

Document:-
A/CN.4/SR.3115

Compte rendu analytique de la 3115e séance

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

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

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

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.

se félicite d'avoir suscité des discussions animées et accueille avec satisfaction les commentaires – parfois même les vives critiques – qui ont été exprimés. Les questions centrales qui se sont posées sont de savoir quels représentants de l'État jouissent, ou ne jouissent pas, ou ne devraient pas jouir, de l'immunité de juridiction pénale étrangère; quelle est la portée de l'immunité; si l'immunité est une norme juridique internationale reconnue et, dans l'affirmative, s'il existe ou s'il devrait exister des exceptions ou des restrictions à cette norme; et si l'immunité doit être graduée en fonction de la nature de l'infraction commise par un représentant de l'État, selon qu'il s'agit d'une infraction ordinaire ou d'un des crimes les plus graves constituant un motif de préoccupation pour l'ensemble de la communauté internationale.

11. Les membres de la Commission favorables à une approche minimaliste ont mis l'accent sur la nécessité de combattre l'impunité, en partant du principe que l'immunité est une institution du passé, en décalage par rapport aux tendances actuelles du droit international. Ils ont reproché à M. Kolodkin de ne pas s'appuyer suffisamment sur les faits, d'apprécier certains faits de manière erronée, d'avoir une conception absolutiste de la souveraineté des États et de faire l'apologie de l'égalité souveraine et de la non-ingérence dans les affaires intérieures. Certains membres ont, en se fondant sur le principe de l'égalité de tous devant la loi, opposé responsabilité et immunité, en identifiant celle-ci avec l'impunité. Ainsi, les principales conclusions et même le fondement conceptuel du deuxième rapport de M. Kolodkin ont été énergiquement contestés.

12. D'autres membres de la Commission ont, dans l'ensemble, soutenu la position de M. Kolodkin. Sans minimiser l'importance de la lutte contre l'impunité ni les tendances actuelles du droit international, ils ont souligné combien l'immunité contribuait à maintenir des relations appropriées à l'échelle internationale et entre les États et à éviter des abus.

13. Dans un troisième ordre d'idées défendu par certains membres de la Commission, l'analyse qu'a faite M. Kolodkin du droit international *de lege lata* est peut-être largement justifiée mais, dans l'intérêt du développement progressif du droit international *de lege ferenda* et de l'équilibre entre la lutte contre l'impunité, d'une part, et la stabilité et la prévisibilité des relations internationales, de l'autre, l'immunité et les catégories de personnes qui en bénéficient doivent être encore restreintes.

14. M. Kolodkin souhaite faire les observations ci-après en réponse à certaines critiques générales ou spécifiques concernant son deuxième et son troisième rapports.

15. À l'appui de son affirmation selon laquelle la plupart des tentatives d'établir une compétence universelle ou extraterritoriale émanent de pays développés et visent des représentants ou d'anciens représentants de pays en développement, M. Kolodkin énumère 18 pays dont des représentants ont fait ou font actuellement l'objet d'une tentative d'exercice de la juridiction pénale étrangère, dont 15 sont des pays en développement. Les pays qui ont engagé ces procédures sont notamment l'Espagne, l'Italie, la Belgique, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la

France, les Pays-Bas, les États-Unis, la Suisse et l'Argentine. Peut-être M. Kolodkin aurait-il simplement dû faire figurer ces listes dans l'un de ses rapports.

16. M. Kolodkin ne peut pas accepter la critique selon laquelle il aurait négligé les faits au profit d'une approche légaliste. Si, bien évidemment, le droit n'a pas de sens sans les faits, il n'est guère difficile de trouver des faits qui constituent des tentatives d'exercice de la juridiction pénale contre des représentants donnés. Cela dit, les faits peuvent être envisagés sous différents angles et la Commission n'est pas un organe d'enquête. Ses membres ont des visions du monde ainsi qu'une culture juridique et une histoire personnelle différentes, ce qui a nécessairement une influence sur leur position à l'égard des sujets qu'ils examinent. Et cette diversité de vues est bénéfique, même si elle complique la recherche d'un consensus.

