

Document:-  
**A/CN.4/SR.3360**

**Compte rendu analytique de la 3360e séance**

sujet:  
**<plusieurs des sujets>**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**2017, vol. I**

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

la Commission n'est pas en train de décider s'il y aura quatre projets de directive ou un seul et si deux nouveaux alinéas seront ajoutés au projet de préambule.

75. M<sup>me</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que, premièrement, elle tient à remercier le Rapporteur spécial des efforts qu'il a faits pour tenir compte de toutes les observations faites en séance plénière eu égard à l'approche collégiale qui préside aux travaux de la Commission. Deuxièmement, et cela est plus important, le Rapporteur spécial aurait pu présenter les nouveaux textes qu'il propose dans le cadre du Comité de rédaction, même si c'est par souci de transparence qu'il les a présentés en plénière avant leur renvoi au Comité. L'oratrice rappelle en outre que, conformément à la pratique établie, c'est à l'initiative du Rapporteur spécial que les propositions initiales ou les nouvelles propositions doivent être renvoyées au Comité de rédaction, bien que celui-ci doive tenir compte de toutes les observations et propositions faites par les autres membres. M<sup>me</sup> Escobar Hernández dit qu'elle est pour cette raison favorable au renvoi de tous les textes proposés au Comité de rédaction.

76. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que lui aussi considère que les quatre projets de directive devraient être renvoyés au Comité de rédaction, étant entendu que la proposition qu'il a faite en ce qui concerne une version révisée du projet de directive 9 et deux alinéas du préambule ainsi que les autres propositions qui ont été faites seront prises en considération par le Comité. Il indique qu'il a présenté les nouveaux textes qu'il propose en séance plénière parce que Sir Michael Wood et d'autres membres l'ont demandé.

77. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer au Comité de rédaction tous les projets de directive proposés dans le quatrième rapport, étant entendu que la proposition du Rapporteur spécial concernant le projet de directive 9 et deux alinéas du projet de préambule, ainsi que les observations faites au cours du débat, seront également prises en considération.

*Il en est ainsi décidé.*

*La séance est levée à 12 h 55.*

### 3360<sup>e</sup> SÉANCE

*Jeudi 18 mai 2017, à 10 h 5*

*Président*: M. Georg NOLTE

*Présents*: M. Argüello Gómez, M. Cissé, M<sup>me</sup> Escobar Hernández, M<sup>me</sup> Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, M<sup>me</sup> Lehto, M. Murase, M. Nguyen, M<sup>me</sup> Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

### Organisation des travaux de la session (suite\*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction pour le sujet de la protection de l'atmosphère est composé des membres suivants: M. Murase (Rapporteur spécial), M. Argüello Gómez, M. Cissé, M<sup>me</sup> Escobar Hernández, M<sup>me</sup> Galvão Teles, M. Hmoud, M. Jalloh, M<sup>me</sup> Lehto, M. Nguyen, M. Nolte, M<sup>me</sup> Oral, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

### Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État<sup>192</sup> (A/CN.4/703, partie II, sect. E<sup>193</sup>, A/CN.4/701<sup>194</sup>, A/CN.4/L.893<sup>195</sup>)

[Point 2 de l'ordre du jour]

#### CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

2. Le PRÉSIDENT invite la Rapporteuse spéciale à présenter son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

3. M<sup>me</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) rappelle que la Commission a commencé l'examen du cinquième rapport sur le sujet à la session précédente, mais que comme à l'époque ce rapport n'était disponible qu'en anglais et en espagnol elle a décidé qu'à titre exceptionnel elle en poursuivrait et en achèverait l'examen à la session en cours. La Rapporteuse spéciale indique que, bien qu'ayant déjà présenté ce rapport à la session précédente<sup>196</sup>, elle va de nouveau le présenter brièvement, principalement au bénéfice des membres de la Commission nouvellement élus mais également pour tenir compte des vues exprimées par les membres de la Commission à la session précédente et par les États à la Sixième Commission.

4. Le cinquième rapport est consacré aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, un aspect du sujet qui a fait l'objet de débats récurrents à la Commission et à la Sixième Commission et a au fil des ans suscité des opinions diverses et souvent opposées. La Rapporteuse

\* Reprise des débats de la 3355<sup>e</sup> séance.

<sup>192</sup> À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4 et les commentaires y relatifs [Annuaire... 2013, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 42 et suiv., par. 49]. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 2 e et le projet d'article 5 et les commentaires y relatifs [Annuaire... 2014, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 152 et suiv., par. 132]. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 2 f et le projet d'article 6 et les commentaires y relatifs [Annuaire... 2016, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 225, et suiv., par. 250].

<sup>193</sup> Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

<sup>194</sup> Reproduit dans Annuaire... 2016, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>195</sup> Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

<sup>196</sup> Voir Annuaire... 2016, vol. I, 3328<sup>e</sup> séance, p. 353 et suiv., par. 2 à 19.

spéciale indique que pour élaborer ce rapport elle a suivi la même méthode que pour les précédents<sup>197</sup>, à savoir qu'elle s'est essentiellement fondée sur une analyse de la pratique des États, de la jurisprudence internationale et des travaux antérieurs de la Commission. Elle a de plus tenu compte des informations fournies par les États en réponse aux questions posées par la Commission. Dix-neuf États au total ont présenté des observations écrites, qui peuvent être consultées sur le site Web de la Commission<sup>198</sup>. Les déclarations faites oralement par les délégations à la Sixième Commission, en particulier en 2014 et 2015, ont également été prises en compte.

5. Le rapport à l'examen forme un tout avec les quatre rapports précédents et il doit donc être lu et compris avec ceux-ci. Le projet d'article 7, par exemple, n'acquiert toute sa signification qu'à la lumière des projets d'article que la Commission a déjà provisoirement adoptés.

6. S'agissant des principales questions de fond et de méthode, le rapport a trois objectifs : analyser la pratique pour déterminer s'il est des situations dans lesquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est sans effet, même lorsqu'elle est potentiellement applicable, recenser ces situations si elles existent et en déterminer les fondements juridiques, puis, à la lumière de cette analyse, proposer un projet d'article.

7. L'un des principaux points appelant des observations concerne l'expression « limites et exceptions », qui rend compte des divers arguments avancés en pratique pour justifier la non-application de l'immunité. Certaines infractions sont considérées comme n'étant pas des actes officiels ou ostensiblement liés à la qualité officielle, ou ne relèvent tout simplement pas des fonctions de l'État, et elles constituent des limites, alors que d'autres sont considérées comme ne bénéficiant pas du régime de l'immunité parce qu'elles violent des normes du *jus cogens*, des droits de l'homme internationalement reconnus ou, de manière plus générale, les valeurs et principes juridiques du droit international contemporain, et elles constituent des exceptions. Ainsi, une limite à l'immunité est intrinsèquement ou directement liée à l'immunité ou à l'un de ses éléments normatifs, et une exception est extrinsèque à l'immunité et à ses éléments normatifs, mais n'en appartient pas moins au système juridique international et est donc un élément à prendre en considération pour déterminer si l'immunité s'applique dans telle ou telle affaire.

8. Cette distinction est un outil méthodologique utile pour étudier la pratique de la non-application de l'immunité et son fondement juridique. Quoi qu'il en soit, il convient de noter que les deux catégories ont en pratique des effets similaires, à savoir la non-application dans certaines circonstances du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cette diversité d'approches s'agissant de comprendre et d'expliquer les situations dans lesquelles

l'immunité ne s'applique pas est reflétée dans la pratique et dans les positions adoptées par les membres de la Commission et les États à la Sixième Commission, et est traduite par la formule globale employée au projet d'article 7, à savoir « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas ».

