

Document:-
A/CN.4/SR.3088

Compte rendu analytique de la 3088e 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/>)*

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.

«La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre⁸³», l'exercice de cette compétence «requiert la présence du suspect sur le territoire de l'État qui le poursuit⁸⁴». Cette condition, clairement, empêche que l'immunité d'un agent de l'État, prévenu d'un crime international, n'aboutisse en aucune manière à des poursuites multiples, incontrôlées et abusives.

4. Troisièmement, les vingt dernières années ont vu l'avènement des juridictions pénales internationales. La communauté internationale s'est beaucoup investie dans cette idée, et il faut se demander si l'on peut vraiment penser qu'elle l'aurait fait si elle devait craindre, à tout instant, de se voir opposer l'argument de l'immunité.

5. La quatrième remarque que souhaite faire M. Cafilisch touche à l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, qui est mentionnée dans le rapport du Rapporteur spécial et l'a aussi été au cours du débat. Ayant pris part à cette procédure en tant que juge, il précise que, dans son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que l'interdiction de la torture prononcée à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme a qualité de règle de *jus cogens*. L'accès aux tribunaux internes, garanti à l'article 6 de la Convention, a donc également cette qualité, puisqu'il s'agit de se plaindre de la violation d'une règle de *jus cogens* par le truchement de l'article 6 qui garantit l'accès aux tribunaux. Il ne fait pas de doute que la Cour aurait écarté l'immunité pénale de l'État en cause et de ses dirigeants, sauf qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une plainte pénale mais d'une réclamation à caractère civil. La majorité a alors fait valoir que l'exception à l'immunité ne valait, en droit international, que dans le domaine pénal et non lorsqu'il ne s'agissait «que» de demandes à caractère civil. De l'avis de M. Cafilisch, la majorité avait tort, car la pratique n'a jamais opéré cette distinction. Mais, quoi qu'il en soit, s'il s'était agi de l'hypothèse de la Commission, c'est-à-dire celle d'une action pénale fondée sur l'interdiction de la torture, il est convaincu que la Cour européenne n'aurait pas hésité à écarter l'immunité de l'agent. Par conséquent, l'arrêt *Al-Adsani* ne permet pas de soutenir la thèse du maintien de l'immunité, bien au contraire.

6. Enfin, M. Dugard a dit qu'il faut faire un choix entre une solution qui n'est plus tout à fait admise et une solution qui ne l'est pas tout à fait encore. M. Cafilisch pense que ce stade est déjà atteint, ou presque, et qu'en droit international contemporain un fonctionnaire disant agir pour son État et commettant un acte contraire aux préceptes les plus élémentaires d'humanité ne peut plus se réfugier derrière l'immunité. En tout état de cause, même si le droit n'avait pas encore avancé à ce point, il serait du devoir de la Commission de le faire progresser dans ce sens. Cela étant, même s'il ne partage pas entièrement les vues du Rapporteur spécial, M. Cafilisch reconnaît la grande qualité de son travail et convient que son rapport est stimulant, intéressant à lire, bien documenté et bien structuré.

⁸³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71 (session de Cracovie, 2005), t. 2, p. 296 à 300 (consultable sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante: www.idi-iil.org).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 298.

7. M. VALENCIA-OSPINA dit que le deuxième rapport du Rapporteur spécial contient de nombreux points auxquels on peut souscrire mais aussi contre lesquels on peut s'élever. En particulier, en ce qui concerne les thèses touchant les exceptions, il partage la conclusion, au paragraphe 90, selon laquelle la jurisprudence manque d'uniformité et il est impossible de dégager une tendance affirmée à l'émergence d'exceptions à la règle coutumière générale de l'immunité des États. Il reconnaît aussi que, comme il est indiqué aux paragraphes 91 et 92, il convient d'examiner s'il est souhaitable d'instituer *de lege ferenda* des exceptions au principe coutumier – ce à quoi il faut ajouter la question distincte de la prééminence du *jus cogens*. L'élaboration d'articles dans ce domaine s'inscrirait parfaitement dans le mandat de la Commission en matière de codification et de développement progressif du droit international. Quant à la proposition d'envisager d'élaborer un mécanisme en vertu d'un traité, énoncée au paragraphe 93, ces travaux risquent de se révéler superflus en raison de l'abolition de l'immunité des représentants de haut rang prévue au paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

8. Sur le fond, M. Valencia-Ospina souhaite faire des remarques sur trois points de principe généraux que le sujet à l'examen vise à traiter: les fondements de l'immunité de l'État, la distinction entre «actes privés» et «actes officiels» et les fondements des exceptions à l'immunité de l'État pour crimes graves de droit international. L'élément fondamental qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on examine la question de l'immunité de l'État est que ce sont les intérêts concrets, protégés par la loi, de l'État qui sont en cause, et non ceux de l'individu. Même si les intérêts de l'État sont, dans la pratique, impossibles à distinguer de ceux d'un dirigeant particulier, d'un groupement politique ou d'un gouvernement, du point de vue juridique les intérêts du représentant individuel sont distincts de ceux de l'État, nonobstant la célèbre formule de Louis XIV: «L'État, c'est moi.» Comme on le reconnaît généralement, cette distinction est fondamentale lorsqu'on examine le problème délicat de l'immunité de l'État.

9. Premièrement, le fondement rationnel du principe de l'immunité de l'État est la protection des intérêts de l'État. Dès lors que les représentants de haut rang de l'État peuvent généralement voyager ou s'acquitter de leurs autres fonctions officielles sans crainte de poursuites pénales engagées par d'autres États, le fonctionnement du gouvernement dans la pratique est protégé. En outre, l'interdiction pour les États de statuer sur la responsabilité d'autres États découle du principe fondamental de l'égalité des États. La raison d'être de cette interdiction, dans ce contexte, est sans nul doute étroitement liée au droit des États à ce que leurs droits et obligations légales soient déterminés par une procédure judiciaire ou arbitrale impartiale. À ce sujet, il faut reconnaître qu'une doctrine claire de l'intégrité de la fonction judiciaire ou du «droit» d'une partie à un procès équitable ne s'est pas encore dégagée de la jurisprudence internationale. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, car ce droit procédural n'existe pas dans les statuts de la Cour internationale de Justice, de la Cour de justice européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, du Centre

international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ou encore du Tribunal international du droit de la mer. Cependant, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de mentionner l'obligation de préserver elle-même l'intégrité de sa fonction judiciaire à l'égard des parties dans son arrêt du 2 décembre 1963 en l'*Affaire du Cameroun septentrional*. L'immunité de l'État est donc destinée à protéger deux intérêts concrets, la capacité fonctionnelle de son gouvernement et l'intérêt juridique qu'a l'État à ce que sa responsabilité internationale soit examinée dans une procédure judiciaire impartiale. À ce sujet, si le Rapporteur spécial reconnaît aux paragraphes 36 et 37 la raison d'être fonctionnelle de l'immunité *ratione personae*, il ne donne pas de raison aussi claire en ce que concerne l'immunité *ratione materiae* – au lieu de quoi, il traite essentiellement, aux paragraphes 22 à 34, de la portée de cette immunité et s'attarde longuement sur la distinction entre actes «officiels» et actes «privés». Force est de reconnaître que la jurisprudence n'est pas non plus d'un grand secours dans la détermination de ce qui fonde ce type d'immunité. On suppose simplement que le principe existe en droit positif mais qu'il ne s'étend pas aux actes «privés» – et, à cet égard, le contraste entre les fondements d'être de l'immunité *ratione personae* et ceux de l'immunité *ratione materiae* donnés dans l'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est significatif.

10. L'un des fondements possibles, qui n'est pas normatif en tant que tel mais a plutôt un caractère juridique, est l'attribution. Selon cette approche, la responsabilité internationale est conçue comme ayant un caractère exclusif: elle peut être attribuable ou bien à une personne sur le plan de la responsabilité pénale individuelle, ou bien à un État sur le plan de la responsabilité de l'État, mais pas les deux. Par exemple, Antonio Cassese, cité en note au paragraphe 33 du rapport, affirme que «la raison [est] que l'acte est légalement attribué à l'État et que, de ce fait, toute responsabilité juridique afférente à cet acte ne peut être assumée que par l'État⁸⁵». La conséquence logique est qu'un chef d'État, par exemple, qui torture en application de ce qui s'assimile, même sous une forme déguisée, à une politique officielle de torture, ne peut être tenu pour individuellement responsable de cet acte. Par conséquent, l'argument «je ne faisais qu'obéir aux ordres», qui n'est évidemment pas un moyen de défense au fond, est bel et bien un moyen de procédure. Or, ce raisonnement est contestable pour des motifs d'ordre juridique aussi bien que normatif. Pour ce qui concerne le droit, il semble généralement admis que le plan de la responsabilité individuelle et celui de la responsabilité de l'État, outre qu'ils coexistent de manière dualiste, se chevauchent pour couvrir le même comportement, comme l'a noté Olivier de Frouville dans son ouvrage de 2010 sur le droit de la responsabilité de l'État⁸⁶. Il

⁸⁵ A. Cassese, «When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case», *European Journal of International Law* (2002), vol. 13, n° 4, p. 853 et suiv., à la page 863.

⁸⁶ Voir O. de Frouville (dir. publ.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, journée d'étude en droit international pénal, Montpellier, 14 mai 2010 (les actes du colloque ont été publiés par la suite par Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2012) ou *Droit pénal international: sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Pedone, 2012.

semble donc évident qu'il existe des niveaux de responsabilité parallèles qui se chevauchent et se rejoignent dans l'illicéité partagée du fait. Sur le plan normatif, cette conception dualiste présente l'avantage clair d'éviter que des individus échappent à leur responsabilité pénale en attribuant leurs actes à l'État, ce qui serait un résultat insatisfaisant.

11. Le fait de supprimer le principe de l'attribution du droit de l'immunité de l'État reviendrait néanmoins à s'éloigner nettement de la jurisprudence (tout hétérogène qu'elle soit), qui a eu beaucoup de difficulté avec cette notion. Il semble contraire à l'intuition de considérer qu'il ne soit pas nécessaire de prouver qu'un acte est attribuable à l'État pour engager l'immunité de l'État, et M. Valencia-Ospina se propose de s'arrêter brièvement sur cette question afin de voir comment on peut y parvenir. Avant de le faire, il souhaite préciser que ses précédentes observations visent à montrer qu'il reste encore à trouver un fondement convaincant à l'immunité *ratione materiae*.

12. Il s'efforcera de démontrer pourquoi l'invocation par un ancien agent de l'État de l'immunité *ratione materiae* pour des actes qui sont à la fois des crimes de droit international et des faits internationalement illicites est en réalité contraire aux intérêts juridiques de l'État. L'immunité de l'État existant essentiellement pour protéger les intérêts de l'État, l'on peut affirmer que l'ensemble de la question de l'attribution peut être utilement supprimée du droit relatif à l'immunité *ratione materiae* de l'État pour ces faits illicites.

