

Provisoire

Réservé aux participants

27 septembre 2016

Original : français

Commission du droit international
Soixante-huitième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3328^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 26 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*)

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@unog.ch).

GE.16-13267 (F) 020816 270916



* 1 6 1 3 2 6 7 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Comissário Afonso
puis : M. Nolte
Membres : M. Caflisch
M. Candiotti
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Gómez-Robledo
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M^{me} Jacobsson
M. Kamto
M. Kittichaisaree
M. Kolodkin
M. Laraba
M. McRae
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

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État
(point 3 de l'ordre du jour) (A/CN.4/701) (*suite*)

Le **Président** invite la Rapporteuse spéciale pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à présenter son cinquième rapport (A/CN.4/701).

M^{me} Escobar-Hernández (Rapporteuse spéciale) dit que son cinquième rapport est consacré à l'étude des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, question qui a suscité des débats récurrents au sein de la Commission comme de la Sixième Commission, au cours desquels se sont exprimées, au fil des ans, des opinions très diverses et souvent contradictoires. Ainsi qu'elle l'avait indiqué d'emblée, cette question ne pouvait être traitée qu'une fois recensés les éléments normatifs sur lesquels repose le régime général des immunités *ratione personae* et *ratione materiae*, ce qui a été fait à la session précédente. La méthodologie suivie dans le rapport à l'examen est la même que dans les rapports précédents. Si la Rapporteuse spéciale s'est principalement fondée sur l'analyse de la pratique judiciaire et conventionnelle, ainsi que sur les travaux antérieurs de la Commission, elle y a toutefois ajouté une partie consacrée à l'analyse de la législation interne des États, en vue de déterminer dans quelle mesure celle-ci prévoit des limites ou des exceptions à l'immunité. Elle a également pris en considération les informations communiquées par les États en réponse aux questions formulées par la Commission en 2014 et 2015. Elle relève à cet égard que plus de 20 réponses écrites ont été reçues entre 2015 et 2016 et que la plupart des États qui se sont exprimés à la Sixième Commission ont mentionné ces questions. Elle n'a malheureusement pu tenir compte des observations écrites communiquées par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en 2016, qui lui sont parvenues alors que son rapport était achevé. Elle remercie le secrétariat d'avoir diffusé aux membres de la Commission l'ensemble des observations reçues en 2016, car cela leur permettra d'en tenir compte dans le débat. Elle note aussi avec satisfaction que le secrétariat a entrepris de publier sur le site Web de la Commission les observations écrites des États sur les différents sujets à l'examen, et elle souhaite qu'il poursuive cette tâche qui contribue à satisfaire à l'exigence de transparence et d'ouverture des travaux de la Commission.

Le rapport à l'examen comporte cinq chapitres. Le premier vise à exposer l'état actuel de la question des limites et exceptions à l'immunité tel qu'il ressort des travaux de la Commission, en recensant de manière systématique les questions soulevées au cours des débats depuis l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission en 2007, ainsi que les différentes positions exprimées par les membres de la CDI et par les États à la Sixième Commission depuis cette date. Les chapitres II, III et IV constituent le cœur du rapport et c'est sur leur base qu'un projet d'article 7 intitulé « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas » est proposé au chapitre IV, tandis que le chapitre V porte sur le plan de travail futur. Enfin, le rapport s'accompagne de trois annexes consacrées respectivement aux projets d'articles 1, 2 e), 3, 4 et 5, d'ores et déjà adoptés à titre provisoire par la Commission (annexe I), aux projets d'articles 2 f) et 6 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction et qui feront l'objet d'un examen à la session en cours (annexe II), et au projet d'article 7 proposé à la session en cours (annexe III).

La Rapporteuse spéciale souhaite en outre mettre en garde la Commission sur deux points. En premier lieu, le cinquième rapport forme un tout avec les quatre précédents et doit donc être lu conjointement avec eux, le projet d'article 7 ne prenant ainsi tout son sens qu'à la lecture des projets d'article adoptés à titre provisoire. En second lieu, la version anglaise du rapport contient un certain nombre d'erreurs et d'imprécisions qui pourraient fausser l'interprétation des idées et propositions exprimées dans la version originale. Par

exemple, il faut remplacer l'expression « *corruption-related crimes* » par celle de « *crimes of corruption* » au paragraphe 1 b) du projet d'article 7. Un errata sera distribué, dont les membres de la Commission voudront bien tenir compte dans le débat.

Passant à des observations d'ordre général, la Rapporteuse spéciale rappelle tout d'abord l'objet du cinquième rapport qui, aussi évident qu'il puisse paraître, mérite une brève explication. Il s'agit de rechercher s'il existe des hypothèses – et, si tel est le cas, de les recenser – dans lesquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est privée d'effet, alors qu'elle est potentiellement applicable puisque tous ses éléments normatifs sont réunis. Cette analyse est structurée selon deux axes : d'une part, les limites et exceptions à l'immunité et, d'autre part, les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas.

