est toutefois claire: aucune règle du droit international coutumier n'institue d'exceptions à l'immunité. Il ne fait aucunement mention du développement progressif.

70. La Commission n'a pas suffisamment de temps pour examiner en détail tous les arguments bien étayés du Rapporteur spécial. Celui-ci affirme au paragraphe 61 de son deuxième rapport qu'«on ne voit pas bien pour quelle raison la gravité d'un acte criminel entraînerait un changement d'imputation tant aux fins de la responsabilité qu'aux fins de l'immunité». Or c'est précisément la gravité particulière du crime: l'acte criminel ne perd pas son caractère officiel et reste attribuable à l'État mais sa gravité, qui résulte de la violation d'une norme impérative du droit international, prive ses auteurs du bénéfice de l'immunité. Dans tout conflit entre les règles de l'immunité et celles du *jus cogens*, il est raisonnable que ces dernières prévalent. C'est la position clairement adoptée par la doctrine.

71. Au paragraphe 64, le Rapporteur spécial affirme que la norme d'immunité a un caractère procédural et n'exerce aucune influence sur la criminalisation des actes contraires au *jus cogens*. C'est exact, mais rien n'empêche d'introduire des exceptions à l'immunité pour préserver le principe de non-impunité. Il est également difficile d'accepter les conclusions énoncées aux paragraphes 68 et 69 du rapport. Les règles de droit international relatives au châtement des criminels de guerre établies par le Statut du Tribunal de Nuremberg, le Statut du Tribunal de Tokyo, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont fortement influencé l'*opinio juris*. Peu importe que les puissances de l'Axe n'aient pas revendiqué l'immunité, elles n'étaient pas en mesure de le faire.

72. Au paragraphe 72 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial conteste l'opinion selon laquelle l'immunité *ratione materiae* d'un agent de l'État est sans effet dans le cas d'un crime dont un État étranger connaît dans l'exercice de la compétence pénale universelle. D'un autre côté, au paragraphe 74, il estime qu'«[a]u premier abord», la possibilité d'exercer une compétence universelle pour les crimes internationaux graves est inscrite dans la législation de nombreux pays. En cas de crime grave, il est manifestement justifié de dire que des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère existent aussi. Le fait qu'un État n'ait pas adhéré au Statut de Rome ne devrait pas permettre à ses représentants d'invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère pour des crimes graves dont ils auraient dû répondre devant la Cour pénale internationale si l'État qu'ils représentent avait ratifié le Statut de Rome.

73. L'immunité, qu'il s'agisse de l'immunité diplomatique ou de l'immunité des représentants de l'État, est un bien précieux dans les relations internationales. En même temps, les relations internationales contemporaines exigent que les crimes de droit international les plus graves ne restent pas impunis. Dans le cadre de ses travaux sur le sujet à l'examen, la Commission devra trouver un équilibre convenable entre codification et développement progressif du droit. Bien que le droit coutumier ne comporte aucune règle instituant des exceptions à l'immunité, la Commission doit avoir le développement progressif à l'esprit lorsqu'elle élabore un instrument sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. La portée de ce développement progressif dépendra des futurs débats à la Commission et de l'accueil réservé à ses rapports à la Sixième Commission.

74. La Commission ne doit pas remettre en cause la notion d'immunité, qui est utile, mais veiller à ce que les auteurs de crimes de *jus cogens* ne restent pas impunis parce que leurs crimes lèsent des milliers de personnes et détruisent des communautés et des pays entiers. L'intérêt commun de l'humanité est de les réprimer.

75. La Commission ne devrait pas rédiger de projets d'article à ce stade, car elle doit d'abord engager un débat de fond pour déterminer jusqu'où elle peut aller dans le développement progressif du droit sur le sujet. La création d'un groupe de travail est donc une bonne idée.

76. M. GAJA dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est étayé par un nombre impressionnant de références jurisprudentielles et doctrinales, mais que ses arguments sont tous malheureusement orientés. C'est particulièrement le cas quand il affirme que le principe général est celui de l'immunité *ratione materiae* des représentants étrangers et que ce principe ne souffre aucune exception parce que la pratique est à cet égard soit loin d'être uniforme, soit insuffisante.

