

Document:-
A/CN.4/SR.3217

Compte rendu analytique de la 3217e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2014, vol. I

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

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA SOIXANTE-SIXIÈME SESSION

tenue à Genève du 7 juillet au 8 août 2014

3217^e SÉANCE

Lundi 7 juillet 2014, à 15 h 5

Président : M. Kirill GEVORGIAN

Présents : M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁶⁶ (A/CN.4/666, partie II, sect. B, A/CN.4/673¹⁶⁷, A/CN.4/L.850¹⁶⁸)

[Point 5 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

1. Le PRÉSIDENT invite la Rapporteuse spéciale à présenter son troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/673).

2. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que le troisième rapport, qui est consacré à la notion de «représentant», s'inscrit dans le cadre du plan de travail mis en œuvre depuis 2012. Ce rapport a été élaboré selon la méthode de travail, proposée dans le rapport préliminaire¹⁶⁹, consistant à traiter séparément

et l'une après l'autre les diverses questions soulevées par le sujet. Comme il constitue la première partie de l'étude de l'immunité *ratione materiae*, qui sera achevée dans le rapport suivant, il comporte une section dans laquelle sont précisées les caractéristiques essentielles de cette immunité et les critères normatifs permettant de la définir. Ces critères sont au nombre de trois mais seul l'élément subjectif de l'immunité, à savoir la notion de «représentant», est étudié dans le troisième rapport. La notion de «représentant» revêt un intérêt particulier pour l'immunité *ratione materiae* dont elle permet de préciser le champ d'application personnel, mais elle intéresse également l'immunité *ratione personae*. Il convient donc de l'analyser selon une approche globale, de manière à définir une notion valable pour les deux catégories d'immunité. La Rapporteuse spéciale s'en est tenue à cette approche à cause de la limitation du nombre de pages des rapports des rapporteurs spéciaux, et parce que la notion de «représentant» appelle un traitement distinct et exclusif. Qui plus est, cette notion n'est guère traitée dans le memorandum du Secrétariat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁷⁰ et plusieurs États ont souligné à la Sixième Commission qu'elle devait être clairement définie.

3. La notion de «représentant» présente un intérêt particulier pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, raison pour laquelle elle est expressément reprise dans son intitulé même. Pour analyser cette notion comme il se doit, il faut partir des quatre postulats suivants : a) la notion de «représentant» n'est pas définie de manière générale par le droit international ; b) toute définition du terme «représentant» doit couvrir tant les personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae* que celles qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, il convient de garder cela à l'esprit en la formulant ; c) le terme choisi pour désigner ces personnes doit être de nature à couvrir l'ensemble des intéressés tout en tenant compte de leurs différences ; et d) le terme utilisé pour désigner ces personnes doit être uniforme et comparable dans

¹⁶⁶ À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné six projets d'article présentés par la Rapporteuse spéciale dans son deuxième rapport [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, annexe] et a adopté à titre provisoire trois projets d'article et les commentaires y relatifs [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42 et suiv., par. 48 et 49].

¹⁶⁷ Reproduit dans *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie).

¹⁶⁸ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

¹⁶⁹ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, chap. III.

¹⁷⁰ Document A/CN.4/596 et Corr.1, reprographié, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie).

toutes les langues et, dans toute la mesure du possible, être conforme à la pratique établie de la Commission du droit international. En conséquence, la définition du «représentant» soulève deux types de questions, différentes mais complémentaires et interdépendantes, tant de fond que d'ordre linguistique, qui sont traitées séparément dans le troisième rapport.

