

Document:-
A/CN.4/SR.3113

Compte rendu analytique de la 3113e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

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/>)*

crimes et les infractions de portée internationale» n'est pas des plus claires. Toujours à propos du paragraphe 1 de l'article 2, M. Dugard a, à juste titre, relevé que le principe *aut dedere aut judicare* s'appliquait exclusivement aux tribunaux nationaux, sauf à considérer que la remise de l'auteur présumé d'un crime à un tribunal international équivalait à une extradition, ce qui est contestable.

82. Pour ce qui est du paragraphe 2 de l'article 2, on a relevé, à juste titre, que le membre de phrase «dans tous les cas et toutes les circonstances où cela est approprié» n'était pas très clair et qu'il fallait s'efforcer de mieux préciser les choses. Se posent à cet égard des questions importantes comme celle de la définition des crimes en cause ou encore celle de la pertinence du principe de droit pénal *nullum crimen sine lege*, dont il convient d'ailleurs de remarquer qu'il se conçoit plus facilement dans le contexte d'un code des crimes préétabli, comme celui qu'a adopté la Commission en 1996.

83. S'agissant du paragraphe 1 de l'article 3, c'est aussi à juste titre qu'on a relevé qu'il énonçait une évidence juridique et ne faisait que réaffirmer le principe *pacta sunt servanda*, et qu'il n'avait donc guère d'utilité. Quant au paragraphe 2 du même article, sa rédaction suscite des interrogations et appelle des clarifications en ce qui concerne les «conditions particulières» et leur fondement juridique. Il en va de même de l'expression «principes généraux du droit international pénal».

84. L'article 4 soulève des questions et suscite des doutes. S'agissant de la preuve de l'existence d'une obligation de nature coutumière, on peut partager les réserves du Rapporteur spécial. Par ailleurs, en ce qui concerne le libellé actuel de cet article, il a, comme cela a été relevé, notamment par M. Vasciannie, un goût d'inachevé. Il appellerait une prise de position claire et suffisamment étayée par une analyse rigoureuse de la pratique et de la jurisprudence, ce qui ne semble pas être le cas. Simplement à ce stade, le paragraphe 1 prévoit l'hypothèse de l'existence d'une obligation de nature coutumière, le paragraphe 2 postule l'existence d'un «noyau dur» de crimes impliquant une obligation de nature coutumière et le paragraphe 3 accrédite l'hypothèse d'une obligation fondée sur le *jus cogens* alors même que cela contredit l'argument avancé au paragraphe 94 du rapport. Or le problème qui se pose ici est de savoir si et dans quelle mesure on peut reconnaître au droit pénal international la même caractéristique qu'au droit pénal interne, à savoir une précision et une rigueur maximales, sauf à considérer, comme ne le fait pas M. Fomba, qu'il doit en aller autrement. S'agissant par ailleurs de savoir dans quelle mesure la Commission pourrait ou devrait tirer parti de l'argumentation développée par M. David³⁸⁴ devant la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, M. Melescanu a fort justement fait observer qu'il s'agissait là d'une opinion juridique qui ne préjugait pas la position que prendrait finalement la Cour en l'affaire.

³⁸⁴ Cour internationale de Justice, *Audience publique tenue le lundi 6 avril 2009, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Owada, Président, en l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, compte rendu (CR2009/8), p. 30 à 32, par. 19 à 23 (disponible sur le site Web de la Cour, à l'adresse suivante: www.icj-cij.org).

85. Quant à savoir ce que la Commission doit faire et comment elle doit procéder, les propositions qui ont été faites – soit abandonner les travaux sur le sujet, soit suspendre l'examen de celui-ci en attendant les conclusions du Groupe de travail de la Sixième Commission sur la compétence universelle – semblent quelque peu excessives et injustifiées tant que les États n'auront pas exprimé un désaveu clair et franc à l'égard du projet. En conclusion, l'intervenant appuie la proposition de M. Pellet visant à interroger les États sur la possibilité d'élargir à la compétence universelle le mandat de la Commission sur le sujet.

La séance est levée à 13 heures.

3113^e SÉANCE

Mercredi 27 juillet 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

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

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [suite] (A/CN.4/638, sect. E, A/CN.4/648)

[Point 6 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre son examen du quatrième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (A/CN.4/648).
2. M. PETRIČ dit qu'il partage le point de vue selon lequel il n'existe pas de règle générale du droit international coutumier consacrant l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il convient également que le traitement du sujet par le Rapporteur spécial ne fait pas une place suffisante à la notion de compétence universelle et que davantage d'attention devrait être accordée au développement progressif du droit international conformément à l'article 15 du statut de la Commission. De manière générale, les questions soulevées par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport appellent un examen plus approfondi.
3. En ce qui concerne le projet d'article 2 et les réserves importantes formulées par certains membres de la Commission au sujet du devoir de coopérer, M. Petrič appuie la proposition selon laquelle il serait peut-être plus fécond pour la Commission d'identifier les catégories de crimes relevant du champ d'application de l'obligation

d'extrader ou de poursuivre. Bien que le devoir de coopérer soit bien établi en droit international, y compris dans la Charte des Nations Unies, le projet d'article 2 dans son libellé actuel ne semble pas susceptible d'avoir une incidence pratique et l'intervenant doute de sa nécessité et de son utilité.

4. Concernant le projet d'article 3, M. Petrič estime également qu'il s'agit essentiellement d'une réaffirmation du principe *pacta sunt servanda*. Et, en ce qu'il ne codifie aucune règle coutumière existante ni n'en crée de nouvelle, mais rappelle simplement qu'un État lié par un traité est tenu d'appliquer ce traité, il ne semble pas présenter grand intérêt.

5. Quant au projet d'article 4, M. Petrič partage l'idée que sa formulation revêt un caractère trop conditionnel et qu'il n'est pas encore prêt à être adopté ou soumis à un examen approfondi. Dans son libellé actuel il ne comporte aucun élément contraignant et il convient donc de le remanier.

6. Le problème principal que doit résoudre la Commission est de savoir comment aller de l'avant, compte tenu du fait que, malgré les efforts accomplis jusque-là, y compris ces deux dernières années par le Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*³⁸⁵), elle n'a encore réalisé aucun progrès significatif sur le sujet. M. Petrič ne peut appuyer la proposition de M. Murase invitant la Commission à suspendre ou abandonner son examen du sujet, car le thème sur lequel il porte est important, d'actualité et pertinent. En cesser l'examen signifierait non seulement que la Commission a échoué à répondre aux attentes des États Membres et à présenter des résultats utiles après plusieurs années de travaux, mais reviendrait aussi à abandonner prématurément le sujet.

7. Puisque l'on peut affirmer que l'obligation de poursuivre ou d'extrader ne relève pas de la *lex lata*, il convient que la Commission aborde la question dans la perspective du développement de la *lex ferenda*, son mandat couvrant tant la codification du droit international coutumier existant que son développement progressif, en particulier lorsqu'elle se trouve face à un sujet d'actualité. Il y a donc lieu qu'elle se penche sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre en faisant preuve d'un esprit d'anticipation. Il n'est pas nécessaire qu'elle se focalise sur les sources de l'obligation, qui ne sont pas clairement établies en raison de l'absence de dispositions claires de la *lex lata* à ce sujet. Elle devrait au contraire porter son attention sur les conséquences de l'existence d'une obligation générale d'extrader ou de poursuivre et sur les modalités pratiques de sa mise en œuvre.

8. L'approche adoptée par la Commission devrait également refléter l'évolution générale qui tend à garantir l'état de droit tant au niveau international qu'au niveau national. Cette tendance se manifeste notamment à travers les activités menées par l'ONU, telles que la création du Groupe de l'état de droit au Cabinet du Secrétaire général ou l'inscription d'un point consacré à l'état de droit aux niveaux national et international à l'ordre du jour de la

soixante-sixième session de l'Assemblée générale³⁸⁶. Les relations existant entre l'état de droit, l'impunité et l'obligation d'extrader ou de poursuivre devraient également avoir leur place dans les travaux futurs de la Commission sur le sujet.

