

Document:-
A/CN.4/SR.3114

Compte rendu analytique de la 3114e 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/>)*

3114^e SÉANCE

Jeudi 28 juillet 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

Présents: M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escobar Hernández, M. Fomba, M. Galicki, 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.

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)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/646).

2. M. PETRIČ constate avec satisfaction que le Rapporteur spécial a recensé, dans son troisième rapport, toutes les règles pertinentes *de lege lata*, qui relèvent essentiellement du droit coutumier, et a exposé les aspects procéduraux de l'immunité des représentants de l'État. Les points de vue du Rapporteur spécial sont solidement fondés sur la pratique pertinente des États et sur la pratique judiciaire internationale et nationale, ainsi que sur la doctrine, et son approche se caractérise par une logique juridique aiguisée. Comme il l'avait déjà indiqué lors de l'examen du deuxième rapport⁴⁰⁰, M. Petrič continue d'être convaincu que la Commission devrait adopter une approche équilibrée en ce qui concerne le sujet à l'étude. L'immunité s'est bien établie au cours des siècles passés, d'une part, parce qu'elle est le reflet de la souveraineté de l'État et, partant, du principe *par in parem non habet imperium* – d'où découle en particulier l'immunité *ratione personae* –, et, d'autre part, en raison du besoin accru d'assurer la sûreté des communications internationales – source en particulier de l'immunité *ratione materiae*. Aujourd'hui, et sans doute davantage encore à l'avenir, le principe de non-impunité des crimes de droit international, la notion de compétence universelle et les efforts visant à faire de l'état de droit une valeur commune accessible à tous les peuples devraient avoir une incidence sur la notion d'immunité et son applicabilité. Par conséquent, lorsque la Commission élaborera des projets d'article sur l'immunité des représentants de l'État au cours du quinquennat suivant, elle devra codifier les règles coutumières existantes, mais aussi ne pas hésiter à s'employer au développement progressif. Il faudra donc qu'elle examine sérieusement l'opinion exprimée à la séance précédente par M. Dugard, pour qui il importe

de tenir compte de la distinction entre «crimes ordinaires» et «crimes les plus graves».

3. Plus spécifiquement, dans plusieurs paragraphes, essentiellement les paragraphes 23 à 31 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial traite de la question de la justification de l'invocation de l'immunité par l'État du représentant. À son avis – assez tranché –, cette justification n'est pas nécessaire et ne peut être exigée ni par l'État du for ni par son tribunal. Le Rapporteur spécial ne voit aucune différence notable entre immunité personnelle et immunité fonctionnelle. Il affirme notamment, au paragraphe 26, qu'il se fonde essentiellement sur le fait que si l'on accepte que l'invocation de l'immunité doive être justifiée, «l'État du représentant pourrait avoir à présenter des informations particulièrement sensibles et à divulguer des renseignements touchant à ses affaires intérieures et souveraines». Même s'il était généralement accepté qu'en cas d'invocation de l'immunité *ratione materiae*, cette justification est nécessaire, rien n'empêcherait l'État du représentant de ne justifier cette invocation que dans la mesure qu'il jugerait nécessaire pour être convaincant et efficace. En tout état de cause, comme l'indique aussi le Rapporteur spécial, l'État du représentant doit au moins invoquer le fait que la personne concernée est son représentant et qu'elle a agi à titre officiel. La justification pourrait donc, dans de nombreux cas, n'être qu'une invocation suffisamment élaborée de l'immunité, ce qui ne contraindrait pas l'État du for à «accepter aveuglément» (par. 30) ni à méconnaître cette invocation.

4. On pourrait affirmer que, dans le cas de l'immunité fonctionnelle, étant donné qu'il n'est pas évident que la personne qui a commis l'acte présumé illicite est un représentant de l'État agissant à titre officiel, il peut être nécessaire, voire obligatoire, de justifier l'invocation de l'immunité. Cette question a été soulevée en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* par la France, qui a fait valoir que l'absence de justification

signifierait qu'il suffit à tout fonctionnaire, quels que soient son grade et ses fonctions, d'affirmer qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions pour échapper à toute poursuite pénale dans un État étranger [par. 189 de l'arrêt].

Cet avertissement, qui mérite d'être pris en considération, est particulièrement approprié dans le cadre du développement progressif. À l'évidence, si un État n'a pas à justifier l'invocation de l'immunité de ses représentants, l'immunité *ratione materiae* pourrait être accordée arbitrairement, sans tenir compte de la raison de cette immunité, au risque d'apporter de l'incertitude juridique. En outre, si un État peut invoquer l'immunité de tous ses représentants sans justifier que l'acte présumé illicite a un caractère d'acte officiel, cela reviendrait à accorder une immunité *ratione personae* de fait à tous les représentants de cet État, et on pourrait aussi accorder l'immunité pour des actes commis en réalité à titre personnel. L'immunité *ratione materiae* perdrait donc son caractère fonctionnel et deviendrait un privilège dont jouiraient aussi des personnes qui ne font pas partie de la triade. Si un État n'a pas l'obligation de donner les raisons pour lesquelles il invoque l'immunité *ratione materiae*, cela risque de favoriser une impunité injustifiée. M. Petrič souhaiterait donc que le Rapporteur spécial apporte des précisions à ce sujet.

⁴⁰⁰ *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.

5. Au paragraphe 31, et de manière implicite dans d'autres paragraphes, le Rapporteur spécial affirme que

l'État du représentant doit rapporter la preuve que l'intéressé, de par sa qualité et ses fonctions, répond aux critères régissant l'octroi de l'immunité personnelle, bien qu'il ne soit ni chef d'État ou de gouvernement ni ministre des affaires étrangères.

Il s'agit ici d'immunité personnelle, et non d'immunité fonctionnelle. En ce qui concerne la deuxième, il ne fait aucun doute que l'État du représentant est souverain pour établir qui sont ses représentants, quels actes ceux-ci sont habilités à faire en son nom, etc. L'immunité personnelle, pour ce qui est des actes accomplis à titre officiel par des membres de la triade, recouvre en partie cette immunité fonctionnelle. Cependant, l'immunité *ratione personae* de ces représentants, qui couvre non seulement les actes faits à titre officiel et pendant qu'ils sont en fonction, mais aussi les actes accomplis à titre personnel et une fois qu'ils ne sont plus en fonction, est selon M. Petrič un privilège fondé sur le droit international, et non sur le droit interne. Ce privilège énorme, limité aux trois plus hauts représentants de l'État, est le reflet direct de la souveraineté des États, qu'incarnent symboliquement le chef d'État et le chef de gouvernement, et de la position particulière qu'occupe le ministre des affaires étrangères dans le cadre des relations entre États. Tous trois jouissent du *jus representationis omnimodae* en vertu du droit international, de sorte que ce n'est pas l'État (contrairement à ce que semble suggérer le Rapporteur spécial au paragraphe 31) qui devrait, selon M. Petrič, être habilité à élargir la triade qui jouit de l'immunité *ratione personae*. Ce groupe restreint de trois personnes peut être élargi – ce qui aurait des incidences en droit international et dans le domaine de l'immunité – par une nouvelle convention ou par une pratique générale convergente des États créant une nouvelle *opinio juris*, c'est-à-dire une nouvelle règle coutumière du droit international, mais pas par le seul État du représentant.

6. Au cours du mini-débat qui a eu lieu à la séance précédente, des avis ont été exprimés au sujet de l'immunité *ratione personae* du ministre des affaires étrangères et d'autres prétendants éventuels à cette immunité. La position des ministres des affaires étrangères dans les relations internationales, qui est traditionnellement particulière et assez bien établie en droit international, devrait être respectée. L'élargissement de la triade à de nouveaux bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* devrait être examinée dans le contexte contemporain, où l'on espère que l'immunité sera réduite plutôt que renforcée, en particulier pour les crimes de droit international, et que ces crimes ne resteront pas impunis.

7. En conclusion, M. Petrič espère que ses observations contribueront à ce que certaines questions soient clarifiées. Pour le reste, il partage les avis et conclusions exprimés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, qui est remarquable.

8. M. HMOUD fait observer que, à l'instar des conclusions du rapport préliminaire⁴⁰¹, le deuxième rapport a suscité au sein de la Commission des divergences d'opinion qui reflètent la division qui prévaut au sein de la communauté

internationale et dans la doctrine en ce qui concerne l'étendue de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Bien que le Rapporteur spécial avance de très solides arguments en faveur de ses principales conclusions, il n'en reste pas moins que le concept traditionnel d'immunité est sur la défensive. L'état du droit n'est plus ce qu'il était dans les années 1800. Si l'on ne conteste plus guère la nécessité de respecter, dans les relations internationales, les principes de l'égalité souveraine et de la non-ingérence, le contenu des droits et obligations qui relèvent de ces principes tient compte des changements intervenus au niveau international et de la conception différente qu'en a la communauté internationale. Il s'agit de principes fondamentaux des relations internationales dont l'objet est de protéger les États quels que soient leur statut, leur taille et leur poids sur la scène internationale mais qui n'autorisent pas à abuser des droits sous-jacents. Au contraire, l'égalité souveraine et la non-ingérence peuvent, dans certaines circonstances, être invoquées contre l'immunité absolue. Lorsqu'un État commet des actes contre le territoire, la population ou les intérêts nationaux d'un autre État en violation du droit international et du droit interne de ce dernier État, il viole les principes de l'égalité souveraine et de la non-ingérence. Ainsi, en invoquant l'immunité absolue pour protéger ses représentants sur la base des principes mêmes qu'il viole, il affaiblit considérablement sa position juridique. En tant que telle, l'immunité des représentants d'un État de la juridiction pénale d'un autre État s'apprécie au cas par cas et n'est pas une immunité générale. Même si le Rapporteur spécial affirme çà et là le contraire, son deuxième rapport, davantage encore que son rapport préliminaire, a pour conséquence de conférer une immunité générale qui affecterait la conduite des relations internationales et créerait en fait davantage de tensions que celles que suscite l'application «générale» de la compétence universelle. Quand un État lésé, sachant qu'il n'a aucun recours au niveau international, ne peut exercer sa compétence pénale alors que sa souveraineté a été violée par le comportement délictueux du représentant d'un autre État, il risque de se venger en exerçant des représailles illicites contre ce dernier État, ce qui affectera les relations internationales. La Commission doit en tenir compte et aboutir sur le sujet à des conclusions qui garantissent effectivement l'égalité souveraine et protègent contre les abus. C'est pourquoi, comme cela a été proposé, la Commission devrait créer un groupe de travail chargé d'étudier les principes fondamentaux associés à l'immunité des représentants de l'État, que cette immunité soit la norme ou l'exception comme l'a dit M. Murase, la relation avec la juridiction nationale, l'étendue des immunités fonctionnelles et absolues et la relation entre ces types d'immunité et les différentes infractions, y compris les crimes internationaux les plus graves. Ce faisant, le groupe de travail devra tenir compte de la jurisprudence internationale, en notant que les arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et de *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* n'ont pas avalisé le principe de l'immunité absolue et ont en fait assigné des limites à l'immunité. De fait, l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* donne à penser que dans certaines situations la compétence peut être exercée et il tranche en faveur de l'immunité dans le cas d'espèce parce que la Cour a considéré que l'exercice de la compétence universelle par un État empêchait le ministre des affaires étrangères d'un autre État d'exercer

