

Provisoire

**Réservé aux participants**

23 novembre 2017

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante-neuvième session (première partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3362<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 23 mai 2017, à 10 heures

**Sommaire**

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

---

\* Nouveau tirage pour raisons techniques (23 novembre 2017).

---

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

GE.17-08417 (F) 190717 210717



\* 1 7 0 8 4 1 7 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Nolte  
*Membres :* 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. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
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. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
Sir Michael Wood

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 10 h 5.*

**Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**  
(point 2 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/701)

**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.

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 ».

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 interétatique dans la prévention de ces crimes graves et dans la lutte contre l'impunité.

Sur la base de son analyse de la pratique telle qu'étayée par la doctrine des publicistes, la Rapporteuse spéciale conclut à juste titre qu'il n'est pas possible d'établir l'existence d'une règle coutumière consacrant des limites ou exceptions à l'immunité *ratione personae* ou d'identifier une tendance en ce sens. Toutefois, s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, elle conclut qu'il existe une règle coutumière en excluant l'applicabilité dans le cas des crimes internationaux les plus graves, ou au moins qu'une nette tendance en ce sens est en train de se faire jour.

Cette conclusion reflète l'évolution du droit pénal international depuis la Seconde Guerre mondiale, notamment l'adoption de traités exigeant des États qu'ils confèrent à leurs tribunaux internes compétence pour connaître des crimes internationaux. L'application de l'immunité *ratione materiae* aux crimes internationaux réprimés par des conventions existantes ou futures aura un impact majeur sur l'application et l'efficacité de ces conventions, puisque ceux qui commettent des crimes internationaux sont généralement des représentants de l'État.

Il serait regrettable que l'État de nationalité de représentants ou d'anciens représentants accusés de torture, par exemple, demande à l'État du for de ne pas extraditer ces représentants mais de considérer qu'ils jouissent de l'immunité de juridiction parce que les actes de torture qui leur sont reprochés ont été commis à titre officiel. Une telle position serait en conflit avec les obligations que divers traités imposent aux États, par exemple l'obligation de poursuivre ou d'extrader.

Une demande d'extradition concernant un tel représentant présentée par son État de nationalité ne serait en aucune manière en conflit avec l'obligation des États de prévenir et réprimer ce crime grave. Toutefois, en l'absence d'autres mécanismes d'engagement de la responsabilité pénale, l'invocation de l'immunité *ratione materiae* pour faire obstacle à l'exercice de l'action publique contre le représentant concerné ouvrirait la porte à l'impunité. Le risque est que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants

de l'État ne soit plus exclusivement un « obstacle procédural » mais devienne un « obstacle substantiel ». En ce sens, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont souligné dans leur opinion individuelle commune dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*) que le droit international s'efforçait « de concilier cette valeur [l'immunité] avec la lutte contre l'impunité, et non de faire triompher une norme sur l'autre ».

Selon le rapport, l'équilibre à réaliser entre ces normes implique que les représentants de l'État jouissent d'une immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère absolue, et jouissent en règle générale de l'immunité *ratione materiae* moyennant certaines exceptions et limites concernant les crimes les plus graves. Les exceptions et limites mentionnées par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport ne concernent donc que l'immunité *ratione materiae*.

La Rapporteuse spéciale propose à juste titre, pour le projet d'article 7, un texte comparable à celui retenu par la Commission dans son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Ce texte correspond également à la plus grande partie de la pratique des États et de la jurisprudence internationale, qui visent la « non-applicabilité » de l'immunité ou le fait que l'immunité « ne peut être invoquée » devant les tribunaux internes. M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il approuve la mention des crimes liés à la corruption et de l'« exception territoriale » dans le projet d'article.

S'agissant du programme de travail futur sur le sujet, l'analyse des aspects procéduraux de l'immunité devant figurer dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale sera très utile en ce qui concerne la prévention des poursuites politiquement motivées et l'invocation ou la levée de l'immunité par l'État de nationalité de l'accusé. L'orateur dit qu'il est favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

**M. Murphy** dit que trois questions clefs doivent être examinées dans le cadre du débat sur le sujet. La première est celle de savoir si le projet d'article 7 relève du droit positif (*lex lata*) ou est une proposition visant à créer une nouvelle règle juridique. La seconde est celle de savoir si le projet d'article 7 doit être assorti de garanties procédurales pour qu'il ne puisse faire l'objet d'abus. La troisième est de savoir si, étant donné l'importance et le caractère délicat de la question des limites et exceptions à l'immunité et la probabilité qu'elle suscite des opinions divergentes au sein de la Commission, tout projet d'article sur cette question ne devrait pas être examiné et élaboré en même temps que le commentaire y relatif.