77. Les considérations du Rapporteur spécial sur la question de la relation entre l'immunité fonctionnelle et l'exercice de la compétence à l'égard des crimes internationaux doivent être appréciées à la lumière des grandes lignes de son troisième rapport (A/CN.4/646), qu'il a présentées à la séance précédente. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial s'emploie à démontrer que l'immunité fonctionnelle ne s'applique que lorsque le représentant de l'État l'invoque. Dès lors, si l'État du représentant n'invoque pas l'immunité, les décisions de justice concernant les auteurs d'infractions ne peuvent être considérées comme d'importants éléments de la pratique en faveur de la limitation de l'immunité. Cette approche tend ainsi à minimiser l'importance de certaines décisions concernant des crimes internationaux commis par des représentants étrangers. Il est probablement trop tôt pour débattre des présupposés du Rapporteur spécial, toutefois il convient d'en tenir compte.

78. Les indications données par les traités sur la répression des crimes internationaux montrent que la description que donne le Rapporteur spécial de l'état du droit positif n'est pas tout à fait exacte. Les traités peuvent déroger à une règle de droit international général relative à l'immunité fonctionnelle, ou immunité *ratione materiae*, mais ils contiennent aussi des éléments indiquant que cette règle ne s'applique pas quand l'infraction dont le représentant de l'État est accusé est un crime international.

79. La plupart des traités relatifs à la répression des crimes internationaux ne comportent pas de dispositions sur l'immunité. On ne peut pas considérer que par ce silence, ils reconnaissent implicitement que l'immunité s'applique. Comme le suggère l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il existe une exception implicite qui permet d'exempter de la juridiction pénale les quelques personnes jouissant de l'immunité personnelle pendant qu'elles sont en fonctions. Si une exception similaire était établie en matière d'immunité fonctionnelle, des milliers de personnes seraient à l'abri des poursuites pour une période indéfinie et de nombreux traités relatifs à la répression des crimes internationaux perdraient tout leur sens.

80. Par exemple, les États parties à la Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile ont l'obligation de réprimer de peines sévères les crimes énumérés à l'article 1 et d'exercer leur compétence dans certaines conditions. M. Gaja se demande si la Convention peut être interprétée comme signifiant que l'immunité fonctionnelle d'une personne soupçonnée d'un crime tel que la pose d'une bombe à bord d'un aéronef limite l'obligation

de l'État d'exercer sa compétence à l'égard de ce crime. La Convention mettrait-elle ainsi les représentants étrangers à l'abri des poursuites? S'il s'avère que le suspect travaille pour les services de renseignement d'un État, l'autre État concerné doit-il s'abstenir d'engager des poursuites parce que l'intéressé jouit de l'immunité? Ne serait-il pas plus raisonnable de considérer que cette convention, comme d'autres traités analogues, exige que le suspect fasse l'objet de poursuites pénales qu'il soit ou non un représentant de l'État? Le silence des traités relatifs à la répression des crimes internationaux sur la question de l'immunité devrait en règle générale être interprété comme signifiant qu'il n'y a pas d'exception.

81. La Convention de Montréal ne distingue apparemment pas selon que l'État concerné l'a ratifiée ou non. Cette convention et les instruments analogues indiquent que les États parties sont habilités à réprimer les actes qu'ils condamnent, que leurs auteurs soient ou non des représentants de l'État. En d'autres termes, l'immunité fonctionnelle ne peut être invoquée en cas de crime international. Compte tenu du nombre de traités sur la répression des crimes internationaux, c'est un argument de poids.

82. Dans le paragraphe 59 de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* cité au paragraphe 77 du deuxième rapport et qui contredit semble-t-il l'argument susmentionné, il est dit que les conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ne portent en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier et que celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions. Toutefois, la Cour n'a pas dit qu'en droit international coutumier, les crimes internationaux étaient également couverts par l'immunité *ratione materiae*. Compte tenu de la position de la plupart des États qui sont parties aux nombreuses conventions sur la répression des crimes internationaux, il semble hautement improbable que le droit international coutumier comporte une règle générale selon laquelle l'immunité *ratione materiae* est applicable quels que soient les actes qui ont été commis.

83. M. VASCIANNIE félicite le Rapporteur spécial de son rapport stimulant et perspicace et de sa présentation généralement convaincante du droit positif. Il approuve, dans l'ensemble, les arguments juridiques avancés au paragraphe 94; premièrement, l'idée que l'immunité des représentants de l'État constitue la règle générale et que l'absence d'immunité dans des situations particulières relève de l'exception (par. 94 a).