17. Les notions contemporaines du droit international en général et de la souveraineté en particulier divergent sensiblement de celles qui prévalaient il y a vingt ou trente ans. La lutte contre l'impunité occupe aujourd'hui une place essentielle dans l'ordre du jour international. La responsabilité pénale individuelle pour les crimes graves relevant du droit international et la juridiction pénale internationale sont devenues des réalités. Ce sont là des truismes. Pourtant, il est clair aussi, du moins pour M. Kolodkin, que le développement des droits de l'homme a profondément influencé – mais n'a pas affaibli – les principes de l'égalité souveraine des États et de la non-ingérence dans leurs affaires intérieures. Le problème qui mérite d'être examiné n'est pas la mesure dans laquelle les changements du monde contemporain et du droit international ont eu une incidence sur la souveraineté des États en général, mais, plus précisément, la manière dont l'immunité des représentants des États en général et leur immunité de juridiction pénale d'États tiers en particulier a été influencée.

18. La tendance actuelle du droit international est nettement orientée vers l'émergence de la juridiction pénale internationale et le recul de l'immunité de cette juridiction. Cela étant, il convient de distinguer l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité dans le contexte de la juridiction pénale internationale. L'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, cité comme preuve de l'évolution des attitudes à l'égard de l'immunité, n'est pas vraiment pertinent pour le sujet à l'examen car il traite de l'immunité de juridiction de la Cour pénale internationale et non de la juridiction pénale des autres États. Cela dit, puisque le Statut de Rome a été mentionné, il est bon d'en rappeler l'article 98, qui confirme qu'un État partie au Statut de Rome doit s'acquitter des obligations internationales qui lui incombent en matière d'immunité d'un représentant d'un État non partie à ce Statut, qui se trouve sur son territoire, même si ce représentant est soupçonné d'infractions relevant de la compétence de la Cour.

19. Bien sûr, M. Kolodkin a des convictions fermes au sujet de l'immunité et il lui a semblé préférable de les exprimer dans ses rapports plutôt que de se contenter d'énumérer les différentes manières d'envisager le sujet – ce que le Secrétariat a fait de manière exhaustive dans son

excellent memorandum⁴¹³. Son opinion ne repose pas sur un a priori mais s'est construite tout au long d'une étude empirique. Son histoire personnelle et sa carrière de juriste, notamment sa longue expérience au département juridique du Ministère russe des affaires étrangères, ont naturellement influencé son approche largement positiviste du droit, approche qui offre des points de vue intéressants.

20 L'analyse qu'a menée M. Kolodkin de la pratique et de la position des États, des décisions de la Cour internationale de Justice et de juridictions nationales, ainsi que de la doctrine, ne montre pas que la souveraineté des États et l'immunité de leurs représentants ont perdu de leur importance dans le contexte de la juridiction pénale étrangère. La relation entre souveraineté et immunité est particulièrement importante en matière de compétence pénale étrangère, par opposition à la compétence civile étrangère. Les mesures prises au cours d'une instruction s'accompagnent souvent de contraintes, de privation de liberté ou d'interrogatoires des représentants visés, y compris lorsqu'il s'agit d'actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions officielles. Les représentants d'un État, y compris les représentants de haut rang, peuvent être arrêtés ou placés en détention. Tous ces éléments touchent directement à l'exercice de la souveraineté de l'État et à la compétence nationale. D'où l'importance du consentement de l'État (exprimé sous une forme ou une autre) à l'exercice, par un État étranger, de sa compétence pénale à l'égard de ses représentants. Le droit international a beau avoir évolué, ces piliers du système international n'ont pas encore été ébranlés.

21. Différents points de vue ont été exprimés au sujet de la portée de l'immunité et de l'approche «généraliste» de M. Kolodkin. Celui-ci est parti de l'hypothèse que tous les représentants d'un État, qu'ils soient en fonctions ou ne le soient plus, bénéficient de l'immunité fonctionnelle de juridiction pénale étrangère, autrement dit, de l'immunité pour les actes commis en leur qualité officielle. Cette hypothèse est amplement étayée dans son deuxième rapport, notamment aux paragraphes 21 à 23. Dans de tels cas, les actes des représentants ne sont pas seulement les leurs mais sont en fait des actes de l'État.