4. Pour ce qui est des questions de fond, le troisième rapport est axé sur la détermination des critères permettant d'identifier les catégories de personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère. À cet égard, il importe de relever qu'il convient de traiter la notion de représentant de manière horizontale, pour que les caractéristiques établies soient valables à la fois pour les personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae* et pour celles qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*. Si les personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* ont été identifiées *eo nomine* par la Commission (chef de l'État, chef du gouvernement et ministre des affaires étrangères¹⁷¹), il est en revanche impossible, pour l'immunité *ratione materiae*, de dresser la liste de tous les titulaires de fonctions ou de postes susceptibles d'être qualifiés de «représentant de l'État» aux fins du sujet à l'examen, compte tenu de la grande diversité des modèles d'organisation de l'État. Le droit international ne donnant pas de définition générale de la notion de représentant, celle-ci est utilisée dans les différents systèmes juridiques des États pour désigner des personnes qui occupent des fonctions très diverses. Les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* ne peuvent donc être déterminés qu'au moyen de «critères d'identification» appliqués au cas par cas. Pour préciser ces critères, la Rapporteuse spéciale s'est appuyée sur la jurisprudence nationale, la jurisprudence internationale, la pratique conventionnelle et sur des travaux antérieurs de la Commission. L'analyse de la jurisprudence nationale et internationale a porté sur toutes les décisions judiciaires relatives à l'immunité de juridiction, y compris des décisions qui n'intéressent pas strictement le domaine de la juridiction pénale. Ainsi, des décisions relatives à l'immunité de juridiction civile ont été prises en considération parce qu'elles présentaient un intérêt pour déterminer les caractéristiques de la notion de représentant. Dans le cadre de l'examen de la pratique conventionnelle et des travaux antérieurs de la Commission, il a aussi été tenu compte d'instruments qui ne relevaient pas non plus du champ du sujet mais qui apportaient des éléments utiles pour établir les critères permettant de déterminer ce qu'est un représentant de l'État aux fins du projet d'articles à l'examen. De l'examen de la pratique, la Rapporteuse spéciale tire, au paragraphe 111 de son troisième rapport, les conclusions suivantes quant aux critères permettant de préciser la notion de «représentant»: a) le représentant entretient avec l'État un lien qui peut prendre plusieurs formes et peut être permanent ou temporaire; b) le représentant agit en représentation de l'État ou exerce des fonctions officielles au nom de celui-ci; et c) le représentant exerce des prérogatives de puissance publique, agissant au nom de l'État et pour le compte de celui-ci. Pour établir si une personne est un «représentant», en particulier aux fins de l'immunité *ratione materiae*, il faut déterminer au cas par cas si tous ces critères sont remplis.

5. Pour ce qui est des questions de terminologie, il est rappelé dans le troisième rapport que le terme «représentant» avait été retenu par le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin, qui l'avait préféré à celui d'«organe» sans exclure la possibilité de revenir ultérieurement sur ce choix¹⁷². Il est également tenu compte du fait que divers membres de la Commission ont estimé qu'on pourrait employer le mot «agents» ou, dans le texte anglais, *representatives*. Les termes *funcionario*, *official* et «représentant» peuvent ne pas être les plus appropriés pour couvrir toutes les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction pénale étrangère et ont un sens différent en espagnol, en anglais et en français. Il serait utile de savoir s'il en est de même en ce qui concerne les versions arabe, chinoise et russe. Quoi qu'il en soit, comme il est indiqué dans la note 237 du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-cinquième session¹⁷³, «l'emploi du terme "représentant" fera l'objet d'un réexamen» qui, conformément au plan de travail, doit avoir lieu à la session en cours. À cette fin, le troisième rapport comprend une analyse, individuelle et comparée, des termes *funcionario*, «représentant» et *official*, de sorte que l'on puisse déterminer s'ils conviennent pour désigner les personnes qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère.

6. À l'exception de l'emploi clair et uniforme d'expressions telles que «chef de l'État», «chef du gouvernement» et «ministre des affaires étrangères», on constate que tant la jurisprudence que les conventions examinées, voire la doctrine, emploient différents termes pour désigner la catégorie des personnes visées dans le troisième rapport. Or il importe de retenir un terme pouvant être employé indifféremment dans les différentes versions linguistiques du projet d'articles, et il est proposé à cette fin de suivre les trois critères énoncés au paragraphe 113 du troisième rapport, à savoir: a) retenir une acception suffisamment large pour englober tous les bénéficiaires de l'immunité; b) suivre la pratique établie de la Commission; c) choisir un terme qui ne puisse pas induire en erreur les fonctionnaires nationaux responsables de l'application des règles relatives à l'immunité de juridiction pénale, et donc éviter l'emploi de termes ayant un sens précis et différent selon les pays.

7. Compte tenu de ce qui précède, la Rapporteuse spéciale conclut dans son troisième rapport qu'il serait opportun de retenir un terme unique dans toutes les versions linguistiques pour désigner les personnes qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère de manière à préserver la clarté et la sécurité juridique requises. De ce point de vue, il ressort de l'examen comparatif des termes actuellement utilisés par la Commission que seul le mot *official* peut être employé dans un sens large et couvrir toutes les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction pénale. Entendus strictement, les termes *funcionario* et «fonctionnaire» désignent les personnes ayant un lien avec l'administration mais qui ne se livrent à aucune activité politique: ils ne peuvent donc pas être employés pour désigner le chef de l'État, le chef du gouvernement ou les ministres. Le terme «représentant»,

¹⁷¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42 (projet d'article 3).