Le choix des termes « limites et exceptions » fait écho aux différents arguments que l'on trouve dans la pratique pour fonder la non-application de l'immunité. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a tenu compte, en particulier, du fait que les juridictions qui ont conclu à l'inapplicabilité de l'immunité dans des affaires données ont estimé dans certains cas que tel ou tel crime ne pouvait être considéré comme un acte officiel ou présentant l'apparence d'un acte officiel, ou ont simplement considéré que l'acte constitutif de l'infraction en question ne relevait pas des fonctions étatiques ; dans d'autres cas, elles ont conclu au rejet de l'immunité en trouvant que certaines infractions donnaient lieu à des exceptions à ce régime parce qu'elles portaient atteinte à des normes de *jus cogens*, aux droits de l'homme internationalement reconnus ou, de façon générale, aux valeurs et principes juridiques fondamentaux du droit international contemporain. La diversité de ces approches apparaît également dans les positions exprimées par les membres de la CDI ainsi que par les États à la Sixième Commission. Au sujet de la distinction entre les « limites » et les « exceptions » à l'immunité de juridiction, il convient de préciser que, si les premières peuvent être qualifiées d'élément intrinsèque à la notion d'immunité, ou présentant un lien direct avec elle ou avec certains de ses éléments normatifs, les secondes sont, au contraire, un élément extérieur à l'immunité et à ses éléments normatifs, qui appartient néanmoins au système juridique international et que l'on doit à ce titre prendre en considération pour déterminer l'applicabilité de l'immunité dans un cas concret. Cette distinction a un caractère théorique, mais aussi normatif, très marqué dans la mesure où elle emporte des conséquences importantes pour ce qui est de l'interprétation systémique de l'immunité, ce qui explique pourquoi elle a été retenue dans le rapport. Elle n'a toutefois aucune incidence pratique en ce qui concerne d'éventuels effets sur l'immunité et l'on peut donc se contenter de dire qu'en dernier ressort, nonobstant le fait que l'on parle de limite ou d'exception dans une situation donnée, l'effet de ces notions sera le même, à savoir faire obstacle à l'application du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce point est pris en compte dans l'ensemble du rapport, mais il se traduit tout particulièrement dans le projet d'article 7, qui traite des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, par le fait qu'il n'y soit fait aucune distinction entre les limites et les exceptions.

Le second axe du rapport consiste à analyser les limites et exceptions à l'immunité de manière globale, sans en rester à la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les crimes internationaux, pour la simple raison que, même si ce sont les crimes internationaux ou les crimes du droit international qui ont été au centre du débat sur les limites et exceptions à l'immunité, l'étude de la pratique révèle que cette question s'est également posée pour d'autres types d'infractions comme, par exemple, la corruption ou le détournement de fonds publics. Si les affaires touchant à ce type d'infractions sont plus rares, elles n'en sont pas moins importantes aux yeux de la communauté internationale qui y voit un sujet de grave préoccupation. De surcroît, la question de l'immunité de juridiction pénale à l'égard de ces infractions commence à se poser devant les juridictions internationales comme le montre la requête déposée par la

Guinée équatoriale contre la France devant la Cour internationale de Justice le 13 juin 2016. En outre, la pratique offre également des exemples de non-application de l'immunité qui ne sont pas fondés sur la nature d'une infraction donnée mais plutôt sur l'existence d'un acte délictueux associée à la primauté du principe de souveraineté territoriale appliqué à l'exercice de la juridiction pénale de l'État du for – ce que l'on désigne sous le nom « d'exception territoriale ». Toutefois, l'adoption de cette approche globale n'empêche pas la question des crimes internationaux d'occuper une place centrale dans le rapport, car c'est à ces crimes que renvoie la pratique dans la plupart des cas. Il convient enfin de préciser que la levée de l'immunité n'est pas envisagée dans le rapport comme une limite ou une exception à celle-ci. En effet, si elle est susceptible de produire le même effet que les limites ou les exceptions, à savoir la non-applicabilité de l'immunité, elle n'obéit pas à des règles générales autonomes mais à la simple volonté de l'État dans l'intérêt duquel l'immunité est reconnue au représentant concerné. L'inapplicabilité de l'immunité est dans ce cas d'ordre essentiellement procédural et sera, à ce titre, analysée dans le sixième rapport.