9. À cet égard, il convient que la Commission indique clairement, dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-troisième session, les difficultés rencontrées lors de l'examen du sujet, en mentionnant la possibilité d'aborder celui-ci dans la perspective du développement progressif. Soumettre les projets d'article à la Sixième Commission avant que la Commission ait pu les mettre au point ou les adopter serait tout à fait inhabituel et contre-productif. Il y a lieu au contraire que la Commission continue de faire figurer le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre à son programme de travail. Au début du nouveau quinquennat, un groupe de travail nouvellement constitué pourra à nouveau envisager la meilleure manière de progresser sur ce sujet important.

10. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que, concernant le projet d'article 2, elle souscrit à l'approche du Rapporteur spécial établissant un lien entre, d'une part, le principe *aut dedere aut judicare* et, d'autre part, le devoir de contribuer aux efforts accomplis par la communauté internationale en matière de lutte contre l'impunité. Cependant, curieusement, la formulation de ce projet d'article est à la fois trop large dans l'un de ses passages et trop restrictive dans un autre. Le libellé du paragraphe 1 est trop large lorsqu'il énonce une obligation générale de coopérer, même si l'intervenante est d'accord avec ses grandes lignes et son esprit, car cette obligation dépasse la portée du principe *aut dedere aut judicare*; il convient de définir le devoir de coopérer par rapport à ce principe. M^{me} Escobar Hernández estime que la coopération avec les cours et les tribunaux internationaux mentionnée au paragraphe 1 se trouve en dehors du champ d'application du projet d'article 2, car l'application du principe *aut dedere aut judicare* – dans son sens classique tout au moins – à la coopération avec lesdits cours et tribunaux est clairement sujette à discussion.

11. Par ailleurs, la formulation du projet d'article 2 paraît excessivement restrictive en ce que son paragraphe 2 subordonne l'application du principe *aut dedere aut judicare* à la satisfaction de plusieurs conditions très générales synthétisées dans l'expression «dans tous les cas et toutes les circonstances où cela est approprié», sans préciser les circonstances dont il s'agit. Il est donc souhaitable que le Rapporteur spécial soumette lors de la prochaine session de la Commission une nouvelle version du projet d'article 2 qui définisse plus précisément la portée du devoir de coopérer dans le cadre spécifique de l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

12. En ce qui concerne le projet d'article 3, son premier paragraphe comporte une affirmation relevant de l'évidence et de ce fait superflue, et il y a donc lieu de le supprimer. Au contraire, son paragraphe 2 énonce une disposition importante, à savoir que les États parties à un traité consacrant l'obligation *aut dedere aut judicare*

³⁸⁵ *Annuaire...* 2009, vol. II (2^e partie), p. 149 et 150, par. 204.

³⁸⁶ Résolution 65/32 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2010, par. 14.

doivent prendre les mesures nécessaires en vue de donner effet à cette obligation dans leur droit interne. Par conséquent, le texte proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 2 doit constituer l'élément principal du projet d'article 3. Il convient néanmoins que le Rapporteur propose lors de la prochaine session de la Commission un nouveau libellé qui lèverait toutes les ambiguïtés que l'actuel projet d'article 3 recèle et qui prenne dûment en compte les différences existant entre les systèmes juridiques des États monistes et dualistes.

13. Le projet d'article 4 porte sur un aspect essentiel du principe *aut dedere aut judicare*, à savoir la détermination des crimes et des infractions de portée internationale pouvant donner naissance à l'obligation d'extrader ou de poursuivre en vertu du droit coutumier. À cet égard, l'intervenante appuie la proposition d'appliquer l'obligation *aut dedere aut judicare* au génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, car un large consensus s'est dégagé parmi les États sur la nécessité de renforcer la lutte contre ces trois types de crimes tant au niveau national qu'au niveau international.

14. Cependant, le projet d'article 4 comporte un certain nombre d'éléments exigeant un profond remaniement. Il y a lieu, au paragraphe 1, de supprimer ou de remplacer l'expression «auteur présumé» (*presunto delincente*), car, en espagnol du moins, elle est inconciliable avec le plein respect du principe de la présomption d'innocence. Au paragraphe 2, il convient de substituer une autre formulation à l'expression «peut découler» (*puede proceder*). Cette formulation minimise en effet le rôle que doivent jouer les crimes «principaux» (*crimines nucleares*) énumérés au même paragraphe dans la définition de la portée du principe *aut dedere aut judicare*. Le libellé et la syntaxe choisis pour évoquer les normes du *jus cogens* sont erronés, notamment en ce qui concerne l'expression «sous forme soit de traité international soit de coutume internationale» (*en forma de tratado internacional o de costumbre internacional*). De manière générale, moyennant la soumission par le Rapporteur spécial d'une proposition remaniée, M^{me} Escobar Hernández estime que le projet d'article 4 a sa place dans un futur projet d'articles sur le sujet.

15. Enfin, pour ce qui est des questions soulevées par M. Murase à propos de l'avenir du sujet, M^{me} Escobar Hernández est favorable au maintien de celui-ci au programme de travail de la Commission. Il s'agit d'un sujet important présentant un intérêt majeur pour les États et une grande pertinence sur le plan de la pratique; il représente donc le type même de sujet relevant du mandat de la Commission. Cela ne signifie pas cependant qu'il faille en poursuivre l'examen dans le cadre de sa structure actuelle. Il y a peut-être lieu pour la Commission de reconsidérer son approche du sujet afin de prendre en compte la relation entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et le principe de compétence universelle.

16. Quoi qu'il en soit, il s'agit là de tâches qui seront confiées à la Commission dans sa composition future, laquelle résultera des élections de novembre 2011. Il ne semble donc pas opportun à M^{me} Escobar Hernández que les membres actuels de la Commission renvoient au Comité de rédaction les trois projets d'article proposés,

qui appellent de profonds remaniements, ou les fassent figurer dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-troisième session.

17. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il s'associe à d'autres membres de la Commission pour saluer le caractère novateur des travaux du Rapporteur spécial sur le sujet difficile de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).

18. Concernant le titre du projet d'article 2, «Devoir de coopérer», il convient de s'interroger sur le point de savoir si le mot «devoir» a été choisi de préférence à celui d'«obligation» au motif que les dispositions du projet d'article sont supposées être l'expression d'une règle morale, le mot «devoir» possédant une connotation morale plus forte que celui d'«obligation». Cependant, si ces dispositions ne sont que l'expression d'une exigence découlant des relations interétatiques – la coopération étant une composante nécessaire de ces relations –, elles n'en énoncent pas moins une obligation de caractère général. On trouve dans le droit positif ou dans les travaux de la Commission divers exemples d'instruments juridiques créant ce type d'obligation. La question qui est en jeu dans le projet d'article 2 est celle de l'obligation, et non du devoir, de coopérer.

19. L'expression «les États coopèrent comme il y a lieu les uns avec les autres» figurant au paragraphe 1 du même projet d'article est, du moins dans sa version française, assez mal venue et il convient de la revoir.

20. Pour ce qui est des projets d'articles 3 et 4, il est inhabituel que la Commission débute ses travaux de codification ou de développement progressif par une règle relative aux sources du droit pertinentes en la matière. D'ordinaire, lorsque la Commission recherche les sources d'une règle particulière, elle ne se livre à cet exercice que pour vérifier qu'elle est en présence d'une règle établie du droit international afin de pouvoir codifier les règles secondaires qui en découlent. Elle ne détermine pas la source elle-même comme les projets d'articles 3 et 4 s'efforcent de le faire. Ainsi, même s'il convient, certes, d'établir si l'obligation *aut dedere aut judicare* constitue une règle du droit des traités et/ou une règle du droit international coutumier, cela ne signifie pas que la Commission doive consacrer un projet d'article à ce sujet.