¹⁷² Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 191 et 192, par. 108.

¹⁷³ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42.

qui met en relief la qualité représentative des personnes qu'il désigne, ne convient pas davantage pour couvrir toutes les catégories de personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité, qui, mis à part le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, n'exercent pas toutes ce type de fonctions *per se* en vertu des règles du droit international. C'est pourquoi il serait préférable d'employer les expressions «agent de l'État» ou «organe de l'État» et leurs équivalents dans toutes les versions linguistiques. Ces deux termes présentent l'avantage d'être fréquemment employés dans la pratique internationale pour désigner toute personne ayant un lien avec l'État et agissant en son nom et pour son compte. De plus, leur acception étant généralement large, ils peuvent être employés aussi bien pour désigner les personnes qui représentent l'État sur le plan international que celles qui exercent des prérogatives de puissance publique. Le terme «organe» serait peut-être le plus approprié: la Commission l'a déjà employé dans le cadre de ses travaux sur deux sujets ayant un lien avec l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir, les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹⁷⁴ et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁷⁵. Certes, ce terme renvoie en l'espèce à des personnes et à des entités, mais rien n'empêche de l'employer dans le cadre du sujet à l'examen pour désigner exclusivement des personnes physiques. Qui plus est, il conviendrait mieux pour désigner le chef de l'État et le chef du gouvernement, qui sont rarement désignés par le mot «agent» dans la pratique juridique et diplomatique.

8. Passant aux projets d'article, M^{me} Escobar Hernández explique qu'elle propose d'ajouter à l'ancien projet d'article 3 (Définitions) qui figurait dans son deuxième rapport¹⁷⁶ – et qui deviendrait le projet d'article 2 – un alinéa *e* qui donne de la notion de «représentant (ou organe) de l'État» une définition générale, applicable à toute personne *physique* susceptible de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère et reflétant la distinction qui est faite entre ces représentants selon que leur immunité est *ratione personae* ou *ratione materiae* – les premiers étant les membres de la troïka et les seconds étant identifiés selon les critères expliqués au paragraphe 108 du troisième rapport. Chacune de ces catégories de personnes fait l'objet d'un sous-alinéa distinct: le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont visés par le sous-alinéa i) et le reste des représentants ou organes de l'État, par le sous-alinéa ii). Le libellé du sous-alinéa ii) de ce nouvel alinéa *e* s'inspire des articles 4 et 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, de façon à inclure toute personne ou entité qui, même si elle ne représente pas l'État, exerce des prérogatives de puissance publique. Cet exercice des prérogatives de puissance publique est donc un critère fondamental pour identifier le représentant (ou organe) de l'État.

¹⁷⁴ Le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 13 et suiv., par. 28.

¹⁷⁵ Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

¹⁷⁶ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, annexe.

9. Dans le projet d'article 5, consacré à la définition du champ d'application subjectif de l'immunité *ratione materiae* et calqué sur le projet d'article 3 adopté à titre provisoire par la Commission en 2013¹⁷⁷, la référence à la troïka est remplacée par la mention «Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique». Ainsi, ce projet d'article reprend le critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique pour définir le champ d'application subjectif de l'immunité *ratione materiae*. L'exercice de prérogatives de puissance publique, conjugué à l'autre critère essentiel qu'est l'existence d'un lien avec l'État déléguant cet exercice, justifie la reconnaissance d'une immunité de juridiction pénale, dans l'intérêt de l'État, afin d'en protéger les prérogatives souveraines. Il y a un lien entre l'État et le bénéficiaire de l'immunité *ratione materiae* dès lors que ce dernier a qualité pour accomplir des actes supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Ce lien entre le représentant et l'État ne peut être confondu avec les actes protégés par l'immunité, qui constituent le deuxième des éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae*. Un acte concret bénéficiera de cette immunité s'il peut être qualifié d'«acte accompli à titre officiel» et si son auteur l'a accompli alors qu'il était représentant de l'État. Il convient aussi de rappeler que si l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État pour garantir la souveraineté de celui-ci, elle ne peut être accordée qu'à ceux qui ont qualité pour exercer des prérogatives de cette souveraineté, autrement dit des prérogatives de puissance publique. Par conséquent, l'immunité est reconnue «d'une manière générale» (*con carácter general et as a general rule*) aux représentants (ou organes) de l'État au sens du projet d'articles, mais pas à tous les représentants de l'État au sens large.