Le projet d'article 7 ne relève pas du droit positif mais est une règle juridique nouvelle, comme il ressort de plusieurs aspects du rapport. Premièrement, la Rapporteuse spéciale fait valoir à maintes reprises qu'il existe « une tendance nette et croissante » en faveur d'exceptions à l'immunité ; en soulignant l'existence d'une tendance, elle reconnaît implicitement que le projet d'article 7 n'est pas fondé sur le droit positif mais est une proposition visant à créer une nouvelle règle juridique.

Deuxièmement, le rapport ne contient aucune évaluation empirique de l'existence de la tendance invoquée, et les quelques éléments de preuve qu'il invoque ne définissent aucun segment temporel particulier dans l'apparition d'exceptions ou de limites. En fait, certains éléments, par exemple des affaires portées récemment devant la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme, semblent donner à penser qu'une telle tendance n'existe pas, voire qu'il existe une tendance opposée, comme l'illustre la réduction récente du champ d'application de certaines lois nationales.

Troisièmement, bien qu'elle reconnaisse au paragraphe 20 a) de son rapport que les États ne s'accordent pas quant à savoir dans laquelle des deux catégories (*lex lata* ou *lex ferenda*) classer les différentes questions relatives aux exceptions, la Rapporteuse spéciale minimise l'importance de cette observation en n'en tenant pas compte lorsqu'elle examine si la pratique des États et l'*opinio juris* étayent l'existence, en droit positif, d'une règle sur les exceptions à l'immunité.

Quatrièmement, la jurisprudence des tribunaux internes ne corrobore pas le projet d'article 7. Bien que le rapport affirme que la jurisprudence interne confirme l'existence de certaines limites et exceptions à l'immunité *ratione materiae*, il ne recense, sur les cinquante dernières années, que 11 affaires dans lesquelles une juridiction interne a refusé

l'immunité *ratione materiae* à un représentant d'un État étranger dans une affaire pénale dans laquelle la commission d'un crime international était en cause. Du point de vue de la détermination du droit international coutumier, cette jurisprudence n'est ni répandue ni représentative.

De plus, le rapport affirme à tort que les tribunaux internes n'ont accordé l'immunité *ratione materiae* que dans « un petit nombre de cas » concernant des crimes internationaux graves. En réalité, ces cas sont nombreux, spécialement si l'on examine à la fois la jurisprudence pénale et la jurisprudence civile. On ne peut donc pas dire que la jurisprudence est sans équivoque favorable au projet d'article 7. De plus, pour évaluer scrupuleusement la jurisprudence interne, il aurait fallu prendre en compte non seulement les affaires dont ont connu les tribunaux internes, mais aussi les situations dans lesquelles il n'y a pas eu de poursuites et les raisons pour lesquelles il n'y en a pas eu, dont la conviction que le représentant concerné jouissait de l'immunité.

Cinquièmement, les législations nationales ne corroborent pas le projet d'article 7. Comme la Rapporteuse spéciale le note au paragraphe 44 de son rapport, il existe très peu de lois internes consacrées à l'immunité de juridiction, et il est pour cette raison difficile d'identifier le droit établi en ce qui concerne de quelconques exceptions à l'immunité. De plus, la plupart de ces lois concernent l'immunité de l'État, non l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le rapport indique que, même lorsqu'elles concernent cette dernière, elles prévoient une « exception territoriale », laquelle impliquerait l'existence d'une exception analogue en matière pénale. Or force est de reconnaître que les législations nationales ne prévoient aucune exception à l'immunité en relation avec la commission d'actes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre – un fait qui semble également pertinent. Bien que le rapport mentionne plusieurs lois récentes qui donnent effet au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, il indique aussi que nombre d'entre elles ne sont applicables qu'à la remise de personnes à la Cour, et que cinq États seulement ont adopté des lois d'application de portée plus large.

Sixièmement, la jurisprudence internationale ne corrobore pas le projet d'article 7, et le rapport semble vouloir écarter les implications d'une jurisprudence internationale relativement constante qui rejette les exceptions à l'immunité des représentants d'États étrangers. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du Mandat d'arrêt, la Cour internationale de Justice a nié l'existence d'exceptions, certes dans le contexte de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice. Dans son arrêt relatif aux Immunités juridictionnelles de l'État (*Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*), elle a également rejeté ces exceptions dans le contexte de l'immunité de l'État. Bien que ces affaires ne concernent pas l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État, les décisions de la Cour attestent l'importance qu'elle attache au caractère procédural de l'immunité et son rejet de l'idée qu'il doit exister des exceptions à l'immunité pour certains crimes. Dans son arrêt relatif aux Immunités juridictionnelles de l'État, la Cour affirme qu'« en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée ». La Cour fait également observer qu'un problème de logique se poserait si le refus de l'immunité était subordonné à la gravité de l'acte allégué puisque, au moment où l'immunité est refusée, la commission de l'acte en cause n'a pas encore été établie. Ces observations semblent avoir une influence dans le cadre des actions civiles intentées contre des représentants de l'État au plan interne. Bien que l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'État ne concerne pas l'immunité des représentants de l'État, les implications de l'arrêt de la Cour semblent contredire le projet d'article 7, tout comme certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme concernant des actions civiles.