84. Deuxièmement, il est également exact de dire que les représentants de l'État jouissent de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère: ils en bénéficient dès lors que l'acte a été commis «à titre officiel». Il est parfois difficile de distinguer les actes accomplis à titre officiel des autres actes mais cela n'invalide pas la distinction. Le caractère officiel ou non d'un acte peut être déterminé non seulement en s'appuyant sur le droit de la responsabilité de l'État, sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et d'autres instruments internationaux, mais aussi grâce aux indications données par

les systèmes nationaux où la distinction est commune. De fait, le Rapporteur spécial voudra peut-être envisager, à un stade ultérieur des travaux, de mieux préciser ce qui constitue un acte officiel aux fins de l'immunité.

85. Troisièmement, le Rapporteur spécial considère à juste titre que la distinction entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae* est un aspect important du droit. L'immunité *ratione personae* couvre non seulement les actes illégaux commis à titre officiel mais également les actes illégaux commis à titre privé avant la prise de fonctions ou au cours de l'exercice de celles-ci. Cette immunité totale ou absolue est toutefois réservée à un cercle relativement limité de représentants de l'État, en principe le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Ce que le Rapporteur spécial appelle la «troïka» ou la «triade» aux fins de l'immunité *ratione personae* semble conforme au droit en vigueur, malgré les réserves exprimées par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans leur opinion individuelle commune en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Sur ce point, M. Vasciannie pense qu'on ne peut pas écarter à la légère l'opinion majoritaire exprimée dans cette affaire.

86. Quatrièmement, le Rapporteur spécial indique dans son deuxième rapport que «[I]es divers arguments avancés pour justifier les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont pas suffisamment convaincants» (par. 94 n), ce qui est davantage sujet à controverses. Cela n'empêche pas le Rapporteur spécial d'étudier de manière approfondie, dans les paragraphes 54 à 93, la possibilité d'exceptions à la règle générale de l'immunité. Ces exceptions possibles reposent notamment sur l'idée que des actes illégaux ne peuvent être considérés comme des actes officiels; sur l'idée qu'un même acte ne doit pas être attribué à un individu et à un État; sur le *jus cogens*; sur l'apparition d'une nouvelle règle de droit coutumier faisant obstacle à l'immunité; sur la compétence universelle et sur le principe *aut dedere aut judicare*. Après avoir examiné tous ces arguments au regard de l'immunité, le Rapporteur spécial les écarte. Sa propre lecture du droit amène toutefois M. Vasciannie à considérer que l'exception tirée du *jus cogens* devrait être examinée de manière plus approfondie. Le Rapporteur spécial passe en revue des décisions de justice relatives au *jus cogens* mais il ne dit pas clairement pourquoi une norme du *jus cogens* interdisant la torture, par exemple, ne pourrait faire échec à l'immunité procédurale des représentants de l'État. Au paragraphe 65, il évoque les remarques de Lord Hoffman dans l'arrêt rendu en 2006 par la Chambre des lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Jones c. Ministère de l'intérieur Al-Mamlak Al-Arabia as Saudiya (Royaume d'Arabie saoudite)*, mais ces remarques relèvent davantage de l'affirmation que de l'analyse des raisons pour lesquelles la norme de *jus cogens* ne devrait pas prévaloir. Si on part du principe de base que les règles du *jus cogens* ont un caractère impératif, il n'y a qu'un pas à franchir pour affirmer qu'une juridiction étrangère doit constater la violation d'une telle règle, y compris vis-à-vis d'un individu qui jouit de l'immunité procédurale. À cet égard, l'opinion minoritaire dans l'affaire *Al-Adsani* jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, est très intéressante (mentionnée au paragraphe 63 du deuxième rapport).

87. L'approche retenue par le Rapporteur spécial oblige la Commission à revenir à des principes élémentaires puisque la nature même de l'exercice est en cause. On peut considérer qu'il s'agit essentiellement d'un exercice de codification visant à formuler le droit existant en matière d'immunité de l'État. La jurisprudence et la doctrine suggèrent des solutions différentes, et les États apprécieraient peut-être que des indications leur soient données sur ce qui est admis et exigé en droit international en matière d'immunité des représentants de l'État. Cela serait particulièrement utile, étant donné l'inévitable retentissement des affaires dans lesquelles des hauts représentants d'un État sont traduits en justice dans un autre pays.