Le second point sur lequel la Rapporteuse spéciale appelle l'attention de la Commission tient au fait que la question des limites et exceptions à l'immunité ne peut pas être traitée isolément. Elle prend au contraire tout son sens dans le contexte de l'étude de l'immunité qui a été réalisée dans les rapports précédents et a permis de mettre en lumière la nature juridique de cette institution dans le droit international contemporain. Ces questions, qui font l'objet de la partie A du chapitre III du rapport, méritent une brève présentation car elles permettent d'analyser convenablement son objet. Premièrement, les notions d'immunité et de juridiction sont deux catégories indissolublement liées. L'immunité ne peut être comprise sans l'existence préalable d'une juridiction pénale susceptible d'être exercée par l'État du for. Par conséquent, l'immunité est elle-même une exception à l'exercice de leur juridiction par les tribunaux de l'État du for. Même si l'immunité et la juridiction sont toutes deux indéniablement liées au principe de l'égalité souveraine des États (quoique de manière différente), il est impossible de ne pas tenir compte du caractère d'exception de l'immunité pour établir l'existence de possibles limites et exceptions. Deuxièmement, envisagée sous un angle strictement formel, l'immunité a une nature procédurale et ne peut avoir aucune incidence sur la responsabilité pénale des représentants de l'État, d'où le principe selon lequel l'immunité n'équivaut pas à l'impunité. Cela étant, dans certains cas elle peut entraîner une impossibilité absolue de conclure à la responsabilité pénale du représentant de l'État : l'immunité en tant qu'institution procédurale et l'immunité en tant que moyen de défense au fond se confondent alors. Cet effet de l'immunité doit être pris en considération dans le cadre de l'analyse de ses limites et exceptions. Troisièmement, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est appelée à s'appliquer dans le cadre d'une action pénale dont la finalité est d'établir, s'il y a lieu, la responsabilité pénale des auteurs de certains actes qualifiés d'infractions. Elle est donc distincte de l'immunité de l'État, soumise à un régime propre dans le cadre duquel se pose également la question des limites et exceptions. Quatrièmement, l'existence de limites et d'exceptions à l'immunité doit être examinée, en tant que telle, dans le cadre de l'exercice par les tribunaux de l'État du for de leur juridiction pénale. Elle est donc indépendante de la manière dont l'immunité peut s'appliquer devant les tribunaux pénaux internationaux. Cette séparation opérée entre les types de juridictions, qui constitue l'un des éléments de définition de la portée du sujet à l'examen, fait obstacle à une transposition automatique de la règle de l'inopposabilité de l'immunité, telle qu'elle peut aujourd'hui être invoquée devant les juridictions internationales, dans le régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Mais elle empêche, en même temps, que l'on voie systématiquement dans la simple existence de tribunaux pénaux internationaux une autre solution permettant d'engager inmanquablement la responsabilité pénale des représentants de l'État et justifiant de conclure, en dernier ressort et en termes catégoriques, au caractère

absolu de toute forme d'immunité de juridiction pénale étrangère, qu'elle soit *ratione personae* ou *ratione materiae*.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle conclura ses observations d'ordre général par quelques remarques sur l'importance de l'analyse de la pratique en matière de détermination des limites et exceptions à l'immunité et sur la nécessité de compléter cette analyse par une interprétation systémique de l'immunité et des limites et exceptions à celle-ci. En effet, comme elle l'a déjà indiqué dans ses précédents rapports, l'étude de la pratique constitue le fondement incontournable des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen, principe méthodologique qu'elle a dûment suivi dans son cinquième rapport.

L'analyse de la pratique est particulièrement importante en ce qui concerne les crimes de droit international car elle révèle que, bien que la pratique soit diverse, il existe clairement une tendance à considérer la perpétration de crimes internationaux comme l'un des motifs de non-application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, soit que les crimes en question ne sont pas considérés comme des actes accomplis à titre officiel, soit qu'ils sont considérés comme constituant une exception à l'immunité justifiée par la gravité des actes commis et l'atteinte qu'ils portent aux valeurs et principes juridiques reconnus par la communauté internationale dans son ensemble. S'il est vrai que des tribunaux nationaux ont parfois reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans des affaires de crimes internationaux, il convient de rappeler que ces décisions concernaient essentiellement l'immunité *ratione personae*, et seulement très exceptionnellement l'immunité *ratione materiae*. L'analyse de la pratique a pour but de déterminer si cette pratique, et son acceptation comme étant le droit, sont suffisantes pour conclure à l'existence d'une norme de droit international coutumier en vertu de laquelle les crimes internationaux constituent une limite ou une exception à l'immunité. C'est à cette analyse, effectuée à la lumière des travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, en particulier des projets de conclusion provisoirement approuvés à la session en cours, qu'est consacrée la section A.1 du chapitre IV du rapport, et la conclusion que l'on peut en tirer est que la perpétration de crimes internationaux peut être considérée à l'heure actuelle comme constituant une limite ou une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État fondée sur une norme du droit international coutumier. Quand bien même l'on pourrait douter de l'existence d'une pratique générale suffisante pour donner naissance à une coutume internationale, l'on ne saurait en aucun cas, au vu de l'analyse de la pratique, nier l'existence d'une tendance manifeste attestant l'émergence d'une coutume.