La Rapporteuse spéciale s'appuie en partie sur l'affaire *Blaškić*, dont a connu le Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Or cette affaire concerne la capacité du Tribunal de citer des représentants de l'État à comparaître, non celle d'un État d'exercer sa juridiction à l'égard du représentant d'un État étranger. En fait, les tribunaux internationaux ne semblent pas considérer qu'il existe d'autres exceptions aux normes régissant l'immunité devant les tribunaux internes que celles relatives à la coopération énoncées dans leurs statuts.

Septièmement, d'une manière générale la pratique conventionnelle ne corrobore pas le projet d'article 7. Le cinquième rapport est particulièrement inégal à cet égard, invoquant la pratique conventionnelle quand elle étaye le projet d'article mais la laissant de côté lorsqu'elle ne le fait pas. Par exemple, le rapport conclut que l'exception territoriale prévue dans des traités concernant l'immunité des États de la juridiction civile étaye l'existence d'une exception analogue en matière pénale sans tenir compte du fait que les traités relatifs au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre, à la torture, aux disparitions forcées ou à la corruption ne prévoient pas une telle exception.

L'absence dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de toute disposition autorisant des exceptions pour ces motifs ne corrobore pas l'existence d'une tendance en faveur de limites et d'exceptions. De plus, le rapport ne tient pas compte du fait que des traités que les États continuent de considérer comme totalement acceptables, par exemple la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, auxquelles 191 et 179 États, respectivement, ont accédé, ne prévoient pas d'exceptions à l'immunité des diplomates ou des agents consulaires qui seraient accusés de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. De fait, l'immunité pour les actes accomplis par les intéressés dans l'exercice de leurs fonctions officielles subsiste même après qu'ils ont quitté ces fonctions.

Les traités qui concernent spécifiquement le crime de génocide, les crimes de guerre, les disparitions forcées et l'apartheid ne refusent pas non plus expressément l'immunité aux représentants de l'État. Nombreux sont ceux qui considèrent que l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne vise que la responsabilité pénale individuelle et non l'immunité de la juridiction pénale étrangère. Quoi qu'il en soit, le rapport aurait pu indiquer que, puisque l'article VI de la Convention dispose que les suspects ne peuvent être traduits que devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le génocide aurait été commis ou devant une juridiction pénale internationale, l'immunité ne peut leur être refusée que dans ce contexte plus étroit. Les conventions visant à lutter contre la corruption ne contiennent pas non plus de dispositions refusant l'immunité aux représentants d'États étrangers, bien qu'elles en contiennent sur l'immunité des représentants de l'État sur le territoire de leur État de nationalité. S'il existait réellement une tendance à refuser l'immunité de juridiction pénale étrangère aux représentants de l'État accusés d'être impliqués dans des disparitions forcées, par exemple, on aurait pu s'attendre à ce que les rédacteurs de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, un instrument relativement récent, y fassent figurer une disposition à cet effet ; or ils ne l'ont pas fait.

Certains traités peuvent exclure l'immunité des représentants de l'État lorsqu'un crime est défini de telle manière qu'il ne peut être commis que par un représentant de l'État et lorsque chaque État partie est tenu d'exercer sa compétence à l'égard d'un suspect présent sur son territoire. Même dans ce cas, il s'agit d'une exception à l'immunité purement conventionnelle, tenant essentiellement au fait que l'État de nationalité du représentant a accepté l'absence d'immunité lorsqu'il a accédé au traité, et elle ne s'applique que lorsque le suspect est présent sur le territoire de l'État du for.

Enfin, en ce qui concerne la pratique conventionnelle, il est nécessaire d'expliquer pourquoi certains traités répressifs universels sont considérés comme confirmant les exceptions prévues au projet d'article 7 alors que d'autres, comme ceux relatifs à l'esclavage sexuel, la prostitution des enfants et la pédopornographie, le trafic de stupéfiants, les attaques contre les diplomates, la prise d'otages, les attentats terroristes à l'explosif ou la cybercriminalité, ne le sont pas.