21. Peut-être la Commission pourrait-elle éviter ce problème en reformulant le paragraphe 1 du projet d'article 3 de la manière suivante: «Un État est tenu d'extrader ou de poursuivre une personne accusée d'une infraction qu'une telle obligation soit contenue dans un traité ou qu'elle découle d'une règle de droit international coutumier.» En d'autres termes, si les recherches menées par la Commission révèlent que l'obligation *aut dedere aut judicare* possède un fondement suffisant en droit international, elle devra alors se préoccuper d'élaborer des règles visant à permettre aux États de se conformer à cette obligation, mais non de mettre en évidence les sources de cette obligation à travers un projet d'article. M. Kamto précise que sa proposition, telle qu'elle est libellée, ne préjuge pas de l'existence certaine d'un fondement conventionnel ou coutumier mais dispose simplement que, si une telle

obligation est prévue par un traité ou dans le droit coutumier, les États sont tenus de s'y conformer. Une telle solution permettrait au Rapporteur spécial et à la Commission de progresser sur le sujet. Ce sont les doutes formulés au sujet de l'existence d'un fondement coutumier à l'obligation *aut dedere aut judicare* par tous les autres membres de la Commission qui se sont exprimés avant lui, et auxquels il souscrit, considérant qu'il n'est pas établi qu'une telle obligation existe en droit international coutumier, qui ont amené M. Kamto à formuler cette proposition.

22. Le projet d'article 3 énonce une obligation fondamentale de respect par les États des traités auxquels ils sont parties; toutefois faire figurer cette obligation dans un projet d'article risque d'affaiblir l'obligation générale du droit des traités à laquelle renvoie ledit projet d'article et qui découle du principe *pacta sunt servanda*. Introduire cette obligation dans le projet d'article 3 peut donner à penser que les parties à un traité ne seraient peut-être pas tenues de se conformer à leurs obligations conventionnelles si le projet d'article ne le leur imposait pas expressément. Il convient donc de supprimer le paragraphe 1 du projet d'article 3.

23. En ce qui concerne le projet d'article 4, M. Kamto est d'avis que le Rapporteur spécial n'est pas parvenu à mettre en évidence l'existence d'un fondement coutumier de l'obligation *aut dedere aut judicare*. En outre, une erreur de traduction s'est glissée dans le paragraphe 82 de la version française du rapport du Rapporteur spécial, où l'expression anglaise *made by Eric David in the aforementioned case*³⁸⁷ a été traduite par «dans l'ouvrage d'Éric David déjà mentionné». Cette erreur n'est pas sans conséquence car les arguments présentés correspondent à la position défendue par l'auteur en tant que conseil dans une affaire dans laquelle les intérêts de son client l'emportent sur l'opinion doctrinale du juriste distingué qu'il est, opinion qui serait plus intéressante pour la Commission dans le cadre de ses travaux.

24. Le Rapporteur spécial déclare aux paragraphes 39 et 40 de son rapport que le principe *aut dedere aut judicare* est lié au devoir – M. Kamto préférerait pour sa part le mot «obligation» – de tout État de concourir à la lutte contre l'impunité. Il ne semble pas qu'il faille voir là une règle coutumière mais plutôt une règle logique découlant implicitement du *ratio legis* d'une règle expresse. Le principe *pacta sunt servanda* lui-même n'est pas à l'origine une règle coutumière, mais une règle logique exprimant l'idée que si les États s'engagent, notamment dans le cadre d'obligations conventionnelles, ils sont tenus de se conformer aux obligations auxquelles ils ont souscrit. Ce n'est qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps que le principe a été considéré comme une règle de droit coutumier. On peut, dans une certaine mesure, dire la même chose du principe *aut dedere aut judicare*, car il constitue fondamentalement une règle logique susceptible de devenir – ou en passe de devenir – une règle coutumière; en d'autres termes, une règle coutumière *in statu*

nascendi. Au fond, le quatrième rapport du Rapporteur spécial porte sur l'émergence de nouvelles obligations, découlant elles-mêmes de l'émergence d'une catégorie de crimes internationaux dont la commission constitue une violation grave du droit international.

25. L'établissement d'une règle imposant aux États d'extrader ou de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité ou d'actes de génocide n'est pas lié à l'existence d'une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre, mais plutôt au fait que l'obligation de punir les auteurs de crimes contre l'humanité ou d'actes de génocide est implicitement contenue dans l'interdiction de commettre ce type d'actes. Le principe *aut dedere aut judicare* est donc par essence une règle implicite.

26. Pour conclure, il est possible d'envisager la rédaction de dispositions fondées sur la véritable nature des obligations en question. Cela suppose néanmoins d'approfondir l'examen du sujet, y compris son orientation générale et les aspects principaux sur lesquels le Rapporteur spécial a proposé de se pencher, ainsi qu'il l'a en effet souligné dans son document intitulé «Base de discussion au Groupe de travail créé pour le sujet "L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)"³⁸⁸».

27. La question de savoir s'il faut suspendre l'examen du sujet ou le retirer du programme de travail de la Commission ne trouvera de réponse qu'une fois l'orientation générale du sujet déterminée et les relations principales entre les projets d'article envisagés établies. L'élaboration par le Rapporteur spécial d'une proposition de plan de travail permettrait à la Commission d'envisager les étapes suivantes de ses travaux sur le sujet et offrirait aux nouveaux membres de la Commission, à l'issue des élections de novembre 2011, les éléments dont ils auront besoin pour déterminer la meilleure marche à suivre.

28. M. MELESCANU dit qu'il souhaite apporter des clarifications au sujet de certaines observations qu'il a faites lors d'une séance antérieure, concernant sa proposition de joindre les projets d'article au rapport de la Commission. Procéder ainsi permettrait en premier lieu de s'assurer que l'Assemblée générale est informée des progrès accomplis par la Commission sur le sujet. En second lieu, cela donnerait aux États Membres la possibilité de formuler des observations sur les projets d'article. Cependant, M. Melescanu n'a dit à aucun moment qu'il appartenait à la Sixième Commission de décider de la manière dont la Commission doit progresser sur ce sujet.

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

[Point 8 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*^{*})

29. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre son examen du troisième rapport sur l'immunité de

³⁸⁷ Cour internationale de Justice, *Audience publique tenue le lundi 6 avril 2009, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Owada, Président, en l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, compte rendu (CR2009/8), p. 30 à 32, par. 19 à 23 (disponible sur le site Web de la Cour, à l'adresse suivante: www.icj-cij.org).

³⁸⁸ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/L.774.

* Reprise des débats de la 3111^e séance.

juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/646). Il croit comprendre que certains membres de la Commission souhaitent également formuler des observations sur le deuxième rapport³⁸⁹.

30. M. MURASE dit, à propos du deuxième rapport du Rapporteur spécial, qu'il souhaite d'abord traiter la question du choix des représentants de l'État devant bénéficier de l'immunité. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il convient d'examiner le statut de tous les représentants de l'État – mais une approche aussi large est-elle justifiée? Les conventions pertinentes contiennent déjà des règles suffisamment claires prévoyant l'immunité des membres des missions diplomatiques et consulaires et des membres des missions spéciales. En ce qui concerne l'immunité des officiers et du personnel militaire en temps de paix, il convient d'établir une distinction entre deux catégories de personnels: les membres des forces armées stationnées à l'étranger et les membres des forces armées présentes temporairement dans un pays. L'immunité dont jouit le personnel des forces armées stationnées à l'étranger est fondée sur des instruments conventionnels spécifiques, tels que les accords sur le statut des forces, alors que l'immunité dont jouit celui qui est présent temporairement est fondée sur le droit international coutumier. Cette dernière catégorie ne revêt probablement plus beaucoup d'importance et, eu égard au fait que le statut de la première catégorie n'est pas véritablement régi par le droit coutumier, M. Murase estime qu'il y a lieu d'exclure les diplomates et le personnel militaire du champ du sujet.

31. Le paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dispose que «la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale». Cependant, on ignore à quel niveau exactement placer la limite inférieure de l'immunité dans la hiérarchie des agents de l'État. Il convient de centrer le sujet sur certaines catégories seulement de représentants de l'État, et non sur tous. Les personnes visées devraient être les chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères et autres représentants de haut rang. Quoi qu'il en soit, l'élaboration des projets d'article ne saurait débiter avant que la portée du projet soit clairement définie.