22. Les avis ont divergé sur la question de savoir qui devrait bénéficier de l'immunité personnelle. Certains ont affirmé que les ministres des affaires étrangères, voire les membres de la triade, ne bénéficient pas, ou ne devraient pas bénéficier, de l'immunité, ce que, selon M. Kolodkin, aucune analyse politique ou juridique objective ne confirme. Les débats ont montré que peu de membres de la Commission soutiennent cette position. Selon plusieurs membres, le groupe de représentants jouissant de l'immunité personnelle devait être limité à la triade. Cela dit, M. Kolodkin a déjà attiré l'attention sur une décision de la Cour internationale de Justice qui porte à croire que, en plus de la triade, d'autres représentants de haut rang bénéficient de l'immunité personnelle. Plusieurs décisions de juridictions nationales reconnaissant que l'immunité personnelle bénéficie à la triade mais aussi à d'autres représentants de haut rang, comme

les ministres de la défense et du commerce, se fondent sur cette décision. Les juridictions nationales qui ont rendu ces décisions, qui font aujourd'hui partie du droit, ont tenu compte des bonnes dispositions des gouvernements à ce sujet. La logique qui sous-tend ces décisions résulte en partie de l'évolution du monde: d'importantes fonctions de l'État, notamment sa représentation dans les relations internationales, ne sont plus l'apanage de la triade. M. Kolodkin n'a connaissance d'aucune décision juridique dont il ressortirait qu'absolument aucun représentant en dehors de la triade ne bénéficie de l'immunité personnelle. Dès lors, dans quelle mesure une approche restrictive est-elle justifiée en droit?

23. Plusieurs membres de la Commission ont souligné qu'il fallait traiter la question avec soin et rigueur, et c'est à l'évidence ainsi qu'il faut s'y prendre. C'est d'ailleurs ce qu'a fait M. Kolodkin, dans son rapport préliminaire⁴¹⁴, lorsqu'il a formulé des propositions de critères que les représentants de haut rang autres que les membres de la triade devaient remplir afin de jouir de l'immunité personnelle ainsi que, dans son troisième rapport, lorsqu'il a proposé d'établir une distinction entre ces personnes et la triade pour les aspects procéduraux de l'immunité, même si l'immunité personnelle est la même pour les deux groupes.

24. C'est sur la question des exceptions à l'immunité que les divergences d'opinions ont été le plus marquées. L'assertion selon laquelle l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est une règle fermement établie du droit international et celle selon laquelle les exceptions à l'immunité doivent être démontrées, en particulier lorsqu'il s'agit des crimes les plus graves, ont suscité beaucoup de débats. Lorsque certains ont dit que l'immunité était une règle et que d'autres ont exprimé leur désaccord, peut-être avaient-ils simplement à l'esprit des questions et des situations différentes. Le droit des États d'exercer leur compétence à l'égard d'infractions commises sur leur territoire est incontestablement une règle, mais le fait que certaines personnes, comme les représentants étrangers, sont protégées de la compétence territoriale par leur immunité est une exception à cette règle. À l'inverse, à la question de savoir si un État peut prendre des mesures de procédure pénale, qui imposent une obligation au représentant d'un autre État ou sont contraignantes, M. Kolodkin répond non, en général, mais oui, dans certains cas. L'immunité est la règle et l'absence d'immunité l'exception.

25. En dépit des divergences de vues exprimées, M. Kolodkin a du mal à imaginer, même si l'on parle des crimes les plus graves, comment la Commission pourrait se départir de la position de la Cour internationale de Justice telle qu'elle ressort des décisions rendues dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et, six ans plus tard, dans celle relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Non seulement ces deux décisions se réfèrent à l'immunité personnelle inaliénable de juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État, mais on peut lire dans la deuxième décision:

⁴¹³ Document A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Web de la Commission, soixantième session (2008).

⁴¹⁴ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

[1] Il est clairement établi en droit international que ... certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État ..., jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction tant civiles que pénales [par. 170].

Ainsi, la Cour, dans deux décisions rendues en l'espace de six ans, a traité l'immunité comme une règle fermement établie, du moins pour ce qui est de l'immunité personnelle des membres de la triade. En outre, selon elle, cette règle ne saurait souffrir d'exceptions. Cette position est largement soutenue par les États et ressort largement des décisions de juridictions internes ainsi que de la doctrine – même si naturellement cette dernière offre des points de vue divers.