13. La question de savoir si un acte particulier d'un agent de l'État qui, d'une manière générale, est habilité à invoquer l'immunité de l'État est un acte «officiel» ou un acte «privé» envahit la jurisprudence. Non seulement elle sous-tend l'un des arguments avancés pour justifier l'existence d'une exception à l'immunité mais encore elle est considérée comme une question préliminaire d'attribution. À cet égard, le paragraphe 24 du deuxième rapport est particulièrement pertinent: «En même temps, [le Rapporteur spécial] ne voit pas de raisons objectives pour l'établissement d'une distinction entre l'imputation du comportement aux fins de la responsabilité, d'une part, et aux fins de l'immunité, d'autre part.» Nonobstant cette assertion catégorique, il peut se révéler utile d'explorer plus avant le point de savoir s'il peut exister des raisons justifiant cette distinction. Le problème est essentiellement celui d'un chevauchement métaphysique entre la responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle, et peut-être serait-il plus aisé d'envisager cette question sous l'angle d'une action en justice pour mieux cerner les différences entre ces deux responsabilités.

14. On ne parle pas ici de la responsabilité des États. Lorsqu'un tribunal national cherche à poursuivre un agent de l'État pour des crimes graves de droit international, il vise à statuer sur la responsabilité individuelle de l'agent. En principe, la détermination de la responsabilité pénale internationale d'un individu par un tribunal national n'a pas d'incidence juridique sur la question distincte de la responsabilité internationale de l'État dont l'individu est l'agent. Bien sûr, les conclusions factuelles juridiques du tribunal peuvent avoir un poids convaincant dans un

procès distinct visant à déterminer la responsabilité de cet État, comme le montrent les paragraphes 209 et 210 et 214 à 224 de l'arrêt rendu au fond par la Cour internationale de Justice 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)*. Cependant, du point de vue de la procédure, l'État ne subit pas de préjudice découlant *ipso jure* d'une procédure pénale individuelle.

15. Cette différence procédurale est mise en lumière par la manière dont la Cour internationale de Justice a traité la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie aux paragraphes 223 et 227 de l'arrêt rendu au fond en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. La charge de la preuve, le critère d'établissement de la preuve et les modes de preuve diffèrent sensiblement selon qu'il s'agit d'établir la responsabilité d'un individu ou d'un État et ont eu une incidence directe sur la valeur probante de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dont la Cour était saisie – par exemple, en ce qui concerne le critère de l'intention expresse dans la constitution du fait internationalement illicite de génocide. Cette affaire met donc en évidence la distinction procédurale entre la responsabilité individuelle et la responsabilité de l'État.

16. Comme il est indiqué à l'alinéa *a* de l'article 2 du texte définitif de 2001 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁸⁷, l'attribution est la condition *sine qua non* de la responsabilité de l'État, de sorte que les actes privés n'engagent pas la responsabilité de l'État. Cependant, elle n'a quant au fond aucune incidence sur la responsabilité pénale individuelle, ce qui constitue une différence importante lorsque l'on considère que le cas de figure dans lequel un agent de l'État est condamné par un tribunal national pour un crime grave de droit international concerne toute procédure parallèle ou ultérieure engagée contre cet État. Plus simplement, une nouvelle question au fond, celle de l'attribution, se poserait dans la deuxième procédure alors qu'elle n'aurait pas été examinée dans la première. On peut donc avancer qu'il y a une distinction objective entre la responsabilité de l'État et l'immunité de l'État lorsque celle-ci est invoquée dans une procédure pénale portant sur une responsabilité individuelle et non celle de l'État.

17. Paradoxalement, l'invoque par l'agent d'un État de l'immunité de cet État dans ce contexte risque fortement de porter préjudice à ce dernier dans une procédure concernant sa propre responsabilité, distincte, et ce, parce que l'attribution d'un comportement étant pertinente pour déterminer la responsabilité de l'État mais pas la responsabilité de l'individu, les conclusions factuelles et juridiques du tribunal national en question au sujet de l'attribution peuvent ensuite être invoquées contre l'État. Dans ce cas de figure, les intérêts de l'agent individuel et ceux de l'État (qui doivent être soigneusement distingués) sont en conflit direct. Il est dans l'intérêt de l'individu de prouver que ses actes sont attribuables à l'État, de façon à

ce qu'il puisse bénéficier de l'immunité de l'État, et il est dans l'intérêt de l'État de prouver que les actes en question ne lui sont pas attribuables afin d'éviter toute responsabilité internationale en découlant.

18. Cette distinction est importante parce que les États ne sont pas des individus mais, d'après la définition de John Austin⁸⁸, des «sociétés politiques indépendantes» ou, pour reprendre les termes de James Crawford⁸⁹, «des unités territoriales» indépendantes. Un individu peut gouverner un État pendant des décennies et, en moins d'un mois, être déposé et faire l'objet de poursuites pénales engagées par le gouvernement qui lui succède. C'est pourquoi il est nécessaire de reconnaître l'existence d'un fondement normatif convaincant de l'immunité de l'État *ratione materiae*. M. Valencia-Ospina a fait une proposition, à savoir que les États doivent être protégés du préjudice qu'ils subiraient du fait que leur responsabilité serait déterminée par les juridictions d'autres États. Il espère cependant que les observations qu'il vient de faire ont montré que l'on peut soutenir l'idée que cette justification n'est pas mise en jeu par une procédure concernant une responsabilité individuelle pour des crimes graves de droit international commis par des représentants de l'État. Ce raisonnement pourra en fin de compte se révéler faux mais la Commission aurait peut-être intérêt à l'examiner de plus près.

19. La distinction entre responsabilité de l'État et responsabilité individuelle est aussi pertinente pour cerner le fondement (ou les fondements) de l'exception à l'immunité de l'État pour des crimes graves de droit international. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 57 de son deuxième rapport, «[l]'idée s'est assez largement répandue que les crimes les plus graves au regard du droit international ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, et que l'immunité *ratione materiae* n'offre donc aucune protection contre l'exercice de la juridiction pénale étrangère pour ce type de crimes». Cependant, cette assertion mérite d'être examinée de plus près.

20. Le principal argument en faveur des exceptions aux immunités *ratione personae* et *ratione materiae* est que les crimes les plus graves de droit international devraient être poursuivis quel que soit le statut de l'auteur. Dans ce cadre, les «crimes les plus graves de droit international» peuvent être définis, si l'on suit Cherif Bassiouni⁹⁰, comme étant les crimes de *jus cogens* ou crimes *erga omnes* de génocide, de torture, d'agression, de piraterie, d'esclavage, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Ce n'est pas seulement, comme il est expliqué au paragraphe 56 du deuxième rapport, parce que le *jus cogens* est invoqué en tant que l'un des fondements principaux de l'existence d'une exception à l'immunité proprement dite, mais aussi parce qu'il est le fondement de l'exercice de la compétence universelle.

⁸⁸ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, «Lecture VI», London, John Murray, 1832, p. 198 et suiv.

⁸⁹ J. R. Crawford, «The criteria for statehood in international law», *The British Year Book of International Law 1976-77*, vol. 48 n° 1, p. 93 à 182, en particulier p. 111.

⁹⁰ C. Bassiouni, «International crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n° 4 (automne 1996), p. 63 à 74.

⁸⁷ 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.

21. Cela étant, les fondements des exceptions à l'immunité devraient être examinés en fonction du type d'immunité, ce qui soulève des questions tout à fait différentes. Pour ce qui est de l'immunité *ratione personae*, l'on pourrait arguer qu'il devrait y avoir une exception au motif que la gravité de ces normes l'emporte sur la nécessité que des hauts représentants de l'État puissent s'acquitter de leurs fonctions sans craindre de faire l'objet de poursuites pénales de la part d'un autre État. En particulier, le débat concernant la prééminence des normes de *ius cogens* sur les normes coutumières de procédure, telles que l'immunité de l'État, est bien connu. En outre, l'absence de pratique des États peut être imputable non au fait que le statu quo suscite une satisfaction générale mais plutôt à la crainte d'enfreindre le droit en vigueur.

22. D'un autre côté, il existe des arguments convaincants en faveur de la reconnaissance de l'existence d'un droit absolu à l'immunité *ratione personae*. D'un point de vue juridique, on peut faire valoir que cela donnerait lieu à un développement progressif du droit international car, comme il est noté au paragraphe 15 du rapport, la pratique actuelle consiste exclusivement ou presque exclusivement à tenter des poursuites pénales contre d'anciens représentants. En outre, selon le paragraphe 37 du rapport, rien n'indique que les États ou la jurisprudence soient nettement favorables à une modification du consensus existant sur l'immunité *ratione personae*. Le paragraphe 64 rappelle l'argument qui a été avancé selon lequel le *ius cogens* ne supplante que les normes impératives et non les normes procédurales. Au passage, M. Valencia-Ospina exprime son accord avec le commentaire que fait le Rapporteur spécial au paragraphe 67 de son deuxième rapport, selon lequel le débat concernant l'effet supplétif des normes de *ius cogens* rejaillit tant sur l'immunité *ratione materiae* que sur l'immunité *ratione personae* de l'État.

23. En ce qui concerne les questions politiques, on peut faire valoir que le préjudice subi par un État subitement privé de ses trois plus hauts représentants peut être immense et, dans certaines circonstances, irréversible – par exemple, s'il s'agit d'un ministre des affaires étrangères qui fait l'objet d'une procédure pénale au cours d'importantes négociations internationales ou, dans le même ordre d'idées, d'un chef d'État ou de gouvernement d'un État qui sort d'une guerre civile et dont la stabilité dépend des qualités de dirigeant de la personnalité en question. La perspective, par exemple, de négociations en vue du règlement d'un différend avec un État ennemi qui seraient perturbées, ou d'une guerre civile provoquée par la chute du gouvernement, doit être reconnue comme un des intérêts vitaux de l'État. En ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, M. Valencia-Ospina tendrait à ne pas nécessairement adopter en bloc l'orthodoxie dominante sans examiner en détail les divers fondements de dérogation à l'immunité en concurrence. Il se pourrait qu'il existe une solution nuancée propre à résoudre ces conflits d'ordre normatif et pratique. Ainsi, peut-être pourrait-on prévoir une exception partielle à l'immunité *ratione personae* permettant que des agents de l'État soient poursuivis pour des crimes graves de droit international sans que l'État ne subisse de dommage grave et irréparable.

24. Pour conclure, M. Valencia-Ospina souhaite traiter de deux points plus spécifiques. Premièrement,

indépendamment des modifications que l'on pourrait apporter à l'immunité *ratione personae* ou à son absence, il faudrait veiller à maintenir l'uniformité requise entre l'immunité *ratione personae* en général et l'immunité *ratione personae* opposable à une injonction de comparaître. Si un haut représentant bénéficie d'une manière générale de l'une, il doit aussi bénéficier de l'autre. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé, au sujet de l'injonction de comparaître décernée à un chef d'État, que ces officiels de haut rang ne sont que des agents de l'État et que leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'État. Selon elle, ils ne peuvent faire l'objet de sanctions ou de peines pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom d'un État [par. 38 de l'arrêt]. En d'autres termes, des représentants de l'État ne peuvent pas subir les conséquences de faits illicites qui ne leur sont pas imputables à eux personnellement, mais attribuables à l'État au nom duquel ils agissent. Comme il est indiqué en note au paragraphe 51 du deuxième rapport, la Chambre d'appel a noté que l'exercice de la compétence judiciaire du Tribunal suit la même approche que celle adoptée normalement par un tribunal national. Sa position est fondée à la fois sur l'immunité *ratione personae* générale des hauts représentants et sur l'immunité *ratione materiae* des autres représentants de l'État. La raison d'être de l'immunité *ratione personae* de ce qu'il est convenu d'appeler la «triade» procède à la fois du respect manifesté pour le principe de l'égalité souveraine – *par in parem non habet imperium* – et de la reconnaissance de ce que toute brèche dans l'immunité de la «triade» risquerait d'entraîner une sujétion de fait de l'État du représentant, car elle empêcherait les agents de haut rang de s'acquitter de leurs fonctions.