⁴⁰¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

normalement ses fonctions. Mais la Cour n'a pas exclu que l'État étranger puisse exercer sa compétence une fois que le représentant de haut rang a quitté ses fonctions dans le cas des crimes internationaux les plus graves, ni n'a subordonné l'exercice de cette compétence à la levée de l'immunité par l'État du représentant. C'est ce que confirme l'opinion individuelle conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal. Le groupe de travail devra donc se demander si, dans le cas des crimes internationaux les plus graves, l'immunité fonctionnelle subsiste une fois que le représentant de l'État a quitté ses fonctions. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour n'a pas exclu l'application de l'immunité fonctionnelle mais elle n'a pas non plus défini les éléments de cette immunité, ni indiqué s'il y a immunité dès lors que le représentant a agi à titre officiel.

9. Le groupe de travail devra aussi étudier la question de l'attribution s'agissant de l'immunité fonctionnelle. Le Rapporteur spécial fait valoir que l'acte d'un représentant de l'État est un acte de l'État de ce représentant pour contrecarrer l'argument selon lequel un tel acte peut être soumis à la juridiction pénale d'un souverain étranger. Il fait ensuite valoir qu'il s'agit d'une «double» attribution, ce qui confirme l'idée que l'État du for peut dans certaines circonstances exercer sa compétence pénale à l'égard du représentant étranger sans se prononcer sur l'attribution de l'acte en cause à l'État de ce représentant. Même si l'acte est attribué à l'État du représentant, cet État ne peut, en vertu du droit international général, être considéré comme ayant commis un crime international. Mais son représentant le peut, et il faut étudier plus avant les circonstances dans lesquelles un représentant de l'État qui agit à titre officiel ne peut se soustraire à la juridiction pénale étrangère.

10. Le Rapporteur spécial formule une proposition avec une exception très limitée – qu'il appelle absence d'immunité – dans le cas d'un acte accompli par le représentant d'un État, présent sur le territoire d'un autre État sans le consentement de celui-ci, contre la souveraineté de cet État. De fait, si l'on suit la logique avancée dans les trois rapports, même dans un tel cas l'État du représentant peut invoquer l'immunité pour celui-ci: il s'agit après tout d'un acte de cet autre État qui ne devrait pas, en vertu du droit international, être soumis à la juridiction pénale étrangère.

11. Un État dont la souveraineté a été violée par le représentant d'un autre État doit pouvoir exercer sa compétence pénale et ne doit pas être empêché de le faire en toutes circonstances au nom de l'immunité «procédurale». L'État a le droit et le devoir de protéger ses nationaux et son territoire contre les violations du droit international commises par un autre État, y compris par l'entremise de ses représentants. Si l'on suppose que le droit international coutumier accorde l'immunité aux représentants de l'État, un principe d'égale force, sinon de force supérieure, découle de l'immunité souveraine, qui confère à l'autre État des droits et obligations de droit international relativement à son territoire et à ses nationaux. Si un État est victime d'un acte de sabotage commis par les représentants d'un État étranger dont la présence sur son territoire est irrégulière, ou s'il voit une partie de sa population vivant à l'étranger être victime d'une épuratoire ethnique aux mains de représentants d'un autre

État, l'«immunité procédurale» l'empêche-t-il d'exercer son droit et d'exécuter son obligation, en vertu du droit international, de protéger son territoire et ses nationaux? Ce n'est pas une situation *lex lata* contre *lex ferenda*. Il s'agit uniquement de la *lex lata*. Au minimum, l'État lésé a le droit, en vertu de la théorie des contre-mesures, de suspendre l'exécution de l'obligation qu'il doit à l'État qui lui cause le dommage d'accorder l'immunité au représentant de ce dernier qui a commis l'acte en cause. Et il ne s'agit pas de *lex ferenda*. Cela vaut assurément mieux pour la stabilité des relations internationales que si l'État lésé recourait à la force parce que l'État qui lui a causé un dommage invoque l'«immunité procédurale». Et cette solution sert encore mieux le principe de l'égalité souveraine lorsque l'État ne peut recourir à la force.

12. La Commission dans sa composition future, et peut-être le groupe de travail qui pourra être créé, devront aussi se pencher sur la question des poursuites intentées en cas de crimes internationaux graves qui violent le *jus cogens* et se demander si elles prévalent sur l'immunité procédurale. En cas de conflit entre deux principes de droit international, c'est celui dont la valeur est la plus élevée qui s'applique, même lorsque ces deux principes sont de nature différente. La décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Timor oriental* n'est pas comparable, car la question qui se posait était celle de la compétence de la Cour et parce que pour statuer sur le caractère *erga omnes* de certaines obligations, la Cour aurait dû se prononcer sur le comportement d'un État qui n'était pas partie à l'instance.

13. L'intervenant indique que, dans l'ensemble, il est d'accord avec la plupart des propositions avancées par le Rapporteur spécial sur les aspects procéduraux de l'immunité, sauf lorsque ces propositions visent à renforcer les conclusions de fond du deuxième rapport. Il pense avec le Rapporteur spécial que la question de l'immunité doit être examinée au début de l'instance judiciaire et être tranchée rapidement en raison du dommage pouvant découler de tout retard en la matière. D'une manière générale, si le représentant en cause fait partie de la triade, l'État du for doit invoquer l'immunité d'office, sans que l'État du représentant ait à le faire. Il faut néanmoins examiner plus avant la proposition tendant à ce que les deux États – l'État du for et celui du représentant de haut rang – doivent coopérer. Lorsque l'État du for s'aperçoit que le représentant fait peut-être partie de la triade, il doit, s'il a des raisons de douter du statut de ce représentant, en demander confirmation à l'État de celui-ci, lequel doit alors confirmer ce statut ou le démentir. L'État du représentant doit aussi informer l'État du for lorsque celui-ci n'a pas connaissance d'un tel statut.

14. S'agissant enfin de l'immunité fonctionnelle, à l'exception de la triade, la conclusion selon laquelle l'État du représentant est l'entité habilitée à invoquer l'immunité est plausible et est étayée par la pratique et la jurisprudence internationales.

15. M^{me} JACOBSSON dit que le troisième rapport sur l'immunité des représentants de l'État est essentiel pour la suite de l'étude du sujet car il permet de comprendre très clairement l'orientation proposée par le Rapporteur spécial. Venant d'un pays qui distingue nettement entre le

droit d'établir sa compétence à l'égard d'infractions par voie législative et le droit d'appliquer les mesures législatives au moyen de mesures procédurales, l'intervenante apprécie particulièrement que le Rapporteur spécial ait mis l'accent sur la procédure. Même si celle-ci ne peut évidemment pas être séparée du droit substantiel, elle en est un élément particulier. Le Rapporteur spécial a proposé une ligne d'argumentation bien structurée qu'il est intéressant de poursuivre.

16. M^{me} Jacobsson, qui se bornera à commenter les thèses résumées au paragraphe 61 du troisième rapport, précise que ses observations sur les aspects procéduraux de l'immunité ne signifient pas qu'elle partage le point de vue généreux du Rapporteur spécial en ce qui concerne les personnes qui bénéficient ou devraient bénéficier de cette immunité. Elle souscrit à la thèse, énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 61, selon laquelle la question de l'immunité doit, en principe, être soulevée le plus tôt possible. Dans la pratique, cet objectif peut être difficile à atteindre, car une procédure préjudiciaire peut être engagée par les autorités policières bien avant que l'on sache que la personne visée par cette procédure peut bénéficier de l'immunité. Dans l'approche proposée par le Rapporteur spécial, il faudra sans doute qu'une loi soit adoptée. Même si le droit interne prévoit que cette question doit être soulevée au plus tôt, les autorités nationales peuvent avoir du mal à apprécier une situation particulière.

17. En ce qui concerne l'alinéa *b*, M^{me} Jacobsson ne croit pas, contrairement au Rapporteur spécial, que «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», du moins pas dans tous les cas, car ce serait pousser l'obligation trop loin. L'État du for – et en particulier ses représentants – doit avoir une certaine latitude pour examiner s'il est pertinent de soulever la question de l'immunité dans un cas donné. En outre, il serait très difficile de définir le point précis à partir duquel la responsabilité de l'État du for devrait être établie. Le problème de la responsabilité découlant du fait de ne pas avoir soulevé la question de l'immunité doit se poser à un stade ultérieur.

18. En ce qui concerne l'alinéa *c*, M^{me} Jacobsson comprend pourquoi il a été rédigé mais est convaincue que le libellé de cette règle générale devrait être plus prudent. L'élément temporel a un rôle à jouer dans ce contexte. Si l'État du représentant n'est pas en position d'invoquer l'immunité – il peut ne pas avoir connaissance de l'affaire –, le représentant doit être autorisé, sinon à invoquer l'immunité, du moins à informer l'État du for qu'il bénéficie de cette immunité. L'État du for et ses représentants devront tenir compte de cet élément, ce qui ne revient pas à dire que celui-ci constitue une invocation de l'immunité juridiquement obligatoire, mais qu'il serait certainement «valable».

