

Provisoire

Réservé aux participants

21 février 2017

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3329^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 27 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

Application provisoire des traités (*suite*)

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.16-13458 (EXT)



* 1 6 1 3 4 5 8 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Comissário Afonso

Membres : M. Caflisch
M. Candioti
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. 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

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Application provisoire des traités (point 5 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/699 et Add.1)

Le Président invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur son quatrième rapport sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/699 et Add.1).

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial), remerciant les membres de la Commission pour leurs observations et critiques précieuses, dit que depuis le début des travaux sur le sujet, ils ont largement confirmé qu'il était nécessaire d'examiner la mesure dans laquelle d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités étaient pertinentes pour établir le champ d'application et la signification de l'article 25 de ce texte. Les États Membres ont exprimé la même opinion à la Sixième Commission. Dans un cas comme dans l'autre, des suggestions ont été faites quant aux dispositions de la Convention qui devaient être examinées. Le quatrième rapport porte sur les articles 46 et 60 de la Convention, conformément à l'une de ces suggestions. Bien que des membres de la Commission aient exprimé des doutes quant à l'utilité de l'entreprise, aucun n'a effectivement formulé d'objections l'année précédente. Si, dans le contexte général du sujet, le choix des dispositions examinées peut sembler aléatoire, toutes les informations sont les bienvenues s'agissant d'un aspect du droit des traités qui n'avait guère retenu l'attention avant que la Commission commence ses travaux sur le sujet. M. Hassouna a souligné qu'il importait de connaître le contexte dans lequel l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 s'appliquait, faisant observer que le principal objectif des travaux de la Commission était d'expliquer le mécanisme de l'application provisoire et d'assurer aux États et organisations internationales y ayant recours une certitude juridique. Étant donné l'intérêt pratique du sujet pour les États, leurs suggestions sont très importantes et, en sa qualité de Rapporteur spécial, M. Gómez-Robledo se sent tenu de les prendre en considération.

Certes, de nombreuses dispositions de la Convention de Vienne de 1969, par exemple l'article 53 sur le *jus cogens*, n'ont pas à être examinées de près pour mieux comprendre l'article 25. Les travaux de la Commission n'ont pas pour objet, et le Rapporteur spécial n'a jamais eu l'intention, d'élaborer une convention sur l'application provisoire des traités. M. Kolodkin s'est toutefois demandé si la Commission ne devait pas élaborer des directives plus détaillées, en particulier dans le domaine de la succession d'États. Le Rapporteur spécial dit qu'il espère que les travaux pourront s'achever avec un cinquième rapport sur le sujet, dont il pense qu'il devrait porter sur l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969, qui énonce la règle générale concernant les États tiers.

Bien que certains membres de la Commission, notamment M. Kamto, aient contesté divers aspects des arguments et du raisonnement présentés dans le quatrième rapport, les conclusions qui y figurent n'ont d'une manière générale pas suscité d'objections. La Commission ne se livre pas à une entreprise de développement progressif, ni même, pourrait-on soutenir, de codification proprement dite, mais ses travaux devraient assurément contribuer à clarifier la signification et la portée d'un aspect du droit des traités qui a donné lieu à une pratique déroutante et erratique. Le Rapporteur spécial indique qu'il n'a pas l'intention de proposer un projet de directive pour chaque disposition de la Convention de Vienne de 1969 qui pourra être examinée dans les rapports futurs, mais il serait utile pour les États et les organisations internationales qui envisagent d'appliquer un traité à titre provisoire d'avoir une vue d'ensemble des dispositions de la Convention qui s'appliquent en l'occurrence. À cet égard, il faut tenir compte de l'intérêt des rapports considérés dans leur ensemble, sans que chaque question qui y est envisagée doive nécessairement être reflétée dans un ou plusieurs projets de directive.

S'agissant de savoir si l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 définit un régime autonome, une question qui a des implications pour la portée du sujet, le Rapporteur spécial met en garde contre une telle approche. La notion de régime autonome a beaucoup nui à l'universalisme en droit international ; de plus, admettre cette notion limiterait les effets juridiques que la Commission a déjà attribués à l'article 25 et les conséquences de celui-ci. Aux termes de l'article 31 de la Convention, un traité doit être interprété dans son contexte, ce qui signifie que l'article 25 doit être interprété dans le contexte des autres dispositions de la Convention. La Commission a admis qu'un traité appliqué provisoirement produisait des effets juridiques comme s'il était en vigueur ; elle doit maintenant recenser les règles du droit international général au minimum applicables dans telle ou telle situation de manière à fournir des indications aux États. Concevoir l'article 25 comme un régime autonome donnerait également à penser qu'il s'agit d'une forme de *lex specialis*, à laquelle un ensemble distinct de règles s'applique. Les travaux préparatoires de l'article 25 n'attestent pas que les États qui l'ont négocié aient eu l'intention qu'il en soit ainsi. Il pourrait être souhaitable d'envisager d'élaborer un projet de directive expliquant que les règles de la Convention de Vienne s'appliquent à l'application provisoire *mutatis mutandis* en tant que cadre général.

