Document:-
A/CN.4/SR.3361

Compte rendu analytique de la 3361e séance

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

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/)

Copyright © Nations Unies

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.

3361e SÉANCE

Vendredi 19 mai 2017, à 10 h 5

Président: M. Georg NOLTE

Présents: M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, 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[211], 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[212]. Or rien dans le libellé de

---

[211] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 42 (projet d'article 1).

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

ce commentaire ne justifie une telle extension. Le paragraphe en question se borne à rappeler que, si le projet d'article 12 vise essentiellement les dommages dus à la négligence, rien n'empêche qu'il soit appliqué à des dommages intentionnels. L'hypothèse de la Rapporteuse spéciale, pour qui ce paragraphe emporte une extension de l'exception territoriale à la juridiction pénale, repose sur le postulat erroné selon lequel les dommages intentionnels relèvent exclusivement de la procédure pénale.

5. Au paragraphe 225 du rapport, la Rapporteuse spéciale indique que l'exception territoriale a été incorporée « dans toutes les législations nationales régissant l'immunité, à l'exception de celle du Pakistan ». Premièrement, les instruments mentionnés dans le rapport portent tous sur l'immunité de l'État lui-même. Deuxièmement, l'assertion en question est inexacte étant donné que la loi sud-africaine sur les immunités et privilèges diplomatiques, qui régit aussi l'immunité d'agents n'ayant pas la qualité de diplomate, ne prévoit pas une telle exception.

6. Sauf erreur, certaines des affaires mentionnées à la note de bas de page appelée dans la dernière phrase du paragraphe 227 après les mots « État étranger » concernent des procédures civiles et non pénales. Par exemple, dans l'affaire *Letelier v. Republic of Chile*, l'unique personne condamnée au pénal était un national des États-Unis d'Amérique qui ne bénéficiait pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux de son pays. Fait plus important, cette affaire portait sur l'exécution d'un jugement frappant des biens du Gouvernement chilien, autrement dit sur une question de droit civil. L'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, dans laquelle le point de droit essentiel était celui de l'immunité de l'État, concerne elle aussi une procédure civile. Quant à l'affaire *Jiménez v. Aristeguieta* et al., également citée à la note susmentionnée, rien n'indique clairement qu'elle étaye l'existence d'une exception à l'immunité puisque le tribunal a considéré en l'espèce que le demandeur n'avait pas agi en qualité de représentant de l'État.

7. L'affaire *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, mentionnée elle aussi à la même note de bas de page, semble pertinente en ce qu'elle vise un agent public et ne concerne pas une procédure civile. Cette affaire est compliquée mais, pour autant que M. Tladi puisse en juger, elle n'étaye pas l'hypothèse de l'exception territoriale. Il aurait été utile que la Rapporteuse spéciale explique brièvement en quoi chacune de ces affaires ou du moins certaines d'entre elles étayent les arguments qu'elle avance.

8. Au paragraphe 33 du rapport, la Rapporteuse spéciale mentionne un ensemble de traités relatifs aux crimes fondamentaux en droit international et cite certaines de leurs dispositions. Lors de l'examen du troisième rapport sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704), la plupart des membres de la Commission ont cependant estimé que, de manière générale, ces dispositions portaient sur la question de la responsabilité et, par conséquent, n'emportaient pas la levée des immunités procédurales attachées à la personne.

9. La Rapporteuse spéciale indique en outre que les agents de l'État sont visés par la définition de la torture énoncée dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toutefois, conformément à la Convention, l'État qui a la compétence territoriale a l'obligation première de poursuivre les actes de torture, y compris ceux commis par ses propres représentants, lorsque les immunités prévues par le droit international ne s'appliquent pas. Le simple fait que cette convention fasse référence aux agents de l'État ne permet donc pas de conclure qu'elle exclut l'immunité.

10. Au paragraphe 37 du rapport, la Rapporteuse spéciale semble suggérer que plusieurs conventions réprimant la corruption excluent l'immunité, ce qui n'est absolument pas le cas. Une lecture correcte de ces conventions montre tout au plus qu'elles sont conformes au droit international relatif aux immunités. S'il est vrai qu'il est fait mention, à l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, du fait d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger un avantage indu, cette disposition prévoit l'engagement de poursuites, non pas contre « l'agent public étranger », mais contre le ressortissant de l'État concerné. De plus, au paragraphe 2 du même article, les États parties sont simplement invités à « envisager » de conférer le caractère d'infraction pénale au fait, pour un agent public étranger, de solliciter ou d'accepter un avantage indu, ce qui semble indiquer qu'il pourrait y avoir un obstacle juridique à l'engagement de poursuites contre des agents publics étrangers, notamment lorsqu'ils sont originaires d'États qui ne sont pas parties à la Convention. En tout état de cause, il est précisé dans une note interprétative relative à l'article 16 que cette disposition ne porte pas atteinte aux règles du droit international relatives aux immunités.

11. Comme Sir Michael Wood, M. Tladi doute que la jurisprudence de tribunaux nationaux mentionnée à la note de bas de page appelée dans le paragraphe 230 après les mots « refuser l'immunité » soit propre à étayer l'argument de la Rapporteuse spéciale. D'un point de vue méthodologique, peut-être aurait-il mieux valu exposer plus en détail ces affaires pour permettre à la Commission de formuler un avis, car de brèves références dans une note de bas de page ne facilitent pas un débat approfondi.

12. Les seules conclusions qui peuvent être tirées de la pratique conventionnelle évoquée dans le rapport sont les suivantes : cette pratique ne fait apparaître aucune exception aux règles régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; une pratique abondante fait apparaître des exceptions en ce qui concerne l'immunité des États eux-mêmes, mais ces exceptions n'ont pas nécessairement d'incidence sur l'immunité des représentants de l'État ; les exceptions qui ont été établies concernant l'immunité de ces derniers ont trait à la juridiction civile.

13. Le paragraphe 44 traite des lois internes régissant l'immunité de juridiction, dans lesquelles la Rapporteuse spéciale inclut la loi sud-africaine relative aux immunités des États étrangers. Or cette loi ne concerne pas du tout l'immunité des représentants de l'État. S'il est vrai que, comme indiqué dans le rapport, il est fait mention des chefs d'État dans cette loi, c'est uniquement dans la mesure où ils personnifient l'État. Une loi sud-africaine s'applique effectivement à certains représentants de l'État : c'est la loi relative aux immunités et privilèges qui, en dépit de

son intitulé, porte non seulement sur les diplomates, mais aussi sur d'autres représentants de l'État, notamment les chefs d'État eux-mêmes (immunité *ratione personae*). À cet égard, il est intéressant de relever que cette loi ne prévoit pas d'exceptions à l'immunité. Quant aux textes législatifs exposés par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 47 à 53 du rapport, M. Tladi croit comprendre que la loi des États-Unis d'Amérique relative aux immunités souveraines étrangères et la loi canadienne sur l'immunité des États s'appliquent toutes deux essentiellement à l'immunité des États eux-mêmes et ce, dans le contexte de la procédure civile et non de la procédure pénale.