Huitièmement, le rapport manque de cohérence en ce qu'il invoque des affaires, des législations ou des traités sans rapport avec le droit pénal. D'une manière générale, il attache une importance considérable aux jugements des tribunaux civils lorsqu'ils étayent le projet d'article 7 parce qu'ils admettraient des exceptions à l'immunité, mais considère que certaines affaires dont a connu la Cour européenne des droits de l'homme, dans lesquelles les exceptions à l'immunité ont été rejetées, ne sont guère pertinentes puisqu'elles concernent des questions civiles et non pénales.

Neuvièmement, le rapport contient un examen, qui est finalement abandonné, de la distinction entre trois situations différentes : celle où l'acte en cause n'est pas officiel et où la question de l'immunité *ratione materiae* ne se pose donc pas, lorsqu'il y a une limite à l'immunité ; celle où l'acte en cause est officiel mais si odieux que l'immunité ne s'appliquerait pas, lorsqu'il y a une exception à l'immunité ; et celle dans laquelle l'immunité est refusée pour une autre raison, par exemple pour permettre l'indemnisation des victimes. Au lieu d'admettre que les différences dans la manière dont les États et les tribunaux envisagent les limites et exceptions à l'immunité montrent que le projet d'article 7 ne relève pas du droit positif, le rapport regroupe les trois situations dans ce projet d'article, qui n'est donc pas solidement fondé. M. Murphy pense avec d'autres membres qu'il serait peut-être préférable de traiter séparément des limites et des exceptions au lieu de les envisager dans une seule disposition sur la non-applicabilité de l'immunité.

S'agissant du texte de l'alinéa 1 i) du projet d'article 7, M. Murphy doute qu'il existe dans la pratique des États une tendance consistante à considérer que l'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes visés dans cet alinéa. Certains États lèvent l'immunité, d'autres ne le font pas. Dans certains cas, le tribunal refuse d'accorder l'immunité pour des raisons autres que le sentiment qu'il existe une exception à l'immunité pour les crimes internationaux. Il importe donc de déterminer dans chaque affaire si le tribunal s'est senti lié par une règle du droit international coutumier ou si d'autres questions étaient en jeu.

Quant à l'alinéa 1 ii) du projet d'article 7, les trois affaires citées dans le rapport dans lesquelles un tribunal interne aurait refusé l'immunité *ratione materiae* à un représentant d'un État étranger dans une affaire pénale de corruption ne constituent pas la pratique répandue et représentative nécessaire pour établir l'existence d'une norme de droit international coutumier. L'un des arguments les plus fréquents en faveur de l'inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae* dans les affaires de corruption est qu'un acte de corruption ne peut être un acte officiel. Le fait de ne pas le distinguer de celui avancé pour justifier l'inapplicabilité dans le cas des crimes internationaux visés à l'alinéa a) crée une confusion quant au sens et au champ d'application du projet d'article.

Pour ce qui est de l'alinéa 1 iii) du projet d'article 7, le rapport n'explique pas que l'exception territoriale à l'immunité de la juridiction civile découle de l'idée qu'il est raisonnable qu'un État étranger soit civilement responsable des risques assurables. Cette explication ne se traduit toutefois pas facilement en une exception à l'immunité en cas de comportement délictueux de représentants. Si le rapport admet que les lois nationales sur l'immunité de l'État autorisent des exceptions en faveur des actes de l'État de caractère commercial ou privé (*jure gestionis*), il omet l'autre face de la médaille, à savoir la préservation de l'immunité de l'État pour les actes publics (*jure imperii*). Si l'existence d'une exception territoriale dans ces lois est pertinente s'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, le maintien de l'immunité pour les actes publics, par exemple les activités militaires, semble également pertinente, un point qui a été relevé dans l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'État.

Comme le projet d'article 7 ne reflète pas le droit positif mais propose de nouvelles règles de droit, la Commission serait plus libre dans son approche du sujet si la Rapporteuse spéciale le reconnaissait. Lorsqu'elle élabore de nouvelles règles juridiques sur cette question, la Commission devrait lier ses travaux à la question des garanties procédurales. Elle ne doit pas tenter de parvenir à un accord sur le projet d'article 7 sans savoir quelles garanties procédurales permettraient de prévenir les abus. Elle pourra donc vouloir s'abstenir de renvoyer ce projet d'article au Comité de rédaction, ou le lui renvoyer étant entendu que le Comité le gardera jusqu'à ce que la Rapporteuse spéciale ait remis son rapport suivant.