9. Un autre point appelant des observations concerne la nécessité de traiter des limites et exceptions à la fois dans le cadre du régime spécifique des immunités et dans celui de l'ordre juridique international dans son ensemble.

10. La question des limites et exceptions à l'immunité ne peut être envisagée isolément. De fait, ces limites et exceptions acquièrent leur pleine signification dans le contexte de l'étude de l'immunité figurant dans les rapports précédents, qui a révélé la nature juridique de cette institution en droit international contemporain et recensé les éléments essentiels à prendre en compte lorsque l'on examine la question. Ces éléments sont notamment la relation entre l'immunité et la compétence et la notion d'immunité en tant qu'exception à l'exercice de la compétence, la notion d'immunité en tant qu'institution procédurale et ses effets, dans certaines situations, sur la responsabilité du représentant, la distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État *stricto sensu*, et la distinction entre l'immunité des représentants de l'État devant les tribunaux pénaux étrangers et devant les juridictions pénales internationales.

11. Dans son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale envisage la question des limites et exceptions à l'immunité étant entendu que le droit international est un système normatif. De ce point de vue, l'immunité des représentants de l'État est une institution utile et nécessaire pour faire respecter certaines valeurs et certains principes de l'ordre juridique international, en particulier le principe de l'égalité souveraine.

12. Cependant, dans le même temps, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en tant qu'élément de ce système, doit être interprétée de manière systémique. Cette approche systémique exige la prise en considération d'autres institutions également liées au principe de l'égalité souveraine, en particulier le droit d'exercer la compétence, ainsi que d'autres domaines de l'ordre juridique international qui traduisent et consacrent d'autres valeurs et principes de la communauté internationale dans son ensemble, en particulier le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international. Le droit international étant un véritable système normatif, l'élaboration par la Commission d'un projet d'articles destiné à aider les États à codifier et développer progressivement le droit international sur un sujet problématique mais extrêmement important pour la communauté internationale ne peut pas et ne doit pas avoir pour effet de créer des déséquilibres dans d'importants domaines du système juridique international, dont le développement ces dernières décennies a été l'une des principales caractéristiques de ce système.

13. Cette conception systémique du droit international oblige à tenir compte de la relation entre l'immunité et le *jus cogens*, les valeurs et principes du droit international,

<sup>197</sup> *Annuaire... 2012*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2013*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport); *Annuaire... 2014*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport); et *Annuaire... 2015*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

<sup>198</sup> Voir le Guide analytique des travaux de la Commission, à l'adresse suivante : <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml>.

les dimensions juridiques des concepts d'impunité et de responsabilité, la lutte contre l'impunité, le droit d'accès aux tribunaux, le droit des victimes à réparation et l'obligation de l'État de réprimer certains crimes internationaux.

14. Le dernier point concerne le rôle que la Commission attribue à la pratique des États dans le cadre de ses travaux. La Rapporteuse spéciale dit qu'ainsi qu'elle l'a noté dans tous ses rapports, l'étude de la pratique est fondamentale pour les travaux de la Commission. Aucun argument théorique ni aucune préférence personnelle ou idéologique ne sauraient remplacer la pratique. Celle-ci est au contraire le point de départ nécessaire de toute étude rigoureuse propre à faciliter l'élaboration de propositions de codification et de développement progressif. Ce n'est qu'une fois cette étude achevée qu'une analyse incorporant des éléments théoriques et proposant des options pour telle ou telle question peut être effectuée, en particulier si la question est controversée. Toutefois, la primauté de la pratique doit être entendue dans le contexte qui est le sien. La pratique doit être dûment prise en considération, mais elle doit aussi être interprétée et intégrée dans l'ordre juridique international. Ou, pour le dire plus simplement, la pratique n'est ni neutre ni le seul fondement des décisions à prendre.

15. Telle a été l'approche suivie dans le cinquième rapport. La Rapporteuse spéciale indique que son intention était de déterminer s'il existait des règles applicables du droit international coutumier susceptibles d'être codifiées et, dans l'affirmative, s'il existait une pratique suffisante pour établir l'existence d'une tendance autorisant à faire des propositions en vue de développer progressivement le droit. En ce qui concerne l'existence d'une règle coutumière, la Rapporteuse spéciale a tenu compte des travaux en cours de la Commission sur la détermination du droit international coutumier. S'agissant d'identifier une tendance, le rapport repose également sur une analyse de la pratique.

16. Certes, l'étude de la pratique ne saurait se limiter à la jurisprudence internationale. Une telle approche risquerait d'être taxée de réductionnisme. Au contraire, s'agissant du sujet à l'examen, la notion de pratique doit également s'entendre de la législation des États et de la jurisprudence des tribunaux internes, qui sont les organes devant lesquels la question de l'immunité de juridiction se pose et dont les décisions constituent indubitablement un élément essentiel de la pratique des États, en particulier parce qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, ces organes occupent une place centrale et privilégiée du point de vue de l'autorité souveraine de l'État dans l'exercice de sa juridiction.

17. Sur la base de cette étude de la pratique, il est possible de conclure que la commission de crimes internationaux doit aujourd'hui être considérée comme une limite ou une exception à l'immunité reposant sur une règle du droit international coutumier. Même s'il était possible de contester l'existence en la matière d'une pratique et d'une *opinio juris* donnant naissance à une coutume internationale, il ne semble pas possible, quelles que soient les circonstances, de nier l'existence d'une nette tendance en faveur de certaines limites et exceptions donnant à penser qu'une coutume est en train de se faire jour.

18. La Commission doit mener ses travaux conformément à son mandat pris comme un tout. Cela signifie qu'elle peut et doit faire œuvre de codification et de développement progressif lorsqu'un sujet s'y prête. Tel est certainement le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et en particulier de la question des limites et exceptions.

19. S'agissant du projet d'article 7, ses trois paragraphes exposent tous les éléments qui définissent, de manière intégrée, le régime des limites et exceptions à l'immunité.

20. Le paragraphe 1 vise à recenser en termes généraux les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Il a été rédigé sur le modèle de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. L'expression «ne s'applique pas» est employée pour tenir compte des diverses opinions exprimées à ce jour sur le classement dans la catégorie des limites ou celle des exceptions de chacune des situations envisagées dans le rapport. De plus, ce paragraphe rend fidèlement compte des effets des limites et exceptions à l'immunité. Son libellé est particulièrement approprié dans le cas des crimes internationaux puisque, si la question de savoir si ces crimes peuvent être commis à titre officiel est largement débattue, l'idée qu'ils ne bénéficient pas de l'immunité est largement répandue. La Rapporteuse spéciale indique qu'elle a en outre choisi de définir les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas en visant les infractions à l'égard desquelles la compétence entendait s'exercer et non les procédures dans lesquelles ces infractions pouvaient être examinées.

21. Le paragraphe 1 envisage trois cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas, à savoir les crimes de droit international, les crimes liés à la corruption et les crimes couverts par l'«exception territoriale». En ce qui concerne les crimes de droit international, la Rapporteuse spéciale dit qu'elle a décidé de viser expressément le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées parce que ce sont les crimes le plus fréquemment commis en pratique, qu'ils sont réprimés dans des traités et que leur classement dans la catégorie des crimes de droit international est largement accepté par la communauté internationale.