Les travaux de la Commission sur les réserves ont montré exactement quels liens il pouvait y avoir entre l'article 25 et d'autres articles de la Convention de Vienne de 1969. Le paragraphe 34 du quatrième rapport, tout en indiquant que le Rapporteur spécial n'a encore recensé aucun traité qui prévoit la formulation de réserves à partir du moment de l'application provisoire, ni aucune disposition relative à l'application provisoire qui renvoie à la possibilité de formuler des réserves, n'exclut pas la possibilité que des réserves puissent être formulées dans le contexte de l'application provisoire ou qu'un accord relatif à l'application provisoire puisse prévoir des réserves, dès lors que le traité ne les interdit pas clairement. Le Rapporteur spécial réaffirme toutefois qu'il n'a encore pas trouvé d'exemple de tels traités ou dispositions et qu'en l'occurrence la question est celle des réserves, non des accords relatifs à l'application provisoire. Même durant les débats de la Commission, aucun exemple n'a été cité de disposition spécifique concernant l'application provisoire d'un traité qui prévoyait simultanément la possibilité de faire des réserves. Le paragraphe 5 du commentaire de la directive 2.2.2 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités ne mentionne pas les clauses d'application provisoire autorisant des réserves, comme indiqué au paragraphe 26 du quatrième rapport, et vise à cet égard des cas d'école et non des exemples concrets.

Deux des exemples cités par M. Forteau ne semblent pas concerner les réserves. L'Union soviétique n'était pas parmi les États mentionnés dans la notification dépositaire comme ayant notifié l'application provisoire de la Convention de 1986 sur le commerce du blé, bien qu'elle fût visée en tant qu'État ayant déposé une déclaration d'acceptation du traité, ce qui soulève la question de savoir s'il s'agit effectivement d'une réserve formulée dans le contexte de l'application provisoire d'un traité. Pour le Rapporteur spécial, il pourrait s'agir d'une réserve faite par un État dans le cadre de l'expression de son consentement à être lié par le traité. La déclaration faite par les États-Unis concernant l'Accord international de 1962 sur le café ne semble pas être une réserve mais une clause limitant l'application provisoire de cet instrument. Conformément à la constitution, cette clause nécessite l'adoption d'une loi pour donner effet à l'Accord. Le Rapporteur spécial dit qu'il remercie néanmoins M. Forteau des exemples qu'il a donnés et qu'il les étudiera de manière plus approfondie.

Un autre aspect du quatrième rapport qui a été critiqué est le recours fréquent à l'analogie aux fins de l'analyse. Depuis le deuxième rapport, M. Forteau souligne que l'approche devrait être inductive et non déductive. Toutefois, pour le Rapporteur spécial, l'analogie est souvent la seule manière de procéder étant donné la rareté de la pratique des États dans un certain nombre de domaines, relevée par M. Petrič. Bien que, comme indiqué au paragraphe 116 du rapport, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies ait enregistré 1 733 traités prévoyant l'application provisoire, ceci ne signifie pas nécessairement que les États ont appliqué ces traités à titre provisoire ou que la question des réserves, de la nullité, de l'extinction ou de la suspension de l'application en raison d'une violation ou d'une succession d'États s'est posée à l'occasion de cette application provisoire.

À cet égard, la Commission ne semble pas avoir tenu dûment compte d'un aspect des fonctions d'enregistrement du Secrétariat. Elle a mené ses travaux en considérant que tous les éléments de pratique disponibles pouvaient être analysés à la lumière du régime juridique créé par l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 ; or, aussi bien le règlement de 1946 sur l'enregistrement des traités que le *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies* publié depuis 1955 sont antérieurs à cette convention, et le *Manuel des traités* repose sur le règlement de 1946. Si c'est à l'Assemblée générale qu'il incombe d'actualiser ce règlement, on ne peut pas ne pas tenir compte, aux fins de l'étude du sujet du fait que le cadre juridique applicable est dépassé, en particulier en ce qu'il contribue à perpétuer des pratiques erratiques lorsque les États s'en inspirent pour rédiger leurs traités.