32. En ce qui concerne la méthodologie adoptée pour déterminer les fondements juridiques de l'immunité, M. Murase rappelle que le Rapporteur spécial est parti du postulat que les représentants de l'État bénéficient d'une immunité de principe, pour s'efforcer ensuite de clarifier les exceptions à cette règle générale. Cependant, l'approche opposée pourrait également être choisie: chacun doit être traité sur un pied d'égalité, qu'il soit chef d'État ou personne privée, et les représentants de l'État ne jouissent d'aucune immunité sauf s'il existe des motifs particuliers justifiant une exception à ce principe. La Commission a, par le passé, adopté cette dernière approche, du moins en ce qui concerne les crimes

de droit international. Le paragraphe 6 du commentaire relatif à l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité précise que ledit article 7 a pour objet d'empêcher qu'un individu puisse invoquer sa qualité officielle comme circonstance lui conférant une immunité³⁹⁰. De même, le paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit que ce statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle.

33. Cependant, ces dispositions sont susceptibles de donner lieu à des abus de la part de procureurs animés d'un zèle excessif tant au niveau international qu'au niveau interne. Les représentants de l'État poursuivis par des procureurs à l'étranger ou dans leur pays auraient beaucoup de mal à continuer d'exercer leurs fonctions, même s'ils bénéficiaient de la présomption d'innocence jusqu'à leur condamnation définitive. Si leur innocence n'est pas mise en doute dans leur propre pays, les actions menées par des procureurs étrangers pourraient être considérées comme une immixtion dans les affaires intérieures de l'État et donc comme une violation de sa souveraineté. Cela peut expliquer pourquoi le Rapporteur spécial a adopté une approche qui confère une large immunité aux représentants de l'État. Pour autant, il n'est pas démontré qu'il existe un principe général consacrant l'immunité de ces représentants – il ne s'agit que d'une hypothèse, dont la validité doit être vérifiée à la lumière de la pratique contemporaine et de la doctrine.

34. Les chefs d'État sont réputés jouir de l'immunité en vertu de leur qualité, peut-être sur le fondement d'une ancienne théorie, héritée du XIX^e siècle, visant à protéger la dignité et l'honneur nationaux. Sans doute ces notions sont-elles encore importantes pour les relations ordinaires entre les États, mais la Commission examine la responsabilité pénale du fait de la commission de crimes graves du droit international dont l'auteur supposé est un chef d'État. Si elle transpose cette vieille idée de dignité nationale au monde contemporain, elle sera accusée de pédantisme.

35. La justification de l'immunité dont bénéficient les représentants de l'État ne saurait non plus être basée sur la notion ambiguë de souveraineté, laquelle a considérablement évolué à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. Elle n'est plus conçue aujourd'hui comme une simple association de prérogatives et de droits mais aussi comme un ensemble d'obligations entraînant la responsabilité de veiller au bien-être et à la sécurité d'une nation. Si un chef d'État souverain n'est plus capable d'assumer cette responsabilité ou ne le souhaite plus, l'immunité doit lui être refusée.

36. Enfin, il importe de veiller à ce que des garanties suffisantes soient mises en place en vue d'éviter les abus en matière d'opportunité des poursuites. Cela est plus facile à dire qu'à faire, même si l'on exige aujourd'hui des procureurs un exercice transparent de leur pouvoir discrétionnaire tant au niveau du système de justice pénale internationale qu'au niveau du système de justice pénale nationale. M. Murase appelle à ce sujet l'attention sur le paragraphe 17 des Principes directeurs des Nations Unies applicables au

³⁸⁹ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631. Pour l'examen du deuxième rapport à la présente session, voir *supra* les 3086^e, 3087^e et 3088^e séances.

³⁹⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27 et 28.

rôle des magistrats du parquet³⁹¹, qui dispose que dans les pays où les magistrats du parquet sont investis de pouvoirs discrétionnaires, il convient d'énoncer des principes directeurs visant à renforcer l'équité et favoriser des prises de décisions cohérentes pendant la procédure. Un exercice arbitraire ou trop zélé de l'opportunité des poursuites contre les chefs d'État étrangers pourrait être prévenu de manière très efficace par des principes directeurs, sous la forme de lois ou de règlements, destinés aux ministères publics internes, et des principes directeurs internationaux visant à prévenir les abus en matière d'opportunité des poursuites de la part des procureurs internationaux.

37. M. SINGH dit qu'il souhaite tout d'abord faire des observations sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Il félicite celui-ci pour son analyse exhaustive et approfondie du sujet et indique que, de manière générale, il souscrit aux conclusions formulées au paragraphe 94.

38. Le principe d'immunité, bien établi en droit international coutumier, repose sur la courtoisie, la réciprocité et l'impératif d'écarter le risque de poursuites pénales motivées par des raisons politiques. Il garantit aux représentants de l'État l'exercice indépendant de leur fonction lorsqu'ils représentent leur État dans la conduite des relations internationales. L'immunité *ratione personae* de la triade, à savoir le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, est largement reconnue en droit international coutumier. Cependant, au regard des domaines de plus en plus variés auxquels s'étend aujourd'hui la coopération internationale, il y a lieu d'examiner s'il faut considérer que le bénéfice de l'immunité *ratione personae* s'étend également à d'autres hauts représentants de l'État, tels que les ministres du commerce et de la défense.

39. En ce qui concerne le troisième rapport du Rapporteur spécial, M. Singh partage largement les vues exprimées au paragraphe 61. Il est lui aussi d'avis que la question de l'immunité doit être examinée au début de l'instance car le résultat de cet examen conditionne la capacité de l'État du for à exercer l'action pénale contre le représentant étranger. L'État qui invoque l'immunité doit en informer les autorités de l'État du for et non le tribunal devant lequel la procédure est menée, car c'est par les canaux diplomatiques que l'immunité peut être invoquée. Dans le cas d'un chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères étrangers, l'État du for doit soulever lui-même la question de l'immunité. L'État du représentant n'est pas tenu d'invoquer cette immunité, contrairement à ce qu'il en est pour d'autres agents jouissant de l'immunité personnelle. Le droit de renoncer à l'immunité d'un représentant appartient à l'État concerné et non au représentant lui-même. La renonciation à l'immunité doit toujours être expresse.

40. Le fait qu'un État invoque l'immunité de son représentant au motif que l'acte illicite est un acte officiel ne

signifie pas en soi qu'il reconnaît que sa responsabilité est engagée à raison de cet acte. Un État peut invoquer l'immunité afin d'éviter la possibilité d'une grave immixtion dans ses affaires intérieures, susceptible de se produire si un État étranger enquête sur les actes de ses agents. L'État du représentant peut en effet souhaiter ouvrir lui-même une enquête et, s'il y a lieu, poursuivre son propre représentant pour fait illicite allégué.

41. M. DUGARD remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, qui est remarquablement documenté et intéressant. Bien qu'il ne soit pas toujours en accord avec le Rapporteur spécial, en l'espèce, il partage de manière générale ses conclusions sur les questions procédurales. Il convient en particulier que la question de l'immunité doit être soulevée au début de l'instance et que l'immunité est un attribut de l'État et non de son représentant. Il souscrit dans l'ensemble à l'analyse de la renonciation à l'immunité, à l'exception des arguments présentés aux paragraphes 44 et 45.