22. Le paragraphe 2 définit la portée des limites et exceptions. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* – à savoir les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères – pendant leur mandat. En conséquence, les limites et exceptions à l'immunité ne concernent que l'immunité *ratione materiae* telle que celle-ci a déjà été définie par la Commission. L'exclusion de ces trois catégories de représentants de l'État repose sur la pratique et a été confirmée par la Cour internationale de Justice. Il ne faut toutefois pas oublier que les limites et exceptions sont inapplicables aux chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères uniquement durant leur mandat, à l'expiration duquel les dispositions du paragraphe 1 redeviennent applicables.

23. Enfin, le paragraphe 3, qui prend la forme d'une clause «sans préjudice», prévoit deux situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas parce qu'il existe

des régimes spéciaux. La première est celle dans laquelle l'État du for et l'État du représentant sont liés par un traité interdisant d'invoquer l'immunité devant leurs tribunaux pénaux respectifs. La seconde est celle où l'État du for est tenu d'une obligation générale de coopérer avec une juridiction internationale. Les régimes visés au paragraphe 3 correspondent à des situations dont on trouve des exemples en pratique. Le paragraphe 3 *b* en particulier rend compte de la situation complexe pouvant découler de l'application du paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont l'affaire Al Bashir dont ont connu les tribunaux sud-africains<sup>199</sup> est un exemple et qui a même amené le Gouvernement sud-africain à dénoncer le Statut de Rome.

24. Ainsi que la Rapporteuse spéciale l'a indiqué en plusieurs occasions, la question des limites et exceptions à l'immunité est l'un des aspects les plus controversés du sujet. Il s'agit néanmoins d'un aspect auquel tant les membres de la Commission que les États continuent d'attacher beaucoup d'importance. À la session précédente de la Commission, plusieurs membres ont pu exprimer leur opinion sur la question dans le cadre de déclarations formelles et de mini-débats. Ces opinions, provenant en particulier des membres de la Commission, font partie du débat général sur le sujet et devront être prises en considération dans le cadre de la décision finale que la Commission adoptera à la session en cours.

25. Deux observations s'imposent à cet égard. Premièrement, les membres de la Commission sont divisés dans leurs opinions, et il n'est pas encore possible de dégager une position majoritaire sur la question. Deuxièmement, le débat sur le sujet a une fois encore rouvert la discussion relative à la portée du mandat de la Commission, en particulier en ce qui concerne le rôle assigné à la codification et au développement progressif et la manière dont la *lex lata* et la *lex ferenda* doivent être comprises.

26. Plusieurs délégations ont également exprimé leur opinion sur le sujet en 2016 dans le cadre de la Sixième Commission lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. Quelques-unes ont indiqué qu'elles s'abstiendraient de faire des observations sur la question des limites et exceptions à l'immunité jusqu'à ce que la Commission ait achevé l'examen du cinquième rapport. Les autres, tout en indiquant que leurs observations avaient un caractère préliminaire, ont commenté plusieurs questions traitées dans le rapport et, parfois, le projet d'article 7.

27. Plusieurs délégations ont déclaré sans équivoque qu'il n'y avait de limites et d'exceptions ni à l'immunité *ratione personae* ni à l'immunité *ratione materiae*, et d'autres ont exprimé cette opinion de manière moins catégorique. Certaines délégations se sont déclarées favorables à un traitement différencié de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* en ce qui

concerne les limites et exceptions, et plusieurs autres ont vigoureusement défendu l'existence de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, en particulier dans le cas des crimes internationaux. L'opinion a également été exprimée que les crimes internationaux ne pouvaient être considérés comme des actes officiels et n'étaient donc pas couverts par l'immunité *ratione materiae*.

28. Certaines délégations se sont déclarées sceptiques quant à l'inclusion des crimes liés à la corruption parmi les exceptions ou limites à l'immunité. Selon une autre opinion, les actes de corruption étant commis dans un but de gain personnel, ils constituaient des limites à l'immunité et ne bénéficiaient donc pas de celle-ci. Plusieurs délégations ont dit qu'il serait intéressant d'analyser plus avant la question des crimes liés à la corruption en relation avec l'immunité.

29. De l'avis général, l'immunité *ratione personae* ne connaissait ni limites ni exceptions.

30. Quelques délégations ont souligné la nécessité de tenir compte du fait que l'immunité reposait sur le principe de l'égalité souveraine des États, que son objectif était de préserver la stabilité des relations internationales et qu'il fallait donc éviter de lui assigner des limites ou des exceptions. Pour plusieurs délégations, il fallait réaliser un équilibre entre le respect du principe de l'égalité souveraine – et le maintien de la stabilité des relations internationales – et la lutte contre l'impunité. Selon plusieurs délégations, la Commission devait tenir compte des avancées réalisées ces dernières décennies dans le domaine du droit pénal international mais veiller, ce faisant, à ne pas les compromettre. Quelques délégations ont soutenu que s'agissant de l'immunité et des limites et exceptions possibles, la Commission devait se limiter à la codification, tandis que d'autres estimaient qu'elle devait exercer les deux fonctions prévues par son mandat, à savoir développer progressivement et codifier le droit international.

31. Des délégations ont souligné qu'il fallait faire preuve de prudence en ce qui concerne les limites et exceptions à l'immunité. Certaines ont aussi souligné que la compétence pénale risquait d'être exercée à l'égard d'un représentant étranger à des fins politiques ou sans que les garanties procédurales soient suffisamment respectées. Pour les délégations en question, pour parer à ces risques, il fallait créer les mécanismes procéduraux voulus ; quelques autres ont souligné qu'il importait d'examiner les aspects procéduraux de l'immunité. Enfin, presque tous les États ayant participé au débat ont insisté sur l'importance du sujet en général et celle de la question des limites et exceptions en particulier.

32. Les opinions exprimées par les délégations attestent le caractère controversé du sujet qui, de plus, concerne des catégories fondamentales du droit international contemporain et touche des intérêts d'une importance majeure pour les États.

33. La Rapporteuse spéciale rappelle qu'à la session précédente de la Commission, M. McRae a exactement défini les difficultés soulevées par la question des limites et exceptions à l'immunité, en particulier en ce qui concerne le rôle à assigner à la *lex lata* et à la *lex ferenda*, et le poids

<sup>199</sup> Décision du 15 mars 2016 de la Cour suprême d'appel sud-africaine (*Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*) faisant suite à l'appel formé par le Gouvernement sud-africain contre l'arrêt rendu par la Haute Cour d'Afrique du Sud (Division de Gauteng, à Pretoria) le 24 juin 2015 dans l'affaire *Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice And Constitutional Development and Others*.

relatif à accorder à la codification et au développement progressif dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet<sup>200</sup>. À la session en cours, il incombe à la Commission de répondre à la question soulevée à cette occasion par M. McRae, à savoir si elle entend s'inscrire dans la tendance en train de se faire jour que la Rapporteuse spéciale a identifiée ou y mettre fin.

34. En ce qui concerne les travaux futurs sur le sujet, la Rapporteuse spéciale indique qu'elle a l'intention de tenir des consultations informelles durant la seconde partie de la session pour étudier divers aspects procéduraux du sujet, et elle se propose pour cela de distribuer le moment venu un bref document de travail. Elle présentera son sixième et dernier rapport à la soixante-dixième session de la Commission, afin que les débats sur le sujet puissent s'achever et qu'un projet d'articles puisse être adopté en première lecture à cette session.

35. M. PARK dit que la question des limites et exceptions à l'immunité est l'un des aspects les plus complexes des travaux de la Commission sur le sujet. Cette question est particulièrement importante pour la République de Corée, dont le droit interne lui permet d'exercer sa compétence pénale à l'égard de tous les étrangers ayant commis des crimes internationaux graves hors de son territoire qui sont présents sur celui-ci, quelle que soit leur qualité officielle. On ne sait toutefois pas avec certitude si les représentants de haut rang jouissent ou non de l'immunité de cette juridiction car les tribunaux n'ont encore jamais connu de telles affaires. Dans ce contexte, les travaux de la Commission sont très importants.