14. La section du rapport consacrée à la jurisprudence internationale est inutilement longue, d'autant que la plupart des questions couvertes, en particulier celles qui ont trait à l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et à l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, ont déjà été examinées dans le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale[213]. Qui plus est, la plupart des points mis en relief aux paragraphes 61 à 71 en ce qui concerne l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* sont sans rapport avec la question des exceptions. Les questions de la relation entre immunité et impunité et de l'existence d'un autre procédé pour déterminer la responsabilité pénale de la personne, traitées aux paragraphes 63 à 67, n'apportent aucun élément sur les exceptions à l'immunité. L'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, à laquelle M. Tladi souscrit, porte sur la question de savoir si le ministre des affaires étrangères devrait bénéficier de l'immunité *ratione personae*, question que la Commission a déjà réglée − selon M. Tladi, de façon erronée − en 2013. Aux fins du rapport à l'examen, la seule conclusion que l'on peut tirer de l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est qu'il n'y a pas d'exception à l'immunité *ratione personae* ; aucune conclusion ne peut être tirée de cette décision pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*.

15. Au paragraphe 86 du rapport, la Rapporteuse spéciale affirme qu'elle n'a pas l'intention d'analyser en détail l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, mais c'est pourtant ce qu'elle fait aux paragraphes 73 à 86. Au paragraphe 74, elle indique que cette affaire est examinée sous l'angle de « la nature de l'immunité et [de] sa relation avec la compétence et le régime de responsabilité internationale de l'État ». Or ces questions sont secondaires au regard de l'objet du rapport, qui porte sur les exceptions. Ainsi, parmi les paragraphes du cinquième rapport consacrés à l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, seuls les paragraphes 79, 80, 83 et 85 intéressent la question des exceptions. Ce qu'il faut en retenir est que, d'après la Cour, il n'y a pas d'exception à l'immunité en cas de crime grave, ni d'exception territoriale en droit international coutumier.

16. La section du rapport relative aux juridictions pénales internationales est trop longue, d'autant que l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'immunité de juridiction devant les juridictions internationales sont deux questions complètement différentes. Au paragraphe 108, la Rapporteuse spéciale indique qu'il ressort des décisions des juridictions pénales internationales analysées que « [celles-ci], y compris la Cour pénale internationale, ont catégoriquement refusé de faire droit à l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, dont des représentants de l'État se sont prévalus devant elles ». Cette affirmation ne reflète pas la jurisprudence des tribunaux internationaux dans toutes ses nuances. Par exemple, la jurisprudence de la Cour pénale internationale en matière d'immunité est au mieux confuse et déroutante. Dans les affaires relatives au manquement du Malawi et du Tchad à leur obligation de coopérer aux fins de l'arrestation du Président Omar Al Bashir, la chambre préliminaire de la Cour a clairement écarté la possibilité de l'immunité de juridiction des représentants de l'État concernés devant la Cour. Toutefois, dans sa décision relative à l'obligation de la République démocratique du Congo de coopérer, elle a considéré − à tort, selon M. Tladi − que l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'avait pas d'incidence sur les États qui n'avaient pas ratifié le Statut, dont les chefs d'État conservaient par conséquent leurs immunités, y compris devant la Cour.

17. Au paragraphe 113 du rapport, la Rapporteuse spéciale mentionne les décisions rendues par des juridictions sud-africaines concernant la non-arrestation du Président Al Bashir lors de sa participation, en 2015, au Sommet de l'Union africaine à Johannesburg. Contrairement à une idée répandue, la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud avait estimé que l'immunité de juridiction revêtait un caractère absolu en droit international coutumier et que cette règle ne souffrait aucune exception en droit international[214]. Elle avait également conclu qu'il existait une obligation d'arrêter le Président Al Bashir, mais que cette obligation découlait du droit interne et non du droit international. Cette décision de la Cour pourrait bien constituer un aspect important de la pratique qui, si les conditions s'y prêtent, donnerait une impulsion à un développement du droit. Toutefois, cette décision devait être appréciée en dernière analyse au regard de la pratique de l'exécutif et aussi du Parlement sud-africain, qui envisagent aujourd'hui d'abroger ou de modifier la législation sur laquelle la Cour suprême s'est fondée pour rendre sa décision. Le 7 avril 2017, le Gouvernement sud-africain a affirmé devant la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale que, de son point de vue, les chefs d'État bénéficiaient d'une immunité absolue devant les juridictions nationales. Ces conclusions, qui constituent un aspect important de la pratique, devraient être prises en considération pour évaluer le droit international de l'immunité existant, de même que les précédents cas de non-arrestation du Président Al Bashir et les cas subséquents survenus à Djibouti, en Ouganda et en Jordanie. Quoi qu'il en soit, la conclusion tirée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 121 du rapport est probablement correcte et fournit la matière de ce qui devrait être inclus par la Commission dans le projet d'article 7.

18. En l'état, le rapport ne comporte aucune base propre à étayer les alinéas *b* ou *c* du paragraphe 1 du projet d'article 7. Les conventions de lutte contre la corruption censées constituer la base de l'alinéa *b* ne sont pas de nature à étayer la conclusion selon laquelle il existe, en

[213] *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire).

[214] Voir la 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*).

droit international, une exception à la règle de l'immunité *ratione materiae*. Bien que certains agents aient été poursuivis pour actes de corruption, le fait que ces actes n'aient pas été considérés comme ayant un caractère officiel signifie qu'il n'aurait pas été question d'immunité en premier lieu. De la même manière, aucun élément n'étaye l'exception territoriale reflétée au paragraphe 1 *c* du projet d'article 7. La pratique mentionnée dans le rapport porte, en règle générale, sur la procédure civile et non sur la procédure pénale, et ne peut donc pas servir de base à un projet d'article.

19. M. Tladi n'a pas d'objection quant à l'objet du paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, mais il considère que ce projet de texte devrait couvrir les quatre crimes visés par le Statut de Rome et peut-être même la torture. Le crime d'agression devrait y être mentionné. De manière générale, les États sont favorables à des exceptions à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes graves. M. Tladi ne doute pas que, si la Commission se garde d'employer les termes « développement progressif » et « *lex ferenda* » dans le commentaire, elle trouvera le moyen de refléter l'évolution actuelle des règles de droit pertinentes.

20. M. Tladi approuve le paragraphe 2 du projet d'article 7, mais pourrait aussi appuyer la proposition de Sir Michael Wood tendant à supprimer ce paragraphe et à énoncer simplement que le projet d'articles ne s'applique qu'à l'immunité *ratione materiae*.

21. Pour M. Tladi, cette proposition règlerait les difficultés soulevées selon lui par le paragraphe 3 du projet d'article 7 qui est conçu comme une clause « sans préjudice » alors que l'ensemble du projet d'article 7 est préjudiciel. Le résultat de l'ensemble des travaux de la Commission étant sans préjudice des autres régimes conventionnels, l'on peut se demander pourquoi inclure une clause « sans préjudice » dans le paragraphe en question. Si une telle clause était retenue, il faudrait la libeller de telle sorte qu'elle s'applique à l'ensemble du projet d'articles et non à une seule de ses dispositions.