À l'indispensable analyse de la pratique s'ajoute la nécessité d'examiner les limites et les exceptions à l'immunité sous l'angle du droit international en tant que système normatif dont l'institution de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est un élément à part entière. Cet aspect, dûment pris en considération dans le rapport, suppose que l'immunité soit analysée non pas isolément mais en relation avec le reste des normes et institutions qui font partie du système. Elle apparaît alors comme une institution indéniablement utile et nécessaire pour garantir le respect de certains principes et valeurs juridiques du droit international, en particulier le principe de l'égalité souveraine des États. Parallèlement, en tant qu'élément du système, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit être interprétée selon une approche systémique afin d'éviter qu'elle ne porte atteinte à d'autres éléments du système du droit international contemporain ou qu'elle ne les rende sans objet. Cette approche systémique oblige à tenir compte d'autres institutions également liées au principe de souveraineté, en particulier le droit d'exercer sa compétence, ainsi que d'autres domaines de l'ordre juridique international, notamment le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international, qui consacrent des valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble. Le droit international étant un authentique système normatif, l'élaboration par la Commission d'un projet d'articles visant à aider les États aux

fins de la codification et du développement progressif du droit international dans une matière délicate mais d'une haute importance pour la communauté internationale ne saurait ni ne devrait avoir pour effet d'introduire un déséquilibre dans les grands domaines de l'ordre juridique international qui, tels qu'ils se sont développés au cours des dernières décennies, constituent aujourd'hui un élément essentiel du droit international.

C'est conformément à cette approche systémique, sur la base de laquelle est construit tout le rapport, en particulier les sections A et B du chapitre III et la section A.2 du chapitre IV, qu'est analysée la manière dont l'immunité s'articule avec les principales catégories de normes du droit international contemporain, comme le *jus cogens*, les valeurs et principes du droit international et l'inscription dans le droit de la notion d'impunité, de l'obligation de rendre compte et du principe de la lutte contre l'impunité. C'est également d'un point de vue systémique qu'est analysé le rapport entre l'immunité et le droit d'accès à la justice, le droit des victimes à réparation ou l'obligation incombant à l'État de juger certains crimes internationaux, ce qui devrait rassurer les nombreux États et les non moins nombreux membres de la Commission qui ont insisté sur la nécessité de garantir que les travaux sur le sujet à l'examen soient compatibles avec le droit international contemporain dans son ensemble et n'altèrent pas les éléments fondamentaux du droit pénal international tel qu'il s'est développé depuis les années 1990, en particulier en ce qui concerne la définition du principe de responsabilité pénale individuelle pour des crimes de droit international et la nécessité de garantir l'existence de mécanismes permettant de lutter efficacement contre l'impunité à l'égard des crimes dont la gravité heurte profondément la conscience humaine.

Compte tenu des observations de fond qu'elle vient de formuler, la Rapporteuse spéciale juge utile de donner quelques explications concernant le projet d'article 7 proposé dans son cinquième rapport et soumis à la Commission pour examen. Ce projet d'article se compose de trois paragraphes, dans lesquels sont énoncés les différents éléments de la définition du régime des limites ou exceptions à l'immunité. La Rapporteuse spéciale appelle l'attention des membres sur le fait que, dans la version espagnole, une erreur s'est glissée dans la numérotation des alinéas des paragraphes 1 et 3, qui devraient être renumérotés respectivement « a), b) et c) » et « a) et b) ». Aux fins de sa présentation, elle se référera aux différents alinéas en utilisant la numérotation ainsi modifiée.

Le paragraphe 1 définit en termes généraux les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Sa formulation est similaire à celle déjà employée par la Commission au sujet de l'immunité de l'État. L'expression « ne s'applique pas » tient compte du fait que des vues divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si les cas de figure énumérés constituent des limites ou des exceptions, question qui, à ce jour, n'a pas été tranchée. Elle traduit du reste parfaitement l'effet produit par les limites et exceptions à l'immunité, à savoir que le régime de l'immunité est inapplicable dans certains cas. Pour la Rapporteuse spéciale, cette formulation est particulièrement appropriée s'agissant des crimes internationaux, qui suscitent un vaste débat quant au point de savoir s'ils peuvent ou non être commis à titre officiel ou être considérés comme des fonctions de l'État, mais dont on estime généralement qu'ils ne sont pas couverts par l'immunité.