36. À la session précédente, si plusieurs membres ont appuyé la proposition de la Rapporteuse spéciale selon laquelle la commission de crimes internationaux constituait une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État fondée en droit international coutumier, d'autres ont estimé qu'une telle exception n'existait pas. M. Park dit qu'il considère quant à lui que les travaux sur le sujet doivent tenir compte tant du développement progressif que de la codification du droit international. Le mandat de la Commission consiste à déterminer quel est le droit international positif pour ensuite décider dans quelle mesure il est nécessaire d'y ajouter des dispositions *de lege ferenda*. À cet égard, le point de départ des travaux de la Commission est le droit international positif. La Commission doit, lorsqu'elle examine le sujet, premièrement établir quelles sont les règles pertinentes de ce droit puis prendre la *lex ferenda* en considération. S'agissant de la *lex ferenda* de l'immunité, elle doit surtout se soucier de la protection des droits de l'homme. Au final, le projet d'articles doit réaliser un équilibre entre *lex lata* et *lex ferenda* et il est important de ne pas confondre l'une et l'autre.

37. Au paragraphe 184 de son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale conclut qu'elle dispose de suffisamment d'éléments pour affirmer qu'il existe une norme coutumière selon laquelle les crimes internationaux constituent une limite ou exception à l'immunité. Elle fait valoir qu'il en est ainsi parce qu'il n'y a pas de pratique cohérente contre la non-applicabilité de cette

immunité. L'immunité des représentants de l'État étant reconnue, en principe, en droit international, il importe de déterminer s'il existe une pratique cohérente en faveur de limites ou d'exceptions. La Rapporteuse spéciale ne semble pas avoir réussi à justifier sa conclusion en ce sens ; des recherches plus approfondies doivent donc être menées pour étayer cette conclusion.

38. M. Park dit qu'il souscrit de manière générale à l'analyse de la Rapporteuse spéciale figurant aux paragraphes 236 à 242 du rapport à l'examen. Il n'est toutefois pas d'accord avec son évaluation de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, dont elle déduit une tendance à ne pas reconnaître l'immunité des représentants de l'État lorsque ceux-ci ont commis des actes de torture, alors que cette décision a trait à une procédure civile. Pour M. Park, la Cour n'est pas allée jusqu'à reconnaître dans la torture un motif légitime de refus de l'immunité mais a simplement relevé une tendance en ce sens dans l'évolution du droit international, sans reconnaître l'existence d'une règle autorisant une limite ou exception à l'immunité. Il serait plus judicieux de conclure que la Cour considère qu'une limite ou exception dans le contexte de la torture relève de la *lex ferenda*.

39. M. Park estime que la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas vu dans la violation d'une norme du *jus cogens* un motif légitime de refus de l'immunité. La Rapporteuse spéciale tend quant à elle, au paragraphe 187 de son rapport, à minimiser l'importance des décisions de ces juridictions, arguant qu'elles concernent l'immunité de l'État non celle des représentants de l'État, et qu'elles ne peuvent être considérées que comme un « moyen auxiliaire » de détermination de l'existence d'une pratique qui, accompagnée d'une *opinio juris*, permettrait de conclure à l'existence d'une norme coutumière, mais ne sauraient en aucun cas remplacer les tribunaux nationaux dans la formation de la coutume.

40. La Rapporteuse spéciale ne donne aucune explication convaincante de la raison pour laquelle les limites ou exceptions à l'immunité des représentants de l'État doivent être distinguées des limites ou exceptions à l'immunité de l'État. Ces deux immunités sont procédurales et ont toutes deux pour objet de protéger l'égalité souveraine des États.

41. Il ne faut pas sous-estimer la valeur des décisions judiciaires comme moyens auxiliaires au sens du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ces décisions sont des preuves importantes de la formation du droit international coutumier. Dans certains cas, il peut être plus pertinent d'examiner des décisions de la Cour internationale de Justice que de recenser la pratique de certains États.

42. M. Park dit que lui-même considère qu'il est difficile de conclure de manière définitive qu'il existe une limite ou exception à l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État fondée sur la commission de crimes internationaux graves ou de crimes liés à la corruption. Étant donné cette incertitude, il serait préférable de considérer qu'une telle limite ou exception relève de

<sup>200</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. I, 3331<sup>e</sup> séance, p. 382, par. 53 et 54.

la *lex ferenda*. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure la *lex ferenda* a sa place dans les travaux de la Commission sur le sujet. Trois observations peuvent être faites à cet égard.

43. Premièrement, on ne peut plus nier, au XXI<sup>e</sup> siècle, que la protection des personnes contre les violations généralisées et graves des droits de l'homme est en train de devenir une valeur essentielle de la communauté internationale. À cet égard, M. Park dit qu'il souscrit pleinement à la position prise par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 191 à 205 de son rapport.

44. Deuxièmement, M. Park appuie la deuxième approche mentionnée au paragraphe 157 du rapport à l'examen en ce qui concerne la relation entre les juridictions internationales et les tribunaux internes. Lorsque l'on prend en compte le développement du droit pénal international, il faut également se pencher sur le système de l'immunité devant les tribunaux internes. Une tendance croissante se manifeste dans le monde entier en faveur de la protection des droits de l'homme et de la lutte contre l'impunité; le régime de l'immunité ne doit donc pas faire obstacle à la protection des intérêts communs de la communauté internationale. La Commission doit dans ses travaux tenir compte de ce facteur *de lege ferenda*.

45. Troisièmement, une modification de la portée de l'immunité fonctionnelle, l'immunité *ratione materiae*, de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est inévitable et n'irait pas à l'encontre de la doctrine contemporaine, de la même manière que l'immunité de l'État, jadis considérée comme absolue, est en passe de devenir relative. Cette tendance a été confirmée non seulement par les législations nationales, par exemple en Belgique, aux Pays-Bas et en Espagne, mais aussi par la doctrine des publicistes. Ce changement est notamment illustré par la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, adoptée par l'Institut de droit international en 2009<sup>201</sup>. Le paragraphe 1 de l'article III de cette résolution l'indique clairement: «Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux.»

46. S'agissant du projet d'article 7, M. Park dit qu'il appuie la décision de la Rapporteuse spéciale de ne pas employer les mots «limites» ou «exceptions» dans le titre mais d'utiliser une formule rappelant celle employée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, à savoir «procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité». Le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées sont tous des crimes internationaux graves et constituent donc des limites ou exceptions à l'immunité. Les disparitions forcées, bien que la pratique des États soit plus limitée en la matière, méritent de figurer dans la liste parce qu'elles sont aujourd'hui considérées comme un crime contre l'humanité. M. Park dit qu'il est

d'accord avec les membres de la Commission qui ont déclaré en 2016 qu'il aurait fallu mentionner le crime d'agression au paragraphe 1 *a*, parce qu'il s'agit d'une violation de normes du *jus cogens*. Par contre, il n'y a pas suffisamment d'éléments pour justifier le maintien des crimes liés à la corruption dans le projet d'article, puisque aucune des conventions visant à lutter contre la corruption ne contient de disposition expresse sur l'absence d'immunité en la matière. S'agissant du paragraphe 1 *c*, du fait de la large acceptation de l'exception territoriale, on peut considérer qu'elle existe en droit international contemporain.