10. Pour déterminer s'il y a effectivement exercice de prérogatives de puissance publique, il faut procéder à une analyse au cas par cas, en tenant compte de la pratique judiciaire qui montre que, d'une manière générale, l'immunité *ratione materiae* est le plus souvent invoquée en faveur de représentants de rang supérieur ou intermédiaire. Quoiqu'il en soit, on ne peut conclure que toute personne qui entretient avec l'État un lien permettant de la qualifier de représentant au sens large bénéficie nécessairement de l'immunité *ratione materiae*, ni, à l'inverse, que seuls les représentants de rang supérieur puissent y prétendre. Enfin, il convient de garder à l'esprit qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères est également susceptible de bénéficier de l'immunité *ratione materiae* pour autant que les éléments normatifs de cette immunité lui soient applicables. Par conséquent, la troïka peut, dans certaines circonstances, relever du champ d'application subjectif de cette immunité, tel qu'il est défini au projet d'article 5.

11. M. MURASE regrette l'absence de consensus sur l'objectif du projet d'articles: la Commission entend-elle établir un principe d'immunité des représentants de haut rang, au risque d'encourager l'impunité, ou au contraire élaborer des règles visant à limiter la portée de l'immunité pour faire obstacle à l'impunité des auteurs de crimes internationaux graves? Si en droit ces deux notions sont

¹⁷⁷ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 42 (projet d'article 3).

clairement distinctes, la reconnaissance d'une immunité sans limites entraînerait l'impunité de ces auteurs et il est regrettable que la Commission, avec le projet d'article 3 adopté à la session précédente, paraisse s'engager sur cette voie. Elle va ainsi à l'encontre de la *lex lata*, qui s'exprime notamment dans l'article 27 du Statut de Rome, mais aussi de la demande normative de la communauté internationale en faveur de la lutte contre l'impunité. Or, même si le régime de compétence des tribunaux nationaux varie selon les systèmes juridiques et qu'il n'est pas assimilable au mandat des juridictions pénales internationales, les régimes internes et internationaux loin de s'opposer devraient se renforcer mutuellement. En outre, la Commission devrait demeurer fidèle à ses travaux antérieurs, notamment à l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996¹⁷⁸. Il serait donc souhaitable d'ajouter un troisième paragraphe au projet d'article 1, sous la forme d'une clause sans préjudice ainsi libellée :

«Le présent projet d'articles est sans préjudice des crimes visés au projet d'article X [relatif aux «exceptions»].»

Ou encore :

«Rien dans le présent projet d'articles ne saurait affecter la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre graves [ou de tout autre crime visé au projet d'article X [relatif aux «exceptions»]].»

Une telle clause indiquerait clairement que le projet d'articles porte exclusivement sur les crimes pour lesquels les principaux dirigeants de l'État bénéficient d'une immunité de juridiction pénale étrangère en vertu du droit interne et constituerait le fondement d'«exceptions» qui s'appliqueraient tant à l'immunité *ratione personae* qu'à l'immunité *ratione materiae*. Il conviendrait à cet égard que la Rapporteuse spéciale définisse ces exceptions en leur donnant la portée nécessaire.

12. Le contenu normatif de la notion d'immunité *ratione materiae* demeure obscur. S'il reposait principalement sur le concept «d'actes officiels», on pourrait y voir un outil propre à faire efficacement obstacle à l'immunité des auteurs de crimes internationaux graves car, comme l'ont relevé les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal au paragraphe 85 de leur opinion individuelle commune en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la doctrine affirme de plus en plus que ces crimes ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul peut exercer. Il est regrettable que les membres de la Commission ne soient pas parvenus à s'accorder sur la relation entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Cependant, en se fondant sur cette opinion individuelle, on aurait pu supposer que l'immunité *ratione materiae*, en tant que *lex specialis*, vient limiter la portée de l'immunité *ratione personae* reconnue à certains dirigeants de l'État dans le projet d'article 3 et constituerait la règle générale. Or le libellé du projet d'article 5 interdit ce raisonnement, car

l'immunité *ratione materiae* y est présentée non comme un principe restrictif, mais comme le fondement autonome d'une immunité supplémentaire. Il y a en outre certains chevauchements dans les explications figurant dans les deuxième et troisième rapports et concernant respectivement l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*.