Le lien entre le projet d'article 7 et les questions procédurales est illustré par deux exemples. Le premier est la situation décrite au paragraphe 82 du deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial (A/CN.4/631). Le second est fourni par une instance introduite aux États-Unis d'Amérique contre Ehud Barak, un ancien Ministre israélien de la défense, dans laquelle il était allégué que celui-ci avait autorisé la torture et l'exécution extrajudiciaire d'un ressortissant des États-Unis. Tant le Gouvernement israélien que le Gouvernement des États-Unis appuyaient l'invocation de l'immunité par M. Barak au motif qu'il avait agi en sa qualité officielle. Accordant l'immunité à M. Barak et déboutant les demandeurs, le Tribunal de district du District central de Californie a jugé qu'un accusé

jouissait de l'immunité lorsque l'État souverain avait officiellement reconnu l'acte de son représentant et l'avait fait sien. Ainsi, l'attitude adoptée dans la procédure par l'État concerné est pertinente s'agissant d'accorder ou de refuser l'immunité.

Étant donné les divergences de vues au sein de la Commission sur ce qui est une question importante et délicate, tout projet d'article concernant cette question devrait être examiné et élaboré en même temps que les commentaires y relatifs, soit au Comité de rédaction, soit dans le cadre d'un groupe de travail.

**M. Tladi**, se référant à l'observation de M. Murphy selon laquelle l'alinéa 1 i) du projet d'article 7 devrait être examiné en même temps que les aspects procéduraux de l'immunité, dit que l'affaire Barak semble concerner davantage la définition d'un acte officiel que les exceptions à l'immunité. La Commission a adopté une définition d'un « acte accompli à titre officiel » sans attendre d'avoir examiné les aspects procéduraux de l'immunité. En fait, par le passé, il n'est pas rare que la Commission ait adopté des projets d'article avant d'examiner les aspects connexes d'un sujet. M. Tladi n'est donc pas convaincu que la Commission doive, comme l'affirme M. Murphy, examiner les aspects procéduraux de l'immunité avant d'adopter le projet d'article 7.

**M. Murphy** dit que la Commission a souvent examiné des projets d'article simultanément parce qu'il était utile de voir la relation qui les unissait. Examiner non un seul projet d'article mais un groupe de projets d'article permet à la Commission de se faire une idée de la manière dont un projet se développe. Les aspects procéduraux de l'immunité peuvent être directement et diversement liés aux exceptions à l'immunité. Nombreux sont ceux qui considèrent la levée de l'immunité comme une forme d'exception. Dans une affaire comme l'affaire Barak, la notion d'acte officiel, la capacité de maintenir l'immunité et la position de l'État invoquant l'immunité en tant qu'obstacle procédural sont liées. Pour cette raison, les projets d'article ne peuvent être envisagés isolément les uns des autres. M. Murphy souligne que l'immunité est une question très délicate et complexe sur laquelle la Commission a tenu un débat quelque peu explosif six ans auparavant. Il est lui-même extrêmement préoccupé par ce qui est et ce qui n'est pas le droit, et il indique que sa proposition visait à faciliter un accord, premièrement en décidant si le but de la Commission est de codifier le droit, deuxièmement en déterminant comment lier les exceptions aux questions procédurales, et troisièmement en déterminant comment traiter la question dans le commentaire.

**M. Jalloh** dit que s'il comprend que les propositions de M. Murphy visent à réduire au minimum les divergences d'opinions au sein de la Commission, il lui semble quelque peu hasardeux de débattre des mécanismes procéduraux avant que la Rapporteuse spéciale ait présenté son sixième rapport.

**M. Hmoud** dit que la question de savoir s'il existe des exceptions ou limites substantielles n'a rien à voir avec la procédure.

**M. Murphy** dit qu'il n'y aurait aucun inconvénient à suspendre l'examen du projet d'article 7 jusqu'à la session suivante, lors de laquelle le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale sera disponible, ou à renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction mais en l'y maintenant jusqu'à ce que la Commission ait examiné certains des aspects procéduraux de l'immunité. Les deux questions, les exceptions à l'immunité et la procédure, sont liées, parce qu'il est impossible de démontrer à partir de 11 affaires seulement qu'il existe une règle de droit établie sur les exceptions et les limites. Si la Commission veut dire le droit et bien le faire, elle doit veiller à ne pas ouvrir la porte à l'invocation pernicieuse de nouvelles exceptions. L'orateur dit qu'il ne pourrait appuyer le nouveau régime reposant sur le projet d'article 7 en l'absence de garanties procédurales propres à empêcher les procureurs ou juges d'instruction d'engager des poursuites punitives contre des représentants étrangers.

**M. Cissé** dit que la question substantielle des exceptions et la question formelle de la procédure vont de pair. La Rapporteuse spéciale a besoin de suffisamment de temps pour établir un rapport exhaustif sur les questions procédurales, étant donné en particulier le caractère délicat du sujet.



**M. Šturma** dit qu'il pense comme plusieurs autres orateurs que les crimes liés à la corruption ne devraient pas figurer parmi les exceptions à l'immunité. Il appuie par contre l'exception territoriale, qui doit toutefois être assujettie à certaines conditions.