47. Pour ce qui est du paragraphe 2, il faut effectivement distinguer l'immunité *ratione personae* de l'immunité *ratione materiae*. Si la Commission devait conclure qu'une personne jouissant de l'immunité *ratione materiae* renonce à cette immunité dès lors qu'elle commet certains crimes graves, cela aura indubitablement une influence sur d'autres régimes d'immunité, comme celui des diplomates, que la Commission a exclus du champ d'application du projet d'articles.

48. Lorsqu'elle établit une liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, la Commission doit mettre en balance *lex lata* et *lex ferenda*. Les intérêts de la communauté internationale risquent d'être compromis si elle ne prévoit pas une réponse du droit international dans le cas où des représentants de l'État commettent des actes de génocide, des crimes contre l'humanité ou d'autres actes violant des normes du *jus cogens*. Aucun criminel ne doit pouvoir se dissimuler derrière l'écran de l'immunité que le droit international confère aux États et en ce qui concerne leurs actes officiels.

49. Sir Michael WOOD dit que son opinion est différente de celle de la Rapporteuse spéciale sur nombre des principaux points que celle-ci vient de commenter. Il souscrit dans une large mesure aux déclarations judicieuses faites par M. Huang et M. Singh à la session précédente. Il rappelle que l'année précédente la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'il pourrait être profitable d'étudier les aspects procéduraux de l'immunité en même temps que les exceptions. Il est donc regrettable que la Commission n'ait pas encore reçu son sixième rapport, qui doit porter sur les aspects procéduraux de l'immunité et les garanties procédurales des droits des représentants de l'État assujettis à la juridiction pénale étrangère. Les questions procédurales sont d'une importance fondamentale et sont étroitement liées aux exceptions. Comme l'examen des unes et des autres doit aller de pair, il est impossible de se prononcer en connaissance de cause sur d'éventuelles exceptions à la session en cours.

50. Le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission sur le cinquième rapport a été éclairant. Il a montré que les États attendent de la Commission qu'elle fasse preuve d'une prudence particulière et distingue entre les règles existantes du droit international et les propositions de nouvelles règles juridiques. Une telle distinction est particulièrement importante pour les États dont les tribunaux appliquent directement les règles du droit international coutumier en vigueur. Sir Michael Wood appelle à cet égard l'attention sur les paragraphes 51 et 52 du résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par

<sup>201</sup> Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 à 230. Également disponible sur le site Web de l'Institut: [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org).

la Sixième Commission lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale<sup>202</sup>.

51. Commentant de manière générale la méthodologie employée pour le sujet à l'examen et en particulier la question des exceptions, l'orateur souligne que les immunités jouent un rôle vital dans les relations internationales. Elles sont prévues par des règles fondamentales établies de longue date du droit international, et tenter de les limiter ou de les supprimer ferait courir des risques considérables à l'ordre international et aux relations pacifiques entre les États. La Commission doit donc s'efforcer de réaliser l'équilibre voulu entre la nécessité de punir les auteurs d'infractions et celle de respecter l'égalité souveraine des États. Il faut pour ce faire commencer par distinguer nettement droit positif et *lex ferenda*. Ne pas le faire créerait la confusion et risquerait d'aboutir à des abus et des violations du droit positif, ce qui risquerait de susciter de graves tensions entre les États. Il serait irresponsable pour la Commission d'alimenter de telles tensions.

52. Deuxièmement, un équilibre peut aussi être réalisé par la mise en place des garanties procédurales voulues contre l'invocation abusive ou arbitraire des éventuelles exceptions aux immunités. Il serait pour cette raison utile de connaître l'avis de l'actuelle Rapporteuse spéciale sur le contenu des alinéas *a, e, f, g, h* et *i* du paragraphe 61 du troisième rapport, qui a été bien accueilli, de son prédécesseur<sup>203</sup>, et sur les conclusions de celui-ci sur la renonciation, qui sont tous bien étayés et étroitement liés aux éventuelles exceptions. Les États souhaitent vivement que de telles garanties soient en place pour éviter les effets préjudiciables des poursuites politiquement motivées.

53. L'orateur dit que sa première observation générale sur le cinquième rapport est que des documents très utiles sont déjà disponibles sur les questions dont il traite, par exemple le mémorandum du Secrétariat<sup>204</sup>, les rapports du premier Rapporteur spécial, en particulier le deuxième<sup>205</sup>, et les comptes rendus analytiques des débats tenus à la Commission du droit international<sup>206</sup> et à la Sixième Commission en 2011 et en 2016. Le cinquième rapport ne doit pas être lu isolément.

54. La deuxième observation générale est que, bien que la section I.A du cinquième rapport soit intitulée « Généralités », elle ne contient pas de généralités quant au fond. La liste de publications sur le sujet figurant dans la note de bas de page appelée à la fin de la première phrase du paragraphe 12 est hautement sélective. Les résolutions de l'Institut de droit international mentionnées dans ce même paragraphe sont controversées et n'ont pas été très

bien accueillies par les États. Chacune des décisions judiciaires mentionnées porte sur des points très différents. En d'autres termes, aucun des éléments cités dans le rapport n'est réellement utile à la Commission.

55. La section I.B du rapport ne tient pas compte du fait que les rapports précédents de la Rapporteuse spéciale ont été vigoureusement contestés au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission. L'orateur estime par exemple que la Rapporteuse spéciale n'a pas tenu compte de sa propre position selon laquelle les valeurs et principes juridiques qui sont touchés par l'immunité mentionnés par la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire étaient vagues et totalement subjectifs et ne pouvaient donc servir de base à un travail sérieux. Une analyse claire de l'ensemble de la pratique pertinente des États en relation avec chaque exception aurait été plus utile que des explications éparpillées dans l'ensemble du rapport à l'examen.

56. Troisièmement, l'orateur dit que, bien qu'il n'entende pas commenter dans le détail la multitude des questions théoriques soulevées dans le cinquième rapport car elles n'ont guère d'importance pour les décisions que la Commission devra prendre, son silence ne doit pas être interprété comme signifiant qu'il est d'accord avec la Rapporteuse spéciale.

57. L'une de ces questions est la distinction entre limites et exceptions. Selon la Rapporteuse spéciale, les limites sont liées à des éléments normatifs, alors que les exceptions sont définies par des éléments externes. La signification concrète de cette distinction n'est toutefois pas claire, peut-être en raison de la terminologie utilisée dans le rapport. Bien que la Rapporteuse spéciale semble songer à ce que son prédécesseur avait tout simplement qualifié d'exceptions et d'absence d'immunité, elle a une conception beaucoup plus large des « exceptions ». Selon elle, le respect des valeurs et des principes juridiques du droit international dans son ensemble et la nécessité d'éviter des effets indésirables dans certains domaines du droit international devraient constituer le point de départ de la définition des exceptions à l'immunité. Une approche aussi subjective ne constitue assurément pas une base solide pour établir la *lex lata* ou proposer de nouvelles règles juridiques.

58. La Rapporteuse spéciale fait valoir que, puisque aux fins du projet d'articles il était inutile de maintenir une distinction entre limites et exceptions qui n'existait guère en pratique, les unes et les autres pouvaient être désignées par le terme général de « non-application des immunités ». Or une telle approche ne doit être suivie que si la Commission ne peut s'entendre sur la manière de distinguer les limites des exceptions. Pour l'orateur, une telle distinction est possible et, pour cette raison, il préférerait que les unes et les autres ne soient pas envisagées dans la même disposition.