88. Mais on peut aussi envisager le sujet sous l'angle du développement progressif du droit. De ce point de vue, M. Vasciannie appuierait le Rapporteur spécial s'il réorientait ses travaux afin de tenir davantage compte des considérations politiques diverses qui pèsent de manière croissante sur ce domaine du droit. Le droit de l'immunité de l'État s'est développé sur la base de considérations politiques importantes. On considérait traditionnellement que l'immunité des représentants de l'État favorisait l'harmonie des relations interétatiques et, par conséquent, encourageait l'ordre, la sécurité et la stabilité internationales. Ce droit s'est également construit sur l'idée que la courtoisie et la réciprocité étaient d'importants éléments à prendre en considération: si le ministre des affaires étrangères d'un État *x* fait l'objet de poursuites pénales dans un État *y*, combien de temps s'écoulera-t-il avant que l'État *x* engage à son tour des poursuites à titre de représailles? L'idée qu'une même personne puisse être considérée comme un combattant de la liberté par les uns et comme un terroriste par les autres, sans encourager les États à l'inertie face au mal, devrait toutefois mettre en lumière le danger inhérent à l'engagement de poursuites par un État contre les dirigeants d'un autre État pour des questions politiques qui ne sont peut-être pas dénuées de subjectivité.

89. Deux autres arguments de principe justifient le régime juridique actuel. L'un d'eux repose sur la notion de territorialité. On a souvent dit que la législation extraterritoriale posait problème, voire qu'elle était contraire aux règles du droit international: de ce point de vue, on peut dire que l'État ne doit pas outrepasser ses pouvoirs en jugeant les représentants d'un autre État accusés de crimes qui n'ont pas été commis sur son territoire. L'exercice de la compétence pénale extraterritoriale peut se révéler contre-productive, non seulement parce qu'il s'agit pour un État d'élargir sa souveraineté à d'autres pays mais aussi parce que la recherche des éléments de preuve contre l'accusé et leur appréciation peuvent se révéler problématiques.

90. L'autre argument de principe est plus ouvertement politique: on peut raisonnablement penser que dans un monde dans lequel les représentants de l'État ne jouiraient pas de l'immunité, les procès politiques seraient trop nombreux; le procès deviendrait le principal moyen de régler des différends essentiellement politiques. Il serait utile que toutes les parties prenantes souscrivent à l'idée d'un système de tribunaux extraterritoriaux; il semble toutefois peu probable, vu les divisions politiques de la communauté internationale, qu'un tel système de

tribunaux pénaux nationaux chargés de juger les étrangers soit accepté. De plus, tout système dans lequel les juridictions d'un État pourraient ne pas tenir compte de l'immunité des représentants des autres États serait certainement accusé de permettre aux États les plus puissants de juger les représentants d'États qui le sont moins, mais pas l'inverse – une accusation à ne pas négliger par la Commission quand elle étudiera l'applicabilité de règles relatives à l'immunité.

91. D'un autre côté, d'importants arguments de principe appellent la levée de l'immunité des représentants de l'État dans certains cas. Ainsi, l'accent étant mis de plus en plus sur la promotion et la protection des droits de l'homme, on ne saurait affirmer que les représentants de l'État peuvent échapper à des poursuites pour des crimes odieux commis à l'échelon national simplement parce qu'ils sont représentants de l'État. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les crimes graves considérés aujourd'hui comme des crimes internationaux. Il devient en outre de plus en plus évident que la Cour pénale internationale ne se verra pas confier toutes les compétences initialement prévues. Les optimistes espèrent peut-être encore qu'elle pourra juger des ressortissants de tous les États, mais compte tenu de réalités politiques et diplomatiques bien connues, cela reste peu probable. On est donc fondé à affirmer qu'il devrait exister d'autres moyens de traduire en justice les représentants de l'État ayant commis certains crimes graves: le système international pourrait alors promouvoir la justice et réduire le risque d'impunité.