L'analyse que fait la Rapporteuse spéciale de la pratique des tribunaux internes dans son cinquième rapport révèle une nette tendance à accepter l'idée que la commission de crimes internationaux fait obstacle à l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, soit parce que ces crimes ne peuvent être considérés comme des actes officiels, soit parce qu'ils sont si graves qu'ils portent atteinte aux valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble. Cette conclusion semble reposer sur deux types d'arguments, des arguments inductifs et des arguments déductifs.

L'argument inductif a trait à la pratique législative et judiciaire des États. Malgré la diversité des positions des tribunaux internes, on constate une tendance en faveur des exceptions à l'immunité. Si presque tous les tribunaux internes considèrent que les chefs d'État et certains représentants de haut rang jouissent de l'immunité de la juridiction pénale étrangère, certains tribunaux ont jugé que l'immunité *ratione personae* pouvait cesser de s'appliquer si un traité international établissait clairement qu'il y avait été renoncé, qu'elle avait été levée ou qu'elle ne pouvait être invoquée, comme le fait l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il est toutefois manifeste que la jurisprudence est loin d'être uniforme sur la question de l'immunité *ratione materiae*.

La pratique pertinente des États peut être reflétée dans leurs législations nationales qui, bien que loin d'être uniformes, indiquent qu'une tendance en faveur de certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* est en train de se faire jour. Enfin et surtout, les opinions exprimées par diverses délégations à la Sixième Commission, qu'on les considère comme preuve de la pratique des États ou expression de l'*opinio juris*, appuient certaines exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Plusieurs États ont dit que les crimes internationaux devaient être considérés a priori comme ne bénéficiant pas de l'immunité.

Ces arguments inductifs indiquant l'existence de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État peuvent être complétés par plusieurs arguments déductifs fondés sur les tendances et valeurs du droit international contemporain. Premièrement, l'acceptation du caractère impératif des normes du *jus cogens* protégeant les valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble a amené certains tribunaux internes et de nombreux auteurs à interpréter ces normes comme permettant de limiter ou d'écarter l'immunité, nonobstant la décision rendue par la Cour internationale de Justice en l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'État, qui a rejeté cette position mais que l'orateur juge critiquable.

Deuxièmement, étant donné la nécessité de protéger les droits de l'homme, l'accès à la justice et le droit à réparation des victimes, certaines juridictions régionales, en particulier la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ont jugé que dans les affaires concernant les crimes internationaux exceptionnellement graves visés l'alinéa 1 i) du projet d'article 7 l'État était tenu d'enquêter et de punir les responsables de tels crimes. Dans de tels cas, l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État peut être considérée comme un obstacle au droit d'accès à la justice.

Troisièmement, l'engagement de la responsabilité pénale des individus en sus de celle des États pour la commission de crimes de droit international a influé sur les règles traditionnelles régissant l'immunité. Si la Cour internationale de Justice a, dans l'affaire du Mandat d'arrêt, jugé que l'élargissement de la juridiction pénale d'un État en application d'une obligation *aut dedere aut judicare* énoncée dans une convention internationale ne modifiait pas les immunités au regard du droit international coutumier, la situation semble différente en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, qui couvre généralement tous les actes de tous les représentants. S'il n'y avait pas d'exception à cette immunité, il serait le plus souvent impossible d'engager des poursuites du chef de crimes internationaux contre des représentants de l'État.

Quatrièmement, l'obligation des États d'établir et d'exercer leur compétence pour connaître des crimes de droit international fournit un moyen de résoudre les éventuels conflits de normes par l'interprétation systémique du droit international. L'approche

reposant strictement sur la hiérarchie des normes n'est adaptée que lorsqu'il existe un conflit direct entre deux normes incompatibles. Tel n'est pas le cas des règles relatives à l'immunité, qui ont un caractère procédural. On voit mal comment de telles règles pourraient être en conflit avec des normes du *jus cogens* interdisant des actes qui constituent des crimes au regard du droit international. La conclusion, dans l'affaire du Mandat d'arrêt, selon laquelle un obstacle procédural à l'immunité n'aboutit pas à l'impunité n'est valide que lorsqu'une instance de droit pénal autre que les tribunaux de l'État du for, par exemple un tribunal de l'État du représentant ou une juridiction pénale internationale compétente, peut être saisie. En l'absence d'une telle instance, l'immunité de juridiction pénale étrangère perd son caractère exclusivement procédural.