25. Les mêmes préoccupations existent dans le cas d'une injonction de produire des preuves ou un témoignage oral. Si un haut responsable peut être forcé à produire des documents, ces documents seront vraisemblablement des documents officiels dûment placés sous le contrôle de l'État souverain. En ce qui concerne le témoignage oral, un principe fondamental de la souveraineté est que le chef de l'État et d'autres responsables du pouvoir exécutif doivent être en mesure de communiquer librement avec leurs subordonnés en vue de coordonner efficacement les affaires du gouvernement. Les membres de la «triade», en particulier, doivent pouvoir communiquer avec leurs homologues dans d'autres États afin de conduire les affaires étrangères. S'il est possible que le propre pouvoir judiciaire d'un État – en qualité de pouvoir de même importance que le pouvoir exécutif – assigne un agent de l'exécutif, cela ne peut pas être le cas des magistrats d'un État étranger. En outre, le pouvoir d'assignation suppose le pouvoir de faire respecter l'injonction au moyen des procédures pour outrage. Dans la mesure où le second de ces pouvoirs est incident au premier, le premier enfreint l'immunité *ratione personae*. Comme le Rapporteur spécial l'a précisé au paragraphe 41 de son deuxième rapport, un agent public étranger ne peut pas faire l'objet d'une procédure pénale qui l'empêcherait d'exercer ses fonctions en lui imposant des obligations. Il convient aussi d'indiquer que, même si l'immunité s'applique à des faits de l'agent qui se sont produits dans l'exercice de ses fonctions, elle ne cesse pas lorsque celui-ci cesse ses fonctions. Si l'agent

peut s'attendre à être appelé à témoigner une fois qu'il aura cessé ses fonctions, cela aura sans aucun doute des incidences sur sa capacité de conduire les affaires de l'État pendant qu'il est encore en fonctions. Il n'y a pas grand-chose à ajouter pour expliquer pourquoi l'immunité *ratione materiae* protège de la même façon d'autres agents publics du pouvoir d'assignation des tribunaux étrangers. Comme l'a noté le Rapporteur spécial au paragraphe 48 de son rapport, il a été estimé, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, qu'un agent public qui jouit de l'immunité *ratione materiae* doit aussi jouir de l'immunité à l'égard d'une convocation à témoigner sur des actes qu'il a accomplis dans le cadre de ses fonctions. Le pouvoir d'assignation suppose un pouvoir de sanction, et dans tous les cas dans lesquels l'immunité *ratione materiae* s'applique à d'autres procédures pénales, elle doit logiquement s'appliquer aussi à l'injonction et à la procédure pour outrage.

26. Enfin, dans certains cas, il apparaît que l'immunité *ratione personae* peut s'appliquer à d'autres dignitaires que les membres de la «triade». Ce privilège doit s'étendre aux autres agents de haut rang qui voyagent et conduisent les affaires étrangères de façon comparable à un ministre des affaires étrangères. Un ministre de la défense, par exemple, devrait certainement relever de cette catégorie car, comme l'a noté la Cour de Bow Street dans l'affaire *General Shaul Mofaz*, c'est un fait que beaucoup d'États ont des troupes stationnées à l'étranger, et qu'il y a beaucoup de missions des Nations Unies dans lesquelles les questions militaires jouent un rôle de premier plan auxquelles un ministre doit rendre visite. De surcroît, dans le cas des poursuites engagées contre le Secrétaire d'État américain à la défense auquel fait référence le Rapporteur spécial dans une note au paragraphe 15 du deuxième rapport, le procureur français a été d'avis que l'ancien Secrétaire d'État à la défense Donald Rumsfeld devait bénéficier de l'immunité parce qu'il s'était acquitté de fonctions qui recouvraient en partie celles d'un ministre des affaires étrangères. Il serait utile que la Commission continue d'examiner la portée exacte de cette immunité: si elle ne peut être étendue à chaque petit fonctionnaire qui se rend à l'étranger, elle doit pouvoir couvrir les personnalités dont l'essentiel des fonctions consiste à voyager et à conduire les affaires internationales de leur État.

27. Sir Michael WOOD félicite le Rapporteur spécial pour la grande qualité de son deuxième rapport, malgré les quelques omissions qui peuvent être relevées, surtout en ce qui concerne la jurisprudence, comme le Rapporteur spécial l'a lui-même reconnu. Il attend avec intérêt le troisième rapport sur les questions de procédure, qui sont un élément essentiel du sujet. On aura alors un tableau complet des vues du Rapporteur spécial sur le sujet.

28. Sir Michael félicite également le Secrétariat pour son excellent memorandum établi en 2008⁹¹. Tant le rapport préliminaire du Rapporteur spécial⁹² que ce memorandum sont une source inestimable d'informations. Peut-être serait-il souhaitable de mettre à jour ce dernier, éventuellement sous forme d'additif.

29. Sir Michael ne partage pas la plupart des critiques qui ont été adressées au deuxième rapport au cours du débat. Il est parfaitement naturel qu'il existe des divergences entre les membres de la Commission, mais il ne sert à rien de donner une tonalité manichéenne au débat, en opposant le bien au mal, la responsabilité à l'impunité. En outre, il est injuste de dire qu'être en faveur de l'immunité revient à défendre l'impunité, ou de sous-entendre que les partisans de la *lex lata* seraient des passéistes. Comme M. Dugard l'a indiqué, les membres de la Commission sont des juristes et non des militants de telle ou telle cause.

30. Sir Michael partage, pour l'essentiel, les observations fort intéressantes faites la veille par MM. Vasciannie et McRae. Ceux-ci, tout comme MM. Petrič et Valencia-Ospina, ont entériné l'essentiel du rapport avant de traiter de certains points particuliers. Il va sans dire que certains aspects du sujet appellent une étude plus approfondie. Peut-être serait-il utile, par exemple, de disposer d'une analyse plus poussée des travaux antérieurs de la Commission qui présentent un intérêt pour le sujet, et d'autres études sur les exceptions à la règle de l'immunité, mettant l'accent sur la pratique des États et les décisions de leurs juridictions. Ces études devraient distinguer clairement la *lex lata* des propositions de *lege ferenda*, distinction si bien soulignée par M. Vasciannie à la séance précédente. Les avis des organisations militantes, des institutions privées et de la doctrine ont bien évidemment de l'intérêt, mais il convient de ne pas leur en accorder plus qu'ils ne le méritent.

31. Le sujet à l'examen est malheureusement l'un des domaines du droit international où les vœux pieux font florès. Pour ceux qui les formulent, les juges dissidents ont raison, quelle qu'ait été la décision du tribunal. Sir Michael fait d'ailleurs observer, à cet égard, qu'il partage pleinement l'avis de M. Pellet au sujet des arguments des juges minoritaires dans l'affaire *Al-Adsani*. Dans l'affaire *Jones*, certains pourraient dire que la cour d'appel avait raison, même si sa décision a été ultérieurement annulée par la Chambre des lords.

32. Si la Commission choisit l'option de *lege ferenda*, comme M. Dugard l'y encourage, elle doit, pour que ses travaux aient de la valeur, mettre l'accent sur les aspects pratiques de la question, compte tenu de l'importance des immunités pour les relations interétatiques, comme cela a été dit par MM. Vasciannie, McRae et Valencia-Ospina. Toute dérogation aux immunités coutumières porte en germe le risque d'abus, et celui de perturber gravement les relations internationales en encourageant la «guerre du droit» (*lawfare*).

33. Sir Michael estime que la Commission doit examiner les documents disponibles attentivement et de manière critique, comme le fait le Rapporteur spécial dans ses rapports. Les citations tirées de la jurisprudence ne devraient pas être sorties de leur contexte. Ainsi, l'affaire *Pinochet* ne saurait faire autorité pour toute proposition d'ordre général sur le droit international. Elle concernait l'interprétation et l'application d'un traité particulier, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à laquelle le Chili et le Royaume-Uni, ainsi que l'Espagne, étaient parties, et portait sur l'effet de cette convention sur les immunités d'un ancien chef d'État.

⁹¹ A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 40).

⁹² *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

34. La Commission doit garder à l'esprit un certain nombre de distinctions et de précisions importantes. Tout d'abord, l'immunité de juridiction civile et l'immunité de juridiction pénale soulèvent des questions radicalement différentes. La distinction n'est ni arbitraire ni artificielle, elle est consubstantielle au sujet et la Commission ne doit s'intéresser qu'à la seconde. Ensuite, elle doit établir une distinction claire entre l'immunité devant les juridictions pénales internationales et l'immunité de juridiction pénale interne. Là encore, seule la seconde concerne la Commission, la première étant habituellement régie par des traités ou des résolutions du Conseil de sécurité. Enfin, les références aux «crimes internationaux», aux «crimes en vertu du droit international», aux «crimes graves en vertu du droit international» ou aux crimes qui constituent des violations du *jus cogens* ne sont pas très utiles si ces termes ne sont pas définis.

35. Sir Michael souhaite faire quelques brèves observations sur trois points importants qui découlent des travaux du Rapporteur spécial et du memorandum du Secrétariat. Premièrement, il convient de ne pas perdre de vue le droit relatif aux missions spéciales – à la fois le droit conventionnel et, plus particulièrement, le droit coutumier international en la matière, au sujet duquel quelques juridictions internes ont rendu des jugements intéressants. Le droit relatif aux missions spéciales est d'une grande importance pratique en ce qui concerne l'immunité des représentants de l'État, dans la mesure où il permet de protéger au moins les personnalités de rang élevé qui sont en voyage officiel dans un État étranger.

36. Deuxièmement, un accord très large (mais non unanime) semble exister parmi les États et les tribunaux en ce qui concerne l'immunité *ratione personae* de la «triade». L'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* a été vivement critiqué par certains, mais dans la pratique il est accepté comme reflétant l'état actuel du droit. À cet égard, Sir Michael appelle l'attention sur l'article 21 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales, qui se réfère aux immunités accordées par le droit international à la «triade» ainsi qu'aux «autres personnalités de rang élevé». La principale question qui se pose est de déterminer quelles catégories de personnes, en dehors de la «triade», bénéficient de l'immunité *ratione personae*. Il convient pour ce faire d'examiner les fondements de l'immunité. Selon Sir Michael, dont l'opinion est confirmée par un certain nombre de décisions judiciaires, celle-ci devrait au moins s'étendre aux membres d'un gouvernement dont les voyages à l'étranger sont un aspect essentiel de leur fonction et constituent un élément important du libre choix par l'État des personnes qui le représentent sur le plan international. Or, à l'époque actuelle, un État ne peut être représenté sur le plan international par les personnes de son choix que si un groupe plus important que la seule «triade» peut voyager librement. On pense, par exemple, aux ministres du commerce extérieur et de la défense, ou aux vice-ministres dans les domaines concernés.