22. M. KOLODKIN dit que le cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État répond à un objectif précis : fixer des limites strictes à l'immunité de juridiction pénale étrangère, étant donné que du fait de cette immunité il est difficile, aux yeux de la Rapporteuse spéciale et de ceux qui partagent le même point de vue, de traduire en justice les auteurs de crimes internationaux, ce qui porte par conséquent atteinte à l'exercice et à la défense des droits de l'homme. Pour elle, l'immunité est diamétralement opposée aux droits de l'homme et à la responsabilité à raison de leur violation.

23. Caton l'Ancien avait coutume d'achever tous ses discours par la formule *Cathago delenda est* (« Il faut détruire Carthage »). Si on la modifie légèrement en disant : « Il faut détruire l'immunité », cette phrase pourrait être placée au début ou à la fin, non seulement du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, mais aussi de tous ses autres rapports. Le cinquième rapport tout entier repose sur l'idée de la destruction de l'immunité, que la Rapporteuse spéciale utilise pour justifier l'instauration de limites ou d'exceptions à l'immunité. Se référant aux paragraphes 179 à 181, 184, 189 et 190 du cinquième rapport, M. Kolodkin note que la Rapporteuse spéciale réfute avec habileté tous les arguments, ou presque, en faveur de l'immunité, y compris ceux énoncés dans les décisions de la Cour internationale de Justice. La Rapporteuse spéciale jette le doute sur le caractère procédural de l'immunité dans le contexte de la juridiction pénale. Pour elle, l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État n'est pas l'équivalent de l'immunité de l'État. Poursuivant son raisonnement, la Rapporteuse spéciale soutient que l'immunité de juridiction pénale et les règles de *jus cogens* interdisant certains actes relèvent de la même catégorie des règles de fond et que les normes impératives l'emportent sur les règles relatives à l'immunité. Il s'agit d'un réquisitoire en règle contre l'immunité *ratione materiae*, savamment établi par une grande spécialiste du droit.

24. M. Kolodkin félicite la Rapporteuse spéciale pour son rapport, mais il n'est toutefois pas en mesure d'approuver son approche, pas plus que l'essentiel de son raisonnement, en particulier les arguments avancés aux paragraphes 190 à 217 ou le projet d'article 7. Il souscrit par ailleurs très largement à ce qui a été dit par Sir Michael Wood à la session en cours et par M. Huang et M. Singh à la session précédente.

25. M. Kolodkin fait observer qu'au cours des six années qui se sont écoulées depuis la présentation de son troisième rapport, la pratique et l'*opinio juris* des États, les positions prises par la Cour internationale de Justice ou la Cour européenne des droits de l'homme et l'examen du sujet et de la doctrine y relative par la Commission n'ont fait apparaître aucune raison de revenir sur les arguments qu'il avait énoncés dans ses trois rapports[215]. Le deuxième rapport, consacré aux exceptions à l'immunité, faisait fond sur l'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Même si trois juges se sont opposés à cet arrêt, qui a suscité la controverse dans la doctrine, M. Kolodkin avait considéré que la Cour avait statué à bon droit et fait preuve de cohérence dans son approche de l'immunité, comme il ressortait de l'arrêt rendu en 2008 dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. En 2012, dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a rendu un arrêt par lequel elle a confirmé la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et, par voie de conséquence, les conclusions formulées dans les rapports susmentionnés. Le fait que cet arrêt porte sur l'immunité de juridiction civile, et non pénale, de l'État est indifférent. Cet arrêt montre que les décisions des juridictions italiennes contrevenaient aux obligations juridiques internationales de l'Italie découlant des règles relatives à l'immunité de l'État. En 2014, la Cour constitutionnelle italienne a estimé que cet arrêt de la Cour internationale de Justice était contraire à la Constitution italienne et qu'une loi de 1957 relative au respect de la Charte des Nations Unies, en particulier l'Article 94, était inconstitutionnelle[216].

---

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

[216] Voir l'arrêt no 238/2014 de la Cour constitutionnelle italienne.

26. Avec tout le respect dû à la jurisprudence italienne, M. Kolodkin doit dire que cet arrêt de la Cour constitutionnelle est loin d'être inattaquable. L'actuelle Rapporteuse spéciale s'y attarde pourtant longuement dans son cinquième rapport. Au paragraphe 122, elle insiste sur l'« importance » de cet arrêt et il apparaît clairement au lecteur qu'elle s'en sert pour justifier son propre point de vue. Elle ne dit rien sur le fait que cet arrêt va directement à l'encontre de celui rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, ni sur le fait que l'Italie court le risque, en l'appliquant, d'engager sa responsabilité internationale, notamment pour violation de l'Article 94 de la Charte des Nations Unies. Plusieurs décisions subséquentes des juridictions italiennes sont contraires à la position de la Cour internationale de Justice. Pour M. Kolodkin, la Commission ne peut pas s'appuyer sur une jurisprudence interne comme celle de l'Italie pour formuler ses conclusions.

27. Comme d'autres membres l'ont souligné à plusieurs reprises, chaque cas tiré de la pratique doit être analysé minutieusement et apprécié correctement. Les circonstances ayant entouré l'examen de l'immunité dans chaque cas particulier doivent être bien comprises : l'immunité de l'agent a-t-elle été invoquée par le gouvernement ? Les actes de l'agent ont-ils été considérés comme ayant été accomplis à titre officiel ? À quel stade la question de l'immunité a-t-elle été soulevée ? Comment le gouvernement a-t-il accueilli la décision du tribunal ?

28. À cet égard, il serait intéressant de savoir si la question de l'immunité a été soulevée et, dans l'affirmative, par qui, lorsqu'une juridiction espagnole a ordonné l'arrestation de l'ancien Président de la République populaire démocratique de Chine et de plusieurs anciens représentants chinois en 2013 et en 2014, ainsi que l'arrestation du Premier Ministre d'Israël et de sept agents israéliens encore en fonctions ou pas en 2015. Ces ordonnances n'ont été suivies d'aucune arrestation ; la Chine et Israël ont exprimé leur vif mécontentement et la question s'est posée de savoir à quoi ces décisions de justice avaient servi, sinon à perturber les relations intergouvernementales. En quoi avaient-elles fait progresser la lutte pour les droits de l'homme ?

29. On trouve dans pratiquement toutes les affaires judiciaires, dans les déclarations à la Sixième Commission et à la Commission du droit international, ainsi que dans la doctrine, des références concernant à la fois des procédures civiles et des procédures pénales, même si la nécessité de faire la distinction entre immunité de juridiction civile et immunité de juridiction pénale est souvent soulignée. Chacun comprend qu'il s'agit de deux cas de figure distincts, mais il ne fait pas non plus de doute qu'ils présentent de nombreux points communs. Quels sont ces points communs et ces différences ? Pour M. Kolodkin, la Cour internationale de Justice a donné la clef pour répondre à ces questions. Dans les arrêts qu'elle a rendus en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a considéré que le droit de l'immunité de juridiction étrangère était une institution de droit international, de nature essentiellement procédurale. Le droit de l'immunité régit l'exercice de la compétence concernant certains comportements et n'a donc rien à voir avec les règles de fond qui en déterminent le caractère licite ou illicite.