En outre, il a été décidé de définir les cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas par référence aux crimes à l'égard desquels la compétence devrait s'exercer et non, comme dans le cas de l'immunité de l'État, par référence aux procédures dans le cadre desquelles ces crimes peuvent être examinés, et ce, pour deux raisons. La première est que c'est la nature même du crime qui justifie l'inapplicabilité de l'immunité. Il convient à cet égard de rappeler que les limites et exceptions à l'immunité se sont toujours rapportées à des crimes à l'égard desquels l'immunité est inapplicable, et que ce rôle déterminant du crime dans le contexte des limites et exceptions est confirmé aussi bien par la pratique que par les positions exprimées par les membres de la Commission et les États au cours des débats. La

seconde raison est que l'immunité pourrait être invoquée à l'égard de divers actes ou dans le cadre de procédures auxquelles le bénéficiaire de l'immunité ne serait pas nécessairement partie, sans compter que la notion même de procédure peut en soi faire l'objet d'interprétations différentes aux fins du sujet. La Rapporteuse spéciale a donc opté pour ce qui lui a semblé être une approche prudente, compte tenu du fait que la Commission ne s'est pas encore prononcée sur la notion de juridiction ni sur les aspects procéduraux de l'immunité, qui devront être traités dans le sixième rapport.

Les trois cas de figure dans lesquels l'immunité ne s'applique pas qui sont énumérés au paragraphe 1 du projet d'article renvoient respectivement aux crimes de droit international, à la corruption et à ce que l'on appelle « l'exception territoriale », qui vise les cas où des crimes constitutifs d'atteintes aux personnes, y compris ceux entraînant la mort ou des blessures graves, ou aux biens, sont commis sur le territoire de l'État du for et où le représentant de l'État se trouve sur ce territoire au moment de leur consommation. Cette catégorisation est fondée sur la pratique analysée dans le rapport. Plutôt que d'employer l'appellation générique « crimes de droit international », la Rapporteuse spéciale a choisi d'énumérer expressément les différents crimes qui relèvent de cette catégorie – le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées – car ce sont ceux que l'on retrouve dans la pratique et dont la qualification en tant que crimes de droit international recueille un large consensus au sein de la communauté internationale.

Le paragraphe 2, qui définit la portée des limites et exceptions, prévoit que les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* – chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères – pendant qu'ils sont en fonction. Par conséquent, les limites et exceptions à l'immunité s'appliquent uniquement à l'immunité *ratione materiae* telle qu'elle a été définie par la Commission. L'exclusion des représentants de l'État des trois catégories susmentionnées est également fondée sur la pratique, dans laquelle aucun cas d'action pénale engagée par des États contre un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, même soupçonné ou accusé d'avoir commis les crimes les plus atroces, n'a pu être trouvé. Cette pratique des États, confirmée en outre par la Cour internationale de Justice, qui a appliqué l'immunité dans des cas où un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître comme témoin avaient été émis, est à l'évidence liée au rôle de représentation particulier des titulaires des fonctions susvisées dans les relations internationales, rôle qui leur est directement assigné par les normes du droit international, et non pas uniquement par les normes internes. C'est pourquoi il est si important de préserver le principe de l'égalité souveraine des États sur lequel repose l'immunité. Cela étant, il convient de garder à l'esprit que l'inapplicabilité des limites et exceptions à l'égard des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères est strictement limitée dans le temps, et que le paragraphe 1 du projet d'article 7 redevient donc applicable à partir du moment où les intéressés ne sont plus en fonction.

Enfin, le paragraphe 3, qui a la forme d'une « clause sans préjudice », vise deux cas de figure dans lesquels l'immunité serait inapplicable du fait de l'existence de régimes spéciaux. Le premier concerne l'éventualité où des traités en vigueur entre l'État du for et l'État du représentant rendraient les immunités des représentants de l'État inopposables aux juridictions pénales respectives des deux États. Dans ce cas, la règle générale de l'immunité serait écartée par la volonté commune des États concernés. Le second cas est celui où une obligation générale de coopérer avec un tribunal international compétent en matière pénale s'impose à l'État du for. On ne saurait toutefois interpréter cette disposition comme excluant l'applicabilité de l'immunité dans tous les cas où un État est tenu de coopérer avec un tribunal international. Dans ce cas de figure, la réponse à la question de savoir si l'immunité est applicable ou non dépendra de plusieurs facteurs : la nature et la teneur de l'obligation de coopérer, la mesure dans laquelle l'obligation de coopérer s'impose à l'État du for, et la relation juridique entre l'État du for et l'État du représentant qui découle de

cette obligation. Ces éléments devront être analysés au cas par cas, car l'on ne saurait conclure a priori que l'obligation de coopérer avec un tribunal international exclut automatiquement la possibilité d'appliquer toute forme d'immunité à un représentant de l'État.