19. En ce qui concerne l'alinéa *d*, M^{me} Jacobsson convient avec le Rapporteur spécial que le fait d'être informé est une condition préalable pour invoquer l'immunité. Reste à savoir à quel stade cette information doit être communiquée et par qui. Tout d'abord, il ne semble pas faisable d'établir une obligation prévoyant que l'État du for, dès qu'il envisage de prendre des mesures, est tenu d'informer l'État du représentant. Dans la plupart des

sociétés démocratiques fondées sur l'équilibre des pouvoirs, le gouvernement ne saurait pas ce que la police ou le parquet prévoit de faire. En réalité, l'enquête préliminaire menée par la police serait probablement secrète. Si le droit international prévoyait une obligation d'informer à un stade trop précoce, il faudrait probablement modifier la législation nationale car les représentants du pouvoir judiciaire devraient se concerter avec le gouvernement. Or, il serait difficile de faire adopter par le parlement des dispositions qui seraient perçues comme une menace pour l'indépendance de la police et du parquet.

20. En ce qui concerne l'alinéa *e*, M^{me} Jacobsson ne souscrit pas entièrement à la thèse du Rapporteur spécial. Tous les chefs d'État ou de gouvernement et tous les ministres des affaires étrangères ne sont pas aussi connus que les représentants des principales puissances politiques. À l'évidence, l'État qui exerce sa juridiction pénale *a*, dans le cas d'un des membres de la triade, la responsabilité particulière d'informer l'État du représentant. Une fois qu'il l'a fait, il a rempli son obligation. Le devoir de coopérer aura aussi un rôle à jouer et, d'une manière générale, il faudrait lui accorder une plus large place dans le sujet à l'étude.

21. Si elle est d'accord avec les conclusions énoncées à l'alinéa *f*, M^{me} Jacobsson ne partage pas les hypothèses qui fondent l'alinéa *g*, à savoir que cette catégorie de personnes existe réellement et que l'État du représentant peut simplement déclarer qu'une personne bénéficie de l'immunité et que cette immunité doit être respectée; elle s'abstiendra donc de commenter cet alinéa, qui, comme il a été indiqué, touche, de même que l'alinéa *f*, au champ d'application *ratione materiae* de l'immunité. En ce qui concerne l'alinéa *h*, M^{me} Jacobsson convient qu'il suffit que l'immunité soit invoquée par la voie diplomatique, mais elle est loin d'être convaincue que cette invocation aura pour conséquence que le tribunal de l'État qui exerce sa juridiction sera empêché de poursuivre la procédure. Cependant, elle note que le Rapporteur spécial a employé la formule «pour que la juridiction soit saisie de la question», ce qui semble plus prudent que de dire simplement que le tribunal sera empêché de poursuivre la procédure. En ce qui concerne l'alinéa *i*, elle est à moitié d'accord avec la position du Rapporteur spécial: l'État qui invoque l'immunité n'est effectivement pas «tenu» d'en apporter la preuve, sauf dans les cas visés aux alinéas *f* et *g*, mais il ne peut alors partir du principe que cette invocation sera acceptée dans tous les cas. Il faudrait au moins l'encourager à motiver cette invocation, ce qui peut être fait en termes simples sans porter atteinte au principe d'égalité des États et à d'autres principes importants.

22. La thèse énoncée à l'alinéa *j* semble être la règle générale, mais il faudrait préciser la conclusion, ainsi qu'à l'alinéa *k*. En revanche, M^{me} Jacobsson ne comprend pas bien le raisonnement exposé à l'alinéa *l*, d'une part, parce que c'est la première fois que le Rapporteur spécial fait référence à la notion de chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères «en activité» et, de l'autre, parce que la situation décrite dans la deuxième phrase n'est pas nécessairement liée à la condition que la renonciation fasse l'objet d'une déclaration expresse – cela étant, elle est d'accord avec l'exemple donné. Elle souscrit aussi aux dispositions de l'alinéa *m*, si ce n'est qu'elle

ne partage pas l'avis du Rapporteur spécial au sujet des représentants de l'État qui jouissent de l'immunité, et à celles de l'alinéa *n*. De même, à l'alinéa *o*, elle convient que l'immunité doit avoir été invoquée avant l'ouverture de la procédure pénale, sauf dans les cas où l'État n'a pas connaissance des poursuites engagées.

23. L'intervenante approuve l'alinéa *p* mais voudrait souligner que lorsqu'il renonce à l'immunité de son représentant, l'État n'est pas nécessairement déchargé de sa responsabilité en droit international. Si des actes illicites sont commis par le représentant d'un État en application d'une politique d'épuration ethnique menée *de facto* par celui-ci et que cet État (qui nie appliquer une telle politique) reconnaît que son représentant a agi illégalement mais s'apprête à renoncer à son immunité, il ne peut pas prétendre ensuite ne pas être responsable à raison de cette politique illégale et des actes commis dans le cadre de celle-ci. M^{me} Jacobsson est donc reconnaissante au Rapporteur spécial de soulever ce point à l'alinéa *q* et accorde beaucoup d'importance à la conclusion qui y est énoncée. Enfin, elle approuve pleinement les alinéas *q* et *r*, et tient à remercier le Rapporteur spécial pour son rapport, bien construit et documenté. Elle espère que la Commission nouvellement élue accordera la priorité à l'examen de ce sujet, de façon à trancher la principale question qu'il soulève, à savoir l'étendue de l'immunité, et pourra passer à la rédaction de projets d'article.

24. M. NOLTE observe que le rapport soumis par le Rapporteur spécial est une fois de plus bien documenté et stimulant. Il offre un aperçu complet des sources pertinentes et met en balance des idées intéressantes. Le Rapporteur spécial ne s'écarte pas trop de la logique et s'appuie sur une pratique suffisamment abondante pour que son rapport constitue une excellente base pour les travaux futurs. Comme il approuve, de manière générale, la démarche suivie par le Rapporteur spécial et ses conclusions, M. Nolte s'en serait tenu à ces quelques observations. Certains membres de la Commission ayant toutefois rouvert le débat sur les questions soulevées par le deuxième rapport, examiné durant la première partie de la session, il fera lui aussi des observations complémentaires.

25. M. Dugard a clos son intervention passionnée par une mise en garde: la réputation de la Commission risquait d'être écornée si elle ne répondait pas aux attentes placées en elle en reconnaissant une exception à l'immunité en cas de crimes ou de violations des droits de l'homme les plus graves. Or il n'y a pas lieu de s'inquiéter, pour deux raisons: premièrement, la Commission recherche toujours un juste équilibre entre différentes considérations légitimes et ne se laisse pas exagérément influencer par l'une d'elles; deuxièmement, ni la Cour internationale de Justice ni la Cour européenne des droits de l'homme ne se sont compromises lorsqu'elles ont rendu leurs arrêts dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, respectivement. Quoi qu'il en soit, M. Nolte voudrait rappeler que si l'on observe une tendance à restreindre l'immunité avec la création de tribunaux internationaux, il existe une tendance contraire à reconnaître l'immunité devant les tribunaux nationaux, comme le montrent les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. Ces deux tendances ne sont pas contradictoires mais

complémentaires du point de vue plus général de la lutte contre l'impunité, qui implique de restreindre l'immunité mais, en premier lieu, devant les juridictions internationales et pas d'une façon qui menace la paix des relations internationales et, de ce fait, le principe de la légitimité de l'immunité devant les juridictions internes. Pour M. Nolte, l'équilibre recherché consiste en dernier lieu à savoir comment lutter efficacement contre l'impunité sans risquer de se discréditer ou en payant le prix fort.

26. Faute de temps, M. Pellet s'est borné à affirmer avec force que l'immunité ne couvrirait pas les crimes les plus graves. Il est resté très général et abstrait sur cette question, de même que M. Murase. La Commission devra traiter cette question de manière approfondie au cours du quinquennat à venir, en se penchant sur les éventuels tenants et aboutissants d'une telle affirmation. C'est pourquoi la proposition de M. McRae sur la manière de procéder en la matière mérite d'être appuyée.

27. Pour ce qui est du champ de l'immunité personnelle, M. Nolte convient qu'il ne faut pas rouvrir le débat sur l'immunité personnelle du ministre des affaires étrangères et que la Commission ne devrait pas l'étendre à d'autres fonctions officielles. Il est vrai qu'à l'heure de la mondialisation, les relations internationales ne sont plus nécessairement axées sur la triade et que la Commission ne devrait pas écarter l'éventualité que d'autres représentants de l'État soient, selon les circonstances, dans une situation suffisamment proche de celle des représentants appartenant à la triade pour bénéficier de l'immunité personnelle.

28. Venant aux questions traitées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, notamment celle de savoir si l'État du for est tenu d'examiner la question de l'immunité *proprio motu*, M. Nolte dit que l'analyse prudente de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, aux paragraphes 16 à 18 du rapport, devrait être poussée un peu plus loin. Il approuve l'hypothèse de départ du Rapporteur spécial, à savoir la déclaration de la Cour selon laquelle «l'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné». Il est vrai que cette affirmation, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été formulée, ne signifiait pas qu'un État peut exercer l'action pénale à l'encontre d'un des trois plus hauts responsables d'un autre État avant que celui-ci n'invoque leur immunité personnelle. Comme le Rapporteur spécial l'indique à juste titre, le fait est que l'identité de ces représentants est généralement connue de tous ou qu'elle peut être immédiatement vérifiée. Ainsi qu'énoncé au paragraphe 19 du rapport, «l'État du for doit», dans un tel cas, «soulever lui-même la question de l'immunité de l'intéressé», «décider» et «ne s'adresser à l'État du représentant que» pour demander la levée de l'immunité.

29. L'argument selon lequel il revient à l'État du for de soulever la question de l'immunité *proprio motu* ne peut pas uniquement valoir pour les affaires relatives à l'immunité des trois plus hauts représentants de l'État. Il est également valable lorsqu'il est manifeste, au regard des faits, qu'une action sera engagée à l'encontre d'un

fonctionnaire ayant agi à titre officiel. Dans ce cas, l'État du représentant devrait avoir la possibilité d'invoquer l'immunité – si les conditions préalables de celle-ci étaient établies – avant que ne soient prises les mesures voulues qui pourraient violer l'immunité du représentant. M. Nolte convient cependant avec le Rapporteur spécial que si l'État concerné, après avoir été tenu informé de la situation ou l'avoir apprise, n'exprime pas sa position dans un délai raisonnable, l'État du for peut considérer qu'il n'invoque pas l'immunité de son représentant. Il s'agit d'un autre aspect de la procéduralisation de l'immunité, reconnu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, illustrant le principe de bonne foi qui doit régir les relations internationales.