13. La question de l'emploi du terme «représentant», qui touche à la qualité des auteurs, aurait dû être traitée dans le cadre de la discussion sur le projet d'article 1, car le projet d'article 5 est, lui, axé sur la nature des actes susceptibles de donner lieu à une immunité. Il faudrait examiner dans le commentaire la question des actes des représentants des pouvoirs locaux, susceptibles d'exercer des prérogatives de puissance publique, en gardant à l'esprit que le projet d'articles vise les «représentants de l'État», à l'exclusion d'autres représentants.

14. Compte tenu des controverses qu'elle suscite et des acceptions diverses qu'elle revêt, l'expression immunité *ratione materiae* devrait être remplacée dans le projet d'article 5 par la formule «immunité à raison de l'exercice des fonctions officielles». Il conviendrait donc de modifier le libellé de ce projet d'article, qui est excessivement large en ce qu'il vise tous les représentants de l'État, en s'inspirant du projet d'article 4. En ce qui concerne le projet d'article 2, alinéa *e i*), il serait bon de préciser que les dirigeants *de facto* ne sont pas visés par la définition proposée. Enfin, l'expression «exerce des prérogatives de puissance publique», employée dans les projets d'articles 5 et 2, alinéa *e ii*), risque de prêter à confusion dans la mesure où, alors qu'à l'article 2 les représentants de l'État sont notamment définis comme toutes les personnes qui «le représent[ent] ou exer[cent] des prérogatives de puissance publique», à l'article 5 il est précisé que l'immunité *ratione materiae* ne saurait être accordée qu'aux «représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique». Autrement dit, celles parmi les personnes concernées qui «représentent l'État» sans «exercer de prérogatives de puissance publique» ne bénéficieraient pas de l'immunité *ratione materiae*. Si tel était effectivement le cas, il serait souhaitable que la Rapporteuse spéciale explique pourquoi ces représentants sont mentionnés au projet d'article 2.

15. M. MURPHY, après avoir souligné que certains passages de la traduction en anglais du troisième rapport de la Rapporteuse spéciale posent problème, appelle l'attention sur le fait que les décisions rendues en matière d'immunité dans des affaires civiles ne sont pas nécessairement pertinentes à l'appui d'une argumentation portant sur l'immunité de juridiction pénale et doivent être analysées avec prudence. En effet, depuis une dizaine d'années, les autorités américaines lorsqu'elles interviennent en qualité d'*amicus curiae* dans une affaire civile dans laquelle le défendeur est un représentant ou ancien représentant de l'État, font systématiquement figurer dans leur mémoire une formule indiquant que la position prise dans le contexte civil ne préjuge pas de leur position au pénal. Il existe cependant deux décisions au pénal, omises dans le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale mais figurant dans les travaux antérieurs de la Commission, qui seraient pertinentes au regard du sujet à l'examen, à savoir les affaires *United States v. Noriega* et *Doe v. United States*.

¹⁷⁸ *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), p. 27 (projet d'article 7).

16. En outre, la substitution du terme *organ* à celui d'*official* n'est pas souhaitable en anglais car ce terme ne vise presque jamais exclusivement des personnes physiques, mais désigne des unités structurelles d'États ou d'organisations internationales. La jurisprudence la plus récente de la Cour suprême américaine (*Samantar c. Yousof*) confirme cette position et vient infirmer certaines décisions de tribunaux inférieurs citées dans le troisième rapport. Il semble que la Rapporteuse spéciale se soit inspirée pour cette proposition des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, alors qu'il convient de faire preuve de prudence lorsque l'on opère ce type de transpositions. Ainsi en est-il, par exemple, de l'idée selon laquelle les motivations propres du représentant de l'État sont indifférentes pour l'attribution de son comportement à l'État, pourvu qu'il ait agi en sa qualité d'organe, qui n'est pas transposable à l'immunité *ratione materiae* car la motivation du représentant a bien une incidence sur la question de savoir s'il a, ou non, agi pour le compte de l'État. En outre, l'emploi du terme *State official* est courant dans ce contexte et il vise toute personne représentant l'État ou agissant en son nom à titre officiel, ce qui correspond largement aux objectifs poursuivis par le projet d'articles. Il n'est donc pas souhaitable, à ce stade, de l'abandonner.