59. Les deux arguments avancés dans le rapport à l'appui du paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, à savoir qu'il reflète une règle existante du droit international coutumier et qu'il existe une tendance majoritaire en faveur d'une telle règle, sont incohérents et tous deux contestables. L'orateur dit qu'il souscrit par contre à la conclusion

<sup>202</sup> A/CN.4/703, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

<sup>203</sup> *Annuaire... 2011*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin).

<sup>204</sup> Document A/CN.4/596 et Corr.1, 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<sup>re</sup> partie).

<sup>205</sup> Rapports du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin: *Annuaire... 2008*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2010*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

<sup>206</sup> Voir *Annuaire... 2011*, vol. I, et *Annuaire... 2016*, vol. I.

figurant au paragraphe 90 du deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial, dont la Rapporteuse spéciale prend note au paragraphe 16 du rapport à l'examen, à savoir qu'il n'existe aucune norme coutumière ni aucune tendance à l'émergence d'une telle norme, ce qui permet d'affirmer qu'il n'y a pas d'exceptions à l'immunité, parce qu'en fait il n'y a pas de pratique générale établissant de telles exceptions ni de preuves suffisantes de leur acceptation comme étant le droit.

60. L'orateur dit qu'il s'attendait à ce que la Rapporteuse spéciale propose que la Commission recommande aux États d'envisager, dans le cadre de l'Assemblée générale, d'adopter des règles conventionnelles, accompagnées des garanties procédurales essentielles, consacrant certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* en tant que nouvelles règles de droit que les États pourraient adopter, modifier ou rejeter. Il indique qu'il n'aurait pas été opposé à travailler sur une telle proposition de nouvelles règles juridiques. Or la Rapporteuse spéciale semble affirmer dans son cinquième rapport que de telles exceptions sont ou peuvent déjà être des règles coutumières, alors qu'en 2016 de nombreux États ont, à la Sixième Commission, souligné que tel n'était pas le cas. La méthodologie utilisée dans le cadre de l'analyse figurant aux paragraphes 181 à 189 et les éléments de preuve qui y sont invoqués ne sont donc pas convaincants.

61. Quant à la méthodologie, la Rapporteuse spéciale entend invoquer des éléments tirés de travaux antérieurs de la Commission sur le sujet «Détermination du droit international coutumier», mais l'approche qu'elle adopte ne correspond guère à cette intention. Un examen des divers éléments mentionnés montre qu'ils n'étaient pas sa thèse. Le jugement rendu dans l'affaire *Bouterse* a été infirmé par la Cour suprême des Pays-Bas et l'affaire *Hailemariam* semble dénuée de pertinence puisqu'elle concerne un ressortissant éthiopien.

62. Quant aux principaux arguments en faveur de l'existence d'une exception à l'immunité dans le cas des crimes internationaux en tant que règle du droit international coutumier, la Rapporteuse spéciale argue qu'il existe une tendance en faveur d'une telle exception dans la jurisprudence des tribunaux internes, bien qu'elle n'apporte aucune preuve de l'existence d'une telle tendance et contredise cette affirmation au paragraphe 220 du rapport à l'examen, où elle relève qu'il n'y a guère de pratique. Elle affirme également que les lois nationales ont progressivement consacré cette exception, mais les paragraphes 42 et 44 contredisent cette affirmation. Les lois d'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale sont d'une pertinence douteuse, puisqu'elles ont en principe été adoptées uniquement aux fins de ce traité. La Rapporteuse spéciale semble également faire fond sur la conclusion de traités réprimant certains comportements et prévoyant la responsabilité pénale individuelle. Mais, comme l'a expliqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, de tels traités ne touchent aucunement les immunités en droit international coutumier. À cet égard, l'orateur appelle l'attention sur les conclusions de la Cour figurant au paragraphe 59 de son arrêt du 14 février 2002, dans lequel elle déclare que «si diverses conventions internationales tendant à la

prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier [...] Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions».

63. La Rapporteuse spéciale cherche à renforcer l'exception qu'elle propose en faisant figurer dans son rapport une section, la section IV.A.2, sur ce qu'elle appelle le fondement systémique de cette exception. Cette section, qui semble simplement présenter divers arguments en faveur de l'exception, n'est absolument pas convaincante et est inutile pour déterminer la *lex lata*. Sa présence même dans le rapport montre déjà que la Rapporteuse spéciale n'est pas convaincue que l'exception en question fasse partie du droit international coutumier. De plus, un véritable fondement systémique ne se limiterait pas aux arguments en faveur de l'exception, comme le fait le rapport, mais développerait et étudierait également les arguments contre cette exception pour s'efforcer ensuite de mettre les uns et les autres en balance.

64. Le paragraphe 1 *b* du projet d'article 7 propose une limite ou exception en ce qui concerne ce que la traduction française qualifie de «crimes liés à la corruption». Le libellé du texte anglais est similaire, alors que l'expression utilisée en espagnol est *los crímenes de corrupción*. Trois observations générales peuvent être faites à cet égard.

65. Premièrement, même en espagnol, l'expression «*[l]os crímenes de corrupción*» est extraordinairement vague. Quelle relation une infraction doit-elle entretenir avec la corruption pour être couverte par l'exception proposée? Quelles sont les infractions couvertes par le texte espagnol? Comprennent-elles la concussion, les détournements de fonds, les malversations, l'abus de fonctions, l'enrichissement illicite et le blanchiment de capitaux? Peut-être n'est-il toutefois pas nécessaire de se pencher sur ces questions, parce que l'exception ainsi proposée ne semble pas être très sérieuse. Il n'y a absolument aucune raison, aux fins du présent sujet, de distinguer les crimes liés à la corruption de tous les autres crimes transnationaux.

66. Deuxièmement, l'orateur dit qu'il croit comprendre que la Rapporteuse spéciale ne considère pas ce projet d'alinéa comme relevant de la *lex lata*. C'est ce qui ressort du paragraphe 234 du rapport, dans lequel elle indique simplement qu'«il pourrait être opportun» d'inclure une disposition indiquant que la corruption constitue «une limite ou une exception» – ce qui implique logiquement qu'il pourrait ne pas être opportun de le faire.

67. Troisièmement, la Rapporteuse spéciale semble considérer que les crimes liés à la corruption peuvent constituer une «limite» à l'immunité *ratione materiae* ou une exception à cette immunité. Il convient d'être clair à cet égard. S'il s'agit d'une limite, ces crimes ne seront pas couverts par le paragraphe 1 du projet d'article 6<sup>207</sup> et ne bénéficieront donc pas de l'immunité *ratione materiae*.

<sup>207</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 229 (projet d'article 6).

S'il s'agit d'une exception, il sera nécessaire de démontrer qu'une telle exception existe en droit international coutumier ou qu'il existe une bonne raison de distinguer ces crimes de tous les autres crimes transnationaux.

68. À l'appui du paragraphe 1 *b* du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale cite au paragraphe 37 de son cinquième rapport plusieurs conventions réprimant la corruption. Or aucun de ces instruments n'étaye l'idée que les crimes de corruption constituent «une limite ou une exception». L'orateur appelle à cet égard l'attention, à titre d'exemple, sur une note interprétative concernant l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, relatif à la répression de la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. Cette note est ainsi libellée : «Cet article n'a pas pour objet de porter atteinte aux immunités dont les agents publics étrangers ou les fonctionnaires d'organisations internationales publiques peuvent jouir conformément au droit international<sup>208</sup>.»