26. M. Kolodkin reconnaît qu'il a eu tort d'employer l'expression d'immunité «absolue» qui, si on la rencontre fréquemment, n'en est pas moins déplacée s'agissant de l'immunité personnelle. Celle-ci est définie dans le temps. Elle ne dure que tant qu'une personne occupe l'une des plus hautes fonctions de l'État. Comme l'immunité fonctionnelle, elle protège non pas de toutes les mesures de procédure pénale, mais seulement de celles qui imposent une obligation au représentant ou sont contraignantes.

27. Ainsi, si la Commission examine la question des exceptions à l'immunité, elle devra très probablement ne le faire qu'à l'égard de l'immunité *ratione materiae*. Même les partisans des exceptions à l'immunité ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les fondements des exceptions possibles: beaucoup d'encre a déjà coulé à ce sujet. En outre, ni la pratique des États ni les décisions des juridictions nationales ne montrent de tendance à la reconnaissance de telles exceptions même si, comme M. Kolodkin l'a indiqué dans son deuxième rapport, l'immunité fonctionnelle peut, dans certaines circonstances, ne pas s'appliquer alors que l'État où une infraction a été commise exerce sa compétence territoriale. À la lumière du débat sur la question, il sera utile d'examiner plus avant les circonstances dans lesquelles la juridiction territoriale peut s'exercer.

28. Pour que l'on puisse dire qu'une règle restreignant l'immunité émerge, la pratique correspondante doit dominer. Or, l'analyse faite par M. Kolodkin montre que ce n'est pas le cas. Il est toutefois possible d'envisager certaines exceptions qui ne sont pas citées dans le deuxième rapport – par exemple, la suspension de l'immunité comme contre-mesure.

29. Si la Commission ne reçoit pas, de la part des États, des informations qui apportent un éclairage nouveau sur les exceptions possibles à l'immunité, il sera difficile d'argumenter *de lege lata* qu'il n'existe pas d'autre exception à l'immunité personnelle ou fonctionnelle que celle mentionnée dans le deuxième rapport de M. Kolodkin. Cela n'empêchera pas la Commission de rédiger des normes juridiques internationales, par exemple sous la forme d'un traité international, si elle l'estime opportun.

30. Passant au contexte dans lequel de nombreux membres de la Commission ont examiné le sujet, à savoir les raisons qui justifieraient de restreindre encore l'immunité, M. Kolodkin dit que l'idée selon laquelle l'immunité de juridiction pénale étrangère devrait être limitée, conformément au principe de l'égalité de tous devant la loi, n'est pas viable. Nonobstant ledit principe, les représentants de

l'État et les membres du Parlement continuent, dans un grand nombre de pays, de jouir de l'immunité de juridiction pénale interne. En conséquence, pourquoi les représentants des États ne bénéficieraient-ils pas de l'immunité de juridiction pénale étrangère?

31. L'immunité de juridiction pénale étrangère a été opposée à la lutte contre l'impunité et à la responsabilité. Cette position non plus n'est pas viable, selon M. Kolodkin. Certains ont fait remarquer à juste titre qu'au niveau international, la lutte contre l'impunité se déroule sur un front très large aux avant-postes duquel se trouvent des organes dotés de la juridiction pénale internationale et des États qui coopèrent pour combattre la criminalité. Le droit international a remarquablement progressé ces dernières années dans ce domaine précis. Quant à la poursuite de représentants d'un État devant les juridictions d'un autre État, la notion émergente de juridiction pénale universelle s'est heurtée à de sérieux problèmes, et pas seulement en raison de l'immunité. Ce type de poursuites constitue un aspect relativement discret et restreint des efforts internationaux visant à combattre l'impunité et n'est pas particulièrement apprécié des États eux-mêmes. L'argument selon lequel les représentants d'un État devraient être poursuivis dans un État tiers pour les crimes internationaux les plus graves n'est pas convaincant. En effet, si les États avaient jugé cette formule appropriée, il aurait été inutile de créer la Cour pénale internationale.