Quant à savoir pourquoi il a accordé de l'importance à la pratique des organisations internationales dans l'exercice de leurs fonctions d'enregistrement et de dépositaire, le Rapporteur spécial explique que, lorsque, en l'absence d'outil de recherche permettant aux utilisateurs extérieurs d'avoir accès aux 1 733 traités prévoyant l'application provisoire, il a pris contact avec la Section des traités pour obtenir des exemples de la pratique des États, il est apparu que même les utilisateurs internes ne disposaient pas d'un tel outil. La Section des traités doit être félicitée d'avoir rapidement mis au point un moteur de recherche interne, mais il demeure que les utilisateurs extérieurs ne peuvent faire de recherches dans la base de données des traités à partir du critère de l'application provisoire. Il n'a pas été possible d'annexer une liste des traités pertinents au rapport car il aurait fallu les examiner individuellement pour confirmer qu'ils contenaient des clauses relatives à l'application provisoire, ce que le Rapporteur spécial n'a pas les moyens de faire. Les critères de recherche mentionnés au paragraphe 119 de son quatrième rapport sont différents, en ce qu'ils portent sur les formalités associées à l'application provisoire accomplies par les États, non sur le contenu des traités. Comme ils ont été définis de manière à refléter la manière dont les États qualifient leurs formalités conventionnelles, ils ne sont pour la plupart ni systématiques ni uniformes en pratique. De plus, le moteur de recherche n'affiche que 500 résultats au maximum.

Il existe à l'évidence un grand nombre d'exemples de traités prévoyant l'application provisoire et de formalités conventionnelles concernant ces traités, mais les informations disponibles sont limitées et difficiles à obtenir, et il est donc difficile de se faire une idée d'ensemble de la situation. Étant donné la nécessité de disposer de davantage d'informations sur la pratique des États, le Rapporteur spécial propose que la Commission envisage de prier le Secrétariat de lui fournir un échantillon représentatif de traités bilatéraux et multilatéraux de diverses régions prévoyant l'application provisoire conclus sur une période donnée, par exemple les 20 dernières années, qui pourrait servir de base à une étude des clauses d'application provisoire et des formalités conventionnelles des États en matière d'application provisoire. Les organisations internationales, en particulier l'Organisation des Nations Unies, de par leurs fonctions de dépositaire et d'enregistrement, disposent d'informations essentielles, mais la manière dont celles-ci sont gérées peut avoir

un effet sur la pratique des États dans la mesure où ceux-ci sollicitent fréquemment des conseils auprès de ces organisations en ce qui concerne les traités. Le Rapporteur spécial indique que s'il n'a pas examiné la pratique de l'Union africaine ou d'autres organisations dans son quatrième rapport, c'est faute de temps et non par manque d'intérêt, et il entend remédier à cette situation dans son rapport suivant en maintenant ses contacts directs avec les organisations régionales.

S'agissant du résultat final des travaux de la Commission sur le sujet, il rappelle que l'objectif a toujours été de fournir aux États quelque chose présentant un intérêt pratique. Des directives continuent d'avoir sa préférence, mais il n'exclut pas la possibilité d'élaborer des clauses types, comme l'ont suggéré divers membres. Il tiendra également dûment compte des appels à la prudence lancés par M. McRae et M. Hmoud. Ainsi qu'il l'a expliqué, le projet de directive 10 vise à placer la question des effets juridiques de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 dans le contexte des dispositions de l'article 27, en tant que règle générale, et de l'article 46, en tant qu'exception. L'article 27 a été examiné dans le troisième rapport. Le paragraphe 66 du quatrième rapport souligne que ces deux articles traitent de deux questions différentes : le fait qu'un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution de ses obligations internationales, et le fait qu'un État peut invoquer une violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités si cette violation est manifeste et concerne une règle d'importance fondamentale. Ces deux notions doivent être reflétées comme il convient dans le projet de directives et c'est pour cette raison qu'il les a énoncées dans le projet de directive 10, dans l'ordre dans lequel elles apparaissent à l'article 27 de la Convention.

La situation est totalement différente, comme indiqué au paragraphe 49 du quatrième rapport, lorsque les États ayant participé à la négociation subordonnent l'application provisoire d'un traité à une condition renvoyant à leur droit interne. Étant donné l'intérêt manifesté par les États pour cet aspect du sujet, comme l'attestent deux affaires récentes, et la nécessité de clarifier la question, le Rapporteur spécial dit qu'il partage l'opinion de ceux qui estiment que cette situation devait être envisagée dans des projets de directive futurs. D'un point de vue didactique, toutefois, il pourrait être préférable d'envisager les trois questions – l'article 27, l'article 46 et les clauses limitatives fondées sur le droit interne – séparément. Les paragraphes 43 et 44 du quatrième rapport doivent être lus à la lumière du commentaire figurant au paragraphe 57 : une interprétation indûment large de l'article 46 voulant que chaque État examine a priori l'ensemble des dispositions du droit interne des autres États contractants ne serait manifestement pas raisonnable.