42. En ce qui concerne le paragraphe 15 du rapport, M. Dugard dit que le Rapporteur spécial a indiqué que la déclaration d'immunité émanant du représentant lui-même ne semble pas avoir une grande valeur juridique. On ne peut s'empêcher de penser à l'affaire dans laquelle est actuellement impliqué l'ancien directeur général du FMI, M. Dominique Strauss-Kahn. Il serait intéressant de savoir ce qui se serait passé si M. Strauss-Kahn avait invoqué son immunité lorsque la police new-yorkaise l'a placé en garde à vue. Des problèmes analogues peuvent très bien se produire dans le cas d'un chef d'État ou de gouvernement d'un pays relativement peu connu. Les États doivent-ils être tenus d'informer leurs autorités policières de la présence sur leur territoire de tout chef d'État en visite? Le Rapporteur spécial a indiqué, dans la note de bas de page dont l'appel se trouve après l'expression «représentant étranger», à la troisième phrase du paragraphe 19, que l'identité des membres de la triade d'un État est connue des autorités de tous les autres États, mais cela ne se vérifie nullement dans tous les cas. Il y a donc lieu d'accorder un certain poids à l'invocation de son immunité par un chef d'État ou de gouvernement.

43. Dans son troisième rapport, comme dans les précédents, le Rapporteur spécial n'a pas opéré de distinction entre crimes ordinaires et «crimes principaux». Il mentionne à maintes reprises l'immunité des membres de la triade, comme si le simple fait d'affirmer assez souvent que les ministres des affaires étrangères doivent compter au nombre des représentants bénéficiant de l'immunité personnelle suffisait à en faire une règle coutumière. Or, l'immunité des ministres des affaires étrangères est contestée. Dans son arrêt rendu dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la Cour internationale de Justice n'a apporté aucun élément attestant de la pratique des États et le juge Al-Khasawneh ainsi que le juge ad hoc Van den Wyngaert y ont joint d'importantes opinions dissidentes. Cet arrêt a en outre suscité des critiques nourries de la part de la doctrine. À la note dont l'appel se trouve à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 58 du rapport, après l'expression «audit représentant», le Rapporteur spécial appelle l'attention sur un article de

³⁹¹ Rapport du huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, 27 août-7 septembre 1990 (A/CONF.144/28/Rev.1, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.IV.2), «Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet», p. 202 (disponible en ligne, à l'adresse suivante: www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/8th_Congress_1990/028_ACONF.144.28.Rev.1_Report_Eighth_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_F.pdf).

MM. Akande et Shah³⁹² mais ne mentionne pas leur point de vue sur l'opportunité d'ajouter le ministre des affaires étrangères pour constituer une triade. Ces auteurs reconnaissent que le chef d'État et le chef de gouvernement bénéficient de l'immunité *ratione personae* mais affirment qu'étendre largement le bénéfice de cette immunité à d'autres ministres, y compris au ministre des affaires étrangères, serait une position erronée et injustifiée.

44. M. Dugard ne demande pas au Rapporteur spécial de revenir sur sa position mais seulement d'examiner soigneusement ces critiques et d'analyser la question de la pratique des États de manière un peu plus approfondie que ne l'a fait la Cour internationale de Justice. Si la Commission inclut le ministre des affaires étrangères pour constituer une triade, elle donnera à entendre qu'elle souhaite étendre le bénéfice de l'immunité, à une époque où certains demandent une plus grande responsabilisation et moins d'impunité.

45. La deuxième observation de M. Dugard porte sur le fait que le Rapporteur spécial n'a pas examiné la question, intéressante sur le plan procédural, qui se pose dans l'hypothèse où le droit local ou national interdit l'immunité en cas de crimes les plus graves. L'Afrique du Sud, par exemple, a incorporé dans sa législation les dispositions du Statut de Rome excluant l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et d'autres hauts représentants de l'État. L'Afrique du Sud, ou tout autre État ayant une législation analogue, sont-ils tenus de se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, alors même que l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice dispose que les États non parties au différend ne sont pas liés par les décisions de la Cour? Ou sont-ils au contraire liés par leurs obligations au titre du Statut de Rome? L'obligation conventionnelle prévaut assurément. La Commission devrait fournir des indications sur la manière dont un État doit procéder dans de telles situations.

46. La troisième observation de M. Dugard, et la plus importante, porte sur la question de savoir si un tribunal de l'État exerçant sa juridiction pénale peut examiner si un représentant étranger est fondé à invoquer l'immunité *ratione materiae* et si l'État qui invoque l'immunité au bénéfice de son représentant doit justifier sa prétention et en démontrer le bien-fondé. Ainsi que le rappelle le paragraphe 25 du rapport, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la France a affirmé qu'il appartenait à l'État invoquant l'immunité de justifier sa prétention. Toutefois le Rapporteur spécial est en désaccord avec cette position, ainsi qu'il ressort clairement de sa conclusion figurant au paragraphe 61 *i* du rapport selon laquelle

[c]'est la prérogative de l'État du représentant, et non celle de l'État du for, d'apprécier si son représentant a agi à titre officiel, et de dire en quoi les fonctions exercées par tel haut représentant sont importantes au regard de sa souveraineté.

À l'appui de cette conclusion, le Rapporteur spécial invoque différents éléments de l'affaire relative à

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), ainsi que l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. Mais, du fait qu'aucune de ces deux affaires ne concerne des crimes graves ou les crimes les plus graves du droit international, elles ne présentent aucun lien avec la question de l'immunité au regard de ce type de crimes.

47. Le Rapporteur spécial s'appuie en outre sur la décision d'une cour d'appel des États-Unis d'Amérique dans l'affaire *Belhas c. Ya'alon*, relative au bombardement par Israël en 1996 d'une zone protégée par les Nations Unies au Liban. Ce bombardement avait été ordonné par un ancien général, le général Ya'alon, alors chef du renseignement militaire. La cour s'est prononcée en faveur de l'immunité du général Ya'alon, fondant sa décision sur une lettre par laquelle l'Ambassadeur d'Israël aux États-Unis d'Amérique déclarait que tout ce qu'avait fait le général, il l'avait fait dans l'exercice de ses fonctions. Il est intéressant de noter que la cour a également examiné la question de savoir si un représentant continue à bénéficier de l'immunité après avoir quitté ses fonctions, question que le Rapporteur spécial n'a pas traitée. La cour a en outre examiné si l'exception relative au *jus cogens* s'appliquait et a conclu que tel n'était pas le cas.

48. Le Rapporteur spécial est cependant allé encore plus loin que la cour des États-Unis d'Amérique. Au paragraphe 30 de son rapport, il admet que l'État du for n'est pas tenu d'«accepter aveuglément» la déclaration de l'État intéressé affirmant que son représentant a agi sous son autorité et bénéficie donc de l'immunité. Il semble néanmoins que l'absence d'obligation d'«accepter aveuglément» une telle déclaration ne s'applique qu'aux actes présentant un caractère intrinsèquement personnel ou privé. Dans les cas où un représentant a agi en application de la politique de l'État, l'immunité est absolue et la déclaration d'immunité ne saurait être contestée par le tribunal exerçant sa juridiction. Cette conception absolue de l'immunité est également étayée par la référence faite par le Rapporteur spécial, au paragraphe 61 *i*, à la souveraineté et aux prérogatives de l'État concerné ainsi qu'au paragraphe 31, où il indique ce qui suit:

La question de la qualité du représentant, de ses fonctions et de l'importance qu'elles revêtent du point de vue de la souveraineté de l'État concerné relève de la compétence interne de cet État au même titre que celle de savoir si les actes de ce représentant ont un caractère officiel.

49. M. Dugard souhaite poser au Rapporteur spécial la question hypothétique suivante: que se serait-il passé si M. Ratko Mladić avait gagné la Fédération de Russie sous une fausse identité, avait été identifié par la police russe et présenté à un tribunal de cet État, et que le Gouvernement serbe ait adressé au tribunal une lettre similaire à celle présentée par Israël dans l'affaire *Ya'alon*, déclarant que tout ce que M. Mladić avait fait, il l'avait fait dans l'exercice de ses fonctions? Quelle aurait alors dû être la réaction du tribunal russe? Aurait-il dû accepter la déclaration d'immunité fonctionnelle de la Serbie au bénéfice de M. Mladić, chercher à obtenir de plus amples informations sur sa conduite afin d'établir s'il avait réellement ou non été représentant de la Serbie, ou, si l'on suit l'argumentation de MM. Akande et Shah à laquelle

³⁹² D. Akande et S. Shah, «Immunities of State officials, international crimes, and foreign domestic courts», *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4 (2010), p. 815 à 852.

il est fait référence au paragraphe 58 du rapport, décider qu'il ne saurait y avoir d'immunité pour les auteurs de crimes internationaux graves donnant lieu à une compétence extraterritoriale?