17. En ce qui concerne la question de la définition des représentants de l'État, deux approches sont possibles. La première consisterait à déterminer les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité *ratione materiae* sans les définir, comme cela a été fait pour la *troïka* en ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, mais en parlant, par exemple, des «personnes qui représentent l'État ou agissent pour son compte», et en reprenant ensuite cette formule. La seconde, choisie par la Rapporteuse spéciale, consiste à définir les représentants de l'État. La définition proposée au projet d'article 2 paraît suffisamment large, mais une discussion plus approfondie au sujet de ses différents éléments semble nécessaire et le commentaire devrait proposer une liste indicative des types de personnes visées ou non par cette définition, assortie d'explications. Il est en outre curieux que ce projet d'article fasse mention de deux catégories de représentants, la *troïka* et les autres représentants, créant ainsi un amalgame entre la notion statutaire d'immunité *ratione personae*, qui repose sur la qualité de ses bénéficiaires, et la notion fonctionnelle d'immunité *ratione materiae*, qui s'applique indépendamment du fait que les intéressés sont ou non encore en fonction. Il serait donc préférable de fondre les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa e en un seul. L'emploi du présent au projet d'article 2, e ii), et au projet d'article 5 («qui agit» et «qui exercent») pourrait être source de confusion, car ces dispositions visent à reconnaître que l'immunité *ratione materiae* perdure même une fois que le représentant de l'État a quitté ses fonctions. La formule finale «quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État», qui vise à élargir la définition, a en réalité l'effet inverse car il se peut que l'intéressé n'occupe pas à proprement parler de position dans l'organisation étatique.

18. En outre, on peut se demander s'il ne conviendrait pas, dans la version anglaise du projet d'article 5, de substituer à l'expression «prérogatives de puissance publique» celle de «prérogatives de souveraineté».

L'intitulé de ce projet d'article, dans sa version anglaise, pourrait être aligné sur le projet d'article 3 pour se lire «*Persons enjoying immunity ratione materiae*» et son texte deviendrait : [«Les [représentants de l'État] bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère» [en remplaçant éventuellement l'expression «représentants de l'État», si la Commission faisait le choix de ne pas les définir, par une expression décrivant la catégorie des personnes visées]]. Un autre projet d'article pourrait être consacré à la «Portée de l'immunité *ratione materiae*», sur le modèle du projet d'article 4. Enfin, M. Murphy est favorable au renvoi des projets d'articles 2 et 5 au Comité de rédaction.

19. M. CANDIOTI estime que M. Murase généralise excessivement en considérant que la Commission tend à substituer un principe d'impunité au principe d'immunité. Il réaffirme que l'immunité constitue une exception à la compétence des juridictions nationales et internationales, et que, en tant que telle, elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, conformément aux règles du droit international universellement acceptées.

20. M. PETRIČ partage le point de vue de M. Candiotti et rappelle que la Commission entendait bien, lorsqu'elle a entamé ses travaux sur le sujet à l'examen, établir le principe selon lequel l'immunité est une exception – or, il semble que ce soit l'impunité qui tende à devenir l'exception.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)¹⁷⁹ [A/CN.4/666, partie II, sect. G, A/CN.4/L.844¹⁸⁰]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

21. M. KITTICHAISAREE [Président du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)] rappelle que la Commission a reconstitué à la session en cours le Groupe de travail, qui s'est réuni les 6 mai et 4 juin 2014. Dans son rapport publié sous la cote A/CN.4/L.844, le Groupe de travail

¹⁷⁹ Entre 2006 et 2011, la Commission a examiné quatre rapports du Rapporteur spécial, M. Zdzislaw Galicki [*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/571 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/585 (deuxième rapport); *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/603 (troisième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/648 (quatrième rapport)]. À sa soixante et unième session (2009), la Commission a établi un groupe de travail à composition non limitée, sous la présidence de M. Alain Pellet, qui a défini un projet de cadre général pour l'examen du sujet [*Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 149, par. 204]. À sa soixante-deuxième session (2010), le Groupe de travail a été reconstitué et, en l'absence de son président, a été présidé par M. Enrique Candiotti [*Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 199, par. 337 à 340]. À ses soixante-quatrième (2012) et soixante-cinquième (2013) sessions, la Commission a reconstitué un groupe de travail à composition non limitée sur le sujet, sous la présidence de M. Kriangsak Kittichaisaree [*Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 75 à 77, par. 208 à 221, et *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 79, par. 148 et 149]. À sa soixante-cinquième session, la Commission a pris note du rapport du Groupe de travail [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 89 et suiv.].