Bien que la pratique des États offre divers exemples étayant l'idée qu'il existe des exceptions à l'immunité des représentants de l'État, cette pratique est loin d'être uniforme et offre également de bons arguments en sens contraire. Ainsi, les arguments inductifs en faveur des exceptions doivent être complétés par des arguments déductifs et mis en balance avec ceux-ci. Un dernier argument concerne la nécessité d'éviter la fragmentation et de promouvoir l'intégration systémique du droit international. Ce droit étant un ordre ou système juridique, il ne peut comprendre une règle imposant telle ou telle conduite et une autre l'interdisant ; or tel serait le résultat si l'immunité était considérée comme absolue. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention contre les disparitions forcées mentionnent expressément les représentants de l'État dans la définition des crimes en question. Comme les États sont tenus d'établir et d'exercer leur compétence pour connaître de ces crimes, ils ne peuvent dans le même temps être empêchés de poursuivre les représentants de l'État par une immunité *ratione materiae* absolue. À la différence de l'argument fondé sur le *jus cogens*, cette approche ne définit pas la situation en termes absolus, comme imposant un choix entre l'interdiction impérative d'un crime et l'immunité. Elle prône une interprétation permettant aux deux règles d'avoir le plus large effet possible, conformément au principe de l'harmonisation.

S'il pense avec d'autres membres de la Commission qu'un rapport sur les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État aurait facilité le débat sur les exceptions, M. Šturma ne souhaite pas ajourner l'examen du projet d'article 7. Tant les paramètres substantiels des exceptions, au moins ceux concernant les principaux crimes de droit international, que les règles procédurales relatives à l'invocation de l'immunité ou la renonciation à celle-ci, y compris la renonciation implicite dans certaines situations, sont nécessaires à cette fin. Il importe d'examiner les critères concernant les exceptions à l'immunité, car en droit international contemporain l'immunité n'est pas considérée comme absolue, mais également les règles procédurales qui protègent les États et leurs représentants contre les abus de ces exceptions sous la forme d'enquêtes et de poursuites politiquement motivées ou légalement injustifiées diligentées par les autorités pénales d'autres États. M. Šturma recommande que les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 7 soient renvoyés au Comité de rédaction.

**M<sup>me</sup> Lehto** dit que la question extrêmement complexe et politiquement délicate des limites et exceptions à l'immunité des représentants de l'État, examinée dans le cinquième rapport solidement argumenté et reposant sur une recherche approfondie présenté par la Rapporteuse spéciale, est un élément clé du sujet à l'examen. En se référant à des travaux antérieurs de la Commission sur d'autres aspects du sujet ainsi qu'aux traités, à la pratique législative des États et à la jurisprudence internationale et nationale en la matière, la Rapporteuse spéciale réalise l'équilibre voulu entre la nécessité de maintenir la stabilité des relations internationales et celle d'engager la responsabilité des auteurs des crimes internationaux les plus graves, concluant qu'il n'y a ni limites ni exceptions à l'immunité personnelle des chefs d'État ou de gouvernement et des ministres des affaires étrangères lorsqu'ils sont en fonctions mais qu'il peut y avoir des exceptions dans le contexte de l'immunité fonctionnelle.

Inévitablement, le régime coutumier des immunités a été influencé par l'évolution qu'a connue le droit pénal international ces dernières décennies, y compris la création de juridictions pénales internationales qui ne reconnaissent pas la qualité officielle ou les immunités comme faisant obstacle à l'engagement de la responsabilité et le rôle clef que jouent les tribunaux internes dans les enquêtes et les poursuites concernant les crimes

internationaux. En outre, il existe maintenant des tribunaux internationalisés ou hybrides, des affaires sont renvoyées par des juridictions internationales à des tribunaux internes et le principe de complémentarité énoncé dans le Statut de Rome veut que ce soit aux systèmes judiciaires nationaux qu'il incombe au premier chef d'enquêter sur les crimes graves et d'en poursuivre les auteurs. Tous ces facteurs exigent une approche de l'immunité cohérente et prévisible.

Lorsqu'elle analyse les exceptions à l'immunité, la Commission doit tenir compte des lois nationales adoptées pour donner effet au Statut de Rome. Par exemple, lorsque la Finlande a ratifié le Statut en 2000, elle a veillé à faire en sorte de pouvoir exercer sa compétence pour connaître du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre et a modifié son Code pénal pour pouvoir également exercer la compétence universelle à l'égard de ces crimes.