50. Le Rapporteur spécial répondra certainement qu'il s'agit là d'un cas *sui generis*. De nombreux autres cas analogues pourraient pourtant être cités. L'argument essentiel est que les crimes auxquels s'intéresse la Commission sont des crimes très graves et que, pour ce type de crimes, l'État invoquant l'immunité de son représentant doit être tenu de justifier sa prétention. Il n'est pas suffisant de déclarer que l'acte en cause revêt un caractère officiel.

51. Il serait fâcheux que le Rapporteur spécial considère que la Commission doit approuver les conclusions détaillées figurant dans le deuxième et le troisième rapports, car cela lierait indûment les mains du prochain rapporteur spécial. La Commission devrait se contenter de prendre note de ces conclusions, certes intéressantes, mais sujettes à controverses.

52. Il faut du temps pour se forger une réputation mais elle peut se trouver détruite du jour au lendemain. Au fil des années, la Commission a adopté de nombreux instruments progressistes, mais sa réputation pourrait être compromise si elle penchait trop fortement en faveur des intérêts de l'État en ce qui concerne les immunités et si elle ne parvenait pas à trouver un équilibre entre les traditions juridiques anciennes et les attentes du monde contemporain.

53. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial) dit qu'il va réfléchir à la question hypothétique de M. Dugard et y répondre plus tard. La législation sud-africaine portant mise en œuvre du Statut de Rome à laquelle fait référence M. Dugard est mentionnée dans la note dont l'appel se trouve à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 74 du deuxième rapport. La deuxième question de M. Dugard sur la réaction que devrait avoir l'Afrique du Sud eu égard à l'existence de cette législation n'est pas pertinente en l'espèce. Le problème n'est pas de savoir si l'Afrique du Sud doit suivre le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, laquelle ne concerne en rien ce pays, ou si elle doit se conformer à ses obligations au titre du Statut de Rome, ce qu'elle doit faire à l'évidence puisqu'elle y est partie. Le problème est que tout État, y compris l'Afrique du Sud, est soumis à certaines obligations en vertu du droit international général et doit agir conformément à ces obligations dans certaines circonstances. Que l'Afrique du Sud considère ou non que les conclusions de la Cour internationale de Justice sont en accord avec le droit international général relève d'une autre question. Même si, pour sa part, M. Kolodkin considère que c'est bien le cas.

54. La Commission s'est attardée sur une décision «malheureuse» de la Cour internationale de Justice concernant l'immunité personnelle des membres de la triade, à savoir l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*. Or en fait cette décision a été clairement confirmée par la Cour au paragraphe 170 de son arrêt rendu dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. Il existe ainsi deux décisions, et non une seule, portant sur l'immunité personnelle des membres de la triade.

55. M. PELLET dit qu'il partage pour l'essentiel le point de vue de M. Dugard, tout en se demandant pour quelle raison celui-ci souhaite exclure le ministre des affaires étrangères de la triade. Si les autres représentants de l'État appartenant à la triade jouissent d'une immunité personnelle, par opposition à l'immunité fonctionnelle attachée à leurs actes, les ministres des affaires étrangères devraient à l'évidence y figurer aussi, puisque leur fonction consiste précisément à représenter l'État. On peut trouver dans le droit des traités et dans la jurisprudence des arguments convaincants à l'appui de cette idée. M. Pellet convient cependant avec M. Dugard que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité s'ils ont commis des crimes graves.

56. M. SABOIA se range à l'avis de M. Pellet selon lequel il n'y a pas lieu d'exclure les ministres des affaires étrangères de la triade, mais partage néanmoins l'essentiel des vues de M. Dugard sur les points soulevés par le rapport, en particulier en ce qui concerne le caractère inopportun d'une extension de l'immunité *ratione personae* aux agents de l'État ne faisant pas partie de la triade, et de reprendre le résumé figurant au paragraphe 61 du rapport en tant que conclusions de la Commission sur le sujet.

57. M. DUGARD dit que son propos tend essentiellement à ce que la Commission examine de très près les questions de la responsabilité et de l'impunité en cas de commission de crimes graves, des crimes les plus graves du droit international. Dans ces cas, il convient de faire exception à l'immunité. L'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* ne porte pas sur ce type de crimes et, pour cette raison, ne confirme pas la jurisprudence relative à l'affaire du *Mandat d'arrêt* en l'espèce. Quoiqu'il en soit, si un tribunal se trompe une fois puis répète son erreur, il a tort la seconde fois comme la première.

58. M. PETRIČ se range au point de vue de M. Dugard selon lequel élargir indûment le cercle des personnes bénéficiant de l'immunité personnelle viendrait contre-carrer les efforts visant à garantir que tout auteur de crime parmi les plus graves soit puni. Il partage en outre la préoccupation exprimée par M. Dugard au sujet de la justification de l'invocation de l'immunité.

59. M. PERERA, se référant au troisième rapport du Rapporteur spécial, rend hommage à l'érudition dont témoigne le traitement des questions relatives au moment auquel doit intervenir l'examen de l'immunité, à l'invocation de l'immunité et à la renonciation à l'immunité, qui est accompagné d'une solide argumentation tirée de la jurisprudence, de la pratique des États et de la doctrine.

60. Le Rapporteur spécial souligne à juste raison que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit être examinée au début de l'instance ou même au stade précontentieux. La conclusion à laquelle il parvient – et selon laquelle le fait de ne pas soulever la question de l'immunité *in limine litis* peut être considéré comme une infraction aux obligations que l'immunité impose à l'État du for – est juste et étayée, notamment, par l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*.

61. Pour ce qui est du traitement de la question de l'invocation de l'immunité, le Rapporteur spécial a adopté une approche rigoureusement structurée et équilibrée concernant les différentes catégories de représentants de l'État. Il est parti du postulat selon lequel pour être «juridiquement valable» – autrement dit, pour emporter des conséquences juridiques – l'immunité doit être invoquée par l'État du représentant et non par le représentant lui-même. Pour ce faire, l'État du représentant doit être informé que des poursuites ont été entamées ou sont envisagées contre le représentant concerné. Dans le cas où il s'agit d'un membre de la triade, cependant, ce n'est pas à l'État du représentant qu'il incombe de soulever la question de l'immunité, car les autorités de l'État du for sont supposées connaître la qualité de la personne concernée et savoir à quel titre celle-ci a agi. En revanche, lorsque le représentant de l'État bénéficie de l'immunité fonctionnelle, il doit revenir à son État d'invoquer l'immunité, car seul cet État est en mesure de justifier de la qualité du représentant et du fait que les actes en cause ont été commis dans l'exercice des fonctions de celui-ci. Dans l'hypothèse où l'État du représentant n'apporte pas cette preuve, l'État du for n'est pas tenu de soulever d'office la question de l'immunité et peut, par conséquent, poursuivre l'action pénale.

62. La position à adopter en ce qui concerne d'autres personnalités de haut rang jouissant de l'immunité fonctionnelle sans faire partie de la triade est une question plus complexe. Une partie de la difficulté tient à l'absence d'accord sur les critères permettant de déterminer des catégories. L'importance des fonctions exercées par les agents concernés du point de vue de la souveraineté de l'État et leur intervention dans la conduite des affaires internationales semblent être des critères possibles. On peut raisonnablement exiger que l'invocation de l'immunité au bénéfice de cette catégorie d'agents soit subordonnée à l'établissement de la preuve incontestable que l'agent concerné, en raison de sa qualité, de ses fonctions et de leur lien avec les fonctions régaliennes de l'État, satisfait bien aux critères régissant l'octroi de l'immunité personnelle. Les circonstances de chaque affaire et les éléments de preuve destinés à justifier de l'immunité invoquée seront déterminants. Ainsi qu'il est précisé au paragraphe 31 du troisième rapport, même si l'État du for ne peut méconnaître l'invocation de l'immunité personnelle du représentant étranger – ce à quoi M. Perera ajouterait la réserve «s'il y a lieu» –, il n'est pas tenu d'«accepter aveuglément» la déclaration présentée par l'État concerné. En somme, la catégorie des représentants de haut rang bénéficiant de l'immunité fonctionnelle, en dehors des membres de la triade, mérite d'être examinée avec une grande attention.