Les deux régimes envisagés au paragraphe 3 sont fondés sur des exemples tirés de la pratique. Le cas de figure visé à l'alinéa b), en particulier, tient compte de la situation complexe générée en Afrique du Sud par l'application de l'article 98, paragraphe 1, du Statut de Rome, qui s'est finalement résolue par le refus, de la part des tribunaux de ce pays, d'appliquer l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

Passant au programme des travaux futurs, la Rapporteuse spéciale dit que le rapport qui sera soumis en 2017 devrait être consacré aux aspects procéduraux de l'immunité, notamment aux questions relatives à l'invocation et à la levée de l'immunité, au rôle que l'État du représentant peut avoir à jouer dans les procédures menées dans l'État du for, et à l'entraide judiciaire internationale en matière d'immunité. Ce rapport devrait aussi contenir une analyse de certains éléments liés à la notion même de juridiction, dont la définition est toujours pendante devant le Comité de rédaction. En lien avec ces questions, il faudra notamment analyser à quel moment l'immunité doit s'appliquer et sur quels types d'actes de l'État du for l'immunité aurait une incidence. La totalité des questions que la Rapporteuse spéciale avait inscrites au programme de travail dans son rapport préliminaire auront ainsi été examinées, ce qui devrait permettre à la Commission d'adopter le projet d'articles en première lecture en 2017 ou, au plus tard, en 2018, en fonction de la manière dont évoluera l'étude du sujet au cours du quinquennat à venir et des décisions que prendra la Commission dans sa nouvelle composition. La Rapporteuse spéciale conclut en disant qu'elle attend avec grand intérêt les observations des membres, étant entendu que le débat ne sera pas clos à la session en cours mais se poursuivra à la session suivante.

M. Kittichaisaree dit ne pas être certain de comprendre en quoi consistent les « critères herméneutiques » auxquels la Rapporteuse spéciale fait référence au paragraphe 175 de son rapport, ni pourquoi ces critères doivent être utilisés pour déterminer l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité, et il souhaiterait avoir des précisions à ce sujet. Il estime en outre que la distinction entre les notions de limite et d'exception n'est pas claire et que les explications données à ce sujet par la Rapporteuse spéciale gagneraient à être simplifiées. Il voudrait enfin savoir pourquoi, comme le paragraphe 17 du rapport porte à le croire, la Rapporteuse spéciale semble vouloir revenir sur la question des valeurs de la communauté internationale alors que celle-ci a déjà été traitée en détail dans son rapport préliminaire et qu'elle a suscité des réserves de la part de nombreux membres de la Commission.

M^{me} Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale) dit que, même si la Commission n'a pas pour pratique de permettre aux membres d'adresser des questions au Rapporteur spécial immédiatement après la présentation de son rapport, elle est disposée, à titre très exceptionnel, à répondre aux questions posées par M. Kittichaisaree car celles-ci portent sur des points essentiels. Pour ce qui est de la distinction entre les notions de limite et d'exception, elle estime que son rapport contient toutes les explications nécessaires à ce sujet. Les critères herméneutiques sont les critères d'interprétation, et la raison pour laquelle il est essentiel de distinguer entre limite et exception est que les critères d'interprétation applicables ne sont pas les mêmes dans les deux cas. En ce qui concerne les limites, seuls s'appliquent les trois critères normatifs de l'immunité approuvés par la Commission à ce jour, alors que, dans le cas des exceptions, d'autres critères peuvent également s'appliquer. Pour ce qui est des valeurs de la communauté internationale, la Rapporteuse spéciale dit que le traitement de cette question dans son rapport préliminaire n'a pas suscité que des réactions hostiles de la part des membres de la Commission, certains y ayant réagi de manière très positive. Elle précise que, si elle n'a nullement l'intention de

rouvrir le débat à ce stade des travaux, cette question fait néanmoins partie intégrante de l'étude du sujet, comme en témoignent tous les rapports qu'elle a soumis à la Commission depuis le début de ses travaux sur l'immunité, et que son cinquième rapport ne laisse aucun doute quant au fait que les valeurs visées sont des valeurs juridiques, incorporées dans le droit international, et pas seulement des valeurs politiques ou sociologiques.

M. Murase remercie la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, consacré aux exceptions à l'immunité. Ce rapport très attendu ouvre des perspectives qui ne manqueront pas de rassurer pleinement les nombreux membres de la Commission et les nombreux universitaires et experts qui avaient critiqué les choix effectués par celle-ci et le contenu de ses travaux. Il convient donc de saluer le courage de la Rapporteuse spéciale qui propose, au paragraphe 1 du projet d'article 7, relatif aux exceptions à l'immunité, un libellé catégorique, sans réserve et sans ambiguïté, même si M. Murase n'est pas convaincu par le paragraphe 2 de ce projet de texte où des exceptions à ces exceptions sont prévues. La Rapporteuse spéciale a rédigé son rapport avec beaucoup de soin : toute médaille ayant son revers, elle s'est efforcée de parvenir à un équilibre entre les règles générales et les exceptions à ces règles. Ainsi, on dénombre 72 occurrences du mot « toutefois » dans le rapport, contre 24 dans le deuxième rapport sur les crimes contre l'humanité. Cela ne veut pas certainement pas dire que M. Murphy, Rapporteur spécial pour ce sujet, n'aurait vu qu'une seule face de la médaille – mais cela donne une idée du rude combat que M^{me} Escobar-Hernández a dû livrer tout au long de la rédaction de son rapport.