30. Les arrêts de la Cour permettent de recenser des points communs entre les diverses sous-catégories d'immunité. Dans tous les cas, l'immunité est une règle de droit international coutumier. Elle a un caractère procédural et non substantiel. Les règles de droit relatives à l'immunité se bornent à permettre de déterminer si un État peut exercer ou non sa compétence à l'égard d'un autre État. Si l'immunité peut empêcher l'exercice de la compétence dans un cas donné, elle n'empêche pas l'application des règles de fond. L'illégalité d'un acte et la gravité de cette illégalité n'ont aucune incidence sur son caractère officiel et, à l'inverse, le caractère officiel d'un acte ne rend pas celui-ci licite. La question de l'immunité doit être tranchée par les juridictions internes en tant que question de droit international et ce, avant que l'affaire ne soit examinée au fond et que les faits soient établis. Enfin, une règle générale découle des règles susmentionnées : l'absence d'exceptions à l'immunité de juridiction étrangère.

31. À l'inverse, certains aspects du droit de l'immunité sont caractéristiques soit de l'immunité de juridiction pénale, soit de l'immunité de juridiction civile. La première est généralement invoquée au stade de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire à un stade plus précoce qu'en matière civile. En effet, la question de l'immunité est souvent tranchée par les procureurs avant le stade du procès, si bien que le public n'a pas connaissance des nombreux cas dans lesquels l'immunité de juridiction étrangère a été invoquée avec succès. De plus, la question de l'immunité est réglée à un stade où la présomption d'innocence s'applique et où il est encore trop tôt pour parler de commission d'une infraction, de culpabilité ou de responsabilité de la personne dont l'immunité est en jeu.

32. Il importe en outre particulièrement, dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère, de déterminer quels actes de l'État qui exerce la compétence sont exclus par l'immunité. Celle-ci fait-elle obstacle à l'enquête ou aux poursuites contre un représentant étranger ? Sir Michael Wood a posé une question voisine à propos de l'interaction entre immunité et inviolabilité. Malheureusement, la Rapporteuse spéciale n'a pas examiné ces points qui ont pourtant leur importance au regard de la formulation de dispositions sur la portée ou les limites de l'immunité. Aux fins des travaux sur le sujet, il est indispensable de déterminer clairement quelles sont les règles qui s'appliquent à toutes les catégories d'immunité, et quelles sont celles qui ne s'appliquent qu'à l'immunité de juridiction étrangère.

33. Bien qu'aucune exception à l'immunité ne soit prévue en droit international, rien n'empêche les États d'en établir dans le cadre de leurs relations mutuelles − par exemple en concluant des traités. M. Kolodkin n'est toutefois pas convaincu qu'un tel développement du droit international faciliterait les choses pour la communauté internationale. La Commission croit-elle vraiment qu'un monde dans lequel des États s'emploieraient à poursuivre les représentants d'autres États, ce que l'Espagne a tenté de faire il y a peu avec des agents chinois et israéliens, serait un monde meilleur ? Croit-elle vraiment que cela ferait progresser la lutte pour les droits de l'homme et contre l'impunité ? Ne croit-elle pas plutôt que de telles poursuites risquent d'engendrer de nouveaux conflits entre les États ?

34. Ne vaudrait-il pas mieux considérer que, en vertu du droit international existant, l'immunité *ratione materiae* protège les représentants de l'État agissant dans le cadre de leurs fonctions contre l'exercice de la juridiction pénale étrangère, quelle que soit la gravité des actes reprochés, mais qu'elle ne fait pas obstacle à l'enquête, aux poursuites ou à d'autres mesures ? L'immunité *ratione materiae* n'empêche l'exercice de la juridiction pénale étrangère à l'égard d'un agent que si elle est invoquée par l'État auquel ressortit l'intéressé, ce qui signifie que cet État doit reconnaître les actes en question comme étant les siens. L'État qui a subi un préjudice dû aux actes accomplis par l'agent serait alors fondé à soulever la question de la responsabilité internationale de l'État auquel ressortit ledit agent. On pourrait suggérer ensuite que l'État du représentant devrait lever l'immunité de l'intéressé ou que les preuves recueillies lui soient transmises en vue d'un procès pénal. Le fait pour cet État de ne pas invoquer l'immunité de son représentant équivaudrait à une levée tacite de celle-ci.

35. Avant d'adopter une telle position, néanmoins, la Commission devra examiner plusieurs points qu'elle n'a pas encore traités, à commencer par celui des aspects procéduraux de l'immunité. Elle pourrait aussi soumettre aux États un projet d'article sur les exceptions à l'immunité qu'elle distinguerait des projets déjà proposés en le présentant comme une option possible. M. Kolodkin ne pourrait cependant pas approuver un tel projet d'article s'il était présenté comme un développement progressif ou souhaitable du droit international.

36. M. Kolodkin partage les critiques formulées par Sir Michael Wood et M. Tladi au sujet de la teneur du projet d'article 7, dont il n'approuve pas le renvoi au Comité de rédaction, du moins tant qu'un accord ne sera pas trouvé sur la manière dont la nature de ce projet de texte – élément du droit international positif ou règle nouvelle – sera présentée aux États.

37. Mme GALVÃO TELES dit que la pratique actuelle en matière d'immunité n'est pas suffisamment claire pour permettre de dégager des solutions applicables à tous les aspects des limites et exceptions à l'immunité, en particulier l'immunité *ratione materiae*. La Commission doit donc décider si elle procède ou non à un développement progressif du droit dans les domaines où la pratique n'est pas fermement établie mais où il convient aussi de prendre en considération d'autres principes et valeurs qui sous-tendent le droit international. Citant les paragraphes 71, 72 et 75 de l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Mme Galvão Teles dit qu'il faut trouver un équilibre entre les principes de l'égalité souveraine, de la stabilité dans la conduite des relations internationales et de l'immunité, d'une part, et, de l'autre, la lutte contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves.

38. Une approche privilégiant la codification et la *lex lata* peut certainement être adoptée en ce qui concerne l'immunité *ratione personae*. À l'inverse, pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*, Mme Galvão Teles est d'avis que la Commission devrait opter pour une approche fondée sur le développement progressif du droit et la *lex ferenda* pour tenir compte des tendances de l'évolution des valeurs et des principes sur lesquels repose le droit international.

39. Mme Galvão Teles approuve la conclusion, formulée au paragraphe 240 du rapport, selon laquelle il n'est pas possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière permettant d'appliquer des limites ou des exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni d'identifier une tendance en ce sens. C'est ce qui ressort très clairement de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui est peut-être le plus important dans ce domaine. On ne retrouve toutefois pas la même clarté en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*. Bien que la pratique à cet égard ne soit pas fermement établie, elle semble révéler une tendance à exclure l'application de l'immunité *ratione materiae* aux représentants de l'État en cas de crimes internationaux, comme l'ont relevé les trois juges dans leur opinion individuelle commune en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Plusieurs arguments sont cités dans le rapport à l'appui de cette conclusion : les crimes internationaux ne peuvent pas être considérés comme étant des « actes accomplis à titre officiel » ; l'exception à l'immunité est justifiée par le caractère haineux et la gravité des crimes concernés ; l'immunité peut affaiblir les valeurs et les principes reconnus par l'ensemble de la communauté internationale ; l'immunité est contraire au *jus cogens* en cas de crimes internationaux.