63. M. Perera maintient que le ministre des affaires étrangères doit être considéré comme faisant partie de la triade, car il sert d'intermédiaire entre l'État et la communauté internationale et bénéficie d'une habilitation permanente, conférée par le chef de l'État ou du gouvernement, à engager l'État pour certains actes, compétence que lui reconnaît la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

64. En ce qui concerne les modalités selon lesquelles un tribunal doit être informé de l'immunité d'un représentant, M. Perera convient qu'une pratique abondante des

États démontre que ces informations peuvent être transmises par la voie diplomatique, de sorte que l'État n'a pas besoin d'invoquer l'immunité de son représentant devant une juridiction étrangère.

65. M. Perera partage largement le point de vue du Rapporteur spécial selon lequel le droit de renoncer à l'immunité appartient à l'État et que la renonciation à l'immunité des représentants faisant partie de la triade doit faire l'objet d'une déclaration expresse, alors que la renonciation à l'immunité pour toutes les autres catégories de représentants peut faire l'objet d'une déclaration expresse ou rester implicite.

66. En ce qui concerne l'épineuse question traitée au paragraphe 44 du rapport, de savoir si un État partie à un traité relatif à la défense de certains droits de l'homme renonce implicitement à l'immunité de ceux de ses représentants qui porteraient atteinte à ces droits, M. Perera estime qu'en l'absence de dispositions expresses relatives à la renonciation à l'immunité, il convient de ne pas conclure trop hâtivement à une renonciation implicite. À cet égard, il renvoie au mémorandum du Secrétariat cité au paragraphe 46 du rapport³⁹³, qui évoque une réticence générale à accepter la renonciation implicite sur la base de l'acceptation d'un accord. Ainsi que l'indique la résolution de l'Institut de droit international³⁹⁴ mentionnée au paragraphe 47 du rapport, il convient de mettre l'accent sur le caractère clair et univoque de la renonciation à l'immunité.

67. Enfin, en ce qui concerne la responsabilité de l'État qui a invoqué l'immunité de son représentant, M. Perera se range largement à l'avis du Rapporteur spécial, selon lequel il y a là de la part de l'État un acte susceptible de constituer le fondement de sa responsabilité internationale. Néanmoins, il partage également l'opinion de M. Singh, selon qui il ne faut y voir qu'un aspect, et pas nécessairement un aspect déterminant, de l'établissement de la responsabilité.

68. En conclusion, M. Perera félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de ses travaux sur le sujet, illustrée par ses trois rapports.

69. M. PELLET dit qu'il sait par expérience que les rapporteurs spéciaux sont souvent considérés comme du gibier par les chasseurs de la Commission. Il va, pour sa part, s'efforcer de faire tomber le Rapporteur spécial sur un certain nombre de points, car il estime, comme M. Dugard, que certaines de ses vues sont quelque peu dangereuses.

70. Le troisième rapport paraît à M. Pellet bien argumenté, intéressant de bout en bout et dans l'ensemble nettement moins contestable que le précédent rapport. Il est cependant troublant que ce rapport ait été soumis à l'examen de la Commission avant qu'aucune décision ait été prise au sujet du deuxième rapport qui, malgré d'indéniables

³⁹³ Document A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Web de la Commission, soixantième session (2008).

³⁹⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2000-2001), «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», p. 742.

qualités techniques, a suscité des réactions mitigées³⁹⁵. Il semble que la Commission soit contrainte de s'engager dans la codification des modalités d'octroi ou de refus de l'immunité aux représentants de l'État, alors même qu'elle ne s'est pas encore mise d'accord sur les fondements, les limites et les conditions de cette immunité. On peut arguer que ces questions ne jouent pas un grand rôle dans le troisième rapport, qui traite les aspects procéduraux du sujet, mais l'indécision des débats qu'a tenus la Commission à la première partie de sa session pèse directement sur certains aspects du troisième rapport.

71. Il est, par exemple, très difficile pour la Commission d'énoncer les conditions de la renonciation à l'immunité sans avoir au préalable établi quand et, s'il y a lieu, dans quelles circonstances un représentant jouit de cette immunité, et sans avoir tranché la question fondamentale de savoir si les membres de la triade bénéficient de l'immunité lorsqu'ils sont accusés des crimes internationaux les plus graves, tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les très graves violations des droits de l'homme. Sur ce point, M. Pellet partage l'opinion de M. Dugard: l'immunité ne saurait être accordée dans ces hypothèses.

72. Au paragraphe 20 du rapport figure une déclaration faite par M. Pellet en sa qualité de conseil de la France au cours de la procédure orale tenue dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*³⁹⁶. La citation, même si elle est juste, est sortie de son contexte. Elle peut mener à la conclusion erronée que M. Pellet, les chefs d'État, les autres membres de la triade ainsi que les chefs de missions diplomatiques jouissent d'une immunité illimitée. Or, comme il l'a indiqué par le passé et répété récemment, il n'y a pas d'immunité pour les crimes graves du droit international: l'État devient transparent et ne fait plus obstacle entre son représentant et le droit international. En outre, comme l'a fait observer M. Dugard, l'affaire impliquant Djibouti et la France ne concerne pas des crimes graves mais des questions beaucoup plus triviales.

73. Dans cette plaidoirie, M. Pellet avait admis que l'État n'avait pas besoin de prouver que les actes des membres de la triade avaient été accomplis dans le cadre de leurs fonctions officielles, parce que ceux-ci bénéficiaient d'une immunité personnelle et en ce sens absolue. Mais le Rapporteur spécial a omis de citer la suite de sa déclaration, qui se lit ainsi:

[P]ar contre, pour les autres fonctionnaires de l'État, cette présomption ne joue pas et l'octroi (ou le refus) des immunités doit être décidé au cas par cas, en fonction de tous les éléments de l'affaire. Ceci suppose que c'est aux juges nationaux qu'il appartient d'apprécier si l'on se trouve face à des actes accomplis – ou non – dans le cadre des fonctions officielles³⁹⁷.

74. D'après ce passage, il est clair que, si M. Pellet partage l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle l'État

du représentant n'a pas besoin de revendiquer formellement l'immunité des membres de la triade, il estime que l'État doit en revanche le faire pour les autres représentants; dans ce dernier cas, l'État doit en outre justifier sa demande, mais finalement la décision d'octroyer ou non l'immunité appartient aux juges du for.

75. À cet égard, M. Pellet est préoccupé par certains aspects du rapport. Il lui paraît difficile d'admettre qu'un État puisse invoquer l'immunité de ses représentants sans apporter d'élément justifiant cette immunité, comme le Rapporteur spécial semble l'affirmer au paragraphe 27. Cela n'est pas très compatible avec l'affirmation figurant au paragraphe 30, selon laquelle «le tribunal est en droit de se renseigner indépendamment sur le bien-fondé d'une telle déclaration». Ces incohérences atteignent leur sommet dans la dernière phrase du paragraphe 61 *i*:

C'est la prérogative de l'État du représentant, et non celle de l'État du for, d'apprécier si son représentant a agi à titre officiel, et de dire en quoi les fonctions exercées par tel haut représentant sont importantes au regard de sa souveraineté.

M. Pellet ne pourrait être plus en désaccord: c'est à l'État du for qu'il revient d'apprécier, compte tenu des explications fournies par l'État du représentant, si le représentant concerné bénéficie ou non de l'immunité.