37. Le troisième point concerne l'étendue de l'immunité *ratione materiae* (immunité fonctionnelle), qui semble être l'aspect le plus difficile du sujet. Quels représentants et anciens représentants de l'État jouissent de l'immunité et quelle est la portée de celle-ci? L'immunité s'étend

aux représentants qui pouvaient prétendre à l'immunité *ratione personae*, une fois leur mandat achevé, ainsi qu'à ceux qui jouissaient de l'immunité *ratione materiae*. L'immunité fonctionnelle n'inclut pas les actes ou omissions à caractère privé. Elle couvre les actes accomplis à titre officiel attribuables à l'État, qu'ils soient ou non *intra vires*, ou licites, en vertu de la législation interne de l'État. À la séance précédente, M. Gaja a donné un exemple où l'État concerné n'avait apparemment pas réclaté l'immunité pour les actes de ses représentants. Mais c'était apparemment parce qu'il ne souhaitait pas reconnaître ces actes comme étant les siens. Cet exemple illustre le lien étroit qui existe entre l'attribution aux fins de la responsabilité de l'État et l'attribution aux fins de l'immunité.

38. Avant de conclure, Sir Michael tient à clarifier un point soulevé précédemment dans le débat au sujet d'un curieux reportage de la BBC concernant l'immunité du chef d'État libyen et de sa famille. Pour rétablir les faits, en vertu de la législation britannique sur l'immigration, les personnes qui jouissent de l'immunité sont normalement dispensées de contrôle à l'entrée sur le territoire. Mais en vertu de la loi de 1978 relative à l'immunité des États, cette dispense peut être levée. Le 26 février 2011, il a été décidé d'annuler la dispense de contrôle à l'entrée sur le territoire dont pouvaient éventuellement bénéficier M. Kadhafi et les membres de sa famille. Mais cela n'avait évidemment rien à voir avec l'immunité de juridiction pénale.

39. S'agissant des travaux futurs de la Commission sur le sujet, Sir Michael considère, à l'instar de M. McRae, que la création d'un groupe de travail serait prématurée. La Commission a besoin de temps pour réfléchir. La création d'un groupe de travail à la session en cours n'aurait pour effet que de répéter, et de formaliser, les différents points de vue exprimés au cours du débat. Il faut éviter de prendre des décisions prématurées qu'il appartiendra à la Commission d'adopter, avec les nouveaux membres qui la composeront au début du quinquennat suivant. Il convient donc d'entendre ce que les États auront à dire sur le sujet à la Sixième Commission, à l'automne 2011, à la lumière à la fois des rapports du Rapporteur spécial et du débat en cours. Il va sans dire que la Commission écoutera avec intérêt ce que d'autres ont à dire, qu'il s'agisse des ONG, des praticiens ou des universitaires. Le rapport de la Commission rendra fidèlement compte des débats, grâce aux efforts du Rapporteur de la Commission et à l'excellent travail de son secrétariat. Peut-être faudrait-il trouver le moyen de publier les comptes rendus analytiques des travaux de la Commission sur son site Web en temps voulu pour qu'ils puissent être consultés pendant le débat.

40. M. WISNUMURTI félicite le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport qui met l'accent sur des questions spécifiques, notamment celle, importante, de l'exception à la règle de l'immunité. Il partage l'avis, exprimé quelques jours auparavant par M. Dugard, selon lequel les membres de la Commission sont des juristes indépendants, qui doivent choisir pour chaque sujet la meilleure manière de procéder, afin d'obtenir des résultats. Dans cette optique, il est essentiel de ne pas oublier que le produit que la Commission souhaite présenter aux États Membres de l'ONU, sous forme d'un projet d'articles ou sous toute autre forme, doit être commode

pour ses utilisateurs et servir effectivement les intérêts de la communauté internationale. Ces observations s'appliquent au sujet à l'examen. À cet égard, il est essentiel que la Commission n'exclue aucune option abordée dans le deuxième rapport et se livre à un débat approfondi de manière à parvenir à un consensus.

41. Le rapport fournit un grand nombre d'informations sur la pratique des États, les décisions judiciaires et l'*opinio juris* relatives à différents aspects du sujet, notamment la portée de l'immunité *ratione materiae* et de l'immunité *ratione personae*, les relations entre l'immunité et la compétence universelle, et entre l'immunité et le principe *aut dedere aut judicare*, ainsi que les exceptions à la règle de l'immunité, auxquelles le Rapporteur spécial a consacré une grande partie de son rapport, orientant ainsi d'emblée le débat de la Commission vers un point de vue particulier. M. Wisnumurti espère que le Rapporteur spécial restera ouvert aux différents avis exprimés par les membres de la Commission.

42. M. Wisnumurti, qui partage bon nombre des thèses du Rapporteur spécial, judicieusement résumées au paragraphe 94 du deuxième rapport, souhaite faire quelques observations sur un certain nombre d'entre elles.

43. Tout d'abord, il partage l'idée que l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État pour les actes accomplis à titre officiel est la règle générale et que l'absence d'immunité dans une situation particulière relève de l'exception, comme cela est indiqué à l'alinéa *a* du paragraphe 94. Il approuve également la thèse formulée à l'alinéa *b* du paragraphe 94 selon laquelle les représentants de l'État bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* pour les actes qu'ils accomplissent à titre officiel, puisque ces actes sont aussi attribuables à l'État au service duquel ils se trouvent. Cette immunité découle de la souveraineté de l'État, qui a le droit de l'invoquer ou de la révoquer devant la juridiction pénale d'un autre État. Le principe de souveraineté, dont il a été question au cours des débats, a évolué et continue d'évoluer. Il est certain qu'il a été façonné par la pratique des États, mais aussi par de nouvelles valeurs et de nouveaux principes mettant l'accent sur la nécessité de protéger les droits de l'homme et le droit humanitaire. La Commission devra tenir compte de cette évolution dans ses débats.

44. S'il a approfondi les notions d'immunité *ratione materiae* et d'immunité *ratione personae* qu'il avait abordées dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a toutefois consacré la majeure partie de son rapport à l'exception à la règle de l'immunité, qui aura, en définitive, une incidence sur la portée de l'immunité. À cet égard, M. Wisnumurti a pris note de l'argument avancé par le Rapporteur spécial au paragraphe 18 du rapport, selon lequel dans les affaires où d'anciens représentants de l'État sont ou doivent être soumis à une juridiction pénale étrangère pour des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions alors qu'ils exerçaient des responsabilités, c'est l'absence d'immunité qui doit être prouvée et non pas l'existence de cette règle. Le Rapporteur spécial en déduit pour sa part que l'immunité est la règle en droit international coutumier général, tandis que l'existence d'exceptions à cette règle doit être prouvée. Cette

approche est un bon point de départ pour examiner l'absence de l'exception à la règle de l'immunité.

45. Après avoir judicieusement analysé la pratique des États, les décisions judiciaires et l'*opinio juris* pour déterminer si les exceptions à la règle de l'immunité sont fondées sur le droit international coutumier, le Rapporteur spécial conclut, aux alinéas *n* et *o* du paragraphe 94 de son rapport, que les divers arguments avancés pour justifier les dérogations à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont guère convaincants et rejette l'idée que ces exceptions représentent une norme émergente du droit international. Selon M. Wisnumurti, de telles conclusions sont un peu trop catégoriques. S'il est vrai que l'analyse de la pratique des États, de la jurisprudence et de l'*opinio juris* constitue un bon point de départ, la Commission ne devrait cependant pas oublier que sa responsabilité collective est de dépasser ces conclusions. Elle doit surmonter ses divergences conceptuelles ou idéologiques, en particulier en ce qui concerne le champ d'application et l'étendue de l'immunité *ratione materiae* et de l'immunité *ratione personae*, pour trouver, en particulier, un équilibre entre l'immunité qui découle de la souveraineté de l'État, d'une part, et la nécessité de prévenir l'impunité, d'autre part.

46. La Commission convient que les représentants de l'État qui accomplissent des actes à titre officiel jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*. Cette immunité s'étend aux actes accomplis par les représentants de l'État à titre officiel pendant la durée de leurs fonctions, mais aussi lorsqu'ils ont cessé leurs fonctions. En revanche, elle ne s'étend pas aux actes accomplis avant leur entrée en fonction. Cependant, M. Wisnumurti ne partage pas l'avis exprimé par le Rapporteur spécial à l'alinéa *f* du paragraphe 94 de son rapport selon lequel l'immunité *ratione materiae* s'étend aux excès de pouvoir des représentants de l'État et à leurs actes illicites. Il convient de souligner que, dans la mesure où l'immunité découle de la souveraineté de l'État au service duquel se trouve le représentant, celle-ci doit cesser d'exister dès lors qu'il commet des actes qui ne relèvent pas de son mandat. Par ailleurs, M. Wisnumurti a également des doutes en ce qui concerne la thèse avancée à l'alinéa *e* du paragraphe 94, selon laquelle un représentant de l'État qui accomplit un acte de nature commerciale bénéficie de l'immunité de juridiction pénale étrangère si cet acte est attribué à l'État. Le Rapporteur spécial pourrait peut-être préciser ce qu'il entend par «acte de nature commerciale».

47. M. Wisnumurti partage pleinement l'idée que l'immunité *ratione personae* s'applique aux représentants les plus importants de l'État, à savoir le président, le premier ministre et le ministre des affaires étrangères. En revanche, il ne croit pas que d'autres hauts responsables devraient en bénéficier. Le Rapporteur spécial pense que la portée de l'immunité personnelle est considérée comme absolue. Elle s'étend aux faits illicites perpétrés à titre tant officiel que privé, y compris avant la prise de fonction. M. Wisnumurti a souligné la nécessité d'établir un équilibre entre le principe d'immunité qui découle de la souveraineté nationale, et la nécessité de lutter contre l'impunité. Pour y parvenir, il faut envisager de soumettre l'immunité *ratione personae* à certaines limitations,

en particulier des restrictions qui satisfassent au besoin de justice et à l'obligation de répondre de ses actes qui caractérisent le monde contemporain. La Commission doit étudier la possibilité, dans une perspective juridique et politique, d'élaborer, dans le cadre du développement progressif du droit international, des normes sur ces limitations éventuelles qui prévoient que l'immunité *ratione personae* ne devrait pas s'étendre aux infractions qui violent des normes impératives du droit international, notamment l'interdiction pour les hauts responsables de commettre des génocides, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et de crimes d'agression, tant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que de leur propre initiative privée. Il est toutefois impératif que l'immunité *ratione personae* ne cesse de s'appliquer que lorsque les hauts responsables n'exercent plus de mandat. À cet égard, il convient que la Commission ne perde jamais de vue qu'il importe de maintenir la stabilité des relations internationales. Il convient donc de procéder avec une grande précaution compte tenu du caractère extrêmement délicat des questions en jeu.

48. S'agissant de la proposition tendant à créer un groupe de travail, elle est intéressante mais ne paraît pas opportune à l'heure actuelle. Avant de mettre en place un groupe de travail, la Commission doit avoir des discussions plus approfondies en plénière pour être en mesure d'en orienter les travaux.

49. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que, si elle reconnaît la cohérence et la rigueur des rapports présentés par le Rapporteur spécial, elle n'adhère pas nécessairement aux postulats qui y sont énoncés. Le débat a mis en lumière les sensibilités et les approches différentes des membres de la Commission à l'égard de ce sujet, ce qui n'a rien d'étonnant compte tenu des importantes questions qu'il soulève: la souveraineté de l'État et sa portée; le caractère procédural et/ou substantiel de l'immunité; son caractère absolu ou limité; la définition de la notion d'«acte officiel»; la désignation des hauts fonctionnaires de l'État auxquels s'applique cette immunité, le lien entre responsabilité internationale et impunité; ou encore la distinction entre immunité et impunité, notamment.

50. L'importance du sujet tient au fait qu'il soulève des questions essentielles de droit international, mais également à deux autres éléments dont il convient de tenir compte: d'une part, il présente un grand intérêt pour les États; d'autre part, il permet un examen fondé sur les deux piliers du mandat de la Commission, à savoir la codification et le développement progressif du droit international. En somme, l'optique de la Commission doit être double: elle doit tenir compte de la *lex lata* mais s'inscrire également dans la perspective de la *lex ferenda*.

51. Compte tenu de l'intérêt que présente le sujet pour la Sixième Commission et pour un grand nombre d'États, M^{me} Escobar Hernández estime, à l'instar d'autres membres de la Commission, qu'il peut être utile de constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une méthode d'examen de la question qui puisse servir également de base aux travaux futurs de la Commission dans sa nouvelle composition. Certes, la Commission a devant elle un volume de travail important, mais il n'en demeure pas moins que les sujets dont l'examen doit être

achevé durant le quinquennat en cours doivent avancer à un rythme adapté; en outre, étant donné l'importance du sujet, son examen ne saurait souffrir aucun retard. De plus, la constitution du groupe de travail ne nuirait en rien à l'autonomie de la nouvelle Commission qui sera élue à l'automne 2011; au contraire, celle-ci ne pourrait que tirer parti d'une orientation plus précise de l'examen du sujet.

52. On ne saurait parvenir à une bonne approche du sujet sans tenir compte de la relation de fait – et parfois d'un autre type – qui existe entre les notions d'immunité et d'impunité. Cette question doit constituer l'un des éléments essentiels des travaux de la Commission, et ce pour deux raisons: premièrement, parce que l'analyse de cette relation met en opposition deux éléments essentiels du droit international contemporain: la nécessité de préserver l'institution de l'immunité en tant qu'instrument au service de la protection des fonctions de l'État dans le cadre des relations internationales (et donc de la souveraineté de l'État) et la nécessité de préserver les valeurs essentielles de la communauté internationale. Deuxièmement, parce que ces deux notions, l'immunité et l'impunité, renvoient à la question de la responsabilité internationale, tant de l'État que de l'individu, laquelle ne saurait être écartée dans le cadre de l'examen de l'immunité, car cela pourrait se traduire dans la pratique par l'impossibilité – temporaire ou non, absolue ou non – d'en inférer la responsabilité pénale des hauts fonctionnaires de l'État.

53. En conséquence, l'analyse du sujet devra être menée en sorte de ne pas déboucher sur une consécration des techniques d'impunité. Et ce, non seulement pour des raisons de principe, mais également parce que l'on constate, de façon indubitable à l'heure actuelle, qu'une tendance manifeste en faveur de la lutte contre l'impunité, visant à protéger des valeurs essentielles de la communauté internationale, s'est renforcée dans le droit international contemporain. Il est vrai que cette évolution se traduit essentiellement au plan international par la consolidation du phénomène des tribunaux pénaux internationaux, mais il n'y a aucune raison pour qu'elle n'ait également une incidence sur l'exercice de la juridiction pénale internationale.

54. M^{me} Escobar Hernández considère que la Commission devrait prendre garde à ce que le traitement qui sera donné au sujet n'aboutisse pas, même indirectement, au renforcement de l'impunité. Il est nécessaire de trouver un équilibre entre le traitement de l'immunité et celui de l'impunité. S'il est vrai que l'immunité ne saurait être convertie en une forme dissimulée d'impunité, il n'en demeure pas moins que l'institution de l'immunité remplit en droit international contemporain une fonction qui ne saurait être minorée. Dès lors, la Commission ne peut négliger cette réalité. Cependant, la préservation de l'immunité de l'État ou de ses agents ou hauts fonctionnaires ne peut s'entendre que sous l'angle de la fonction, ce qui pose nécessairement la question de savoir dans quel but on reconnaît l'immunité. Cette approche fonctionnelle doit fournir d'importants éléments d'analyse lorsqu'il s'agira de définir non seulement la portée subjective de cette forme d'immunité (qui sont les hauts fonctionnaires qui en bénéficient dans l'intérêt de l'État?), mais aussi la portée des immunités *ratione personae* et *ratione materiae*. La dimension fonctionnelle de l'immunité peut également

avoir des conséquences sur la portée de l'immunité et la détermination d'éventuelles dérogations à celle-ci.

55. En résumé, si l'immunité est fonctionnelle, il est clair qu'elle ne devra être reconnue qu'en vue de protéger les fonctions propres du titulaire de l'immunité et, partant, de protéger les fonctions propres de l'État. Les conséquences de ce raisonnement sur l'immunité *ratione materiae* peuvent se déduire facilement: un acte commis par un haut fonctionnaire de l'État susceptible d'être considéré comme un délit, en particulier s'il s'agit d'un crime international, pourra difficilement être couvert par l'immunité fonctionnelle, reconnue exclusivement pour préserver les fonctions de l'État, et ce en dépit du fait que l'acte en question puisse être attribué à l'État sur le plan de la responsabilité.

56. En deuxième lieu, on ne saurait ignorer que l'État a une fonction essentielle à laquelle il ne peut renoncer: il doit entretenir des relations internationales. Cette fonction de l'État doit également être protégée dans le cadre de l'immunité, y compris par l'immunité de juridiction pénale. Dans cette perspective, il est clair que les fonctionnaires de l'État qui exercent cette fonction ou qui participent de la représentation internationale de l'État, doivent être protégés contre toute forme de coercition pénale, même lorsqu'ils ont commis certains crimes. Cela explique la définition d'une responsabilité *ratione personae* qui revêt une portée plus large sans aucun doute que la responsabilité *ratione materiae*. La nécessité de protéger cette fonction concrète de représentation de l'État oblige à interpréter de manière restrictive la dimension subjective de l'immunité. Par conséquent, si on laisse de côté l'immunité des agents diplomatiques – y compris en mission spéciale – et celle des fonctionnaires consulaires, le nombre de personnes susceptibles de bénéficier de ce type d'immunité doit être le plus réduit possible, et se limiter fondamentalement à ce qu'il est convenu d'appeler la «triade»: le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères.

57. En troisième lieu, si l'immunité est fonctionnelle, elle doit être limitée à la période au cours de laquelle son bénéficiaire a exercé la fonction qu'il s'agit de protéger. Selon M^{me} Escobar Hernández, cela s'applique tant à l'immunité *ratione materiae* qu'à l'immunité *ratione personae*, étant donné que la diversité de fonctions qu'il s'agit de protéger dans l'un et l'autre cas oblige à introduire des nuances dans la manière dont s'applique la limitation temporelle.

58. De l'avis de M^{me} Escobar Hernández, la question relative à la relation existant entre responsabilité et immunité appelle un commentaire particulier. Ce point a été soulevé par le Rapporteur spécial afin de définir la notion d'«acte officiel». Tout acte accompli par un agent ou fonctionnaire de l'État dans le cadre de ses fonctions (y compris *ultra vires*), est selon le Rapporteur spécial attribuable à l'État et constitue par conséquent un «acte officiel», couvert donc par l'immunité. Eu égard à cela, pour M^{me} Escobar Hernández, on ne peut rien objecter au fait que les actes *ultra vires* accomplis par un fonctionnaire de l'État soient attribuables à l'État sur le plan de la responsabilité. Affirmer le contraire irait à l'encontre de la tendance du droit international en vigueur. En revanche,

l'idée selon laquelle de tels actes *ultra vires* peuvent être considérés comme des actes de l'État (et, partant, comme des «actes officiels») sur le plan de l'immunité est plus discutable. Si l'immunité protège une fonction, en principe, et hormis dans les cas on ne peut plus exceptionnels d'immunité *ratione personae*, seuls seront considérés comme des actes officiels les actes propres à telle ou telle fonction et non les actes accomplis par des fonctionnaires de l'État dans le cadre de ladite fonction qui, par exemple, sont contraires aux normes du droit international censées protéger les valeurs essentielles de la communauté internationale.

59. En affirmant cela, M^{me} Escobar Hernández ne soutient pas qu'il n'existe pas de relation entre la responsabilité internationale de l'État et l'immunité de juridiction pénale étrangère des fonctionnaires de l'État. En réalité, elle va plus loin, dans la mesure où elle considère qu'il existe également une relation entre cette immunité et la responsabilité pénale de l'individu, y compris internationale. Mais cette relation se déploie dans le but très précis de moduler ou de limiter (même temporairement) l'exercice de la compétence de l'État ou d'une institution internationale de façon à établir la responsabilité pénale des personnes qui jouissent de l'immunité. Cependant, cette relation ne peut avoir aucune incidence sur la définition de la responsabilité internationale de l'État qui, comme cela a été indiqué dans la jurisprudence et consacré, par exemple, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, est indépendante de la responsabilité pénale que peut encourir une personne physique pour les mêmes faits.

60. En somme, s'il est possible d'attribuer certains actes du fonctionnaire à l'État, cela n'est pertinent que sur le plan de la responsabilité internationale de l'État, mais pas nécessairement sur celui de l'immunité, cette institution ayant précisément comme conséquence de limiter les effets pouvant découler d'une responsabilité distincte, la responsabilité pénale, laquelle est exclusivement imputable à l'individu.

61. Pour conclure, M^{me} Escobar Hernández aborde la question de la portée de l'immunité, qui est sans doute celle pour laquelle sa position est la plus éloignée de celle que le Rapporteur spécial expose dans son rapport. Celui-ci a en effet retenu une conception absolue tant pour l'immunité *ratione personae* que pour l'immunité *ratione materiae*, ajoutant que l'on ne pouvait déduire ni de la doctrine, ni de la jurisprudence, ni de la pratique qu'il était possible de formuler des exceptions à la règle de l'immunité, sauf celles qui pourraient avoir été établies par traité.

62. Pour sa part, M^{me} Escobar Hernández considère que le caractère absolu de l'immunité, précisément en raison de sa dimension fonctionnelle, ne peut être appréhendé en termes identiques selon qu'il s'agit de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*. Alors que dans le premier cas elle accepterait plus volontiers la nature absolue de l'immunité (pour autant qu'elle soit limitée dans le temps à la durée des fonctions officielles), dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, qui a nécessairement à voir avec le type d'acte commis par le fonctionnaire qui veut s'en prévaloir, l'élément de relativité lui semble inévitable.

63. Par ailleurs, on observe dans la pratique internationale une tendance à introduire des exceptions à la règle de l'immunité de juridiction pénale. La plupart de ces exemples s'inscrivent dans le cadre de la juridiction pénale internationale, mais on en trouve aussi dans les juridictions internes. Quoi qu'il en soit, les exceptions à la règle générale de l'immunité méritent d'être traitées *de lege ferenda*.