32. Le troisième rapport de M. Kolodkin a dans l'ensemble suscité moins de controverses que le deuxième, même si les similitudes conceptuelles entre les deux ont donné lieu à des divergences d'opinions analogues, notamment sur la répartition des prérogatives entre l'État du représentant et l'État exerçant sa juridiction.

33. Certaines des conclusions de M. Kolodkin ont été assez largement soutenues. C'est le cas de l'idée que la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État doit en principe être soulevée à un stade précoce de la procédure, voire plus tôt, au stade précontentieux. À ce sujet, il a été dit que le fait de ne pas soulever la question de l'immunité tôt dans la procédure ne devait pas toujours être interprété comme une violation des obligations découlant de l'immunité, observation à laquelle souscrit M. Kolodkin. Des commentaires utiles ont également été faits sur la pertinence de la question de l'inviolabilité des représentants, particulièrement au début d'une procédure pénale.

34. L'idée, exprimée par M. Kolodkin, que, pour avoir une valeur juridique, l'immunité doit être soulevée par l'État du représentant, et non par le représentant lui-même, a aussi recueilli une assez large adhésion. On a toutefois fait observer que l'invocation de l'immunité par un représentant devait tout de même entraîner certaines conséquences, et M. Kolodkin souscrit à cette remarque. En effet, au paragraphe 15 de son troisième rapport, il a précisé que la déclaration d'immunité faite par un représentant avait une certaine valeur. Cette déclaration ne peut pas être simplement méconnue par l'État exerçant sa compétence qui peut, à partir d'elle, examiner la question de l'immunité du représentant concerné. Il peut même avoir l'obligation de le faire en application de son droit interne. Cela dit, au regard du droit international, une déclaration d'immunité

faite par la personne concernée ne peut pas avoir la même valeur qu'une déclaration émanant de l'État de l'intéressé, car le représentant n'est que le bénéficiaire de l'immunité, qui appartient de fait à l'État.

35. L'idée que la renonciation à l'immunité est une prérogative de l'État du représentant et non du représentant lui-même a recueilli un assentiment non négligeable.

36. En ce qui concerne la charge d'invoquer l'immunité, plusieurs membres sont convenus qu'il fallait établir une distinction entre les personnes qui jouissent de l'immunité en qualité de membres de la triade et les autres représentants. Cependant, il a aussi été estimé que cette distinction n'avait pas lieu d'être car il était tout aussi aisé pour un État d'invoquer l'immunité d'un représentant appartenant à la triade que celle d'un autre représentant. M. Kolodkin ne souscrit pas entièrement à cette observation. S'il est vrai que les États soulèvent souvent eux-mêmes la question de l'immunité de représentants de haut rang, cela ne signifie pas qu'ils devraient avoir l'obligation de le faire.

37. Il a également été dit que la police ou d'autres autorités de l'État du for ne savaient pas toujours qui étaient les représentants les plus haut placés de certains États et qu'il ne devait pas leur incomber de soulever la question de l'immunité en ce qui concerne les membres de la triade. M. Kolodkin n'est pas convaincu que le fait que la police d'un État ne sache pas qu'elle a arrêté le Président d'un autre État exonère le premier État de sa responsabilité pour cet acte. Il s'agit en réalité d'une question de coordination entre les forces de l'ordre et les ministères des affaires étrangères. L'importance de la communication entre États a été soulignée et, en particulier, le fait que l'État du for devait informer l'État du représentant concerné des mesures qu'il avait prises.

38. La question des raisons justifiant l'immunité fonctionnelle a donné lieu à des désaccords. M. Kolodkin convient qu'il faudra travailler encore les détails pour parvenir à un équilibre entre la prérogative de l'État du représentant de déclarer qu'une personne agit en sa qualité officielle et la prérogative de l'État du for de ne pas accepter aveuglément cette déclaration. Les circonstances de l'espèce sont déterminantes: il peut arriver que l'acte du représentant soit de nature si manifestement officielle que l'État exerçant sa compétence parvient à cette conclusion par lui-même – ce qui ne signifie pas qu'il devrait avoir l'obligation de le faire.