S'agissant des travaux futurs, le Rapporteur spécial approuve la proposition de M^{me} Escobar Hernández tendant à ce que le rapport suivant contienne un aperçu général des travaux effectués sur le sujet à ce jour, accompagné du plus grand nombre possible d'exemples tirés de la pratique, afin d'éclairer les nouveaux membres de la Commission et de contribuer à la rationalisation des projets de directive. Il indique qu'il a l'intention de continuer d'élaborer des projets de directive et des commentaires y relatifs. En conclusion, il prie la Commission de renvoyer le projet de directive 10 au Comité de rédaction.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer le projet de directive 10 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

M. Saboia demande si la Commission aura la possibilité de débattre de la proposition du Rapporteur spécial de prier le Secrétariat de lui fournir un échantillon représentatif de traités.

M. Nolte demande au Rapporteur spécial si cette proposition est liée au projet de directive 10.

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) dit qu'elle n'est pas directement liée à ce projet de directive. Il s'agit de demander au Secrétariat d'effectuer une recherche détaillée dans sa base de données de 1 733 traités prévoyant l'application provisoire afin d'en extraire un échantillon représentatif permettant à la Commission de déterminer avec davantage de certitude l'état de la pratique actuelle. Il est nécessaire de demander au Secrétariat d'effectuer cette recherche car, bien que les traités en question soient accessibles en ligne, le moteur de recherche de la base de données ne l'est pas. Le Rapporteur spécial dit qu'il prendra contact à l'avance avec le Chef de la Section des traités du Bureau des affaires juridiques pour s'assurer qu'il pourra être donné suite à la proposition dans la limite des ressources disponibles et sans exercer une pression indue sur la Section.

M. Llewellyn (Secrétaire de la Commission) dit que si celle-ci estime qu'elle peut y donner suite, une demande sera rédigée par le secrétariat en collaboration avec le Rapporteur spécial pour examen par la Commission avant l'adoption de son rapport annuel.

M. Valencia-Ospina demande si l'étude proposée sera effectuée dans le cadre d'une coopération, la Section des traités recensant les traités et la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques en analysant la signification juridique, ou si elle sera menée par un seul de ces services.

M. Llewellyn (Secrétaire de la Commission) dit qu'il croit comprendre que la Section des traités sera priée de fournir au Rapporteur spécial un échantillon représentatif de traités pour l'aider à élaborer son rapport suivant et qu'aucune étude ne sera demandée à la Division de la codification.

Sir Michael Wood souligne qu'il pensait que la proposition concernait une demande informelle d'assistance du Rapporteur spécial et non une demande officielle de la Commission.

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

Le Président invite la Commission à adopter le texte des projets d'articles 2 f) et 6 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-septième session publié sous la cote A/CN.4/L.865.

Projet d'article 2 f)

Définitions

Le projet d'article 2 f) est adopté.

*Projet d'article 6**Portée de l'immunité ratione materiae*

M. Candiotti dit que s'il n'a pas d'objection au contenu du projet d'article 6, les termes latins comme *ratione materiae* devraient être évités dans les titres afin d'en faciliter la compréhension. En seconde lecture, la Commission devrait s'efforcer de n'utiliser que les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

Le projet d'article 6 est adopté.

Le document A/CN.4/L.865 dans son ensemble est adopté.

Le Président invite la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

M. Kittichaisaree remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport exhaustif, détaillé et fondé sur des recherches approfondies, qui traite de l'un des aspects les plus complexes du sujet, à savoir les exceptions à l'immunité.

Il indique qu'il fera d'abord des observations sur la méthodologie avant de se pencher sur les questions de fond envisagées dans le rapport. Premièrement, la Rapporteuse spéciale aurait dû suivre fidèlement le processus analytique de détermination du droit international coutumier résumé au paragraphe 183 de son rapport. Si elle l'avait fait, il aurait été possible de déterminer si le projet d'article 7 qu'elle propose reflète, en tout ou en partie, des règles établies du droit international coutumier (*lex lata*) ou relève du développement progressif du droit international (*lex ferenda*). Comme indiqué au paragraphe 20 a) du rapport, plusieurs États ont dit qu'il fallait le préciser ; cette distinction est encore plus importante s'agissant des différentes exceptions proposées par la Rapporteuse spéciale dans le projet d'article 7.