30. M. Nolte admet que l'utilisation du mot «manifestement» en tant que critère dans des affaires relatives à l'immunité *ratione materiae* n'empêche pas, dans certains cas, un désaccord sur la question de savoir s'il est manifeste qu'un acte officiel accompli par un représentant de l'État est en cause. Il n'est cependant pas rare de trouver ce mot dans les règles de recevabilité et il permet, en tout état de cause, de préserver la bonne marche des relations internationales et d'empêcher des accusations mutuelles d'exercice initial de la compétence à des fins politiques. Il s'ensuit que lorsque l'acte est manifestement accompli par le représentant de l'État à titre officiel, l'État qui exerce sa compétence doit indiquer *proprio motu* à l'État du représentant que des mesures juridictionnelles sont envisagées et lui donner ainsi la possibilité d'invoquer l'immunité avant que ces mesures ne soient appliquées. Cette exigence n'est pas incompatible avec celle de la Cour internationale de Justice selon laquelle l'État du représentant concerné doit invoquer l'immunité. Elle s'inscrit au contraire dans la logique de cette approche procédurale et satisfait à la règle de la considération et de la coopération mutuelles dans les relations internationales. M. Nolte approuve également l'argumentation générale développée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 25 et suivants du rapport. Le fardeau consistant pour l'État du représentant à étayer sa demande d'immunité *ratione materiae* n'est pas si excessif, en particulier lorsqu'il est manifeste que l'intéressé a agi à titre officiel et que ses actes sont de nature officielle. M. Nolte n'irait pas jusqu'à dire que le caractère officiel de l'acte accompli par le représentant de l'État fasse naître une présomption, partageant en cela l'avis exprimé par le Rapporteur spécial à ce sujet aux paragraphes 29 et 30 du rapport. L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice intitulé *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* ne se prête pas à une interprétation aussi large. Il confirme au contraire la proposition générale selon laquelle, lorsqu'une personne agit à titre officiel et que la nature officielle de ses actes est manifeste, la charge de la preuve est considérablement allégée. En effet, comme l'énonce le Rapporteur spécial au paragraphe 31 de son rapport, «tout comme s'agissant d'apprécier le caractère officiel des actes du représentant concerné, l'État du for n'est pas tenu d'accepter aveuglément la déclaration présentée par l'État de l'intéressé». Ce qui signifie, pour reprendre les hypothèses faites par M. Dugard à la précédente séance, qu'un État poursuivant M. Mladić ne doit pas accepter une simple lettre de

la Serbie indiquant que l'intéressé est l'un de ses représentants et que les actes en cause sont officiels. Ce serait plutôt à la Serbie de réfuter ce qui apparaît connu de tous concernant M. Mladić. D'un autre côté, s'il est manifeste que l'individu est commandant dans les forces armées d'un pays et que l'accusation porte sur les activités des forces armées de ce pays, il devrait suffire que l'État du représentant l'indique. Il faut garder à l'esprit que le but de toute obligation d'étayer est simplement de déterminer si le représentant de l'État a agi à titre officiel et pas de forcer indirectement un État à répondre de ses actes devant une juridiction étrangère. Cela signifie également qu'il n'est pas très utile de se demander qui de l'État du for ou de l'État invoquant l'immunité a le pouvoir de trancher la question de l'immunité. C'est l'État du for qui détermine en dernier lieu s'il accorde l'immunité, mais dans des limites strictes et précises.

31. Sur la renonciation à l'immunité, M. Nolte pense qu'il faudrait distinguer plus nettement deux cas, la renonciation individuelle à l'immunité et les renoncements à l'immunité pour certains faits que peut prévoir une règle conventionnelle de portée générale. Il admet que pour déterminer l'exception à l'immunité, c'est la règle générale selon laquelle la renonciation doit être «certaine» qui s'applique, comme l'affirme l'Institut de droit international dans sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international⁴⁰², et non un critère formel particulier comme une présomption, quelle qu'elle soit. Le point commun entre ces deux types de renonciation ne doit pas occulter que la façon de déterminer que l'immunité a été exclue n'est pas la même dans les deux cas. Lorsque la renonciation générale à l'immunité pour certains faits est prévue par une règle conventionnelle, la certitude requise s'obtient essentiellement au moyen de l'interprétation de règles de fond, alors qu'en cas de renonciation individuelle, il s'agit d'apprécier un acte de procédure donné. Pour faire court, M. Nolte tend à considérer que pour savoir s'il y a eu renonciation dans un cas donné, la règle de la certitude implique une certaine bonne foi consistant à se renseigner auprès de l'État du représentant quand il y a le moindre doute. Les États et leurs organes risquent de ne pas accepter facilement que tel ou tel comportement de la part d'un autre État soit considéré comme une renonciation à l'immunité. D'un autre côté, conformément à la règle de considération et de coopération mutuelles en matière de relations internationales, les États ont également le devoir de s'exprimer clairement dans un délai raisonnable lorsqu'ils envisagent d'invoquer l'immunité et sont confrontés à une situation qui appelle une réponse de leur part.

32. Pour ce qui est de savoir «si l'on peut considérer comme une renonciation implicite à l'immunité le fait pour l'État de ne pas l'invoquer», M. Nolte convient avec le Rapporteur spécial que, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice n'a pas considéré que «faute d'avoir invoqué cette immunité, Djibouti y avait pour autant renoncé». Il convient également que c'est au regard des circonstances propres à chaque cas

⁴⁰² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2000-2001), p. 742.

d'espèce que l'on détermine si le fait de ne pas avoir invoqué l'immunité peut ou non être considéré comme une renonciation à celle-ci. Il s'ensuit que le principal problème est de savoir à partir de quel moment la question de la renonciation implicite est posée. Tant qu'un État n'a pas une certaine connaissance de l'action engagée contre l'un de ses représentants, ou s'il n'a pas encore eu suffisamment de temps pour y répondre, le fait de ne pas invoquer l'immunité ne peut être considéré comme une renonciation. Toutefois, lorsque l'État a été pleinement informé, et passé un délai de réflexion suffisant (qui ne doit pas être très long), le fait de ne pas invoquer l'immunité est généralement considéré comme une renonciation implicite ou «un acquiescement valable à l'abandon de la demande» au sens de l'article 45 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, relatif à la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité⁴⁰³. La Commission pourrait peut-être s'inspirer de ce passage du commentaire de l'alinéa *b* de ce projet d'article (par. 11):

Généralement, les juridictions internationales font preuve de souplesse en pesant les circonstances de l'espèce, compte tenu par exemple du comportement de l'État défendeur et de l'importance des droits en jeu. L'élément décisif consiste à déterminer si l'État défendeur a subi un quelconque préjudice en raison du délai, en ce sens qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur ne persévère pas dans sa revendication. Même si un préjudice a été causé, il peut être pris en considération lors de la détermination de la forme ou de l'ampleur de la réparation⁴⁰⁴.

33. Pour des raisons de sécurité juridique et procédurale, la renonciation est définitive. C'est pourquoi M. Nolte n'approuve pas la proposition du Rapporteur spécial visant à ce que, dans certains cas de renonciation implicite, l'État du représentant puisse ultérieurement invoquer l'immunité; cela lui semble inutile et erroné. Le Rapporteur spécial n'en a semble-t-il besoin que pour les cas dans lesquels il a reconnu que l'État du for pouvait prendre des mesures jusqu'à ce que l'État du représentant invoque l'immunité. Or ce cas n'est pas celui d'une renonciation implicite; il s'agit au contraire d'un moment où la question de l'immunité reste ouverte et où il faut déterminer le plus rapidement possible, dans le cadre d'un processus de coopération mutuelle entre les deux États concernés, si les conditions préalables de l'immunité sont réunies et si celle-ci est invoquée. Si des éléments sérieux indiquent que l'immunité risque d'être invoquée, l'État du for doit agir avec retenue et donner à l'État du représentant la possibilité de le faire. Les mesures juridictionnelles proportionnées prises au cours de cette période ne deviendront pas illégales si l'immunité est finalement invoquée à juste titre, mais leur validité n'est pas liée à la renonciation implicite, elle résulte du pouvoir limité d'engager une action, y compris lorsqu'il est possible que l'immunité soit invoquée. Le caractère d'acte juridique unilatéral de la renonciation, exprimant *in fine* la position de l'État sur un de ses droits, ne devrait pas être remis en cause.

34. Il est exact que l'objet de la renonciation peut être plus ou moins large. Par conséquent, une renonciation initialement partielle, autorisant l'État du for à prendre quelques mesures préliminaires, n'exclut pas que l'État

du représentant demande ultérieurement que l'immunité soit étendue à la procédure pénale de droit commun. Enfin, M. Nolte souscrit à l'avis du Rapporteur spécial sur la question de la responsabilité de l'État, en particulier lorsqu'il affirme que «l'État qui invoque l'immunité de son représentant de ce chef, à savoir que l'acte dont son représentant s'est rendu coupable revêt un caractère officiel, reconnaît que cet acte est le sien» (par. 60). Il convient également que ce faisant, l'État ne reconnaît pas nécessairement que sa responsabilité internationale est engagée à raison de cet acte. En conclusion, il remercie le Rapporteur spécial pour son excellent rapport, qui jette les bases des travaux que mènera la Commission sur le sujet au cours du quinquennat à venir.

35. M. DUGARD dit que M. Nolte a brossé un portrait idéal de la situation en parlant de restriction de l'immunité devant les tribunaux internationaux et d'application de celle-ci devant les juridictions internes. Toutefois, l'utilisation de tribunaux ad hoc est abandonnée et seuls 116 États ont ratifié le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de sorte que les actions intentées contre des représentants de l'État pour crimes internationaux graves le sont donc devant les juridictions internes, qui doivent être au cœur de la réflexion.

36. M. NOLTE dit qu'il a simplement voulu rappeler qu'au plan des principes, l'immunité était légitime devant les juridictions internes, sans parler de l'étendue de celle-ci, et souligner le lien réciproque entre deux tendances que la Commission devra étudier plus avant.