39. La mesure dans laquelle il est nécessaire de justifier de l'immunité fonctionnelle ou personnelle de représentants ne faisant pas partie de la triade a aussi suscité des désaccords. L'idée même qu'il existe une triade a été contestée à plusieurs reprises. Cela dit, il a été souligné – ce à quoi M. Kolodkin souscrit – que l'obligation de justifier de l'immunité fonctionnelle avait pour seul objet de déterminer si le représentant avait agi en sa qualité officielle, et non de contraindre un État à défendre ses intérêts devant une juridiction étrangère. La proposition tendant à ce que la justification de l'immunité n'ait pas à être présentée devant une juridiction étrangère, les voies diplomatiques étant suffisantes à cette fin, a recueilli un assez large soutien.

40. Différents points de vue reflétant des conceptions divergentes ont été exprimés au sujet des paragraphes 44

et 45 du rapport, qui traitent de la question de savoir si la signature par un État d'un accord international réprimant certains actes emporte la renonciation à l'immunité des représentants qui les commettent.

41. Dans l'ensemble, M. Kolodkin a l'impression que – mis à part les points soulevés aux paragraphes 44 et 45, la renonciation à l'immunité personnelle des personnes ne faisant pas partie de la triade et l'existence de cette catégorie *per se* – ses idées sur la manière dont l'immunité peut être levée ont reçu un assez large soutien.

42. La notion de double responsabilité ou de double attribution a semble-t-il recueilli un bien plus large assentiment après les explications supplémentaires que M. Kolodkin a fournies dans son troisième rapport. Les divergences qui demeurent portent davantage sur les détails de la question que sur le principe de fond.

43. La question de l'équilibre a été posée tant à propos de son deuxième que de son troisième rapport.

44. Comme la Cour internationale de Justice l'a à juste titre confirmé, l'immunité de juridiction pénale étrangère n'entraîne ni impunité ni absence de responsabilité. Il n'y a donc pas lieu d'opposer responsabilité et impunité. C'est entre l'immunité et la juridiction pénale étrangère qu'il convient de faire une distinction – et, d'ailleurs, non pas cette juridiction dans sa totalité mais seulement les actes de procédure pénale, qui imposent une obligation au représentant ou sont contraignants. L'immunité ne protège que des mesures de cette nature, pas de la juridiction pénale étrangère dans sa totalité.

45. L'équilibre auquel de nombreux membres de la Commission, lui compris, souhaiteraient parvenir sera trouvé non pas lorsque le plus grand nombre possible de représentants d'État pourront être soumis à la juridiction d'un autre État, mais peut-être par l'adoption du raisonnement ci-après.

46. Premièrement, l'immunité personnelle peut bénéficier à des représentants qui n'appartiennent pas à la triade; leur nombre doit toutefois être limité et la durée de l'immunité limitée à la période pendant laquelle ils exercent leurs fonctions officielles.

47. Deuxièmement, l'immunité fonctionnelle ne protège le représentant que pour les actes qu'il accomplit en sa qualité officielle. Les actes accomplis à titre personnel, y compris par des personnes qui occupent des fonctions officielles haut placées, ne sont pas couverts.

48. Troisièmement, les restrictions à l'immunité personnelle limitent la protection dont bénéficient les représentants pour les actes accomplis avant leur prise de fonctions.

49. Quatrièmement, la charge d'invoquer l'immunité fonctionnelle et d'en justifier incombe à l'État du représentant, qui doit déclarer que l'acte en question était officiel et que la personne en question est ou était un de ses représentants agissant sur ses instructions. Cette déclaration crée les conditions propres à l'engagement de la responsabilité de l'État en droit international. Devoir faire cette déclaration place souvent l'État face à un choix difficile.

50. Cinquièmement, si l'État d'un représentant ne fait pas de déclaration d'immunité et, partant, ne déclare pas le caractère officiel de l'acte du représentant, cela signifie qu'il renonce tacitement ou implicitement à son immunité fonctionnelle.

51. Sixièmement, l'immunité ne protège que des mesures de procédure pénale, qui imposent une obligation au représentant ou sont contraignantes. L'État du for peut engager une procédure pénale contre un représentant; rassembler des preuves de l'acte commis par celui-ci et attendre l'expiration de son immunité personnelle, s'il s'agit d'un représentant de haut rang, puis engager la procédure pénale; communiquer les preuves à la Cour pénale internationale; proposer à l'État tiers de lever l'immunité de son représentant; ou encore lui soumettre les preuves et lui proposer d'engager lui-même une procédure pénale. Les États préfèrent souvent traiter eux-mêmes les affaires concernant leurs anciens représentants.