M. Murase a déjà eu l'occasion de dire, lors de précédentes sessions, qu'une erreur méthodologique fondamentale avait été commise dès le début des travaux en 2011. Les membres se souviendront qu'à l'issue de l'examen des deuxième et troisième rapports présentés par M. Kolodkin, qui était alors Rapporteur spécial pour le sujet, deux questions cruciales avaient été posées. La première était celle de savoir quels représentants de l'État jouiraient de l'immunité et la seconde, quels crimes devaient être couverts par le projet, ces deux aspects étant bien entendu étroitement liés. La Commission, qui a posé ces deux questions aux États Membres, a examiné la première mais n'a pas encore répondu à la seconde.

Si des exceptions aux règles énoncées par les projets d'articles 3 à 6 – déjà adoptés par la Commission – n'avaient pas été introduites, ces projets de texte auraient été en contradiction totale avec le libellé du paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et ce, même si le Statut consacre une relation verticale entre la Cour et les États parties et que le projet examiné vise à régir les relations horizontales entre États. Quoiqu'il en soit, M. Murase se réjouit que ce problème ait finalement été réglé par l'introduction d'exceptions appropriées aux règles énoncées par ces projets d'article.

Au paragraphe 142 du rapport, la Rapporteuse spéciale insiste sur le fait que les aspects méthodologiques et théoriques de l'immunité doivent être examinés dans le contexte du droit international, considéré comme un système normatif. Cette approche suppose, selon elle, d'examiner l'immunité, non pas de manière isolée, mais en relation avec les autres normes et institutions qui sont partie intégrante du système juridique international. Étant un des éléments de ce système, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit être interprétée de manière systémique pour éviter que cette institution ne vienne perturber ou priver d'effet d'autres éléments du système de droit international contemporain, pris dans son ensemble. M. Murase approuve pleinement cette approche et convient avec la Rapporteuse spéciale que le droit international étant un système normatif à part entière, le projet d'articles élaboré par la Commission ne peut ni ne doit avoir pour effet d'introduire des sources de déséquilibre dans des domaines clés de l'ordre juridique international qui ont émergé ces dernières décennies et en constituent désormais le socle. L'incidence du Statut de Rome sur le projet d'articles de la Commission

ne devant pas être sous-estimée, l'introduction d'exceptions à l'immunité vient, de ce fait, rétablir opportunément un équilibre approprié.

Aux paragraphes 143 à 147 du rapport, la Rapporteuse spéciale apporte des précisions utiles sur les relations entre les notions fondamentales suivantes : immunité et compétence, immunité et responsabilité, immunité de l'État et immunité des représentants de l'État. Il convient toutefois de ne pas oublier, comme elle l'indique au paragraphe 150, que l'immunité et la responsabilité sont intrinsèquement liées et que, sauf à s'écarter de la pratique, on ne peut pas simplement considérer que la première est un obstacle d'ordre procédural et la détacher de la seconde. M. Murase l'avait d'ailleurs lui-même fait observer à la précédente session.

La Rapporteuse spéciale a raison de dire, aux paragraphes 156 à 169 du rapport, que l'invocation de l'immunité devant les juridictions nationales et l'invocation de l'immunité devant les juridictions internationales sont étroitement liées et que ces deux cas de figure doivent être examinés de façon systémique. Dans ce contexte, M. Murase accueille favorablement la notion émergente de « complémentarité positive », évoquée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 168 du rapport. Le Statut de Rome, conformément au principe de complémentarité, vise clairement à ce que le droit souverain qu'ont les États de poursuivre les auteurs de crimes internationaux graves soit respecté. La « complémentarité positive » peut contribuer à renforcer la capacité et la volonté des États d'enquêter sur ces crimes et de poursuivre leurs auteurs. Il importe que les règles internationales relatives à l'immunité n'entravent pas l'efficacité du système de complémentarité mis en place par le Statut de Rome, qui encourage l'exercice actif par les États de leur compétence à l'égard de ces crimes.