64. M. NOLTE commencera par aborder certaines questions fondamentales qui ont été soulevées par M. Dugard et d'autres membres. En particulier, M. Dugard a été très critique à l'égard du rapport à l'examen, dont il a attaqué le fondement même, et a invité les membres de la Commission à reconnaître leur rôle de législateur et à ne plus se cacher derrière la «feuille de vigne» de la codification.

65. M. Nolte rappelle qu'il vient d'un pays dont les responsables se sont, par le passé, rendus coupables de crimes internationaux épouvantables. Les Allemands de sa génération voient donc les procès de Nuremberg comme une étape très importante du développement du droit international et soutiennent très activement la Cour pénale internationale. M. Nolte est révolté par les crimes internationaux de notre époque et ne souhaite certainement pas qu'ils restent impunis. Il ne doute d'ailleurs pas que l'objectif commun soit d'éliminer l'impunité. C'est pourquoi il faudrait éviter, selon lui, de présenter le débat comme s'il opposait ceux qui ont de l'empathie et qui sont tournés vers l'avenir aux rétrogrades et aux sans-cœur, qui défendent une conception dépassée de l'État, de la souveraineté et du droit international.

66. De l'avis de M. Nolte, la véritable question qui se pose est celle de savoir comment mettre en œuvre le principe de l'immunité et comment le faire cadrer dans le système juridique international tel qu'il est, et tel qu'il se développe. Il serait trop simple de se contenter de dire que la tendance générale du droit international est de reconnaître que les crimes les plus graves ne doivent pas rester impunis et que l'immunité des représentants de l'État devrait donc être considérablement restreinte, voire, comme le préfère M. Dugard, purement et simplement supprimée. M. Vasciannie a fait valoir à juste titre qu'à trop restreindre l'immunité des représentants de l'État, on risquerait de susciter des frictions graves dans les relations internationales. En effet, nous ne sommes plus en 1999, à une époque où l'on pensait que les poursuites à raison de crimes internationaux ne concerneraient que des dictateurs déchus ou des génocidaires en déroute. Aujourd'hui, les poursuites portent aussi sur des situations plus ambiguës, par exemple d'éventuels crimes de guerre commis par des forces militaires de pays développés participant à une opération de maintien de la paix ou des cas encore plus complexes s'inscrivant dans le contexte d'une guerre civile. M. Nolte n'a pas d'objection à ce que ce type de situations soit porté devant une juridiction pénale internationale, mais il doute que la communauté internationale accorde la confiance nécessaire aux juridictions nationales pour accepter que ces affaires leur soient déferées. Or, si les juridictions nationales ne sont pas considérées comme impartiales ou fiables cela risquerait de donner lieu à des tensions; on irait à l'encontre du but recherché en restreignant l'immunité. Il faut donc que la Commission reconnaisse les réalités d'aujourd'hui, sans se voiler la face en invoquant des principes moraux. Elle doit parvenir à un

juste équilibre entre des préoccupations divergentes qui, en un sens, sont déjà inscrites dans le droit mais qu'il faut réévaluer. Ce faisant, elle pourra déterminer quelle approche adopter et examiner le sujet sous ses différentes facettes.

67. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial traite de beaucoup de questions importantes. Souvent, les analyses qu'il expose sont convaincantes. Si la Commission optait pour un exercice de codification, en utilisant des méthodes traditionnelles comme celles qui sont appliquées à l'examen des réserves aux traités, M. Nolte serait d'accord avec l'approche générale retenue par le Rapporteur spécial. Il a toutefois trouvé très intéressante l'analyse de la *lex lata* à laquelle a procédé M. Gaja, laquelle ne milite pas en faveur de la portée très large de la souveraineté fonctionnelle préconisée par le Rapporteur spécial, même s'il n'a pas tout à fait compris comment cette analyse s'inscrit dans l'état actuel du droit international coutumier. Cela étant, M. Nolte n'est pas convaincu par l'affirmation de M. Dugard et d'autres selon laquelle la Commission s'écarterait de sa propre pratique si elle suivait l'approche du Rapporteur spécial, ni qu'il y ait conflit entre la Commission et la Cour internationale de Justice au sujet de l'immunité des représentants de l'État. En revanche, il lui semble que le Rapporteur spécial aurait intérêt à distinguer plus clairement entre l'immunité de l'État lui-même et celle de ses représentants, ainsi qu'entre les règles de fond et celles relatives à la compétence, comme l'a proposé M. Pellet. On ne saurait se contenter de dire en effet que les règles de *jus cogens* priment la règle de l'immunité. La véritable question est d'abord celle de la portée des règles de l'immunité. Il ne faut pas nécessairement être «hyperwestphalien» pour considérer qu'elles ont une portée plus large que celle que M. Pellet leur reconnaît; cela étant, ces règles n'ont pas une portée aussi large que celle que leur donne le Rapporteur spécial.

68. La Commission se trouve actuellement dans une situation difficile et trois possibilités s'offrent à elle: la première consiste à faire sienne la position du Rapporteur spécial, que l'on pourrait appeler l'approche de la codification. On risquerait alors de reprocher à la Commission de porter un coup d'arrêt à une évolution importante du droit international coutumier. La deuxième possibilité est celle préconisée par M. Dugard, qui se réclame ouvertement du développement progressif. Elle risquerait, selon M. Nolte, de créer des tensions entre les États qui considéraient, à bon droit, pouvoir s'en tenir à la *lex lata*, et certains tribunaux internes verraient dans la position de la Commission un encouragement à interpréter les règles de l'immunité de manière encore plus stricte. Le résultat pourrait être une multiplication des poursuites devant des juridictions internes et une perte d'autorité du droit international en tant que source de droit. La troisième possibilité est celle défendue par M. Pellet. Je l'appellerai l'approche du développement progressif sous couleur de *lex lata*, aussi astucieuse que difficile. En effet, ce qui pour M. Pellet est la *lex lata* n'est pas nécessairement ce que la Commission considère comme telle. En général, celle-ci s'emploie à faire le point de toute la pratique, qu'elle soit le fait des États ou d'autres entités, et ne considère pas qu'une règle relève de la *lex lata* sur la seule force d'un principe abstrait. Si elle décidait toutefois de modifier sa position, il lui serait probablement difficile de préserver le

consensus, qui est le fondement même de l'autorité dont jouissent ses travaux.

69. Quelle que soit l'approche que la Commission décidera d'adopter, il sera très difficile de parvenir à un résultat satisfaisant. Les membres de la Commission devraient y réfléchir car il ne s'agit pas seulement pour elle de déterminer quelle approche conviendrait le mieux au sujet de l'immunité des représentants de l'État, mais aussi de trancher une question qui est déterminante pour la Commission et la stature dont elle jouit. Ce sujet si névralgique risque d'entraîner la Commission dans une controverse oiseuse, alors que, selon M. Nolte, elle devrait essayer d'envisager les différents aspects du problème séparément et voir quels sont ceux qui se prêtent à une approche traditionnelle d'interprétation. M. Gaja a fait une proposition dans ce sens. Elle ne devrait s'engager dans un exercice de développement progressif que sur certains aspects qui reposent sur une solide assise de *lex lata*. La Commission n'est pas censée légiférer au sens que Frankfurter⁹³ ou l'école réaliste américaine donnent à ce terme, parce qu'elle ne jouit pas de la même autorité incontestable qu'un parlement national ou qu'un juge national. Il va de soi que le droit et son interprétation impliquent des choix, y compris de nature politique, mais ces choix sont limités, et la loi est certes en évolution constante mais cela ne justifie pas que la Commission prenne des raccourcis en invoquant des impératifs d'ordre moral.

70. De l'avis de M. Nolte, il serait présomptueux pour les membres de la Commission d'essayer à ce stade de résoudre toutes les questions préliminaires en laissant les détails aux membres de la Commission du prochain quinquennat. Il serait plus utile, selon lui, d'attirer l'attention des États sur le débat en son état actuel pour qu'ils l'aident à se prononcer sur l'approche à adopter: codification traditionnelle, développement progressif ou développement progressif sous couleur de *lex lata*. À l'instar de M. McRae, M. Nolte ne voit pas l'intérêt de constituer un groupe de travail à ce stade.

71. M. PELLET trouve que M. Nolte a bien posé le problème et qu'il faut effectivement trouver un juste équilibre entre la *lex lata* et la *lex ferenda*. On ne peut cependant pas dire qu'elles sont aussi tranchées que le jour et la nuit, car il y a aussi l'aurore, l'aube et le crépuscule. On pourrait dire qu'on assiste au crépuscule d'une norme ancienne, celle de l'immunité et de l'impunité, au profit d'un nouveau droit, plus respectable peut-être, qui milite contre l'immunité. Même si le travail de la Commission n'est pas de légiférer, elle ne peut manquer de tenir compte de cette évolution. Elle ne peut se permettre d'attendre la suite des événements. M. Pellet est bien conscient qu'en 2012 s'ouvrira un nouveau quinquennat, avec de nouveaux membres, mais il est convaincu qu'il faut offrir à l'Assemblée générale un vrai choix entre les possibilités. Le débat a montré qu'il fallait un équilibre. Or, si l'on se borne à la présentation du sujet que fait le Rapporteur spécial dans son rapport, l'équilibre ne sera pas assuré.

72. M. PETRIČ considère qu'il y va de l'image de la Commission et du message qu'elle veut transmettre. Il ne

s'agit pas pour elle de laisser aux États un «espace» dans lequel ils puissent s'engouffrer. Elle se doit d'affirmer qu'elle est en faveur de la justice et que les grands criminels de la planète ne doivent pas jouir de l'impunité. Voilà le message qu'elle doit diffuser.

73. M. DUGARD, soulevant une motion d'ordre, insiste sur l'importance du sujet. Il serait vain de croire que la Commission pourra l'expédier dans les quarante-cinq minutes qui suivent. Il faut donc se ménager le temps nécessaire pour en poursuivre l'examen.

74. Le PRÉSIDENT rappelle que, comme l'a dit le Rapporteur spécial, l'examen du sujet se poursuivra à la deuxième partie de la session.

75. M. HASSOUNA remercie le Rapporteur spécial de son rapport, qui a sans aucun doute donné matière à débat à la Commission. Les questions qui y sont soulevées sont délicates, complexes et controversées. Elles ont notamment trait aux rapports existant entre la notion d'immunité et celle de compétence universelle, dont aucune définition communément admise n'existe encore. Le sujet touche aussi à des questions telles que la multiplication des procès politiques, les aspects juridiques et diplomatiques de la souveraineté, les crimes internationaux et les droits de l'homme et, dans un sens beaucoup plus large, à la manière d'envisager le droit international.

76. Pour traiter de toutes ces questions interdépendantes, le Rapporteur spécial a opté pour une approche traditionnelle, conservatrice. Il a conclu que, en règle générale, l'immunité existe bel et bien pour les représentants de l'État et qu'elle empêchait les poursuites pénales, précisant qu'il n'existait pas d'exceptions bien établies à cette règle, même dans les cas de violations graves des droits de l'homme. Il a toutefois très judicieusement laissé la porte ouverte à d'autres manières d'appréhender le sujet, tenant compte de la position des membres de la Commission qui préconisent une définition plus restrictive de l'immunité et une portée plus large des exceptions.