92. Enfin, M. Vasciannie considère que les arguments du Rapporteur spécial sont équilibrés et qu'il devrait être encouragé à les développer afin de pouvoir faire des recommandations sur la question de savoir s'il convient que la Commission codifie peu à peu le droit, ou si elle doit essayer de décrire plus en détail ce que serait ce droit s'il était convenu de le développer progressivement. Les États seront peut-être hostiles à cette démarche mais il ne faut pas l'écarter pour autant. Le Rapporteur spécial voudra peut-être également tenir compte, dans la préparation de son prochain rapport, de certaines préoccupations qui ont été exprimées au sein de la Commission, notamment les préoccupations relatives aux droits de l'homme.

93. En conclusion, M. Vasciannie observe que l'excellent deuxième rapport du Rapporteur spécial est très stimulant pour la Commission.

94. M. McRAE remercie le Rapporteur spécial de son deuxième rapport, qui présente le même degré élevé d'érudition et d'expertise que le rapport préliminaire. Il salue également la vigueur avec laquelle M. Dugard l'a contesté. Ses positions étant aux antipodes de celles du Rapporteur spécial, la discussion est donc bien encadrée.

95. Si personnellement il approuve le contenu du deuxième rapport dans ses grandes lignes, certains points clefs continuent de prêter à controverse, le plus important étant celui de savoir s'il doit ou non y avoir des exceptions à l'immunité en cas de crimes internationaux graves. Le Rapporteur spécial répond qu'il ne devrait pas y en avoir ou qu'en tout état de cause il n'a pas été établi qu'il devrait y en avoir. Il n'admet donc la possibilité d'exceptions que

dans des conditions très strictes: elles doivent être «fondées sur le droit international coutumier» (paragraphe 54 du rapport). Il examine ensuite la pratique et l'*opinio juris*, en constate l'absence et note que si des affaires ont bien été portées devant les juridictions nationales et internationales, c'est généralement sans succès. Le Rapporteur spécial considère que les vues des auteurs sur la question relèvent de la *lex ferenda* et il n'est pas convaincu, pour des raisons de principe, qu'il soit opportun de déroger à l'immunité.

96. L'approche de M. Dugard est à l'opposé de celle du Rapporteur spécial: au lieu de s'appuyer sur une règle de droit international coutumier, condition *sine qua non* traditionnelle de toute action de la Commission, il estime que celle-ci doit se prononcer sur une question de principe fondamentale: est-elle pour l'impunité ou pour la responsabilité? Il considère que la Commission ne doit pas traiter cette question avec rigidité mais tenir compte des évolutions dans ce domaine; la communauté internationale a dépassé le statu quo et s'emploie à mettre l'accent sur la responsabilité et à rejeter l'impunité.

97. Il s'ensuit que le débat porte sur les principes, mais M. McRae ne pense pas qu'on puisse répondre à la question de principe fondamentale qui se pose en disant qu'une approche est fondée en droit et l'autre non. On ne réglera pas non plus le problème en tentant de s'accorder sur ce qu'est le droit en la matière, même si des observations très intéressantes sur le droit international coutumier viennent d'être faites à cet égard par M. Gaja.

98. Si l'on considère, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'y a d'exception à l'immunité que si elle est consacrée par une règle de droit international coutumier pouvant être dégagée au moyen des outils d'analyse traditionnels – la pratique des États, les décisions de tribunaux internationaux, etc. –, alors on comprend mieux sa position. Comme il l'a souligné, l'immunité souffre rarement d'exceptions dans la jurisprudence et il n'y est pas dérogé dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. La pratique conventionnelle des États ne consacre aucune exception à l'immunité et les éléments traditionnellement considérés comme nécessaires pour établir l'existence d'une *opinio juris* ne sont pas réunis. Autrement dit, si l'on retient l'hypothèse de départ du Rapporteur spécial, on comprend mieux ses conclusions; son analyse des sources est certes approfondie, mais M. McRae n'ira pas jusqu'à dire, comme M. Vasciannie vient de le faire, que le Rapporteur spécial a raison au plan de la *lex lata*.

99. Quoi qu'il en soit, on peut aborder le problème sous un autre angle en partant de l'approche retenue par M. Dugard. De nombreux individus ont été traduits devant des juridictions nationales pour des crimes internationaux graves alors qu'ils bénéficiaient de l'immunité. Ces poursuites démontrent la nécessité d'exceptions. Des juges prennent leur distance avec l'idée qu'il n'y en a pas et une partie de la doctrine y est favorable. Au Canada, des projets de loi ont été présentés pour permettre aux juridictions nationales de connaître des actions intentées par des victimes de crimes internationaux graves contre les représentants d'États étrangers en dépit de leur immunité. En somme, la question n'est pas tranchée.