Deuxièmement, la Rapporteuse spéciale aurait pu prendre comme point de départ les conclusions du précédent Rapporteur spécial pour le sujet, M. Kolodkin, qui sont reproduites au paragraphe 16 du rapport à l'examen et déterminer si et, dans l'affirmative, comment ces conclusions demeurent justifiables à la lumière de l'évolution la plus récente du droit international, analysée dans la section II du rapport.

Troisièmement, parce que la Rapporteuse spéciale n'a pas adopté cette approche, la pratique étudiée dans la section II du rapport peut faire l'objet d'interprétations diverses. Par exemple, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, citée par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 61 à 95, ne concerne que l'immunité de la juridiction civile de l'État *stricto sensu* et n'étaye peut-être pas suffisamment les conclusions formulées par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 95. Si les décisions en question ne suffisent pas à confirmer que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a un caractère absolu et ne souffre pas d'exceptions, elles n'attestent peut-être pas non plus l'existence de telles exceptions. De surcroît, la pratique de la Cour pénale internationale et d'autres juridictions pénales internationales en matière d'immunité *ratione materiae* n'est peut-être pas nécessairement utile pour déterminer si le droit international coutumier reconnaît l'existence d'exceptions à cette immunité devant les tribunaux internes. En d'autres termes, il n'est peut-être pas possible de faire une analogie entre les deux juridictions parce que le principe *par in parem non habet jurisdictionem*, dont découle l'immunité, ne s'applique pas lorsqu'un représentant de l'État est jugé par une juridiction internationale.

Quant à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie mentionnée aux paragraphes 98 à 100, le paragraphe 41 de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, cité par la Rapporteuse spéciale à l'appui de l'existence d'exceptions à l'immunité en cas de crimes internationaux, figure dans un passage de l'arrêt analysant si les tribunaux internationaux peuvent adresser des ordonnances contraignantes aux représentants de l'État. De plus, comme la Rapporteuse spéciale l'admet au paragraphe 99 de son rapport, cette exception semble être limitée à l'exercice de sa juridiction par le Tribunal, comme le confirme la jurisprudence ultérieure, et ne concerne pas les affaires portées devant les tribunaux internes. Il en va de même de l'affaire dont a connu le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, citée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 100. La chambre d'appel du Tribunal a considéré qu'il n'y avait pas immunité, mais uniquement devant les juridictions pénales internationales. Le même raisonnement est applicable à l'exception reconnue par la Cour pénale internationale qui est visée au paragraphe 107 du rapport.

L'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, dont est saisie la Cour pénale internationale et qui est analysée dans les sections II et III du rapport, mérite d'être étudiée de plus près, en particulier pour ce qui est de la coopération des tribunaux internes avec la Cour pénale internationale, une question traitée aux paragraphes 108 et suivants. Des éléments doivent être clarifiés. Pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, l'obligation de coopérer découlait des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Aux termes de l'Article 103 de la Charte, cette obligation prime tout autre type d'obligation juridique internationale pouvant s'imposer aux États Membres de l'Organisation des Nations Unies, comme le respect de l'immunité des représentants de l'État. Si, dans le cas de ces deux tribunaux, l'obligation de coopérer oblige tous les membres de l'Organisation des Nations Unies dans le cadre du modèle vertical de coopération prévu par leurs statuts respectifs, aux termes du Statut de Rome l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale est une obligation conventionnelle qui ne s'impose qu'aux États parties au Statut. Certaines des conditions de la coopération des États parties sont énoncées au paragraphe 1 de l'article 98 du Statut, mentionné à plusieurs reprises dans le rapport. Aux termes de cette disposition, la Cour pénale internationale « ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité ». Cette disposition tente de concilier les obligations des États parties dans le cadre du Statut de Rome avec leurs autres obligations de droit international vis-à-vis des États tiers qui ne sont pas parties au Statut. La Rapporteuse spéciale en conclut un peu vite, au paragraphe 105 de son rapport, que dans l'affaire *Al-Bashir* le Conseil de sécurité aurait implicitement levé l'immunité, sans bien analyser si le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome dispose en fait que c'est l'État du représentant qui a commis le crime et qui n'est pas partie au Statut qui doit lever l'immunité et que la levée de cette immunité ne peut en tant que telle être considérée comme implicite dans une résolution du Conseil de sécurité concernant la Cour pénale internationale, comme cela aurait pu être le cas pour les raisons susmentionnées s'agissant des tribunaux ad hoc créés en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. M. Kittichaisaree estime certes que M. Al-Bashir devrait être jugé pour que justice soit faite, mais la Rapporteuse spéciale aurait dû indiquer clairement dans son rapport quel était le fondement de la levée de l'immunité en l'espèce.