37. M. WISNUMURTI remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport et sa présentation lucide, rapport qui est le fruit d'un important travail de documentation et d'un examen approfondi de la jurisprudence, de la pratique des États et de la doctrine. Y sont examinés les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ainsi que l'importante question de l'immunité personnelle de la responsabilité de l'État du représentant. Il s'inscrit dans la logique du rapport précédent qui traitait d'importantes questions de fond sur lesquelles M. Wisnumurti a eu l'occasion de s'exprimer, notamment l'étendue de l'immunité *ratione personae*. À ce propos, il voudrait dire que seuls les représentants qui appartiennent à la triade bénéficient de l'immunité personnelle, autrement dit le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Elle ne doit pas être étendue à d'autres représentants de l'État. De plus, il ne devrait pas y avoir d'exception à l'immunité personnelle du ministre des affaires étrangères lorsqu'il est accusé d'avoir commis un des crimes les plus graves, y compris dans le cadre de ses fonctions officielles.

38. De manière générale, M. Wisnumurti partage l'avis exprimé par le Rapporteur spécial sur les différents aspects des diverses questions examinées dans le troisième rapport et voudrait faire quelques observations à ce sujet. Concernant le moment où la question de l'immunité est examinée, il convient que l'immunité de juridiction pénale du représentant de l'État doit en principe être examinée au tout début de l'instance ou même avant, au stade précontentieux. Ainsi qu'énoncé au paragraphe 11 du rapport, l'immunité doit être examinée le

⁴⁰³ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le commentaire y relatif, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 130 à 132.

⁴⁰⁴ Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 132.

plus tôt possible pour lui conserver son principal objet, à savoir maintenir des relations normales entre les États et préserver leur souveraineté. De manière plus concrète, l'examen précoce de l'immunité est gage de sécurité juridique et permet notamment de protéger le représentant de l'État agissant à titre officiel, même si le droit d'invoquer l'immunité est un attribut de l'État du représentant et non du représentant de l'État lui-même. Pour M. Wisnumurti, cela ne devrait pas empêcher l'exercice par le représentant de l'État concerné du droit de déclarer aux autorités de l'État qui exerce la juridiction pénale qu'il ou elle a l'immunité avant qu'une action ne soit engagée. Il est certainement exact que l'État du représentant est tenu de confirmer officiellement l'immunité du représentant concerné à l'État du for. Reconnaître le droit du représentant de l'État de déclarer son immunité avant même qu'une action ne soit engagée est essentiel pour lui éviter de subir des mauvais traitements.

39. M. Wisnumurti approuve également le paragraphe 32 du rapport où il est dit que seul l'État peut légalement invoquer l'immunité de ses représentants, qu'ils appartiennent à la triade et bénéficient de l'immunité personnelle ou soient d'autres représentants de l'État bénéficiant d'une immunité fonctionnelle. Par conséquent, ce n'est que lorsqu'elle est invoquée ou déclarée par l'État du représentant que l'invocation de l'immunité emporte des conséquences juridiques. M. Wisnumurti approuve l'analyse de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Il incombe à l'État qui souhaite mettre son représentant à l'abri de la juridiction pénale d'invoquer l'immunité alors que dans le cas de l'immunité personnelle applicable au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères, c'est l'État du for qui doit soulever lui-même la question de l'immunité de l'intéressé et décider des mesures qu'il peut prendre au regard du droit international. Cela étant, il ne faudrait pas que la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle l'État du représentant n'a pas, dans ce cas, à soulever la question de l'immunité personnelle devant les autorités de l'État du for soit interprétée comme signifiant que l'État du représentant est privé de son droit naturel de soulever la question de l'immunité devant les autorités de l'État du for et, si besoin est, d'invoquer l'immunité personnelle de ses représentants. Comme l'indique le Rapporteur spécial dans le résumé qui figure à l'alinéa *i* du paragraphe 61 du rapport, l'État qui invoque l'immunité de son représentant n'est pas tenu d'en rapporter la preuve, mais il doit informer l'État du for que la personne concernée est un de ses représentants et qu'il est protégé par l'immunité personnelle ou fonctionnelle étant donné qu'il a agi dans le cadre de ses fonctions.

40. Concernant la renonciation à l'immunité, il importe de souligner que l'immunité, tant l'immunité *ratione personae* que l'immunité *ratione materiae*, est un attribut de l'État et non de ses représentants. Le Rapporteur spécial se pose la question de savoir si la renonciation doit toujours être expresse ou s'il suffit qu'elle soit implicite. À cet égard, M. Wisnumurti convient qu'en règle générale, lorsqu'il s'agit du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères, l'immunité doit être expresse, alors qu'elle peut être expresse ou

implicite quand il s'agit des autres représentants de l'État, qui ont quitté leurs fonctions ou sont en exercice et bénéficient d'une immunité fonctionnelle. Toutefois, il ne comprend pas bien ce que le Rapporteur spécial entend par «représentants de l'État en activité qui, sans appartenir à la triade, bénéficient d'une immunité personnelle».

41. Dans la dernière partie du rapport, le Rapporteur spécial traite la question du lien entre l'immunité d'un représentant et la responsabilité de l'État du représentant et évoque la double attribution de la responsabilité. La levée de l'immunité d'un fonctionnaire agissant à titre officiel, qui sera suivie de l'ouverture d'une action par l'État du for, peut aboutir à l'invocation de la responsabilité de l'État du représentant lorsque l'acte accompli par le fonctionnaire constitue une violation des obligations de droit international liant cet État. On considère que l'acte du représentant de l'État, étant accompli dans le cadre de ses fonctions, est un acte de l'État du représentant. M. Wisnumurti doit toutefois insister sur le fait que ce principe ne peut être appliqué qu'au cas par cas, en tenant compte des faits ayant entouré l'acte et des circonstances pertinentes de l'espèce. Avant de conclure, il voudrait souligner que les rapports sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État portent sur des questions controversées que la Commission doit régler avant de commencer à élaborer des projets d'article. C'est pourquoi il approuve la proposition de M. McRae tendant à ce qu'un groupe de travail soit établi par la Commission en 2012.

42. Sir Michael WOOD souligne que les trois rapports présentés par le Rapporteur spécial demeureront, avec le mémorandum établi par le Secrétariat en 2008⁴⁰⁵, une lecture essentielle pour quiconque doit régler des questions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le troisième rapport constitue une partie importante du tableau d'ensemble brossé par le Rapporteur spécial et, à cet égard, l'intervenant souligne qu'il ne partage pas la préoccupation exprimée la veille par M. Pellet. Certes, faute de temps, la Commission n'a pu tirer de conclusions du deuxième rapport, mais cela n'a guère d'importance car le troisième aurait très bien pu faire partie du deuxième ou constituer un additif à celui-ci, les additifs étant d'ailleurs pratique courante dans l'étude d'autres sujets.

43. L'intervenant indique que, comme les autres orateurs, il approuve en grande partie le rapport à l'examen. Le Rapporteur spécial a expliqué, lorsqu'il l'a présenté, qu'il reposait sur une méthodologie différente, étant en grande partie fondé sur la déduction et la logique plutôt que sur la pratique, celle-ci étant assez rare. Mais il est également apparent qu'il repose aussi sur la vaste expérience du Rapporteur spécial. L'intervenant souscrit à ce que dit ce dernier sur le moment où la question de l'immunité est examinée et à presque tout ce qu'il dit sur l'invocation de l'immunité, et il approuve en outre les deux sections consacrées à la renonciation à l'immunité. Toutefois, à la lumière des observations faites par M^{me} Jacobsson concernant les conclusions et de la réponse du Rapporteur spécial, il ressort à l'évidence qu'il reste encore beaucoup à approfondir.

⁴⁰⁵ Document A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Web de la Commission, soixantième session.

À cet égard, il serait intéressant de disposer le moment venu de plus amples descriptions des procédures en vigueur dans les différents systèmes juridiques nationaux.

44. Le rapport appelle néanmoins quatre observations. Premièrement, il ne semble pas traiter expressément de l'inviolabilité de la personne, par opposition à l'immunité au sens étroit du terme. Or l'inviolabilité peut être très importante en pratique et se montrer particulièrement pertinente en ce qui concerne le moment où l'immunité est invoquée.

45. Deuxièmement, s'agissant de l'invocation de l'immunité, il n'est pas sûr que, comme l'affirme le Rapporteur spécial, l'on puisse distinguer clairement entre la triade, d'une part, et les autres hauts représentants de l'État qui peuvent jouir de l'immunité *ratione personae*, de l'autre. Comme l'on dit d'autres membres, il peut très bien arriver que les autorités d'un État, par exemple sa police ou ses tribunaux, ne connaissent pas tous les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères des quelque 193 États existants, de même qu'il peut arriver qu'ils connaissent le statut de certains hauts représentants de l'État n'appartenant pas à la triade. On peut donc douter qu'il soit possible d'énoncer à cet égard des règles rigides et universelles, car beaucoup dépend des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Quoi qu'il en soit, si un État veut que l'immunité de son représentant soit respectée, il a intérêt à le faire savoir clairement. En outre, si les questions juridiques ou factuelles qui entourent l'immunité sont complexes, l'État peut aussi avoir intérêt, même s'il ne doit probablement pas y être obligé, à participer directement, s'il le peut, à la procédure pour expliquer sa position, au lieu de compter sur les autorités de l'État du for ou sur le tribunal lui-même pour évoquer ces questions.

46. S'agissant de la triade, l'intervenant souligne une nouvelle fois que, pour lui, il n'est pas douteux qu'au regard du droit international coutumier contemporain les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères jouissent de l'immunité *ratione personae* tant qu'ils sont en fonctions. Les tentatives qui sont faites, que ce soit par la doctrine ou même par des membres de la Commission, pour remettre en question l'arrêt rendu sur ce point par la Cour internationale de Justice ne constituent que des vœux pieux. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la majorité de la Cour était forte et la Cour a très bien expliqué sa position dans la décision. La vraie question est de savoir comment décider quels autres représentants de l'État jouissent également de l'immunité *ratione personae*. Il n'est d'ailleurs pas exact de dire que l'immunité des membres en fonctions de la triade n'est pas absolue, du moins si l'on veut décrire l'état de la *lex lata*, et l'intervenant souligne à cet égard qu'il souscrit sur ce point à l'opinion exprimée par le conseil de la France dans l'affaire *Djibouti c. France*.