100. C'est pourquoi la logique inhérente aux conclusions tirées par le Rapporteur spécial aux alinéas *n* et *o* du paragraphe 94, tendant à ce que la Commission reconnaisse qu'il ne doit pas y avoir d'exceptions à l'immunité, pose problème à M. McRae.

101. L'existence d'une règle de droit international reconnaissant des exceptions ou l'absence d'une telle règle dépend en partie du point de vue auquel on se place. Vu son hypothèse de départ, la conclusion du Rapporteur spécial semble inéluctable; toutefois, il privilégie certains éléments en faveur de l'existence d'une règle de droit international coutumier et en écarte d'autres. Il n'y a pas à se demander si la Commission doit suivre le droit international coutumier ou s'engager dans un développement progressif du droit. M. Gaja a d'ailleurs demandé si le Rapporteur spécial avait achevé son étude. Comme l'a souligné M. Pellet, la Commission se trouve face à des conceptions différentes du droit international; on pourrait ainsi envisager l'ensemble de la question sous l'angle d'exceptions à la règle de la responsabilité absolue en cas de crimes internationaux graves et non d'exceptions à l'immunité.

102. Même si la Commission fait sienne l'opinion qu'il n'y a pas de règle de droit international coutumier, elle ne doit pas écarter l'idée qu'il devrait y avoir des exceptions à l'immunité: elle pourrait entreprendre de développer le droit, comme l'a vigoureusement souhaité M. Petrič. Quoi qu'il en soit, M. McRae ne croit pas qu'elle puisse, au stade actuel, concéder que les exceptions à l'immunité n'ont aucun fondement en droit international coutumier. La question appelle un examen plus approfondi.

103. Mais qu'en est-il des arguments politiques ou logiques avancés en faveur d'exceptions à l'immunité, que le Rapporteur spécial ne juge pas «suffisamment convaincants»? L'idée que des individus soient jugés par des juridictions étrangères pour crimes internationaux graves peut être envisagée dans le cadre de deux paradigmes. Le premier, celui de M. Dugard, est que des individus qui ont commis des crimes épouvantables jouissent de l'immunité et ne seront traduits ni devant une juridiction internationale, ni devant les tribunaux de leur propre pays. Il faudrait donc qu'un tribunal étranger, offrant toutes les garanties procédurales d'un système de justice fonctionnel, puisse engager leur responsabilité sans que l'immunité puisse être invoquée pour y faire obstacle. L'idée est effectivement séduisante.

104. Il reste qu'on peut voir les choses sous un autre angle: des poursuites politiquement motivées peuvent être engagées contre des personnalités importantes, au mépris de leur immunité et sans aucune garantie procédurale ou de fond. C'est d'autant plus inquiétant que cette situation peut aboutir à des injustices flagrantes, nuire à la conduite des relations internationales, ou aller à l'encontre de ce que l'immunité vise précisément à protéger.

105. Dès lors, comment la Commission doit-elle procéder face à des positions opposées quant aux conséquences de la reconnaissance d'exceptions à l'immunité? Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il soumettrait un troisième rapport et qu'il ne proposerait pas de projets d'article sur le sujet. La Commission devra à un moment donné décider comment elle souhaite procéder: élaboration de projets

d'article ou présentation de rapports additionnels. Il est envisagé qu'un groupe de travail se penche sur cette question mais M. McRae n'est pas convaincu qu'on puisse décider de l'orientation des travaux futurs à la présente session; cette question devra être examinée durant le quinquennat à venir. Cela étant, certaines observations sont de mise sur la direction générale qu'ils pourraient prendre.

106. D'abord, il ne faut pas les abandonner. Si l'on règle les principaux problèmes de fond posés par le sujet, il se prête idéalement à l'élaboration de projets d'article par la Commission.