La Rapporteuse spéciale aboutit au projet d'article 7 après avoir suivi un raisonnement long et sinueux, consacrant de nombreuses pages à des questions théoriques, certes de caractère juridique. Après avoir lu la section III du rapport et écouté la

présentation de celui-ci par la Rapporteuse spéciale et les réponses aux questions qu'il a posées à la séance précédente, M. Kittichaisaree juge toujours que les explications et raisons données par la Rapporteuse spéciale pour justifier l'utilisation des termes « limitations » et « exceptions » ne sont pas pleinement satisfaisantes.

Le parcours accompli par la Rapporteuse spéciale dans son rapport peut être comparé à celui de Dante Alighieri dans sa *Divine Comédie*, qui est divisée en trois parties, à savoir l'enfer, le purgatoire et le paradis. La première partie de ce parcours, l'enfer, consiste en la commission par des représentants de l'État de crimes ayant causé de graves souffrances humaines. La deuxième partie, le purgatoire, concerne l'exercice de l'action pénale contre ces représentants, moyennant réparations et remises en question. Durant cette seconde phase, des obstacles procéduraux et des exceptions à l'immunité peuvent intervenir. Le paradis est l'apogée, les protagonistes réalisant pleinement les « valeurs et les principes juridiques » de la communauté internationale mentionnés aux paragraphes 117 et 190 à 217 du rapport à l'examen, qui prévalent sur les obstacles procéduraux soulevés au purgatoire et permettent aux victimes d'obtenir réparation. M. Kittichaisaree dit qu'il aurait souhaité que la Rapporteuse spéciale arrive au paradis en suivant strictement le processus de détermination du droit international coutumier résumé au paragraphe 183 du rapport à l'examen.

Il dit qu'il apprécie l'équilibre que la Rapporteuse spéciale tente de réaliser entre la stabilité des relations internationales et l'égalité souveraine, d'une part, et la nécessité d'assurer que les victimes des infractions commises par des représentants de l'État obtiennent réparation, de l'autre. Comme la Rapporteuse spéciale le reconnaît elle-même au paragraphe 214 de son rapport, le droit à réparation ne peut constituer en soi un fondement juridique autonome de l'exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. C'est pourquoi la conclusion selon laquelle il existe une limitation ou exception à l'immunité devrait refléter le droit international coutumier, être étayée par une source normative ou, en dernier ressort, être qualifiée de développement progressif du droit international.

S'agissant de la teneur du rapport quant au fond, M. Kittichaisaree relève, en ce qui concerne les actes *ultra vires*, que la Rapporteuse spéciale affirme au paragraphe 121 qu'en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, on peut conclure qu'une tendance majoritaire se dégage en faveur de certaines limitations et exceptions à l'immunité parce que les crimes en question ne sauraient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel au motif qu'ils ne relèvent pas des fonctions ordinaires de l'État et n'entrent pas dans ces fonctions. Il convient que l'attribution à un État aux fins de la responsabilité de l'État des actes *ultra vires* commis par ses représentants est différente de la question des actes *ultra vires* à raison desquels le représentant concerné ne peut invoquer l'immunité fonctionnelle.

L'alinéa a) du paragraphe 1 du projet d'article 7 qui est proposé contient une liste de crimes ne pouvant bénéficier de l'immunité : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées. Comme elle l'indique au paragraphe 219 de son rapport, la Rapporteuse spéciale a établi cette liste en visant les actes pouvant être considérés comme constituant un « crime international ». Le crime d'apartheid est également mentionné dans ce paragraphe, mais il n'est pas visé dans le projet d'article, sans que son omission soit expliquée. Au paragraphe 222, la Rapporteuse spéciale explique pourquoi le crime d'agression ne figure pas dans la liste mais les raisons qu'elle donne à cet égard ne sont pas toutes bien fondées. M. Kittichaisaree dit que sur ce point il partage l'opinion de M. Murase pour plusieurs raisons : bien que, comme l'a dit la Rapporteuse spéciale, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 ne mentionne pas l'agression parmi les crimes à l'égard desquels les États parties sont tenus d'exercer leur juridiction pénale, compte tenu des implications politiques possibles pour la stabilité des relations interétatiques, la situation a évolué depuis