¹⁸⁰ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

fait la synthèse de ses conclusions et recommandations sur le sujet à l'examen et traite plusieurs questions, soulevées par les délégations à la Sixième Commission, qui n'avaient pas été couvertes dans son rapport de 2013. Ces questions sont : *a*) le statut de l'obligation d'extrader ou de poursuivre au regard du droit international coutumier ; *b*) les lacunes du régime conventionnel existant ; *c*) la remise d'un suspect à une juridiction spéciale ou internationale comme troisième option en remplacement de l'extradition ou de la poursuite ; *d*) la relation entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et les obligations *erga omnes* ou les normes de *jus cogens* ; et *e*) la pertinence du cadre général proposé en 2009 pour la suite des travaux.

22. La totalité des questions qu'il restait à analyser a donc été examinée, et ce rapport, conjointement avec celui de 2013, conclut les travaux du Groupe de travail. Par conséquent, celui-ci recommande que la Commission : *a*) adopte le rapport de 2013 et le présent rapport final du Groupe de travail, qui, de l'avis de la Commission, offrent des orientations utiles aux États ; et *b*) achève son examen du sujet « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) ».

23. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport final du Groupe de travail figurant dans le document A/CN.4/L.844, étant entendu que ce rapport sera fusionné avec celui de 2013, en vue de son adoption par la Commission lorsque celle-ci examinera le projet de rapport annuel à une séance ultérieure.

Il en est ainsi décidé.

24. À la demande de MM. Candioti, Park et Saboia et au nom de l'ensemble de la Commission, le PRÉSIDENT remercie M. Kittichaisaree pour son inestimable contribution en qualité de Président du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).

La séance est levée à 17 h 35.

3218^e SÉANCE

Mardi 8 juillet 2014, à 10 h 5

Président : M. Kirill GEVORGIAN

Présents : M. Cafilisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 14 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ORGANISATION JURIDIQUE CONSULTATIVE POUR LES PAYS D'ASIE ET D'AFRIQUE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Mohamad, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), et l'invite à prendre la parole devant la Commission.

2. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'échange d'informations et de vues sur les sujets traités par la Commission fait partie des contributions au droit international pour lesquelles l'AALCO est mandatée. Au fil des ans, l'accomplissement de ce mandat a contribué à resserrer les liens entre les deux organisations, qui ont également chacune pour coutume d'être représentée à la session de l'autre.

3. Parmi les sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission, celui de la détermination du droit international coutumier est particulièrement pertinent compte tenu des difficultés rencontrées dans la détermination des règles existantes et dans leur application par les tribunaux nationaux et les juges, avocats, arbitres et conseillers juridiques, qui n'ont peut-être pas de formation appropriée en droit international. La question de la hiérarchie des sources est un aspect du sujet particulièrement intéressant pour les membres de l'AALCO. Traditionnellement, c'est surtout dans les décisions des juridictions internationales que l'on cherche les éléments du droit international coutumier. Or, il est possible d'aboutir à une compréhension plus fine de la position des États en étudiant les pratiques internes et les décisions des tribunaux régionaux et sous-régionaux. En ce qui concerne les décisions des juridictions internationales, les opinions dissidentes et les opinions individuelles doivent également être prises en considération. Les déclarations faites par les États dans des instances internationales et les résolutions adoptées par les organisations internationales et intergouvernementales peuvent aussi être utiles pour se faire une idée précise des positions des États sur des questions spécifiques. Enfin, tout ensemble de règles relatives à la détermination du droit international coutumier devrait être suffisamment souple pour pouvoir prendre en considération le caractère évolutif de la coutume et de la pratique.

4. À la cinquante-deuxième session annuelle de l'AALCO, tenue du 9 au 12 septembre 2013, à New Delhi, les États membres ont fait plusieurs observations et propositions concernant le sujet. Il a été demandé si le Rapporteur spécial considérerait que les résolutions prises par les organisations régionales et internationales faisaient partie du droit international coutumier. Deux États membres ont dit que la notion de *jus cogens* ne devrait pas être traitée dans le cadre du sujet. Un État a exprimé l'avis que les projets de conclusion devraient refléter la pratique d'États représentant tous les principaux systèmes juridiques du monde et toutes les régions. Il a aussi été proposé d'examiner la relation du droit international coutumier avec les traités et avec les principes généraux de droit.