52. Enfin, si un acte a été accompli dans le cadre de fonctions officielles, il est possible d'invoquer la responsabilité de l'État du représentant dans le cadre du droit international.

53. Il existe bien entendu d'autres possibilités. Les débats ont fait prendre conscience à M. Kolodkin qu'il n'a rien dit dans ses rapports de l'importance de la coopération entre États dans le domaine de l'immunité des représentants étrangers et de l'exercice de la compétence pénale. Dans ses travaux futurs, la Commission pourrait se pencher sur les obligations liées au devoir de coopération. Dans ses rapports, M. Kolodkin n'a pas non plus traité du règlement des différends entre États sur des points précis de l'immunité de juridiction pénale étrangère de leurs représentants. Si un tel différend survient, il devrait être examiné par une juridiction internationale ou un organe international d'arbitrage, et non par une juridiction interne, puisque ces différends sont réglés par le droit international. La Commission pourrait également examiner cette question.

54. M. Kolodkin espère que ses trois rapports et les débats qu'ils ont suscités, y compris au sein de la Sixième Commission, constitueront un point de départ utile sur lequel faire fond. Les idées qu'il a formulées, notamment à la fin de son deuxième et de son troisième rapports, n'ont pas vocation à servir de base à des projets d'article. Elles résument simplement ses rapports, exposant les conclusions auxquelles il a abouti dans son travail sur le sujet jusqu'à ce jour, et visent essentiellement à faciliter la tâche du lecteur. M. Kolodkin ne voit pas d'objection à ce qu'elles soient utilisées pour élaborer des projets d'article à l'avenir, mais il estime que le sujet doit préalablement faire l'objet de travaux supplémentaires afin que des points essentiels soient réglés.

55. La Commission pourrait déjà consulter les États sur deux points: elle pourrait d'abord leur demander de prêter une attention particulière aux questions soulevées dans son deuxième rapport et lors des débats de la Commission s'y rapportant, puis de donner des informations sur leur législation et leur pratique – y compris leur pratique judiciaire – au regard des points traités dans son deuxième et son troisième rapports et des débats dont ils ont fait l'objet à la Commission.

56. La question de la réputation de la Commission – question toujours pertinente – ayant été soulevée, M. Kolodkin souhaite évoquer en regard celle de la responsabilité de la Commission et de tous ceux qui écrivent sur le droit international. Pour illustrer son propos, il cite un article de M. Andrea Gattini⁴¹⁵, qui montre que les éditions successives de l'ouvrage italien de droit international le plus connu ont, à des moments historiques différents, présenté des points de vue diamétralement opposés sur les questions relatives à l'immunité de l'État, qui ont eu une incidence notable (néfaste en l'espèce) sur la décision d'une juridiction italienne. Comme le souligne M. Gattini, l'affaire *Ferrini* et ses suites devraient rappeler aux juristes internationaux leur responsabilité en tant que sources subsidiaires du droit international.

57. M. DUGARD accueille avec satisfaction le résumé impartial des débats qu'a présenté le Rapporteur spécial, qui a pris note des points de vue contraires aux siens et a offert un excellent exposé du sujet. Il propose que ce résumé s'ajoute aux trois rapports élaborés par le Rapporteur spécial pour servir de base à l'examen futur du sujet.

58. Le PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial de son excellent travail, qui pose les bases de l'examen futur de la question de l'immunité.

La séance est levée à 11 h 25.

3116^e SÉANCE

Mardi 2 août 2011, à 10 heures

Président: M. Maurice KAMTO

Puis: M^{me} Marie G. JACOBSSON (Vice-Président)

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

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

[Point 6 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin**)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial pour le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» à présenter un résumé du débat sur son quatrième rapport, publié sous la cote A/CN.4/648.

⁴¹⁵ A. Gattini, «The Dispute on jurisdictional immunities of the State before the ICJ: Is the time ripe for a change of the law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n° 1 (mars 2011), p. 173 à 200.

* Reprise des débats de la 3113^e séance.