l'adoption du Code. Si on lit le commentaire de l'article 8 du Code, on constate que les hypothèses retenues à l'époque ne sont plus valides à de nombreux égards, en particulier depuis l'adoption en 2010 des Amendements de Kampala au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression. Dès lors que la Cour pénale internationale exerce sa compétence pour connaître du crime d'agression, elle n'est pas tenue, si le Conseil de sécurité est dans l'impasse, d'attendre une décision finale de cet organe constatant la commission d'un acte d'agression. De plus, il est probable que les États ayant accepté les Amendements de Kampala réprimeront le crime d'agression dans leur droit pénal interne, comme ils l'ont fait s'agissant des autres crimes visés dans le Statut de Rome. L'incorporation du crime d'agression dans le Statut de Rome en 2010 n'a pas modifié le mécanisme de complémentarité. Les États parties ne se sont donc pas opposés à la possibilité, certes circonscrite par des conditions juridictionnelles étroites, que les tribunaux internes des États parties exercent leur compétence pour connaître du crime d'agression lorsque celui-ci est commis par leurs nationaux. La Commission ne peut exclure la possibilité qu'un État puisse engager des poursuites pénales devant ses tribunaux contre des personnes responsables d'un acte d'agression à son encontre, tel qu'objectivement déterminé. L'évaluation d'un organe objectif, par exemple une enquête internationale indépendante avalisée par l'Organisation des Nations Unies ou un rapport crédible et objectif comme le rapport d'enquête sur l'Iraq du 6 juillet 2016, qui fait le bilan de la politique du Royaume-Uni en ce qui concerne la guerre en Iraq de 2001 à 2009, peut être invoquée pour étayer une accusation d'agression à l'encontre de personnes physiques.

La Rapporteuse spéciale mentionne également l'absence en droit interne de lois réprimant ce crime ainsi que l'absence de pratique des États. Toutefois, comme elle l'admet au paragraphe 224 de son rapport, la jurisprudence nationale qui a donné naissance à la limitation ou l'exception relative aux crimes internationaux concerne principalement un grand nombre d'affaires de torture. Si l'absence de jurisprudence s'agissant des autres crimes internationaux n'a pas été décisive s'agissant de les faire figurer parmi les exceptions énoncées à l'alinéa a) du paragraphe 1 du projet d'article 7, il devrait en aller de même du crime d'agression.

Des tentatives ont été faites pour tenter des poursuites du chef d'agression. Par exemple, en Thaïlande, l'action pénale a été exercée contre le Premier Ministre qui avait déclaré la guerre aux Alliés durant la Seconde Guerre mondiale. Les accusations de crimes de guerre et de belliciste ont été rejetées dans cette instance particulière parce que les actes visés n'étaient pas réprimés lorsqu'ils avaient été commis, et que des poursuites auraient donc violé les principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale.

M. Kittichaisaree dit qu'il pense avec M. Murase que le crime d'agression est un crime qui ne peut être commis que par un représentant de haut rang, c'est-à-dire une personne en mesure d'exercer un contrôle effectif sur l'action politique ou militaire de l'État ou de diriger cette action. Ceci signifie que l'entrée en guerre est le plus souvent le fait de personnes investies de l'autorité étatique ; ainsi, comme elle relève de l'exercice de fonctions officielles, ses auteurs jouiront normalement d'une immunité *ratione materiae* permanente, même s'ils ne sont plus en fonctions. L'agression entraîne généralement d'autres crimes de droit international graves, notamment des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, voire des actes de génocide. À l'avenir, lorsque la Cour pénale internationale exercera sa compétence pour connaître du crime d'agression ou lorsque des poursuites pénales seront exercées contre une personne accusée d'agression devant les tribunaux internes d'un État ayant été victime d'agression, il est probable que l'accusé invoquera l'immunité de juridiction pénale étrangère. Il est donc essentiel que ce crime figure dans la liste des exceptions à l'immunité *ratione materiae* du projet d'article 7. À défaut, l'agression demeurera dans la catégorie des actes officiels et, en tant qu'acte officiel, sera couverte par l'immunité *ratione materiae*.

Enfin, M. Kittichaisaree rappelle à la Commission que la question de l'immunité des entreprises privées est toujours pendante.

M. Hmoud dit que la question du crime d'agression et de la constatation de celui-ci par le Conseil de sécurité évoquée par M. Kittichaisaree est extrêmement importante. Il demande comment, dans le contexte des projets d'article à l'examen, une juridiction nationale déterminera qu'un acte d'agression a été commis et abordera ensuite la question de l'immunité lorsque le Conseil de sécurité n'aura pas constaté l'existence d'un acte d'agression. Dans le cas du Statut de Rome, cette question a été débattue et réglée à Kampala.