69. Le paragraphe 1 *c* du projet d'article 7 concerne une éventuelle exception territoriale. Cette question a été soigneusement examinée dans le deuxième rapport de M. Kolodkin et dans le mémorandum de 2008 du Secrétaire. Une telle exception peut assurément être envisagée, bien qu'elle soit controversée, et la Commission devra examiner des questions additionnelles qui ne sont pas envisagées dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, y compris des questions procédurales. À la session précédente, M. Singh a relevé toute une série d'omissions, comme celle des activités militaires<sup>209</sup> ; l'orateur dit qu'il souscrit à ce qu'a dit M. Singh à cette occasion.

70. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 rend compte de la pratique existante et ne devrait pas susciter de débat au sein de la Commission. Toutefois, afin d'exprimer plus clairement l'idée importante qui y figure, il pourrait être préférable de supprimer ce paragraphe et de préciser simplement dans le titre et le texte du projet d'article que l'ensemble de cette disposition ne s'applique qu'à l'immunité *ratione materiae*.

71. Le paragraphe 3 du projet d'article 7 soulève plusieurs questions. On voit mal par exemple pourquoi l'alinéa *a* est limité aux traités en vertu desquels l'immunité ne serait pas applicable et non aux traités en vertu desquels l'immunité serait applicable, et le type de tribunal envisagé à l'alinéa *b* n'est pas clair.

72. S'agissant des travaux futurs sur le sujet, il est difficile de voir la direction que prendront ces travaux tant que la Commission ne parviendra pas à un accord sur la question de savoir s'il convient d'inclure des exceptions à l'immunité *ratione materiae* et, dans l'affirmative, sur quel fondement – *de lege lata* ou *de lege ferenda*. Ce n'est qu'alors qu'il sera possible d'envisager de manière constructive ce que doivent être ces exceptions. L'orateur

dit qu'ainsi qu'il l'a expliqué, il ne considère pas que la principale proposition figurant dans le cinquième rapport, à savoir le paragraphe 1 du projet d'article 7, puisse servir de base à un accord. Il n'existe dans la pratique actuelle des États aucun fondement en faveur d'une exception pour les «crimes internationaux», ni aucune raison de distinguer les crimes liés à la corruption. Pour l'orateur, il ne serait pas légitime au stade actuel, sur la base du rapport à l'examen, de proposer un texte comme le paragraphe 1 du projet d'article 7, même *de lege ferenda*.

73. L'orateur dit que pour toutes ces raisons, et comme certains des membres ayant participé au débat l'année précédente, il n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

74. Il serait utile de faire une pause et de voir où en est la Commission dans ses travaux sur le sujet. Elle a adopté quatre projets d'article et un paragraphe d'un autre, ainsi que des commentaires relativement longs. En 2015, le Comité de rédaction a provisoirement adopté deux nouveaux projets de disposition, que l'on peut présumer que la Commission adoptera à la session en cours accompagnés de commentaires. L'orateur dit qu'il attend avec intérêt les propositions de la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne ces commentaires et qu'il est persuadé que les membres de la Commission auront suffisamment de temps pour les examiner soigneusement, peut-être même dans le cadre d'un groupe de travail, avant qu'il leur soit demandé de les adopter en plénière.

75. La Commission doit également revenir sur certains des projets d'article déjà adoptés pour en assurer la cohérence, y compris terminologique. Cette tâche incombe au Comité de rédaction, qui doit également achever ses travaux sur certains des projets d'article qui lui ont déjà été renvoyés, en particulier sur certaines des définitions proposées dans le projet d'article 2.

76. Il existe des incohérences et des incertitudes terminologiques dans les textes adoptés à ce jour par la Commission, et l'orateur dit qu'il espère que celle-ci aura la possibilité de revenir sur ces textes avant d'achever la première lecture. Par exemple, ce que l'on entend par «immunité de juridiction» n'a pas encore été expliqué. Particulièrement importante en pratique serait la question de savoir si cette expression inclut, comme elle le doit assurément, l'inviolabilité de la personne, par exemple l'immunité d'arrestation et de détention. Peut-être la Commission reviendra-t-elle sur cette question en 2018, lorsqu'elle reviendra, comme il faut l'espérer, sur les aspects procéduraux du sujet, qui sont d'une importance fondamentale.

77. L'orateur indique qu'en fait, comme il l'a déjà dit, il ne voit pas comment la Commission peut sérieusement envisager des exceptions – sauf peut-être de manière totalement préliminaire – sans rien savoir des dispositions procédurales qui lui seront proposées. La Commission – et les États – doivent disposer d'un tableau d'ensemble. Par exemple, il ressort du paragraphe 245 du rapport à l'examen que la Rapporteuse spéciale n'a pas examiné ce qui est peut-être la principale et la moins controversée des exceptions, à savoir la renonciation. Traiter des exceptions sans envisager la renonciation reviendrait à broser un tableau très incomplet. Il semble clair que le

<sup>208</sup> Voir Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (publication des Nations Unies, 2012), p. 186. Disponible à l'adresse suivante : [www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux\\_Preparatoires\\_-\\_UNCAC\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparatoires_-_UNCAC_F.pdf).

<sup>209</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. I, 3331<sup>e</sup> séance, p. 379, par. 28.

Comité de rédaction ne peut traiter de manière définitive des questions soulevées par le projet d'article 7 tant que la Commission n'a pas reçu et examiné les propositions de la Rapporteuse spéciale sur les questions procédurales connexes, qui doivent être envisagées dans le sixième rapport, lequel ne sera disponible qu'en 2018.

78. En conclusion, Sir Michael Wood dit qu'il appartient maintenant à la Commission de décider comment poursuivre les travaux sur le sujet, à la lumière d'une nouvelle étude attentive et d'un rapport de la Rapporteuse spéciale sur les questions procédurales, ou au moins d'une indication de la mesure dans laquelle elle est d'accord avec ce qu'a écrit le précédent Rapporteur spécial sur ces questions dans son troisième rapport. Sir Michael Wood dit qu'ainsi qu'il l'a indiqué, il n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction, mais qu'il attend avec intérêt les nouvelles consultations informelles que la Rapporteuse spéciale a proposé d'organiser ultérieurement sur la base d'un bref document de travail qu'elle présentera.

79. M. HMOUD dit qu'il croit comprendre que les membres qui ont fait des observations sur le sujet à la session précédente ont le droit de prendre de nouveau la parole, par exemple pour répondre à une question soulevée à la session en cours.

80. M. NGUYEN remercie la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport bien documenté. Bien qu'il dépasse la limite fixée pour le nombre de pages, sa longueur est acceptable étant donné la complexité et le caractère délicat du sujet à l'examen. L'analyse de la jurisprudence et l'évocation de la pratique des États concernant l'Asie devraient toutefois être étoffées. Par exemple, dans la section consacrée à la jurisprudence interne, une seule note de bas de page, la note appelée au paragraphe 110 après les mots « crimes internationaux », évoque l'affaire *Bo Xilai* dont a connu la Bow Street Magistrates' Court du Royaume-Uni concernant une demande de délivrance d'un mandat d'arrêt contre un ministre chinois du commerce. L'absence d'exemples tirés de la pratique régionale risque d'affaiblir les conclusions de la Rapporteuse spéciale sur les questions envisagées dans son rapport.

81. M. Nguyen dit que, comme d'autres orateurs, il estime qu'il faut réaliser un équilibre entre *lex lata* et *lex ferenda*, conformément au mandat de la Commission. De même, la nécessité de punir les auteurs de crimes internationaux doit être mise en balance avec le respect de la souveraineté de l'État.