40. Le principe de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouve son fondement essentiellement dans le droit international coutumier. Toutefois, l'immunité *ratione materiae* doit être conciliée avec plusieurs traités récents qui imposent aux États des obligations de poursuivre ou d'extrader les auteurs de certains crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Pour Mme Galvão Teles, les instruments réprimant la torture et les disparitions forcées devraient être ajoutés à cet ensemble de traités avec lequel ces régimes présentent certaines similarités, notamment l'obligation de poursuivre les auteurs au niveau national. La Rapporteuse spéciale donne des exemples de jurisprudence interne pour illustrer cette tendance en ce qui concerne la torture et, dans une moindre mesure, les disparitions forcées. Ces deux crimes, et les trois susmentionnés, constituent les éléments fondamentaux pour lesquels on dispose d'une pratique étatique et de dispositions claires dans des instruments internationaux.

41. Parmi les exceptions à l'application de l'immunité *ratione materiae* figurent notamment la corruption et l'« exception territoriale ». Pour ce qui est de la corruption, généralement définie comme un abus de pouvoir commis à des fins d'enrichissement personnel, c'est parce que les faits de corruption ne peuvent être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel » qu'il conviendrait d'en faire un cas d'exception à l'immunité *ratione materiae*. La fonction est utilisée comme un simple moyen de commettre ces infractions, étant donné que la personne en abuse à des fins personnelles. Le projet d'article 6[217], relatif à la portée de l'immunité *ratione materiae*, peut

[217] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 229 (projet d'article 6).

suffire pour que les infractions liées à la corruption soient exclues du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*, mais il faudrait en revanche, pour plus de clarté, les mentionner dans le projet d'article 7.

42. La proposition tendant à inclure une exception territoriale dans le projet d'articles, sur la base de l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, est une proposition intéressante d'un point de vue pratique, mais l'on peut considérer que l'article en question est rédigé en des termes trop généraux, et qu'une formulation plus restrictive serait peut-être plus appropriée dans le contexte de l'immunité des représentants de l'État par opposition à l'immunité des États eux-mêmes.

43. En ce qui concerne l'intitulé du projet d'article 7 et le chapeau du premier paragraphe, Mme Galvão Teles convient avec la Rapporteuse spéciale que la distinction entre limite et exception n'a pas d'intérêt pratique puisque les deux termes emportent les mêmes conséquences, à savoir la non-application du régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Par conséquent, elle appuie la proposition tendant à ce que, aux fins du projet d'articles, le membre de phrase «[l]'immunité ne s'applique pas» recouvre à la fois les limites et les exceptions.

44. Pour des raisons déjà exposées, Mme Galvão Teles est favorable à ce que le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7 vise expressément le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées comme crimes internationaux à l'égard desquels l'immunité ne devrait pas s'appliquer. L'on pourrait mentionner d'autres crimes, mais en l'état, le libellé est bien équilibré et reflète l'évolution du droit international en matière de lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux les plus graves. À l'exception des disparitions forcées, ce libellé est conforme à la résolution de 2009 de l'Institut de droit international sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, selon laquelle «[h]ors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux»[218].

45. Mme Galvão Teles dit que la proposition de la Rapporteuse spéciale tendant à mentionner les «crimes liés à la corruption» au paragraphe 1 *b* mérite d'être appuyée parce que les faits de corruption ne sont pas des «actes accomplis à titre officiel» et ne devraient donc pas relever du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, si l'on tient compte du projet d'article 6, l'on pourrait aussi expliquer dans le commentaire que les «crimes liés à la corruption» ne sont pas des «actes accomplis à titre officiel» et préciser quelles sont les infractions qui relèvent de cette catégorie, qu'il deviendrait inutile de maintenir dans le projet d'article lui-même.

46. En ce qui concerne les crimes énumérés à l'alinéa *c*, l'exception territoriale est peut-être davantage justifiée dans le contexte de l'immunité de l'État et cet alinéa est peut-être formulé en des termes trop absolus; il pourrait être interprété comme portant sur tous les types d'activités menées par les représentants d'un État dans l'État du for. Le précédent Rapporteur spécial avait fait une autre proposition dans son deuxième rapport, où il est indiqué ce qui suit au dernier paragraphe: «[L]e cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel l'infraction présumée a été commise et où cet État n'a consenti ni à l'accomplissement sur son territoire des actions à l'origine de l'infraction, ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée constitue un cas particulier. Il semble dans ce cas qu'on dispose de motifs suffisants pour parler d'absence d'immunité.»[219] De plus, l'on pourrait utilement donner, peut-être dans le commentaire, des exemples de types d'actes couverts par l'exception, comme les assassinats politiques, l'espionnage, le sabotage et l'enlèvement.

47. Pour ce qui est du paragraphe 2 du projet d'article 7, la proposition de la Rapporteuse spéciale semble suffisamment claire et ne prête pas à controverse puisqu'elle reflète la pratique de longue date et constante des États, et le principe de l'égalité souveraine des États. Toutefois, il faudrait préciser dans le commentaire que ce projet de texte n'exclut pas le principe de la responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux, ni la nécessité de garantir l'existence de mécanismes efficaces de lutte contre l'impunité des auteurs de ces crimes. Le caractère procédural de l'immunité ne peut avoir pour effet d'exonérer un représentant de l'État de sa responsabilité pénale individuelle, ni équivaloir à l'impunité. À cet égard, il conviendrait d'insérer dans le commentaire une référence au paragraphe 60 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Mme Galvão Teles approuve l'importante clause «sans préjudice» figurant au paragraphe 3, clause qui pourrait éventuellement, comme l'a proposé M. Tladi, s'appliquer à l'ensemble du projet d'articles.

48. En conclusion, Mme Galvão Teles approuve le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Elle espère que la Commission nouvellement élue continuera de privilégier l'approche fondée sur le développement progressif et que ses travaux sur un sujet d'une telle importance ne mettront pas fin à la tendance, qui se dégage en droit international, à limiter l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale des représentants de l'État, du moins dans les cas de crimes internationaux. Pour ce qui est du programme de travail futur proposé par la Rapporteuse spéciale, Mme Galvão Teles attend avec un vif intérêt le sixième rapport, qui portera sur les aspects procéduraux de l'immunité, ainsi que l'adoption du projet d'articles en première lecture.

49. M. HASSOUNA dit que, même s'il excède la longueur recommandée, le cinquième rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, par l'analyse utile et approfondie qu'il contient, contribuera à une meilleure compréhension des questions en jeu. Compte tenu du caractère politiquement sensible du sujet et de l'enjeu qu'il représente pour les États, la prudence est de mise dans les travaux si l'on

[218] Voir 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, art. III, par. 1. Également disponible sur le site Web de l'Institut: www.idi-iil.org.