77. De l'avis de M. Hassouna, il importe que la Commission garde présentes à l'esprit deux séries de considérations: d'une part, la nécessité de respecter l'égalité souveraine des États et le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures, qui sont consacrés dans la Charte des Nations Unies et visent à assurer la stabilité des relations internationales, et, d'autre part, l'impératif de protéger les droits de l'homme contre les violations flagrantes, de combattre l'impunité et de prévenir la commission de crimes internationaux. En d'autres termes, elle doit concilier des préoccupations légitimes des États et des intérêts vitaux de la communauté internationale.

78. La seule manière d'y parvenir est d'adopter une approche équilibrée puisant aux sources traditionnelles du droit international, à savoir la coutume, tout en intégrant les tendances contemporaines du droit international, notamment dans le domaine des droits de l'homme et des crimes internationaux. La codification doit être complétée par un exercice de développement progressif, deux processus qui sont somme toute étroitement liés.

⁹³ F. Frankfurter, «Some reflections on the reading of statutes» (voir *supra* la note 53).

79. Quelle que soit l'approche qui sera retenue, le sujet de l'immunité est de ceux qui continueront de soulever de nombreuses questions théoriques, dont la Commission a déjà discuté en détail, mais il pose aussi plusieurs questions d'ordre pratique, qui méritent elles aussi d'être examinées. M. Hassouna se bornera à en citer trois exemples: premièrement, le point de savoir qui a l'autorité de lever l'immunité est de la plus haute importance. Il se demande à ce propos si un gouvernement en exil peut lever l'immunité d'un gouvernement *de facto* et si le fait que l'État du for, qui entend poursuivre des représentants du gouvernement *de facto*, reconnaisse le gouvernement en exil comme le gouvernement *de jure* est pertinent. Il se demande de surcroît si le Conseil de sécurité de l'ONU est habile à lever l'immunité de représentants de l'État et à autoriser les poursuites par les juridictions internes.

80. Deuxièmement, il faut se demander qui détermine si tel ou tel acte a été accompli dans le cadre de fonctions officielles ou à titre personnel: l'État auquel ressortissent les auteurs ou les tribunaux de l'État accréditaire?

81. Troisièmement, en ce qui concerne les tribunaux nationaux, si l'immunité s'étend à toutes les mesures prises par les tribunaux internes qui ont des effets obligatoires, M. Hassouna se demande ce qu'il faut penser de la procédure d'extradition engagée devant un tribunal interne. L'extradition ayant force obligatoire dans certains États, ces procédures seraient-elles impossibles du fait des immunités existantes?

82. Il importe que la Commission se penche sur toutes ces questions. Certains ont proposé de créer un groupe de travail à cette fin. Une telle formule permettrait un débat approfondi mais elle exigerait aussi la présence constante du Rapporteur spécial, ce qui ne serait pas très commode. M. Hassouna propose que la Commission poursuive son débat en plénière pendant le temps qui reste disponible à la session en cours et présente ensuite à l'Assemblée générale un résumé des débats sur les deuxième et troisième rapports en vue de solliciter les vues et réactions des États Membres sur les différentes questions soulevées dans le rapport de la Commission. Dans sa nouvelle composition, celle-ci aura tout loisir d'approfondir le sujet.

83. Certains ont fait observer que les débats avaient révélé l'existence de positions conceptuelles très différentes parmi les membres de la Commission. Selon M. Hassouna, c'est précisément cette diversité culturelle, juridique et professionnelle qui représente le principal atout de la Commission.

84. M. GALICKI juge paradoxal que le Rapporteur spécial, qui a principalement fondé son deuxième rapport sur une analyse approfondie de la pratique des États et de la jurisprudence, en ait dégagé une tendance unique, dangereuse et n'incitant guère à l'optimisme.

85. Outre la question de la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Commission doit déterminer s'il faut prévoir des exceptions à la règle de l'immunité. Ce n'est qu'en répondant à cette question qu'elle pourra parvenir à un consensus sur l'opportunité et l'étendue de l'exercice de codification du droit international coutumier applicable aux différents

aspects de l'immunité des agents de l'État. Or les débats qui ont eu lieu en séance plénière ont fait ressortir des divergences. En tout état de cause, il est important que la Commission appuie le Rapporteur spécial lorsqu'il écrit, au paragraphe 56 de son deuxième rapport, que «[l]es exceptions à l'immunité sont tout particulièrement nécessaires parce qu'il est impératif de défendre les droits de l'homme contre les violations les plus graves et massives et de lutter contre l'impunité».

86. L'idée du Rapporteur spécial d'élaborer un protocole facultatif ou des clauses types concernant la limitation ou la levée de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État mérite d'être examinée. M. Galicki comprend tout à fait que le Rapporteur spécial n'ait pas jugé bon à ce stade d'élaborer des projets d'article. Cela aurait été quelque peu prématuré, car il est préférable que la Commission s'emploie auparavant à formuler une position commune quant à la question fondamentale de savoir si la règle traditionnelle prévaut encore sur la pratique qui accorde une place grandissante aux exceptions à cette règle. M. Galicki appuie pleinement la proposition de création d'un groupe de travail qui serait chargé d'élaborer cette position.

87. M. Galicki est reconnaissant au Rapporteur spécial d'avoir soulevé dans son deuxième rapport la question des liens entre l'institution de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et deux autres concepts importants du droit pénal international, à savoir la notion de compétence universelle et celle de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il approuve en particulier les observations formulées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 56 et 79 de son rapport, qui seront probablement forts utiles à la Commission lorsqu'elle poursuivra ses travaux sur le principe *aut dedere aut judicare*.

88. M. PERERA approuve l'essentiel des interventions de Sir Michael et de M. Nolte à la séance en cours. À propos du point fondamental de savoir s'il doit y avoir des exceptions à la règle de l'immunité, il convient, premièrement, de se demander quels seraient exactement les crimes qui justifieraient de telles exceptions. S'agirait-il exclusivement des crimes internationaux les plus graves comme les actes de génocide et autres crimes contre l'humanité, ou également des «autres crimes ayant une portée internationale» selon l'expression consacrée par le Statut de Rome? Deuxièmement, il convient de s'interroger sur le point de savoir si les normes impératives de droit international relatives aux graves violations des droits de l'homme l'emportent sur le principe de l'immunité souveraine parce qu'elles seraient «hiérarchiquement plus élevé[e]s», selon plusieurs opinions citées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport. La diversité des vues reflétées à cet égard dans le document est fort appréciable, et M. Perera sait gré à M. Caffisch d'avoir éclairé la Commission sur l'opinion majoritaire à la séance en cours. Troisièmement, il y a aussi la question fort intéressante soulevée par M. Gaja à la séance précédente à propos des instruments internationaux relatifs à la lutte contre la criminalité, comme la Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile: l'exercice d'une compétence extraterritoriale serait-il empêché par l'immunité fonctionnelle ou ces instruments exigent-ils que des poursuites

soient engagées même à l'encontre d'un représentant de l'État jouissant d'une telle immunité? Comme M. Gaja l'a fait observer, tous les instruments de lutte contre la criminalité fondés sur le principe «extrader ou poursuivre» demeurent silencieux sur l'immunité. La question de l'interprétation d'un tel silence se pose, compte tenu de la raison d'être de ces instruments, à savoir la volonté de faire en sorte que les auteurs des crimes visés ne puissent trouver refuge nulle part dans le monde. Il est toutefois pertinent de se demander si le silence peut être interprété de manière aussi large. Ce sont là des questions complexes auxquelles il n'y a probablement pas de réponses évidentes. Il n'en demeure pas moins que la Commission doit les soumettre à une analyse critique et adopter à leur égard une approche équilibrée.

89. La Commission se trouve donc au défi de concilier la nécessité de protéger la souveraineté des États, qui demeure au cœur du droit international – même si ce principe connaît actuellement une certaine évolution –, l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales avec la nécessité de protéger les valeurs fondamentales des droits de l'homme et donc de veiller à ce que les représentants des États aient à répondre de tout crime international grave qu'ils pourraient avoir commis.

90. Il faudrait aussi se souvenir des conseils de prudence prodigués par Sir Ian Brownlie lors des débats de la Commission sur le premier rapport du Rapporteur spécial, selon lesquels la multiplication des exceptions à la règle de l'immunité risque d'en entraîner la disparition.

91. La Commission doit également être consciente de l'effet négatif que pourraient avoir sur la stabilité des relations conventionnelles des poursuites engagées pour des raisons politiques ou à titre de «représailles». À cet égard, il peut être pertinent de rappeler l'observation formulée par un membre lors des débats consacrés au premier rapport du Rapporteur spécial, à savoir que la stabilité des relations entre États et les règles relatives à l'immunité protègent non seulement les intérêts souverains des États, mais aussi les valeurs collectives liées aux droits de l'homme. Ainsi, les différents intérêts et principes en jeu ne doivent pas nécessairement être considérés comme conflictuels.

92. Compte tenu de la nécessité de poursuivre l'analyse de ces questions complexes, M. Perera appuie la proposition de création d'un groupe de travail. Il rejoint toutefois M. McRae qui a préconisé d'attendre pour cela le quinquennat suivant, ce qui permettrait à la Commission de véritablement progresser dans sa réflexion en prenant en considération les vues exprimées par les États à la Sixième Commission.

93. M. FOMBA tient à faire une courte déclaration de nature plutôt politique.

94. Les qualités du deuxième rapport du Rapporteur spécial ont été soulignées à juste titre. Les problèmes soulevés par ce rapport, sur les plans pratique et théorique, l'ont également été avec juste raison. La question fondamentale qui se pose ici est celle de savoir quel est, quel serait ou quel devrait être l'état du droit international en ce qui concerne l'interprétation et l'articulation globale,

logique et rationnelle, des notions de souveraineté, de représentation d'État, de responsabilité et d'immunité, d'une part, et quelles conséquences pourrait-on ou devrait-on en tirer du point de vue de la *lex lata* ou de la *lex ferenda*, d'autre part. À cet égard, des idées et des propositions intéressantes ont été formulées, que M. Fomba pourrait, en tout ou partie, accepter et qui, en tout état de cause, mériteraient d'être examinées de plus près. Quant à la méthode concrète à adopter, les quelques pistes proposées méritent également de l'être. Que ce soit dès la session en cours ou à compter de la session suivante, nul doute que la Commission saura trouver les moyens de faire avancer concrètement, efficacement et judicieusement les travaux entrepris sur ce sujet à la fois important et sensible.

95. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial) précise qu'il compte bien présenter son troisième rapport à la session en cours. Pour ce qui est de la création d'un groupe de travail, il lui paraît préférable d'attendre la session suivante, qui marquera le début d'un nouveau quinquennat. La composition de la Commission sera alors renouvelée, un nouveau rapporteur spécial sera désigné pour le sujet et les vues exprimées par les États à la Sixième Commission enrichiront sans aucun doute les débats.

96. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que malgré toutes ses qualités le deuxième rapport du Rapporteur spécial est bien un rapport «à thèse». Le Rapporteur spécial a choisi une position qu'il s'efforce d'étayer scientifiquement, peut-être trop systématiquement, en écartant tout ce qui pourrait la contrarier ou l'infléchir. C'est sans doute excellent sur le plan académique. C'est peut-être moins en phase avec la méthode de travail de la Commission. M. Kamto en sait quelque chose, pour avoir osé lui-même une approche similaire dans son cinquième rapport sur l'expulsion des étrangers⁹⁴, où il a développé la thèse de l'existence d'un «noyau dur» des droits de l'homme.