82. L'orateur dit qu'il approuve les raisons données par la Rapporteuse spéciale pour ne pas employer les mots « limites » et « exceptions » au projet d'article 7. Toutefois, comme le titre et le contenu de ce projet d'article renvoient essentiellement à la notion d'« exception » et non à celle de « limite », la question des limites et des exceptions doit être clarifiée. L'orateur dit qu'il estime en particulier, comme d'autres membres de la Commission ayant pris la parole à la session précédente, que la Rapporteuse spéciale devrait clarifier la nature juridique des exceptions à l'immunité concernant les crimes énumérés au projet d'article 7. Au paragraphe 219 du rapport à l'examen, la Rapporteuse spéciale ne mentionne que deux catégories

de crimes internationaux : la première comprend les crimes internationaux organisés comme la piraterie, la corruption et la traite d'êtres humains, et la seconde des crimes tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Or le paragraphe 1 du projet d'article 7 vise trois catégories de crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas : les crimes internationaux qui portent atteinte à des valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale, les crimes liés à la corruption et les crimes commis sur le territoire de l'État du for. Bien que l'apartheid soit mentionné au paragraphe 219 avec d'autres crimes internationaux comme le génocide, la raison pour laquelle il ne figure pas au projet d'article 7 n'est pas claire. Tous les crimes internationaux universellement reconnus comme tels et relevant de la juridiction internationale, y compris l'apartheid, devraient être visés au paragraphe 1 du projet d'article 7.

83. Le crime d'agression n'est pas visé au paragraphe 1 du projet d'article 7 pour les raisons exposées au paragraphe 222 du rapport à l'examen. La constatation d'un acte d'agression relève de la responsabilité et des attributions du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et de celles de l'Assemblée générale en cas de blocage au Conseil de sécurité. Aux termes de l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément aux dispositions pertinentes de la Charte. De plus, le crime d'agression est réprimé par l'article 16 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996<sup>210</sup>. Le crime d'agression doit donc relever de la juridiction internationale et non de la juridiction interne. Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes de droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non réprimés par le droit interne. C'est pourquoi, compte tenu de ce qui précède, les représentants de l'État commettant un crime d'agression ne sauraient bénéficier de l'immunité devant les tribunaux internes. L'orateur dit qu'il est pour cette raison d'accord avec les membres qui, à la session précédente, ont proposé de faire figurer ce crime dans la liste des exceptions à l'immunité.

84. Le droit coutumier reconnaît généralement l'immunité *ratione personae* des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères en toutes circonstances. C'est pourquoi, par souci de cohérence avec le paragraphe 2, l'expression « *ratione materiae* » devrait être insérée après le mot « immunité » au paragraphe 1 du projet d'article 7 pour indiquer clairement de quelle immunité il s'agit. Cet ajout refléterait également l'esprit du droit international et le traitement au plan interne des crimes commis par des représentants d'État étrangers, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. Le paragraphe 1 devrait prévoir la possibilité d'ajouter de nouveaux crimes internationaux universellement reconnus comme tels, punissables à ce titre et à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Certaines lois nationales, par exemple le Code pénal du Viet Nam adopté en 2015, prévoient que les questions touchant la responsabilité pénale et les exceptions à l'immunité doivent être réglées au cas par cas par la voie diplomatique.

<sup>210</sup> Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 17 et suiv., par. 50.

85. Parmi les diverses formes de criminalité internationale organisée, le paragraphe 1 *b* du projet d'article 7 ne mentionne que les crimes liés à la corruption, ce qui peut s'expliquer par la menace que ces crimes constituent pour le développement durable et la stabilité et la sécurité des sociétés et par la nécessité de donner la priorité à la lutte contre la corruption à tous les niveaux. Bien que 181 États soient devenus parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, les exceptions à l'immunité pour les crimes de corruption doivent être envisagées compte tenu de divers facteurs, tels que la nature économique des crimes en cause et le caractère – privé ou officiel – des actes concernés. Le commentaire devrait donner des éclaircissements quant à ces facteurs. L'explication figurant aux paragraphes 230 à 234 du rapport à l'appui de l'inclusion des crimes liés à la corruption devrait être développée. À cet égard, la note de bas de page appelée au paragraphe 230 après les mots «refuser l'immunité» n'étaye pas l'affirmation générale selon laquelle la réaction des tribunaux nationaux a généralement été de refuser l'immunité; davantage d'exemples tirés de la pratique des États sont nécessaires pour étayer cette affirmation. Il convient en outre de noter que l'article 4 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, relatif à la protection de la souveraineté, comprend des dispositions sur l'égalité souveraine des États et la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. L'alinéa du projet d'article visant les crimes liés à la corruption devrait énoncer l'obligation de ne pas porter atteinte à la souveraineté et de ne pas s'ingérer dans les affaires intérieures des autres États.

86. L'orateur dit que, bien qu'il appuie la notion d'exception territoriale consacrée au paragraphe 1 *c* du projet d'article 7, il doute qu'il soit approprié d'utiliser la conjonction «ou» avant les mots «aux biens» dans le membre de phrase «Les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux biens». Cette conjonction risque de donner à penser que, bien que les crimes en question ne portent atteinte qu'aux biens, les représentants de l'État renoncent à leur droit d'invoquer l'immunité. En réalité, les crimes graves portent préjudice à la fois aux personnes et aux biens, et l'ampleur du préjudice devrait être précisée.

87. En conclusion, M. Nguyen recommande le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

*La séance est levée à 12 h 30.*

### 3361<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 19 mai 2017, à 10 h 5*

*Président*: M. Georg NOLTE

*Présents*: M. Argüello Gómez, M. Cissé, M<sup>me</sup> Escobar Hernández, M<sup>me</sup> Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, M<sup>me</sup> Lehto, M. Murase, M. Nguyen, M<sup>me</sup> Oral, M. Ouazzani Chahdi,

M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Sturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

### Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

#### CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

2. M. TLADI félicite la Rapporteuse spéciale pour son rapport fouillé et bien documenté. Toutefois, étant donné que la Commission a adopté provisoirement des projets d'article sur la définition de l'immunité et opéré une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, le chapitre III semble entièrement superflu. Dans ce rapport, la Rapporteuse spéciale accorde trop d'attention à des décisions de la Cour internationale de Justice déjà débattues *ad nauseam* par la Commission. Elle fait la part trop belle à des questions marginales que la Commission a considérées comme étant hors sujet, notamment les questions de l'immunité de juridiction civile, de l'immunité de l'État en tant que tel et de l'immunité découlant de certains instruments et de la jurisprudence de tribunaux internationaux. M. Tladi convient cependant avec la Rapporteuse spéciale que la question des exceptions et des limites est importante, voire peut-être cruciale s'agissant du sujet à l'examen.

3. Ni la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ni la Convention de Vienne sur les relations consulaires, examinées au chapitre II du rapport, n'intéressent directement le sujet. Le projet d'article 1<sup>211</sup>, déjà adopté à titre provisoire, dispose que le projet d'articles est sans préjudice des règles spéciales applicables aux agents diplomatiques et consulaires, entre autres. Il établit en outre clairement que le projet de la Commission ne s'applique qu'aux procédures pénales, si bien que la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention européenne sur l'immunité des États, citées au paragraphe 28 à l'appui de l'exception territoriale, ne sont ni l'une ni l'autre pertinentes.

4. Au paragraphe 29 du rapport, dans ce qui semble être une tentative d'étendre l'exception territoriale à la sphère pénale, la Rapporteuse spéciale se réfère au paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 12 du projet d'articles de la Commission sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens<sup>212</sup>. Or rien dans le libellé de

<sup>211</sup> *Annuaire...* 2013, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 42 (projet d'article 1).

<sup>212</sup> Voir *Annuaire...* 1991, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 46 et 47 (paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 12).