[219] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631, par. 94, al. *p*.

veut que le résultat des travaux emporte l'assentiment général. À cette fin, la Commission devrait essayer à la fois de préserver les normes fondamentales du régime de l'immunité existant et de faire écho aux efforts de lutte contre l'impunité que fait actuellement la communauté internationale. Cette approche devrait être axée sur l'harmonisation de la *lex ferenda* et de la *lex lata*, conformément au mandat de la Commission.

50. M. Hassouna remercie la Rapporteuse spéciale pour son étude approfondie de la pratique des États et de la jurisprudence relatives aux exceptions et aux limites à l'immunité des représentants de l'État. Cette pratique devrait servir de base à l'élaboration d'articles sur le sujet. Toutefois, comme l'ont relevé certains membres, l'étude que la Rapporteuse spéciale a faite de cette pratique est quelque peu inhabituelle. La Rapporteuse spéciale s'est en effet appuyée sur diverses sources pour établir l'existence d'une tendance en droit international à admettre des exceptions à l'immunité *ratione materiae*, et elle fonde le projet d'article 7 sur ces sources. Cela pose plusieurs problèmes qui tiennent notamment au fait qu'elle ne fait pas la distinction entre exception et limite, ne donne pas de repère temporel permettant d'apprécier la vitesse à laquelle cette tendance s'est développée et privilégie certaines sources de droit selon l'exception qu'elle cherche à établir. Par conséquent, même si l'existence d'une tendance à admettre des exceptions est établie pour certaines d'entre elles, tel n'est pas le cas pour toutes les exceptions énumérées dans le projet d'article proposé.

51. L'analyse que fait la Rapporteuse spéciale de la nature juridique de l'immunité et de sa relation avec la juridiction, la responsabilité et les niveaux de compétence national et international est utile, même s'il s'agit d'une question complexe, comme certains membres l'ont relevé. D'un côté, la recherche de la responsabilité ne devrait pas être considérée comme un mécanisme permettant de s'ingérer dans les affaires intérieures d'un État, ni servir de prétexte pour poursuivre un représentant de haut rang pour des raisons politiques. De l'autre, le respect effectif des normes de *jus cogens* dans le monde entier est de la plus haute importance. Il existe de nombreuses mesures permettant de poursuivre les auteurs de crimes internationaux, comme l'engagement de poursuites au niveau national, la levée de l'immunité, l'engagement de poursuites après l'expiration du mandat des intéressés ou leur renvoi devant le système de justice pénale internationale. Toutefois, ces moyens ne sont pas toujours suffisants. Il faut garder ces deux aspects à l'esprit lors de l'examen des exceptions pour pouvoir rédiger un texte équilibré couvrant toutes ces questions. Le principe de l'égalité souveraine des États n'est évidemment pas le seul principe fondamental consacré par le système juridique international. La protection des droits de l'homme, la justice et le respect des obligations découlant des sources du droit international sont indispensables au fonctionnement de ce système.

52. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 ne prête pas à controverse et sa teneur est étayée par le droit international coutumier. Toutefois, étant donné qu'il n'englobe pas les « crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas », comme l'indique l'intitulé du projet d'article, la Commission souhaitera peut-être le remanier. Certains membres ont estimé que la mention du caractère absolu de l'immunité *ratione personae* devait être supprimée, mais M. Hassouna considère qu'il importe de conserver des exceptions à la fois à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae* dans la même disposition pour bien faire ressortir la différence entre les deux. La clause « sans préjudice » insérée dans le paragraphe 3 ne prête pas non plus à controverse, mais la Commission souhaitera peut-être indiquer dans le commentaire à quel tribunal international elle renvoie. La notion de levée devrait être insérée dans le paragraphe 3 du projet d'article 7, de manière à préciser que, si l'immunité *ratione personae* s'applique dans les affaires relatives à des crimes visés au paragraphe 1 de ce projet d'article, l'immunité n'est toutefois pas toujours assurée.

53. En ce qui concerne le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, si la Rapporteuse spéciale a, dans le rapport, établi de manière convaincante l'existence d'une tendance à la reconnaissance d'une exception à l'immunité concernant certains crimes internationaux, on ne comprend pas bien pourquoi elle n'a retenu que les crimes mentionnés dans cet alinéa, à savoir des crimes qui, comme cela est indiqué au paragraphe 219 du rapport, sont « contraires aux valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble », valeurs généralement considérées comme des normes de *jus cogens*. Toutefois, l'esclavage, l'apartheid et le crime d'agression ne figurent pas dans la liste proposée, le dernier n'ayant pas été retenu parce que, d'après la Rapporteuse spéciale, son inclusion pourrait avoir de trop nombreuses conséquences politiques sur la stabilité des relations internationales.

54. La jurisprudence nationale exposée à la note de bas de page appelée au paragraphe 114 après les mots « en présence de crimes internationaux » fait apparaître une tendance générale à la reconnaissance d'une exception à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes internationaux tels que les crimes contre l'humanité. Il faudrait donc reformuler le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7 de sorte que son libellé soit suffisamment souple pour englober les futures normes de *jus cogens*. À cette fin, le projet de texte devrait comporter une liste de crimes et s'accompagner d'une mention précisant que cette liste n'est pas exhaustive mais donne des exemples de normes de *jus cogens* à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne peut pas s'appliquer. Dans cette liste non exhaustive devraient figurer les crimes d'agression, l'apartheid et l'esclavage, y compris les formes modernes d'esclavage. L'agression étant une cause certaine de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, il ne serait pas logique d'inclure ceux-ci mais pas le crime d'agression. Le fait qu'il ait été inséré dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale au moyen des amendements de Kampala, même si ceux-ci n'ont pas encore pris effet, montre que les États le considèrent comme un crime international grave dont les auteurs devraient être poursuivis.

55. En ce qui concerne le crime d'apartheid, il ressort de l'article 3 de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid que la responsabilité pénale internationale s'applique aux personnes et aux représentants de l'État, quel que soit le lieu où ils résident et celui où les actes ont été perpétrés. Pour l'essentiel, cette convention établit une exception à

première vue à l'immunité fonctionnelle de juridiction pénale étrangère et dispose que l'apartheid est un crime contre l'humanité. Le paragraphe 1 *j* de l'article 7 du Statut de Rome le considère comme un crime contre l'humanité lorsqu'il est commis dans certaines circonstances. Toutefois, comme il n'est pas toujours possible d'apporter la preuve des éléments contextuels requis pour établir l'existence d'un crime contre l'humanité, l'apartheid devrait être mentionné séparément dans le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7.