97. Une telle approche perd de vue les nuances. Elle est aveugle sur les exceptions. En l'occurrence, elle conduit le Rapporteur spécial à proposer un rapport où, à part la seule hypothèse envisagée à l'alinéa *p* du paragraphe 94, seules sont résumées les «thèses» défendues par le Rapporteur spécial. On a l'impression que celui-ci conclut à l'existence en droit international d'une règle de l'immunité totale ou absolue, sans exception, admise en droit positif.

98. Pour M. Kamto, cette conclusion est discutable, parce qu'elle découle d'une hypothèse de départ qui lui paraît erronée, à savoir que la règle de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est si bien établie en droit coutumier qu'elle n'aurait pas besoin d'être démontrée, et surtout qu'elle constitue encore aujourd'hui une pierre angulaire des relations interétatiques. À vrai dire, ce que fait le Rapporteur spécial, c'est plus précisément de suggérer que cette norme serait une norme logique découlant de la souveraineté, de l'égalité, de l'indépendance des États, et correspondant, comme il le dit au paragraphe 18 de son deuxième rapport, à «l'ordre naturel des choses».

⁹⁴ *Annuaire...* 2009, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/611.

99. À supposer même, *arguando*, que cette proposition soit exacte, il y a lieu de constater que le Rapporteur spécial oublie de situer une telle norme dans le contexte du droit international contemporain, où le principe de souveraineté est en tension avec d'autres principes fondamentaux.

100. C'est pourquoi, avant d'examiner les aspects techniques de ce sujet, la Commission doit faire un choix de politique juridique à la lumière de l'évolution du droit international.

101. L'exigence de la protection de certaines valeurs essentielles de la communauté internationale, en particulier des droits de la personne humaine, a transformé profondément le droit international contemporain. On sait par exemple que c'est au nom des considérations élémentaires d'humanité, qui apparaissent dès les années 1950 dans sa jurisprudence, que la Cour internationale de Justice affirmera en 1970, dans l'arrêt relatif à l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'existence des obligations *erga omnes*. L'apparition en droit des traités, plus précisément à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, de la catégorie des normes de *jus cogens* s'inscrit dans la même évolution. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État envisagée dans le contexte du droit international actuel pose le problème du rapport entre l'immunité en tant que principe logique découlant du principe fondamental de l'égalité souveraine de l'État, d'une part, et, d'autre part, l'exigence morale de non-impunité qu'impose le souvenir «des millions [...] victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine», selon la formule du préambule du Statut de Rome. Cette exigence morale s'est traduite sur le plan juridique par la catégorie des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, dont le régime est fixé par les articles 40 et suivants des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹⁵. Les «crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale» visés à l'antépénultième paragraphe du préambule du Statut de Rome (auquel, comme l'a rappelé M. Dugard, 114 États sont parties) constituent des violations de cette catégorie d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble.

102. Cette description montre bien qu'en termes de politique juridique, la principale question soulevée par le sujet à l'examen est la nécessité de trouver un équilibre entre l'exigence de la stabilité des relations entre États et celle de la lutte contre l'impunité pour les «crimes les plus graves». Si l'on formule, à ce stade, l'idée qu'il existe une norme de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, on doit alors constater que cette norme est en tension avec une autre norme, celle qui fait obligation à chaque État, et donc à ses représentants, de respecter les obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Il n'est pas question ici d'une règle et des exceptions à cette règle, car la règle n'est ni l'immunité ni la responsabilité. En effet,

que l'on incorpore la règle de l'immunité au principe de l'égalité souveraine des États – ce qui est logiquement envisageable – ou qu'on la tienne pour une règle de droit international coutumier, elle apparaît comme une norme objective au même titre que les obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, avec la particularité que celles-ci englobent aussi les normes impératives, ou *jus cogens*, ce qui n'est pas le cas de l'immunité.

103. Le traitement du sujet à l'examen consiste donc à déterminer dans quels cas l'immunité prévaut et dans quels autres cas c'est la responsabilité pour crimes constitutifs de violations d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble qui doit prévaloir.

104. Abordant les questions techniques à considérer dans le cadre du sujet à l'examen, et qui ont pour la plupart été traitées par le Rapporteur spécial, mais parfois d'une manière qui suscite des réserves de sa part, M. Kamto dit qu'il partage sur le fond la plupart des analyses et constatations du Rapporteur spécial, notamment celles exposées aux paragraphes 22 à 30 de son deuxième rapport, portant sur le critère d'attribution de la responsabilité de l'État et l'utilisation de ce critère pour déterminer si le représentant de l'État jouit de l'immunité *ratione materiae*, de même que celles figurant aux paragraphes 57, 58, 62 et 63. Il est de ceux qui pensent que la nature des normes impératives de droit international détermine le régime juridique de ces normes, y compris en ce qui concerne la juridiction en la matière.

105. M. Kamto est d'accord avec la grande majorité de ce que le Rapporteur spécial appelle les «thèses» formulées dans son rapport, au paragraphe 94, mais il a des difficultés ou des désaccords partiels ou globaux avec: l'alinéa *d*, où il est dit qu'«[o]n ne considère pas qu'un représentant de l'État agit à titre officiel en fonction de ses motifs ou du caractère de sa conduite», le «facteur déterminant» semblant être de savoir si ce représentant agit en qualité d'agent de l'État; avec l'alinéa *f*, où il est dit que l'immunité *ratione materiae* s'étend aux «actes illicites» des représentants de l'État; avec l'alinéa *g*, dont la formulation donne à comprendre que l'immunité *ratione materiae* couvre tous les actes, quels qu'ils soient, accomplis par le représentant de l'État lorsqu'il est en fonction; avec l'alinéa *n*, où le Rapporteur spécial exprime une opinion discutable en prétendant 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»; avec l'alinéa *o*, où il est dit qu'«on ne peut pas formellement affirmer l'existence d'une tendance à l'émergence d'une telle norme». Pour M. Kamto, on ne peut aboutir à cette dernière conclusion que parce qu'on a instruit uniquement à charge. Le Rapporteur spécial avait une thèse qu'il donne l'impression d'avoir validée à tout prix, y compris en minimisant les arguments qui vont à son encontre. C'est ce qui crée un certain malaise au sujet de son deuxième rapport.

106. La Commission gagnerait à réexaminer en détail cinq questions. Premièrement, le fondement de la norme d'immunité. S'agit-il d'une norme logique consubstantielle au principe de l'égalité souveraine des États ou

⁹⁵ 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.

d'une norme de droit international coutumier? S'il s'agit d'une norme coutumière, il faudrait la dégager plus clairement en en déterminant la portée. De ce point de vue, la Cour internationale de Justice n'a pas été tout à fait convaincante lorsqu'elle a déclaré – on pourrait presque dire «proclamé» – l'«immunité totale» d'un ministre des affaires étrangères dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Le Rapporteur spécial aurait d'ailleurs pu examiner plus attentivement qu'il ne l'a fait les critiques qui ont été adressées à la Cour à cet égard.

107. Deuxièmement, il conviendrait de se pencher sur le rapport entre la responsabilité de l'État et la dissolution de l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants: l'idée est que la responsabilité de l'État, notamment pour violation d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble, emporte dissolution de l'immunité de ses représentants, auteurs ultimes de ladite violation. Dans ce cas en effet l'écran étatique disparaît et les auteurs du crime se trouvent livrés à leur sort, c'est-à-dire à leur responsabilité pénale. Bien sur, les deux types de responsabilité sont distincts, mais ils ont en commun le même fondement factuel: le fait illicite initial qui va engager la responsabilité pénale de l'individu ou la responsabilité internationale de l'État est exactement le même.

108. Troisièmement, il faudrait examiner le rapport entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*. Les deux types d'immunité n'évoluent pas parallèlement dans tous les cas. L'immunité *ratione materiae* se double dans certains cas de l'immunité *ratione personae*. La disparition de cette dernière du fait de la cessation des fonctions officielles pose la question de savoir si l'immunité *ratione materiae* continue de s'appliquer au représentant de l'État.

109. Cela devrait amener la Commission à examiner la question de l'immunité *ratione temporis*: celle-ci couvre-t-elle les actes accomplis avant l'accès à la fonction ou à la qualité de représentant de l'État? Si oui, cette couverture dure-t-elle seulement pour les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* ou s'étend-elle également à ceux de l'immunité *ratione materiae*? Le bénéfice de l'immunité pour ces actes commis avant l'entrée en fonction disparaît-il avec la cessation des fonctions?

110. Quatrièmement, il conviendrait de se demander si la question de l'immunité se pose, comme l'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 7 de son rapport, dès la phase précontentieuse de la procédure judiciaire, ou plutôt dans la phase contentieuse.

111. Cinquièmement, enfin, il y a la question du lien entre la compétence universelle et l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État. Fort des réactions légitimes de la plupart des États face aux premières législations, notamment belge et espagnole, relatives à la compétence universelle et aux modifications qui leur ont été apportées, M. Kamto suggère que la Commission examine la question du lien entre la juridiction ou la compétence en matière de «crimes les plus graves» et les circonstances de l'affaire examinée. Il peut s'agir d'un lien de territorialité (les faits incriminés se sont produits sur le territoire de l'État du for)

ou d'un lien personnel (les faits incriminés concernent des ressortissants de l'État du for). Cela éviterait les critiques liées à l'asymétrie des puissances qui fait que les représentants des États les plus faibles peuvent être poursuivis sans égard à leur immunité devant les juridictions des nations puissantes sur la base d'allégations de crimes internationaux commis dans n'importe quel pays sans que, généralement, l'inverse soit vrai. L'idéal serait, naturellement, une universalité parfaite de la Cour pénale internationale, mais pour cela il faudrait que tous les États sans exception soient parties au Statut de Rome. L'histoire se répète toujours, souvent pour le pire. Pour M. Kamto, l'immunité absolue de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État créerait inévitablement un tel risque.

La séance est levée à 13 h 15.

3089^e SÉANCE

Mardi 17 mai 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

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

Nomination à des sièges devenus vacants après élection (article 11 du statut) [*fin*]* (A/CN.4/635 et Add.1 à 3)

[Point 14 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT dit que la Commission va procéder à une nomination à un siège devenu vacant après la démission de M. Bayo Ojo. Le curriculum vitae du candidat figure dans le document publié sous la cote A/CN.4/635/Add.3, et une communication connexe figure dans le document publié sous la cote ILC/LXII/MISC.2⁹⁶. Comme à l'accoutumée, cette élection se tiendra en séance privée.

La séance est suspendue à 10 h 5; elle est reprise à 10 h 25.

2. Le Président annonce que M. Mohammed Bello Adoke a été élu au siège devenu vacant du fait de la démission de M. Bayo Ojo. Au nom de la Commission, il informera le membre nouvellement élu et l'invitera à prendre place parmi les membres de la Commission.

* Reprise des débats de la 3084^e séance.

⁹⁶ Distribution limitée aux membres de la Commission.