47. S'agissant, troisièmement, de l'invocation de l'immunité, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial indique que l'État du représentant doit normalement invoquer l'immunité *ratione materiae*. Certaines des critiques des développements que le Rapporteur spécial consacre aux rôles respectifs de l'État du représentant et de l'État du

«prérogative» n'a rien de sinistre, même si ce terme aurait pu être évité, et les termes utilisés par le Rapporteur spécial sont dans l'ensemble choisis avec soin et appropriés. Il n'est toutefois pas sûr que la déférence accordée par la Cour internationale de Justice à la déclaration du Secrétaire général de l'ONU⁴⁰⁶ dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* soit nécessairement de mise face aux déclarations des États, car il est parfois nécessaire de rechercher ce que celles-ci recouvrent.

48. Pour ce qui concerne, en quatrième lieu, la section du troisième rapport consacré à la renonciation, aux paragraphes 44 à 46 le Rapporteur spécial traite de la possibilité de considérer que les États renoncent implicitement à l'immunité en devenant parties à certains traités. Sir Michael partage les conclusions générales du Rapporteur spécial sur ce point car l'opinion opposée repose, à son avis, sur l'approche «vœux pieux» de l'interprétation des traités. Dans le même temps, il pense comme M. Pellet que la référence, à la fin du paragraphe 44, à l'intention de l'État concerné n'a pas lieu d'être. Soit un traité implique nécessairement une renonciation – et pour toutes les parties –, soit il ne le fait pas. La Chambre des lords britannique a dans l'affaire *Pinochet* abouti à cette conclusion en ce qui concerne la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, mais seulement après avoir analysé dans le détail les termes de cette convention. Son raisonnement ne peut pas être appliqué de manière irréfléchie à d'autres traités.

49. Le sujet à l'examen présente un grand intérêt pour les États, entre autres; les ministères des affaires étrangères et leurs conseillers juridiques sont constamment confrontés, en la matière, à des questions juridiques graves, qui appellent une réponse immédiate. Le travail accompli par le Rapporteur spécial peut, à cet égard, beaucoup aider les praticiens, étant fondé sur l'expérience et visant à fournir des solutions concrètes à des questions concrètes. On a dit à la séance précédente que la Commission mettrait sa réputation en péril si elle n'adoptait pas une certaine approche du sujet. Pour l'intervenant, c'est en adoptant des positions irréalistes, faisant droit aux positions extrêmes de certains organes qui font campagne dans ce domaine, que la Commission se décrédibiliserait. Ses membres siègent en effet à titre individuel, en tant que juristes, et leur tâche est de contribuer à la codification et au développement progressif du droit international et non d'être les porte-parole de groupes ou d'intérêts particuliers.

50. La Commission devra décider à sa prochaine session comment poursuivre ses travaux sur le sujet. Elle a pour l'essentiel deux options: elle peut s'efforcer de codifier le droit existant, ou elle peut prendre une décision consciente et proposer de nouvelles règles à l'examen des États. Il faut espérer qu'un énoncé réfléchi et soigneusement équilibré de nouvelles règles puisse être acceptable pour les États, voire accueilli par ceux-ci avec satisfaction. Ces règles devront probablement être incorporées dans une convention le moment venu. Chacune de ces

⁴⁰⁶ Cour internationale de Justice, 2 octobre 1998, «Exposé écrit présenté au nom du Secrétaire général des Nations Unies» (anglais seulement), disponible sur le site Web de la Cour (voir www.icj-cij.org).

options a ses avantages et ses inconvénients. Une codification peut être utile, elle clarifierait le droit et comblerait les lacunes, comme celles que révèlent les questions de procédure examinées dans le troisième rapport. D'autre part, élaborer de nouvelles règles serait plus difficile et ne serait utile que si ces règles sont largement acceptées par les États. Il serait intéressant que les États indiquent, avant la session suivante de la Commission, ce qu'ils attendent de celle-ci.

51. M. PELLET indique que c'est en raison d'un problème de méthodologie qu'il a regretté que la Commission examine le troisième rapport sur le sujet. Normalement, le Rapporteur spécial établit un rapport préliminaire qui jette les bases de la réflexion future. Or, en l'occurrence, des éléments du rapport préliminaire se sont révélés controversés, mais la Commission a poursuivi sans se mettre d'accord sur ces bases.

52. S'agissant par ailleurs des options suggérées par Sir Michael, il convient de souligner que dans le mandat de la Commission, le développement progressif précède la codification.

Les réserves aux traités (*fin) [A/CN.4/638, sect. A, A/CN.4/639 et Add.1, A/CN.4/647 et Add.1, A/CN.4/L.779, A/CN.4/L.793 et A/CN.4/L.795]**

[Point 2 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES
RÉSERVES AUX TRAITÉS (*fin***)

53. Le PRÉSIDENT invite le Président du Groupe de travail sur les réserves aux traités à présenter son deuxième rapport sur les travaux du Groupe de travail.

54. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Président du Groupe de travail sur les réserves aux traités) rappelle qu'à sa 3099^e séance, tenue le 6 juillet 2011, la Commission avait renvoyé pour examen au Groupe de travail sur les réserves aux traités le texte d'un «Projet de recommandation ou de conclusions de la Commission du droit international sur le dialogue réservataire», qui figurait au paragraphe 68 du dix-septième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités (A/CN.4/647 et Add.1). Après avoir soigneusement examiné la question et à la lumière de la pratique suivie par la Commission par le passé, le Groupe de travail est convenu qu'il était plus approprié que la Commission, plutôt que d'adresser des recommandations directement aux États, élabore une série de conclusions sur la question du dialogue réservataire, accompagnées d'une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale. Les neuf conclusions adoptées provisoirement par le Groupe de travail, qui sont précédées d'un préambule comptant huit alinéas et suivies d'une recommandation à l'Assemblée générale, sont publiées sous la cote A/CN.4/L.793.

55. Parmi les modifications apportées par le Groupe de travail au texte proposé par le Rapporteur spécial, certains points méritent d'être retenus. S'agissant du préambule, le deuxième alinéa, y compris la référence au dix-septième

rapport du Rapporteur spécial, a été ajouté par le Groupe de travail. Le troisième alinéa est une reformulation du deuxième alinéa initial; il vise maintenant la «nécessité d'atteindre un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité des traités multilatéraux et de participation la plus large possible à ces traités». Le quatrième et le cinquième alinéas sont le résultat de la scission et de la reformulation du troisième alinéa du préambule initial. Quant au dernier alinéa, la référence aux organisations régionales a été remplacée par une référence générale aux organisations internationales.

56. En ce qui concerne les conclusions figurant sous la section I, la première partie du texte de la troisième conclusion est nouvelle. Elle souligne l'importance que revêt la motivation d'une réserve par son auteur pour l'appréciation de la validité de cette réserve. Le Groupe de travail a estimé qu'il importait d'inclure cet élément pour faire contrepoids à l'affirmation figurant dans la cinquième conclusion de l'utilité potentielle, pour l'appréciation de la validité des réserves, des préoccupations exprimées au sujet de celles-ci par les États et les organisations internationales. Le contenu de la quatrième conclusion vient de la dernière phrase du paragraphe 1 proposé par le Rapporteur spécial, moyennant l'ajout d'une référence, parmi les résultats de l'examen périodique des réserves, à la possibilité d'en limiter la portée. Enfin, la recommandation figurant à la section II correspond, moyennant des ajustements mineurs, au paragraphe 9 du texte initialement proposé par le Rapporteur spécial. Le Groupe de travail recommande à la Commission d'annexer le texte publié sous la cote A/CN.4/L.793 au Guide de la pratique.

57. En ce qui concerne la recommandation sur les mécanismes d'assistance en matière de réserves, le Président du Groupe de travail rappelle que la Commission avait renvoyé à celui-ci, pour examen, le projet de recommandation sur l'assistance technique et l'assistance au règlement des différends en matière de réserves qui figure au paragraphe 101 du dix-septième rapport du Rapporteur spécial. Le Groupe de travail était également saisi d'une version révisée du projet de recommandation établie par le Rapporteur spécial à la lumière des observations faites durant le débat en plénière. Il a travaillé sur la base de ce texte révisé, qu'il a examiné paragraphe par paragraphe.

58. Tenant compte des positions exprimées par certains membres lors du débat en plénière, le Groupe de travail a estimé que le texte de la recommandation devait prendre la forme d'une suggestion à l'Assemblée générale et que les propositions de la Commission devaient conserver un caractère général de manière à laisser largement ouvertes les modalités du mécanisme qui pourrait être mis en place. Le texte de la recommandation adoptée provisoirement par le Groupe de travail est publié sous la cote A/CN.4/L.795, et le Groupe de travail propose que cette recommandation soit insérée dans le chapitre IV du projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa session en cours.

59. S'agissant des modifications apportées au texte initialement proposé, le Groupe de travail a jugé préférable de limiter la portée du mécanisme recommandé aux États et, ainsi, toute mention des organisations internationales a été supprimée dans le texte de la recommandation et dans l'annexe.

* Reprise des débats de la 3106^e séance.

** Reprise des débats de la 3090^e séance.

60. Pour ce qui est du préambule, une référence à la formulation des réserves a été insérée au deuxième alinéa, et le dernier alinéa envisage désormais la mise en place de «mécanismes souples», une formule qui englobe à la fois l'«observatoire» visé au paragraphe 1 et le mécanisme d'assistance visé au paragraphe 2 et dans l'annexe.

61. Le paragraphe 1 est nouveau. Faisant suite à une proposition du Rapporteur spécial, il contient une suggestion concernant la mise en place éventuelle d'un «observatoire» mondial en matière de réserves aux traités au sein de la Sixième Commission, ainsi qu'une suggestion tendant à ce que l'Assemblée générale recommande aux États d'envisager de mettre en place de tels mécanismes aux niveaux régional et sous-régional. Comme indiqué dans la note de bas de page 1, de tels observatoires pourraient s'inspirer de celui existant dans le cadre du CAHDI du Conseil de l'Europe.

62. En ce qui concerne l'annexe, à la suite d'une suggestion faite par le Rapporteur spécial à la lumière des observations formulées durant le débat en plénière, le mécanisme serait maintenant composé d'«experts» tout court, et non plus d'«experts gouvernementaux». Le paragraphe ii a été simplifié, il vise maintenant les réserves, les objections aux réserves et l'acceptation des réserves, et ne mentionne plus l'interprétation, la validité ni les effets des réserves. Au paragraphe iii, le terme «différend» a été remplacé par le terme plus général «divergences». Enfin, une note de bas de page a été ajoutée qui indique que les experts appelés à assister les États dans le règlement de leurs divergences ne devraient pas être les mêmes que ceux qui auraient apporté une assistance à l'une des parties.