56. L'esclavage, notamment ses formes contemporaines telles que le travail forcé et la traite des êtres humains, devrait aussi faire l'objet d'une mention distincte dans le projet d'article proposé. S'il est généralement inclus parmi les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, il devrait être présenté séparément car, une fois encore, il est parfois impossible d'établir les éléments contextuels requis pour prouver l'existence d'un crime contre l'humanité ou d'établir le lien requis avec un conflit armé pour prouver l'existence d'un crime de guerre. L'interdiction de l'esclavage, de même que celle de la torture et des disparitions forcées, est énoncée dans plusieurs instruments internationaux, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de nombreux instruments régionaux, parmi lesquels la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. De plus, la Convention relative à l'esclavage, de 1926, a précisément été conclue, non seulement pour traiter cette question proprement dite, mais aussi pour « empêcher que le travail forcé n'amène des conditions analogues à celles de l'esclavage » (art. 5). La Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) (nº 105) concernant l'abolition du travail forcé, de 1957, et la Convention de l'OIT (nº 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, de 1999, sont également utiles pour traiter la question des formes contemporaines d'esclavage.

57. Par souci de clarté, l'on pourrait indiquer dans le commentaire du projet d'article 7 quelle source de droit doit être utilisée pour déterminer si la conduite d'un individu relève d'un des crimes internationaux énumérés aux fins d'exclure l'application de son immunité fonctionnelle, dès lors que diverses conventions internationales et régionales définissent certains de ces crimes de manière différente. La Rapporteuse spéciale devrait également envisager d'apporter les précisions appropriées dans le paragraphe 1 du projet d'article 7 pour bien faire ressortir le lien entre les crimes concernés et le représentant de l'État dont l'immunité est en jeu.

58. Les « crimes liés à la corruption » devraient être retirés de la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, car ni la pratique des États, ni le droit conventionnel sur la question ne sont assez développés pour justifier qu'ils y figurent, outre que la Rapporteuse spéciale ne démontre pas de manière convaincante l'émergence en droit international d'une tendance à reconnaître une telle exception. Ni la Convention des Nations Unies contre la corruption, ni la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, ni la Convention interaméricaine contre la corruption ne comportent de dispositions générales sur l'immunité des représentants de l'État, même si elles reconnaissent expressément que ces représentants peuvent commettre des actes de corruption. Les seules conventions relatives à la corruption qui se réfèrent effectivement à l'immunité comportent des dispositions qui renvoient essentiellement à la législation interne ou contiennent simplement une clause « sans préjudice ». De plus, la Rapporteuse spéciale ne mentionne aucune pratique judiciaire internationale ni aucune législation interne pertinentes permettant d'établir que la corruption constitue une exception à l'immunité *ratione personae* ou à l'immunité *ratione materiae*.

59. Pour ce qui est de la pratique des États concernant la corruption, la Rapporteuse spéciale ne cite que trois affaires internes dans lesquelles l'existence de limites ou d'exceptions à l'immunité en cas de corruption a été admise, contre 13 concernant la commission de crimes internationaux. Sur ces trois cas, deux concernent l'Europe et un le Chili, ce que l'on peut difficilement considérer comme étant constitutif d'une pratique « généralisée » ou « représentative » dans le contexte du droit international coutumier. La Rapporteuse spéciale semble reconnaître que la base de l'inclusion de la corruption est un peu mince puisqu'elle affirme qu'il « pourrait » être opportun d'inclure une disposition précisant expressément que la corruption constitue une limite ou une exception à l'immunité *ratione materiae*.

60. De plus, on peut considérer les infractions liées à la corruption comme des actes *ultra vires* ne relevant pas du champ des « fonctions officielles » d'un représentant de l'État et, par conséquent, comme des actes non couverts par l'immunité fonctionnelle en droit. En effet, la Rapporteuse spéciale note que, à la lumière des critères établis dans son quatrième rapport[220], les infractions relatives à la corruption peuvent être considérées comme étant exclues du champ des fonctions d'un représentant de l'État. Elle en conclut qu'il ne semble pas « nécessaire de les examiner maintenant du point de vue des limites et exceptions ». Toutefois, elle relève aussi que, dans la pratique, il est parfois difficile de déterminer clairement si les infractions liées à la corruption sont des actes accomplis à titre officiel ou à titre privé. Ainsi, le fait de savoir si ces infractions sont exclues du champ de l'immunité fonctionnelle devrait être déterminé au cas par cas à l'échelon national.

61. La notion de « crimes qui portent atteinte aux personnes » devrait être conservée dans le projet d'article, mais l'exception y relative devrait être définie de façon plus restreinte. La Commission semble convenir qu'une telle exception existe, principalement en raison de l'importance du principe de territorialité et compte tenu de l'avertissement donné par M. Kolodkin dans son deuxième rapport, à savoir le fait que le crime doit avoir été commis par un représentant étranger présent sur le territoire de l'État du for sans que celui-ci ait consenti expressément à l'accomplissement de fonctions officielles par l'intéressé[221]. Le principal problème posé par l'exception plus large retenue dans le rapport à l'examen tient à ce que la Rapporteuse spéciale se base sur la juridiction civile pour déduire l'existence d'une telle exception et la place dans

[220] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

[221] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631, p. 447, par. 82.

le contexte de la juridiction pénale. La plupart des traités relatifs à l'immunité de l'État et la plupart des législations internes sur la question comportent une « exception territoriale » dans le contexte de la juridiction civile, que la Rapporteuse spéciale utilise à l'appui de l'immunité dans le contexte de la juridiction pénale. Or ces mêmes traités et législations internes ne comportent pas d'exceptions dans les cas de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, etc. Si la Rapporteuse spéciale veut s'appuyer sur la législation interne pour établir l'existence d'exceptions en droit international coutumier, elle doit alors aussi prendre acte de l'absence de telles exceptions dans cette législation. L'exception proposée pourrait en effet exposer un représentant de l'État étranger à des poursuites pour des infractions telles que la diffamation ou le non-paiement de procès-verbaux de stationnement et autres infractions du même ordre, étant donné que l'exception à l'immunité de juridiction pénale faite par analogie est extrêmement large.

62. Le projet d'article doit donc être reformulé à la lumière des arguments susmentionnés et, peut-être, en reprenant les termes employés dans le deuxième rapport de M. Kolodkin. De plus, toutes les sources du droit devraient être traitées sur un pied d'égalité : la Rapporteuse spéciale a minimisé l'importance des législations internes ne prévoyant pas d'exceptions à l'immunité en cas de crimes internationaux tels que les crimes contre l'humanité, tout en insistant sur ces législations dans son analyse de l'« exception territoriale ».

63. Pour ce qui est du programme de travail futur, la Rapporteuse spéciale pourrait envisager de mettre l'accent sur la relation entre l'immunité des représentants de l'État et les prescriptions applicables aux crimes qui n'ont pas été retenus dans le présent projet d'articles. Il importe de s'assurer que les prescriptions relatives aux crimes pour lesquels il n'y a pas d'exception ni de limite à l'immunité ne s'éteignent pas avant l'expiration de l'immunité *ratione personae* du représentant de l'État. La Rapporteuse spéciale pourrait également donner davantage d'explications sur la distinction entre une limite et une exception au regard des aspects procéduraux de l'immunité.

64. En conclusion, M. Hassouna recommande que le projet d'article 7 ainsi que les propositions pertinentes faites au cours du débat soient renvoyés au Comité de rédaction.