76. M. Pellet est en désaccord avec le Rapporteur spécial sur un autre point qui renvoie aux débats tenus à la première partie de la session, au sujet duquel M. Dugard a également exprimé son inquiétude. Au paragraphe 44, le Rapporteur spécial indique que les traités instituant la compétence universelle à l'égard de certains comportements n'emportent pas de renonciation implicite à l'immunité. Cela n'est certainement pas exact et encore moins si la clause de compétence universelle est assortie de l'obligation de poursuivre ou d'extrader. En outre, M. Pellet est en profond désaccord avec l'avant-dernière phrase du paragraphe 44, selon laquelle

pour interpréter tel accord international de manière à conclure qu'il envisage la renonciation à l'immunité des représentants de l'État qui en est partie, il faut pouvoir montrer que telle a été l'intention ou la volonté de cet État.

L'objectif à atteindre n'est pas d'établir quelle est l'intention ou la volonté d'un seul État, mais plutôt de déterminer l'intention ou la volonté commune de tous les États parties à un traité ou à un accord, en appliquant la règle générale d'interprétation prévue à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Il est difficilement contestable que les États parties à un traité instituant la compétence universelle pour certains crimes et imposant aux États l'obligation d'extrader ou de poursuivre, sans ménager d'exception pour leurs dirigeants, visent à lutter contre l'impunité résultant de l'immunité. La volonté commune de ces États doit donc s'interpréter comme excluant l'excuse de l'immunité.

77. Un autre point lié à l'absence de débat concluant à la première partie de la session, apparaît à la note au paragraphe 60, qui reprend une observation faite par M^{me} Jacobsson à la soixantième session de la Commission³⁹⁸. M^{me} Jacobsson avait fait valoir qu'un État refusant

³⁹⁵ Pour l'examen du deuxième rapport [*Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631)] à la présente session, voir *supra* les 3086^e, 3087^e et 3088^e séances.

³⁹⁶ Cour internationale de Justice, *Audience publique tenue le vendredi 25 janvier 2008, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M^{me} Higgins, Président, en l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, compte rendu (CR2008/5), p. 23 et suiv.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 51.

³⁹⁸ *Annuaire... 2008*, vol. I, 2985^e séance, p. 216, par. 5 à 7.

de poursuivre l'un de ses représentants ou de lever son immunité engagerait sa responsabilité pour faits internationalement illicites. Or on peut examiner ce problème sous un angle différent, en disposant qu'il y a des cas dans lesquels un État a l'obligation de lever l'immunité de ses représentants; ou, mieux encore, en établissant clairement qu'en ce qui concerne certains crimes, les représentants ne jouissent d'aucune forme d'immunité.

78. Le Rapporteur spécial a préféré présenter ses conclusions sous la forme d'un résumé plutôt que de projets d'article, contournant ainsi le problème de la soumission des textes à l'examen du Comité de rédaction. Malgré le caractère parfois discutable des arguments du Rapporteur spécial, les recherches approfondies qu'il a faites lui ont permis de traiter des questions importantes et de proposer un certain nombre de solutions. M. Pellet recommande donc que le nouveau rapporteur spécial qui sera nommé reprenne l'examen du sujet depuis le début et s'efforce de trouver une voie moyenne entre la culture de l'impunité, en faveur de laquelle semble pencher le Rapporteur spécial, et la négation pure et simple de l'immunité des dirigeants d'État, qui à l'évidence n'est pas non plus une option.

79. M. McRAE dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial comporte nombre d'analyses convaincantes, même si ses conclusions, ainsi qu'il le reconnaît lui-même, sont des extrapolations plutôt que des conclusions claires et nettes fondées sur la pratique des États.

80. L'examen du troisième rapport met en évidence le fait que certaines des incertitudes de la Commission concernant le premier et le deuxième rapports demeurent; ainsi que M. Pellet l'a souligné, il aurait peut-être été préférable de régler ces questions avant d'examiner le troisième rapport. Par exemple, la question de savoir si la triade devrait être élargie pour inclure d'autres hauts représentants tels que les ministres du commerce international ou de la défense a refait surface. Le Rapporteur spécial soutient que pour les personnes jouissant d'une immunité fonctionnelle, il revient à l'État qui invoque l'immunité de soulever la question devant les autorités de l'État du for, alors que pour les membres de la triade qui peuvent prétendre à une immunité personnelle, c'est à l'État du for qu'il revient de leur reconnaître le bénéfice de l'immunité. Les arguments avancés par le Rapporteur spécial paraissent séduisants: le fait que certains individus sont des chefs d'État ou de gouvernement ou des ministres des affaires étrangères et jouissent d'une immunité personnelle est en général notoire. M. McRae souscrit néanmoins à l'observation de M. Dugard qui a indiqué que, si cela paraît juste en ce qui concerne les grands États, qui sont connus, il est douteux que cela se vérifie pour certains autres États.

81. Étant donné que le ministre des affaires étrangères n'est aujourd'hui que l'un des représentants parmi d'autres de l'État à l'étranger, il semble opportun d'élargir les catégories d'agents auxquels le bénéfice de l'immunité personnelle doit être reconnu. Cependant, l'élargissement de la triade suppose que l'on prenne des décisions difficiles pour choisir les agents qui doivent en faire partie et paraît assez inopportun sur le plan politique. Peut-être l'invocation de l'immunité devrait-elle revenir dans tous

les cas à l'État qui l'invoque, que la personne concernée appartienne ou non à la triade. Il paraît très improbable qu'un État ne s'aperçoive pas que son chef d'État est poursuivi devant des tribunaux étrangers, à moins qu'il n'en tienne délibérément aucun compte. Sur le plan pratique, il ne semble pas excessif d'exiger de l'État du représentant qu'il invoque l'immunité auprès des autorités de l'État du for. En conséquence, les conclusions du Rapporteur spécial figurant aux alinéas *e*, *f* et *g* du paragraphe 61 du rapport méritent peut-être d'être réexaminées.

82. En outre, l'affirmation figurant à l'alinéa *i* du paragraphe 61, selon laquelle c'est la prérogative de l'État du représentant d'apprécier si son représentant a agi à titre officiel, va beaucoup trop loin. L'État qui exerce les poursuites est assurément fondé lui aussi à apprécier le caractère officiel d'un acte: il n'y a pas là de «prérogative» exclusive de l'État du représentant. Le Rapporteur spécial reconnaît au paragraphe 30 que l'État du for peut se renseigner sur le bien-fondé de la déclaration de l'État du représentant. Fondant son argumentation sur l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, le Rapporteur spécial estime que la désignation d'une personne comme représentant de son État fait naître une présomption du caractère officiel de ses actes. Sur ce point, il va plus loin que la Cour qui avait fait état d'une présomption résultant de ce que le Secrétaire général de l'ONU avait soutenu que l'intéressé avait agi en sa qualité officielle et non d'une présomption fondée sur le simple fait qu'il était titulaire d'un mandat de rapporteur spécial. Il s'agit bien en fait de savoir jusqu'où doit aller l'État du for dans son appréciation des allégations indiquant qu'un représentant a bien agi dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Il va de soi que chaque affaire donne lieu à une appréciation sur la base des faits de l'espèce, mais c'est aller trop loin que de considérer qu'une «présomption» naît du simple fait de la désignation du représentant, car cela ne peut être démontré.

83. La série complète des rapports³⁹⁹ présentés par le Rapporteur spécial sur le sujet offre une excellente base de travail à la Commission pour lui permettre de progresser. Cependant, le Rapporteur spécial demeure en désaccord avec de nombreux membres de la Commission sur une question essentielle, à savoir la portée des exceptions éventuelles à l'immunité des représentants de l'État, notamment en ce qui concerne les crimes internationaux graves. Cela doit constituer le premier point à examiner à la soixante-quatrième session, en premier lieu dans le cadre d'un groupe de travail. Tant qu'une solution satisfaisante n'aura pas été trouvée à cette question, la Commission ne pourra pas enregistrer de réels progrès.

84. En conclusion, M. McRae remercie le Rapporteur spécial pour sa précieuse contribution aux travaux de la Commission.

La séance est levée à 12 h 50.

³⁹⁹ Le rapport préliminaire est reproduit dans *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.