63. En conclusion, le Président du Groupe de travail exprime l'espoir que la Commission pourra prendre acte du rapport qu'il vient de faire et des recommandations du Groupe de travail concernant une annexe du Guide de la pratique consacrée au dialogue réservataire, et insérer dans son projet de rapport une recommandation sur les mécanismes d'assistance en matière de réserves.

64. M. VASCIANNIE s'étonne, s'agissant de la recommandation sur les mécanismes d'assistance en matière de réserves, que l'«observatoire», dont la nature n'est d'ailleurs pas très claire, précède le «mécanisme d'assistance» dans les suggestions à l'Assemblée générale. Il souhaiterait avoir des explications à cet égard.

65. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Président du Groupe de travail) indique que les deux suggestions ne s'excluent pas mutuellement et qu'en outre, c'est pour des raisons de logique rédactionnelle que la suggestion relative à la mise en place d'un mécanisme d'assistance précède directement l'annexe dans laquelle ce mécanisme d'assistance est défini.

66. M. VASCIANNIE dit que si l'ordre dans lequel les suggestions sont présentées importe peu, il propose de l'inverser.

67. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que s'il considère, comme il ressort de son rapport, que le mécanisme envisagé au paragraphe 2 est plus important que l'«observatoire» visé au paragraphe 1, il n'a pas d'opinion arrêtée quant à l'ordre de ces paragraphes.

68. M. CANDIOTI dit que la note de bas de page au paragraphe 1 pourrait, pour la commodité, donner l'adresse du site Web du CAHDI, dont il se demande d'ailleurs s'il constitue en lui-même l'observatoire ou s'il comprend un organe exerçant cette fonction. Il souligne par ailleurs qu'il conviendrait d'inciter les dépositaires à améliorer en permanence les moyens de communication des réserves, par exemple en créant des bases de données ou des sites Web facilement accessibles, de manière à aider les pays dont les ressources sont limitées dans ce domaine.

69. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ, prenant la parole en sa qualité de Vice-Président du CAHDI, dit que c'est le CAHDI lui-même qui exerce en permanence des fonctions d'observatoire en matière de réserves, avec le concours du secrétariat du Conseil de l'Europe.

70. M. NOLTE dit préférer que les suggestions restent dans l'ordre que leur a donné le Groupe de travail. Donner suite à la première suggestion, à savoir mettre en place un «observatoire en matière de réserves», est plus facile que donner suite à la seconde, et l'ordre actuel est donc plus réaliste.

71. M. DUGARD appuie la proposition de M. Vasciannie – d'autant que le paragraphe 1 est plutôt «eurocentré», avec la référence au CAHDI, tandis que le paragraphe 2 concerne un mécanisme général.

72. M. PETRIČ rejoint M. Nolte dans son souhait de conserver l'ordre actuel des paragraphes.

73. M. PELLET (Rapporteur spécial) est gêné par la raison qu'a donnée M. Nolte et, plus encore, par celle qu'a fournie M. Dugard, mais réaffirme que l'ordre des paragraphes lui importe peu.

74. Après un débat auquel prennent part MM. Nolte, Petrič, Vázquez-Bermúdez (Président du Groupe de travail) et Pellet (Rapporteur spécial), le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite prendre acte du rapport du Président du Groupe de travail sur les réserves aux traités, avec la modification proposée par M. Vasciannie quant à l'ordre des paragraphes dans le document A/CN.4/L.795, étant entendu que le contenu de l'annexe sur le dialogue réservataire et celui de la recommandation relative au mécanisme d'assistance seront examinés par la Commission, paragraphe par paragraphe, lors de l'adoption de son rapport annuel.

Il en est ainsi décidé.

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)

75. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial présente une grande cohérence avec les deux rapports précédents⁴⁰⁷ et repose sur une

⁴⁰⁷ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) et *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport).

logique rigoureuse. Les aspects substantiels du sujet ayant été examinés dans le rapport préliminaire et le deuxième rapport, le troisième rapport, qui s'intéresse aux aspects procéduraux, prête beaucoup moins à controverse.

76. Certaines des thèses formulées dans le troisième rapport et résumées au paragraphe 61 du document sont toutefois discutables.

77. Sont gênants, notamment, le manque de précision quant aux fonctionnaires ou représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité, en particulier lorsqu'il est fait référence à une catégorie déjà établie dans les rapports précédents, celle des «autres fonctionnaires qui bénéficient de l'immunité personnelle», et la volonté persistante de définir l'immunité de manière assez large en l'étendant aux anciens représentants de l'État.

78. Il convient de souligner que, dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial continue d'accorder une importance absolue à la volonté de l'État du représentant, qui se traduit ici par la primauté de cette volonté lorsqu'il s'agit de déterminer quelles personnes bénéficient de l'immunité et par sa prise en compte exclusive pour ce qui est de définir ce qu'on peut qualifier d'«actes officiels».

79. Certes, le Rapporteur spécial introduit divers éléments visant à établir un certain équilibre entre l'État du représentant et l'État du for, mais ce type de «clauses de sauvegarde» est insuffisant, pour trois raisons. Premièrement, la détermination des bénéficiaires de l'immunité est une question qui relève du droit international. Elle ne peut être exclusivement subordonnée à des normes de droit interne, et encore moins à une décision extrêmement libre de la part des autorités de l'État étranger. Deuxièmement, la notion d'«actes officiels» doit être objective et soumise à des critères définis en vertu du droit international, et non unilatéralement par l'État du représentant. Une telle exclusivité ne peut même pas se justifier par le fait – relevé par le Rapporteur spécial – que la qualification d'un acte comme «officiel» peut entraîner la responsabilité internationale de l'État étranger. Troisièmement, le principe d'égalité souveraine et le principe *par in parem non habet imperium* obligent à prendre en considération l'opinion de l'État du for. S'il est certain qu'un État ne peut être soumis à la juridiction obligatoire d'un autre État sans qu'il soit tenu compte de sa volonté, il n'en est pas moins certain que la primauté absolue de la volonté de l'État du représentant se traduit automatiquement par une limitation des droits souverains de l'État du for, dont les tribunaux ne pourront exercer leur juridiction sur une personne, sur la base de la simple décision d'un État tiers dont l'État du for ne peut contester la validité ni le bien-fondé.

80. En conséquence, M^{me} Escobar Hernández ne peut souscrire à toutes les thèses formulées aux alinéas *d*, *g* et *i* du paragraphe 61 du troisième rapport du Rapporteur spécial. En revanche, elle approuve pleinement l'affirmation selon laquelle la question de l'immunité doit en principe être soulevée le plus tôt possible, y compris au stade précontentieux.

81. M^{me} Escobar Hernández souscrit également à l'idée que le droit de renonciation à l'immunité du représentant de l'État appartient à l'État concerné. Elle nourrit

toutefois des réserves quant à la possibilité d'invoquer l'immunité à tout moment, y compris lorsque l'État n'a fait aucune déclaration de renonciation antérieure ou lorsqu'il a renoncé partiellement à l'immunité de son représentant. Elle peut encore moins approuver la conclusion selon laquelle l'État du représentant peut invoquer l'immunité en appel lorsqu'il y a renoncé implicitement ou expressément en première instance. La renonciation à l'immunité a des conséquences importantes sur le plan juridique, et non uniquement sur le plan politique. Elle doit donc être subordonnée à une interprétation stricte du principe de sécurité juridique. C'est pourquoi M^{me} Escobar Hernández ne peut approuver l'intégralité de ce qui est dit à l'alinéa *o* du paragraphe 61 du troisième rapport.

82. Pour ce qui est de la responsabilité internationale de l'État du for découlant du fait de ne pas soulever la question de l'immunité, ce qu'en dit le Rapporteur spécial dans le troisième rapport est acceptable, quoique l'affirmation qui est faite dans la première phrase de l'alinéa *b* paraît excessive.

83. Enfin, en ce qui concerne la relation entre, d'une part, l'immunité de juridiction pénale du représentant de l'État étranger et, d'autre part, la responsabilité internationale du même État, M^{me} Escobar Hernández approuve pour l'essentiel ce qui est dit aux alinéas *q* et *r* du paragraphe 61.

84. En revanche, il lui est plus difficile de souscrire à l'avertissement figurant à la fin du paragraphe 60, à savoir que si l'État n'invoque pas l'immunité de son représentant, il expose ce dernier à des poursuites par l'État étranger, permettant ainsi à cet État de s'immiscer, parfois gravement, dans ses affaires intérieures. Cette référence à une ingérence dans les affaires intérieures d'un État comme conséquence de l'exercice de la juridiction pénale étrangère lui paraît excessive.

85. En conclusion, M^{me} Escobar Hernández regrette vivement que M. Kolodkin ne poursuive pas sa tâche de rapporteur spécial sur le sujet à l'examen, et espère que la nouvelle commission qui sera issue des élections de novembre 2011 continuera d'accorder à ce sujet une place prioritaire dans ses travaux.

86. M. VASCIANNIE appuie la plupart des conclusions formulées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Comme l'a fait observer M. McRae, le Rapporteur spécial a su se garder de tout dogmatisme lorsque la pratique était insuffisante ou ne suggérait pas de réponses définitives.

87. Concernant les thèses exposées au paragraphe 61 du troisième rapport, M. Vasciannie approuve entièrement l'idée que la question de l'immunité doit être soulevée soit au début de l'instance soit au stade précontentieux, comme d'autres membres l'ont également admis. Il est également d'accord avec l'idée que le fait de ne pas soulever la question de l'immunité *in limine litis* peut engager la responsabilité internationale de l'État du for.

88. Le Rapporteur spécial a raison de dire qu'en principe l'invocation de l'immunité doit émaner de l'État du représentant (par. 61, al. *c*), même si un certain degré de

souplesse pourrait être envisagé. Au paragraphe 15 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que l'invocation de l'immunité ou la déclaration de l'immunité ne sont juridiquement valables, autrement dit n'emportent de conséquences juridiques, que si elles émanent de l'État de l'intéressé. M. Vasciannie se joint à M. Dugard et aux autres membres qui ont demandé s'il pouvait y avoir des exceptions à cela. Le Rapporteur spécial pourrait étudier la question de savoir si l'invocation de l'immunité par le représentant lui-même peut produire des effets juridiques. Elle devrait, par exemple, avoir un effet suspensif sur la procédure jusqu'à ce que le statut de l'intéressé soit confirmé par l'État qu'il représente. Cela est peut-être implicite dans l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle l'État du for doit savoir que des mesures de procédure pénale sont envisagées pour que la règle relative à l'invocation s'applique, mais il pourrait être utile pour les personnes mises en cause de savoir qu'elles peuvent porter leur statut putatif à l'attention du tribunal à un stade précoce de la procédure.