M. Kittichaisaree dit qu'actuellement, une personne contre laquelle la Cour pénale internationale a émis un mandat d'arrêt du chef du crime d'agression peut invoquer l'immunité. Si, en raison d'un blocage politique au Conseil de sécurité, cet organe ne peut constater qu'un acte d'agression a été commis, un tribunal national pourra invoquer des rapports émanant de sources crédibles, comme ceux des commissions d'enquête internationales établies par l'Organisation des Nations Unies, qui indiquent clairement qu'un acte d'agression a eu lieu, pour émettre son propre mandat d'arrêt. Il n'est toutefois pas certain qu'une telle mesure soit justifiable en droit international, puisque l'État exercerait alors sa propre juridiction pénale ; les États qui considèrent que l'État en question a été victime d'une agression pourront coopérer avec lui. Donc, en théorie, deux instances pénales parallèles pourraient être introduites du chef du crime d'agression, l'une devant la Cour pénale internationale, l'autre devant les tribunaux internes.

M. Saboia dit qu'il estime comme M. Kittichaisaree que le crime d'agression peut donner lieu à de nombreuses infractions extrêmement graves. Toutefois, M. Kittichaisaree a également semblé contredire sa propre critique de la méthodologie utilisée par la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne les exceptions : il a souligné que l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale ne s'imposait qu'aux États parties au Statut de Rome parce qu'elle n'était pas reconnue en droit international coutumier ; or on peut dire la même chose du crime d'agression au regard du Statut de Rome.

La conclusion implicite à laquelle a abouti la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne la volonté du Conseil de sécurité de renvoyer la situation au Soudan à la Cour pénale internationale n'aurait aucun sens si elle ne concernait pas l'intégralité de la compétence de la Cour, notamment l'obligation de coopérer avec celle-ci aux fins de la remise de l'accusé ou du suspect. M. Saboia estime donc que la Commission pourrait envisager d'adopter une clause « sans préjudice » renvoyant au développement du droit pénal international concernant le crime d'agression.

M. Murphy dit qu'une préoccupation exprimée à la Conférence de Kampala au sujet des poursuites exercées devant les tribunaux internes contre les auteurs d'actes d'agression tenait à la possibilité que, lorsqu'un conflit armé oppose deux États, chaque État considère l'autre comme étant l'agresseur, trouve ce qu'il considère comme des sources crédibles pour étayer sa position et mette en accusation les dirigeants de l'autre État devant ses propres tribunaux, en particulier si son droit interne le prévoit. On a estimé qu'une telle situation risquait de faire obstacle à ce qu'il soit mis fin au conflit par la négociation. C'est dans une large mesure la raison d'être du cinquième élément d'interprétation concernant les amendements au Statut de Rome adoptés à Kampala, aux termes duquel il est entendu que « les amendements ne doivent 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 ».

M. Gómez-Robledo dit que la question très intéressante soulevée par M. Kittichaisaree et les observations y relatives faites par divers membres de la Commission soulèvent la question de savoir s'il est admis que le Conseil de sécurité a le

monopole de la constatation d'un acte d'agression et si ce pouvoir peut être considéré comme prévalant sur le droit des tribunaux internes. Les Amendements de Kampala entreront probablement en vigueur dans un proche avenir, mais ils seront loin d'être universellement applicables ; il serait donc utile de viser le crime d'agression dans le projet d'article 7.

M. Kittichaisaree, répondant aux observations de M. Saboia et M. Murphy, dit qu'en fait il n'a pas déclaré que les arguments qu'il a formulés concernant le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome étaient corrects ; il a voulu dire que, au lieu de se contenter d'affirmer que le Conseil de sécurité avait implicitement levé l'immunité dans l'affaire *Al-Bashir*, la Rapporteuse spéciale aurait dû également examiner les arguments contraires et les réfuter. Il a pris bonne note de l'observation de M. Murphy ; toutefois, ce qu'il a dit de l'exercice de l'action pénale contre les auteurs du crime d'agression devant les tribunaux nationaux vaut également pour d'autres crimes, comme le crime de génocide ou les accusations de torture portées contre les propres nationaux d'un État. Le projet d'articles élaboré par la Rapporteuse spéciale pourrait en temps voulu devenir une convention ou prendre une autre forme durable si la pratique consistant à poursuivre les personnes accusées du crime d'agression sur la base de preuves crédibles en venait à être acceptée par la communauté internationale des États.

La séance est levée à 11 h 40 pour permettre au Comité de rédaction sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés de se réunir.