Comme la Rapporteuse spéciale le souligne aux paragraphes 170 à 176 du rapport, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction stricte entre la notion de « limite » et celle « d'exception ». Par conséquent, M. Murase emploiera le mot « exception » dans le reste de sa déclaration, qui portera essentiellement sur le projet d'article 7. Au paragraphe 1 de ce projet de texte, il est dit que l'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes suivants : génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, torture et disparitions forcées. M. Murase approuve pleinement ce libellé qui est à la fois clair, catégorique et simple, outre que les crimes internationaux mentionnés sont fermement établis en droit international coutumier. Il convient aussi de la nécessité de mentionner expressément la « torture » et les « disparitions forcées », parce que ces crimes n'ont pas nécessairement les attributs du crime contre l'humanité.

M. Murase partage les préoccupations exprimées par la Rapporteuse spéciale au sujet du crime d'agression, qui n'est pas couvert par le projet d'article pour les raisons exposées au paragraphe 222 du rapport. À cet égard, il convient de relever qu'en 2010, la Conférence de révision de Kampala a précisé, dans l'élément d'interprétation 5, que « les amendements ne [devaient] pas être interprétés comme créant un droit ou une obligation d'exercer la compétence nationale à l'égard d'un acte d'agression commis par un autre État ». Il aurait été pourtant préférable de retenir ce crime et ce, pour deux raisons principales : premièrement, et indépendamment de cet élément d'interprétation, parce qu'il y a une tendance des États parties à adopter des législations d'application des amendements de Kampala ; deuxièmement, parce qu'il s'agit d'un crime commis par des représentants de l'État dans le cadre de leurs fonctions officielles. En effet, il est dit clairement dans la définition du crime d'agression énoncée dans les amendements de Kampala – à l'article 8 *bis* – qu'il s'agit d'un crime commis par « une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire de l'État ayant commis l'acte d'agression ». La prise en compte de ce crime mettrait en relief l'enjeu principal du projet d'articles qui est de faire en sorte que, même s'il a accompli les actes à titre officiel, le représentant de l'État ne bénéficie pas de l'immunité.

M. Murase n'est pas certain qu'il soit approprié de mentionner la « corruption » à l'alinéa ii) du paragraphe 1) du projet d'article 7 parce que cette infraction est, d'un point de vue pénal, très éloignée des crimes internationaux mentionnés à l'alinéa i). Accepter un pot-de-vin ne relève pas de l'exercice par un représentant de l'État d'une fonction officielle, et il est difficile d'imaginer que l'immunité soit invoquée pour ce type d'actes – étant entendu qu'elle doit l'être par l'État du représentant. M. Murase n'est pas non plus convaincu qu'il soit nécessaire d'introduire une exception délictuelle territoriale à l'alinéa iii). Cela a posé beaucoup de problèmes dans le contexte de l'immunité de l'État et, dans le contexte de l'immunité des représentants de l'État, cette exception n'est étayée que par une pratique limitée. Qui plus est, il n'est pas établi que cette question relève du sujet, qui porte sur la « juridiction pénale étrangère ». Le paragraphe 1 du projet d'article 7 gagnerait donc à se lire comme suit : « L'immunité ne s'applique pas à l'égard du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la torture et des disparitions forcées ».

M. Murase a aussi de sérieux doutes quant au paragraphe 2 du projet d'article 7 en vertu duquel l'immunité s'applique aux représentants de l'État « pendant qu'ils sont en fonction ». Les représentants de l'État auteurs de crimes internationaux graves ne devraient jamais jouir de l'immunité, que ce soit pendant ou après leur mandat.

À l'article 27 du Statut de Rome, il est dit que « la qualité officielle [...] n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut » et que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Conformément au principe de complémentarité, les juridictions nationales sont tenues d'exercer leur compétence pénale y compris si les crimes ont été commis par des représentants de l'État « pendant qu'ils [étaient] en fonction », à tout le moins en cas de génocide, de crimes contre l'humanité, de crime d'agression et de crimes de guerre. Pour M. Murase, le projet d'article 7 devrait donc être aligné autant que possible sur le Statut de Rome, ce qui suppose de supprimer le paragraphe 2. Il faudrait en outre établir clairement le lien entre les projets d'article relatifs à la portée de l'immunité *ratione materiae* et à la portée de l'immunité *ratione personae*, d'une part, et le projet d'article relatif aux exceptions à l'immunité, d'autre part. M. Murase propose donc d'ajouter dans les projets d'articles 4 (Portée de l'immunité *ratione personae*) et 6 (Portée de l'immunité *ratione materiae*) un nouveau paragraphe qui serait rédigé comme suit : « Cela est sans préjudice des limites et exceptions prévues au projet d'article 7 ». Enfin, il approuve les clauses sans préjudice prévues au paragraphe 3 du projet d'article 7 et il est favorable au renvoi de ce projet de texte au Comité de rédaction.

M. Nolte (Premier Vice-Président) prend la présidence.

Le Président, notant qu'il n'y a pas d'autres orateurs inscrits sur la liste, propose de lever la séance pour permettre au Comité de rédaction sur le *jus cogens* de se réunir.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 15.