107. Ensuite, M. McRae ne pense pas que la Commission puisse laisser le Rapporteur spécial dire qu'il ne doit y avoir aucune exception à l'immunité. La question mérite d'être examinée plus avant. Le Rapporteur spécial tend à opposer les arguments qu'il dit «juridiques» à ceux fondés selon lui sur la logique ou l'opportunité; or sa propre argumentation juridique n'est souvent que le reflet d'une approche différente. Pourquoi, demande-t-il, l'attribution à l'État d'actes commis par un individu devrait-elle être différente lorsque ces actes constituent des crimes internationaux graves? Pourquoi la gravité d'un acte suspendrait-elle le principe de l'égalité des États sur lequel repose l'immunité? Pour le Rapporteur spécial, l'argument selon lequel les actes constitutifs de crimes internationaux graves ne sont pas des actes de l'État, avancé pour justifier les exceptions à l'immunité, est «artificiel et sans véritable fondement juridique». Pour lui, il s'agit en fait d'un jugement de valeur qui s'appuie sur des notions de droit. Mais en quoi l'égalité des États justifie-t-elle que l'on protège les représentants d'un État qui ont commis des crimes internationaux graves? En quoi la raison d'être de l'immunité justifierait-elle que des individus ayant commis des crimes internationaux graves soient à l'abri des poursuites? Comme l'a relevé M. Vasciannie, la principale difficulté vient de l'absence de juridiction internationale apte à réprimer efficacement les crimes internationaux graves, et c'est pourquoi la possibilité qu'un État étranger puisse engager des poursuites est envisagée.

108. En tout état de cause, on attend de la Commission qu'elle ne se contente pas de conclure qu'il n'y a pas d'exceptions à l'immunité. Si elle adopte ce point de vue, elle donnera l'impression de désavouer son approche sur d'autres questions. Un examen plus approfondi de la question des exceptions à l'immunité s'impose, vraisemblablement sur la base de rapports ultérieurs qui seront soumis par le nouveau rapporteur spécial, ou dans le cadre d'un groupe de travail qui pourra être créé pendant le quinquennat à venir.

La séance est levée à 13 heures.

3088^e SÉANCE

Vendredi 13 mai 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

Présents: M. Caflich, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escobar Hernández, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M^{me} Jacobsson,

M. Kolodkin, M. McRae, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Petrič, M. Singh, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/638, sect. F, et A/CN.4/646]

[Point 8 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL⁸² (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/631).

2. M. CAFLISCH dit que de nombreux commentaires ont déjà été faits et qu'il se limitera donc à cinq remarques. Premièrement, le statut de l'individu en tant que sujet du droit international a fait un grand bond en avant depuis la Seconde Guerre mondiale, et si, de ce fait, l'individu a aujourd'hui des droits qu'il peut revendiquer sur le plan international, il est aussi porteur d'obligations internationales. Selon M. Caflich, ces obligations pèsent sur tous les individus, même ceux qui servent l'État et qui agissent – ou disent agir – en son nom. Le fait qu'un tel individu puisse encourir une responsabilité pénale au niveau international pour certains types d'actes ne signifie en aucune manière que la responsabilité de l'État pour fait illicite perpétré par l'individu s'éclipse. On ne peut pas dire que, dans la mesure où la responsabilité incombe à l'État, l'agent ne porte plus aucune responsabilité et, de ce fait, peut se réfugier derrière l'écran protecteur de l'immunité pénale. L'inverse n'est pas vrai non plus: si le fonctionnaire est pénalement responsable pour son acte sur le plan international, cela ne signifie pas que l'État pour qui il dit agir ne le soit pas. Autrement dit, la responsabilité internationale de l'État ne se substitue pas à la responsabilité pénale internationale de l'individu, tout comme cette dernière n'exclut pas la responsabilité internationale de l'État. Les deux types de responsabilité ne s'excluent donc pas lorsqu'un agent de l'État commet un acte criminel particulièrement grave: les deux responsabilités – celle de l'État et celle de l'individu – se superposent.

3. Deuxièmement, il ne faut pas confondre les règles relatives à la compétence avec celles concernant l'immunité. L'absence d'immunité dans tel ou tel autre cas ne signifie en aucune manière qu'un individu peut être librement poursuivi; encore faut-il que les conditions du droit interne et du droit international en matière de compétence soient réunies. À défaut, le tribunal saisi sera incompétent, et la question de l'immunité, dans le cas de crimes internationaux, ne se pose pas, même depuis l'avènement de la compétence universelle. En effet, suivant ce qu'exprime l'alinéa *b* de l'article 3 de la résolution adoptée le 26 août 2005 par l'Institut de droit international sur

⁸² Reproduit dans *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631.