89. À propos d'une question connexe, le Rapporteur spécial fait observer, s'appuyant en partie sur l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, que le tribunal de l'État du for n'est pas tenu d'envisager d'office la question de l'immunité. Approuvant cette conclusion, M. Vasciannie demande si l'on pourrait fournir des directives quant aux circonstances dans lesquelles le tribunal de l'État du for peut exercer son pouvoir d'office. Cela n'irait pas nécessairement à l'encontre de la règle principale qui veut que le tribunal peut choisir de s'appuyer uniquement sur l'invocation de l'immunité par l'État du représentant.

90. M. Vasciannie approuve de manière générale les conclusions du Rapporteur spécial quant à la procédure que doit adopter l'État du représentant pour informer l'État du for et, notamment, l'idée qu'il n'est pas nécessaire que l'immunité soit invoquée devant le tribunal étranger et que cela peut être fait par la voie diplomatique. Cela étant, il serait bon de ne pas formuler une règle trop catégorique selon laquelle dans le cas de la triade, l'État du for doit soulever lui-même la question de l'immunité indépendamment de l'invocation de cette immunité par l'État du représentant.

91. Concernant la renonciation, M. Vasciannie est satisfait de l'approche recommandée par le Rapporteur spécial. La renonciation à l'immunité des membres de la triade doit être expresse (et, de l'avis de M. Vasciannie, cela devrait inclure les cas où l'État du représentant demande à un autre État de prendre des mesures de procédure pénale). Pour les autres représentants, la renonciation peut être expresse ou implicite. La renonciation implicite soulève certaines questions d'ordre technique mais la Commission pourrait les étudier lorsqu'elle se penchera sur des projets d'article.

92. Dans les conclusions qu'il formule à l'alinéa *r* du paragraphe 61 et dans la section de son rapport qui précède le résumé, le Rapporteur spécial examine la relation entre l'immunité du représentant de l'État et la responsabilité de l'État du représentant. Il indique qu'un État qui invoque l'immunité de son représentant auquel des actes sont reprochés reconnaît que ces actes sont les siens, et que cela peut donner prise à sa responsabilité en droit

international. M. Vasciannie n'est pas d'accord sur ce point. Comme l'a fait observer M. Singh, diverses raisons peuvent expliquer que l'État du représentant invoque l'immunité de l'intéressé, y compris le souhait d'examiner la question qui constitue le fondement de la mise en cause de celui-ci. L'État du représentant peut également souhaiter invoquer l'immunité rapidement pour éviter tout embarras inutile à ce représentant, et ce avant de s'être forgé une opinion claire au sujet de sa responsabilité. En pareilles circonstances, l'invocation de l'immunité peut être un facteur à prendre en compte pour déterminer si la condition préalable de l'attribution est remplie en ce qui concerne l'État étranger, mais M. Vasciannie n'approuve pas la règle fort stricte que le Rapporteur spécial semble envisager à l'alinéa *r* du paragraphe 61.

93. Enfin, certaines questions importantes abordées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial demeurent en suspens, notamment celle de la nature et de l'étendue de l'immunité dont devraient bénéficier les membres de la triade. Comme M. McRae et d'autres membres l'ont suggéré, cette question pourrait être confiée en 2012 à un groupe de travail qui l'examinerait plus avant compte tenu des différents points de vue exprimés au sein de la Commission. La Commission pourrait aussi envisager d'attendre la désignation d'un nouveau rapporteur spécial et donner à celui-ci la possibilité d'exprimer son avis sur cette question avant de la renvoyer à un groupe de travail. *L'Annuaire de la Commission du droit international 1989* (vol. II, 2^e partie), dans le chapitre consacré aux immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, indique que le paragraphe 2 de l'article 4 du projet d'articles adopté provisoirement par la Commission se lit comme suit: « Les présents articles ne portent pas non plus atteinte aux privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État⁴⁰⁸. » Pourquoi pas les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères? Le Rapporteur spécial, M. Sucharitkul, avait répondu que

les privilèges et immunités dont jouissaient ces personnalités, ainsi que les membres de la famille des chefs d'État, leur étaient accordés par courtoisie internationale plutôt qu'en vertu de règles établies du droit international⁴⁰⁹.

Il semble que d'aucuns aient insisté car il est indiqué plus loin:

À propos du paragraphe 2, plusieurs membres de la Commission ont proposé d'en étendre le champ d'application aux chefs d'État en leur qualité personnelle, ainsi qu'aux chefs de gouvernement, aux ministres des affaires étrangères et aux autres hautes personnalités⁴¹⁰.

On lit ensuite que le Rapporteur spécial ne voyait pas d'objection à mentionner les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et autres hautes personnalités, mais pas les membres de la famille des chefs d'État, car il doutait toujours qu'un statut spécial leur fût accordé « en vertu des règles établies du droit international⁴¹¹ ». Cela donne à penser que le Rapporteur spécial avait changé d'avis sur la question de savoir si les membres de la triade bénéficiaient de l'immunité *de lege lata*.

⁴⁰⁸ *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), chap. VI, p. 112 et 113, par. 443.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 113, par. 446.

⁴¹⁰ *Ibid.*, par. 448.

⁴¹¹ *Ibid.*, par. 450.

94. On voit que la question n'est pas nouvelle et que ce n'est pas la première fois que la Commission doit l'aborder. On ne peut donc imaginer que la réputation de la Commission saurait être affectée par la manière dont elle s'efforcera de la résoudre.

La séance est levée à 13 heures.

3115^e SÉANCE

Vendredi 29 juillet 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

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

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

[Point 8 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. FOMBA félicite le Rapporteur spécial des importants travaux de recherche et d'analyse qu'il a effectués en vue de donner à la Commission un cadre de travail logique et cohérent pour l'examen du sujet. Il est regrettable qu'aucun projet d'article n'ait été formulé, même s'il aurait été prématuré de le faire avant l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial⁴¹², car la démarche adoptée pour les questions de fond aura une incidence sur les questions de procédure traitées dans le troisième rapport.

2. Pour ce qui est de la question fondamentale des exceptions à l'immunité, M. Fomba relève qu'à l'alinéa *o* du paragraphe 94 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a affirmé que les exceptions à l'immunité ne sont pas une norme du droit coutumier et qu'il n'existe pas non plus de tendance à l'émergence d'une telle norme. Cette affirmation devrait être étayée par une analyse systématique et rigoureuse de la pratique. À défaut, il faudra développer progressivement le droit international en prévoyant une exception à l'immunité pour les crimes internationaux graves.

3. En ce qui concerne le troisième rapport (A/CN.4/646), M. Fomba indique, à propos de la connaissance de l'identité de la triade, que le terme «généralement», au paragraphe 19, est approprié car il peut arriver que l'identité

de ces personnes ne soit pas connue. Comme on le sait, le protocole a parfois des défaillances.

4. M. Fomba est d'accord avec la conclusion tirée au paragraphe 55 du rapport au sujet de la forme que doit prendre la renonciation à l'immunité. Le paragraphe 60 présente une excellente description du dilemme que l'État doit résoudre pour décider s'il doit reconnaître l'acte de son représentant comme un acte officiel, ce qui crée les conditions propres à engager sa propre responsabilité.

5. D'une manière générale, il convient de faire la distinction entre l'immunité personnelle et l'immunité fonctionnelle. Pour ce qui est de l'immunité personnelle, il est également nécessaire de distinguer entre ce que l'on pourrait appeler l'«immunité primaire», à savoir celle dont bénéficie la triade, et l'«immunité secondaire». Ensuite, il faut distinguer les cas dans lesquels la question de l'immunité doit être soulevée d'office par l'État exerçant sa juridiction de ceux dans lesquels elle ne doit pas l'être. Enfin, il convient de distinguer les cas dans lesquels l'État du représentant a été informé de la situation dans laquelle se trouve ce dernier de ceux dans lesquels il ne l'a pas été.

6. Il serait logique de déduire de l'argument selon lequel la question de l'immunité doit être soulevée *in limine litis* que celle-ci ne peut être invoquée que devant un tribunal de première instance et non au stade de l'appel. Cependant, c'est une approche absolutiste: on pourrait envisager que l'immunité puisse être invoquée en appel, pour les cas où cela se révélerait nécessaire. En tout état de cause, il faut tenir compte de la fonction de l'immunité et il faudra déterminer la manière dont celle-ci fonctionnerait devant des juridictions de différents degrés.

7. Les 18 points qui figurent dans le résumé du rapport (par. 61) rendent compte des principales questions que soulève le sujet. À l'alinéa *c* du paragraphe 61, il est indiqué que l'invocation de l'immunité par le représentant lui-même n'a pas de valeur juridique. Cependant, il conviendra de tenir compte de ce cas de figure lors de la rédaction des projets d'article, d'autant plus qu'au paragraphe 15, le Rapporteur spécial fait valoir que la déclaration d'immunité faite par un représentant dans le cadre d'une procédure judiciaire n'est pas dénuée de toute valeur. À la troisième phrase de l'alinéa *f* du paragraphe 61, il est indiqué peut-être trop catégoriquement que l'État du for n'est pas tenu de soulever d'office la question de l'immunité, et il sera peut-être utile de réfléchir davantage à ce point.

8. M. Fomba souscrit à la description faite à l'alinéa *l* du paragraphe 61 de la situation dans laquelle la renonciation à l'immunité n'a pas nécessairement à être expresse et à celle de la non-invocation de l'immunité.

9. Pour conclure, M. Fomba dit qu'il faudrait prendre note des conclusions formulées dans les rapports puis passer le flambeau à la Commission telle qu'elle sera constituée en 2012. Il reviendra alors à celle-ci de décider s'il convient d'établir un groupe de travail chargé d'examiner la question cruciale des exceptions à l'immunité.

10. M. KOLODKIN (Rapporteur spécial), résumant les débats sur son deuxième et son troisième rapports,

⁴¹² *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.