65. M. VALENCIA-OSPINA dit que, pour des raisons indépendantes de la volonté de la Rapporteuse spéciale, son cinquième rapport est présenté à la Commission du droit international pour la seconde fois, l'avantage étant que celle-ci connaît déjà les points de vue qui ont été exprimés sur le sujet par les membres de la Sixième Commission à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale.

66. Pour ce qui est de la question de savoir si le cinquième rapport traite en fait des exceptions ou des limites à l'immunité, M. Valencia-Ospina dit que, jusque-là, l'ensemble des travaux accomplis par la Commission sur le sujet a reposé sur le postulat, explicite ou implicite, que l'immunité des représentants de l'État est en principe applicable, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, approche qu'on pourrait nommer « immunité par défaut ». Le cinquième rapport porte sur des cas dans lesquels l'immunité par défaut ne s'applique pas.

67. La question de la portée temporelle de l'immunité *ratione materiae* est couverte par le projet d'article 6, provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-huitième session. Cette immunité s'applique aux actes accomplis à titre officiel par des représentants de l'État pendant leur mandat ; bien que l'immunité puisse être invoquée après la fin du mandat, il importe de déterminer si l'auteur en bénéficiait au moment où il a commis l'acte en question. Il ressort du paragraphe 3 du projet d'article 6 que les personnes qui bénéficiaient de l'immunité *ratione personae* au moment où elles ont commis l'acte peuvent invoquer l'immunité *ratione materiae* après la fin de leur mandat, sous réserve que les critères pertinents soient remplis. La Rapporteuse spéciale explique au paragraphe 241 de son cinquième rapport que l'immunité *ratione personae* cesse au moment où le mandat de l'intéressé arrive à son terme, mais ce point passe inaperçu en raison des nombreuses références à la portée temporelle faites dans les projets d'articles 4[222], 6 et 7. L'on pourrait atténuer ce problème en regroupant dans un seul et même projet d'article toutes les références à la portée temporelle de l'immunité ou, à tout le moins, en reformulant le paragraphe 2 du projet d'article 7 de manière à dissiper toute ambiguïté. De plus, même si cette approche large et non restrictive de l'immunité *ratione personae* reflète peut-être les points de vue de l'écrasante majorité des États, certains d'entre eux se sont dits favorables, lors du débat à la Sixième Commission, à des limites à l'immunité, du moins en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves, notamment le génocide.

68. La liste exhaustive des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, dressée dans le paragraphe 1 du projet d'article 7, suscite de vives préoccupations. L'expérience montre que, si la Commission propose une telle liste, il pourrait en résulter un demi-siècle supplémentaire d'immunité absolue pour les crimes internationaux ne figurant pas dans cette liste d'exceptions. Si la Commission décide d'établir une liste, elle devra donc sélectionner avec le plus grand soin les éléments qui y figureront ou en seront exclus. M. Valencia-Ospina souscrit aux arguments avancés à la session précédente de la Commission en faveur de l'inclusion du crime d'agression dans la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Après tout, les guerres d'agression sont le premier crime international énuméré dans les Principes du droit international consacré par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[223] (Principes de Nuremberg), formulés par la Commission en 1950.

69. Bien que la torture ait été incluse à juste titre dans la liste figurant au paragraphe 1 du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale n'est pas toujours cohérente dans son approche de cette question. D'un côté, la Rapporteuse

[222] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 51 (projet d'article 4).

[223] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), par. 97 à 127.

spéciale fait état de la levée implicite de l'immunité par les États qui ont ratifié des instruments tels que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; de l'autre, elle renvoie au postulat selon lequel un rejet de la juridiction peut conduire à l'impunité. Elle ne tient pas non plus compte de la définition de la torture énoncée à l'article premier de la Convention, selon laquelle, pour qu'un acte soit qualifié de torture, une douleur ou des souffrances doivent avoir été « infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Une telle condition signifie que, dans l'écrasante majorité des cas, l'« immunité par défaut » serait la norme.

70. Un point soulevé de manière récurrente pendant les débats tenus tant à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission est celui de savoir si des crimes internationaux peuvent ou non être commis dans le cadre de l'exercice, à titre officiel, de l'autorité de l'État. À en juger par la structure du projet d'articles, la Rapporteuse spéciale semble avoir déjà tranché la question. Si la commission de tels crimes ne peut jamais constituer un « acte accompli à titre officiel », il ne peut y avoir d'immunité automatique pour de tels actes, et par conséquent le débat actuel sur les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas devient superflu.

71. Contrairement à certains membres, M. Valencia-Ospina n'est pas convaincu qu'il n'y ait aucun lien d'aucune sorte entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'immunité de juridiction devant la Cour pénale internationale. Il est indiqué, tant dans le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale que dans son article 1, que la Cour pénale internationale est « complémentaire des juridictions pénales nationales ». À l'évidence, la Cour ne dispose pas des ressources suffisantes pour enquêter sur toutes les affaires de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de crimes d'agression, ni pour les juger. La complémentarité en question et l'insuffisance des ressources de la Cour portent en germe la possibilité de l'impunité tant qu'il n'y a pas de juridictions pénales nationales suffisamment robustes pour conduire des procès dans la majorité des affaires. Par conséquent, les immunités dans le contexte de la Cour pénale internationale doivent concorder avec les immunités dans le contexte des juridictions pénales étrangères.

72. À cet égard, il est intéressant de rappeler la théorie, élaborée par un ancien membre éminent de la Commission, M. Georges Scelle, du « dédoublement fonctionnel » ou investissement d'un double rôle, qui désigne le fait que des institutions nationales s'acquittent de tâches relevant du système juridique international. Pour que les juridictions pénales nationales jugent efficacement les crimes internationaux, leur compétence doit avoir la même portée que celle de la Cour pénale internationale.

73. Enfin, M. Valencia-Ospina approuve le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction pour examen à la lumière des vues exprimées pendant le débat.

La séance est levée à 12 h 45.

3362e SÉANCE

Mardi 23 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, 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. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a d'importantes implications pour les États, en particulier en ce qui concerne les procédures devant leurs tribunaux internes. Il souscrit d'une manière générale à l'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport sur le sujet (A/CN.4/701) et à son analyse approfondie de la jurisprudence nationale et internationale en la matière. Son argument systémique en faveur de la non-applicabilité de l'immunité à l'égard des crimes internationaux les plus graves est également important.

2. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale note qu'un grand nombre d'États estiment qu'il existe diverses exceptions à l'immunité *ratione materiae*, dont la principale est la commission des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. Comme la Commission l'a relevé en maintes occasions, le droit international est un système juridique dont les règles et principes entretiennent des relations et doivent être interprétés en conséquence. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, la Cour internationale de Justice a fait observer qu'« une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » (paragraphe 10 de l'avis).

3. Dans le cadre de l'examen du sujet, la Commission doit mettre en balance l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales d'une part, et la prévention et la répression des crimes graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble de l'autre. Le fait que les tribunaux pénaux internationaux créés par la communauté internationale soient à certains égards limités, par exemple dans l'étendue de leur compétence ou dans leur budget de fonctionnement, accroît l'importance du rôle des tribunaux internes et de la coopération