M<sup>me</sup> Lehto dit qu'elle ne partage pas les préoccupations exprimées par d'autres membres de la Commission au sujet de la longueur du cinquième rapport et du nombre d'affaires citées, car un tableau exhaustif de l'état du droit en matière d'exceptions est utile. En particulier, l'arrêt rendu dans l'affaire du Mandat d'arrêt confirme qu'il n'y a pas d'exception à l'immunité *ratione personae*, comme le stipule le paragraphe 2 du projet d'article 7. Cet arrêt invoque également l'argument fondé sur les voies de recours alternatives, que la Rapporteuse spéciale critique à juste titre au paragraphe 151 de son rapport. Lorsque de telles voies de recours ne sont pas disponibles ou efficaces, les règles relatives à l'immunité seront en conflit avec les normes interdisant les crimes internationaux, un obstacle procédural devenant ainsi un obstacle de fond. Le rapport examine plusieurs aspects de ce conflit, y compris le caractère du *jus cogens* d'une telle interdiction, l'obligation et la responsabilité première des États d'enquêter sur ces crimes et d'en poursuivre les auteurs ainsi que le droit d'accès à la justice et le droit à réparation des victimes. L'analyse détaillée de la jurisprudence internationale a également l'intérêt de montrer que la question des exceptions n'a été envisagée que partiellement par différentes juridictions, dans les limites de chaque affaire particulière, et que certaines des conclusions ne sont donc pas pertinentes.

La Rapporteuse spéciale conclut qu'une tendance majoritaire se dégage dans la jurisprudence nationale en faveur de certaines limitations et exceptions à l'immunité *ratione materiae* (A/CN.4/701, par. 121), mais qu'il n'en est pas moins difficile d'affirmer qu'il existe une règle de droit coutumier claire et incontestée en ce sens. Cela semble constituer une description valide de la situation, et la Commission est effectivement face à un choix qui relève pleinement de son mandat. M<sup>me</sup> Lehto dit qu'elle pense comme la Rapporteuse spéciale que les crimes internationaux les plus graves doivent être considérés comme constituant une limitation ou exception aux règles procédurales ordinaires de l'immunité. Dans le même temps, l'immunité demeure la règle générale qui protège certaines fonctions spécifiques de l'État dans ses relations internationales, même si la responsabilité d'anciens représentants de l'État peut être engagée dans le cas peu probable où ils auraient commis de tels crimes.

La distinction entre limites et exceptions que fait la Rapporteuse spéciale est un outil analytique utile mais n'a pas de conséquences pratiques et ne devrait donc pas être reflétée dans le projet d'article 7. M<sup>me</sup> Lehto appuie l'inclusion de la liste de crimes figurant à l'alinéa 1 i) du projet d'article en tant que catégorie de crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas. La torture et les disparitions forcées sont des crimes contre l'humanité mais elles méritent d'être mentionnées séparément parce qu'elles ont leurs régimes conventionnels propres. Peut-être est-il possible d'ajouter d'autres catégories de crimes à cet alinéa, mais son champ d'application doit demeurer relativement limité. L'agression est indubitablement un crime international aussi grave que ceux visés à l'alinéa i) et envisagés dans le Statut de Rome. La Finlande a ratifié les amendements au Statut de Rome relatifs au crime d'agression (les amendements de Kampala), et bien que son Parlement ait souligné que la Finlande devait pouvoir exercer sa compétence pour connaître de ce crime, elle ne l'a pas ajouté la catégorie des crimes à l'égard desquels la Finlande pouvait exercer la compétence universelle, faisant observer que ce crime n'était pas incontestablement un crime relevant de la compétence universelle. L'oratrice souscrit donc aux conclusions de la Rapporteuse spéciale figurant au paragraphe 222 du rapport à l'examen.

En ce qui concerne l'alinéa 1 ii) du projet d'article, M<sup>me</sup> Lehto pense que les crimes liés à la corruption n'ont pas leur place dans le projet d'article. Le concept de corruption n'est pas clair et peut s'appliquer à beaucoup d'infractions différentes, y compris des crimes transnationaux qui ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils servent des intérêts privés. Pour ce qui est de l'alinéa 1 iii), l'oratrice convient qu'il y a suffisamment de raisons de dire qu'il n'y a pas d'immunité pour les crimes commis sur le territoire de l'État du for, mais c'est dans le commentaire que cette question devrait être traitée. Le paragraphe 2 est conforme aux travaux menés antérieurement par la Commission et rend compte de la *lex lata*. Quant au paragraphe 3, l'oratrice dit qu'elle est favorable à l'inclusion d'une clause « sans préjudice » mentionnant expressément les obligations de coopérer pouvant découler d'autres régimes par lesquels un État est lié.

Si les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État sont importants, il n'est pas vrai que la Commission ne peut pas examiner le projet d'article 7 tant qu'elle n'a pas reçu un rapport complet sur cette question. Le représentant de la Norvège à la Sixième Commission, parlant au nom des pays nordiques, a certes déclaré que des garanties procédurales solides étaient importantes pour l'ensemble du régime des immunités et des exceptions, mais il a également appuyé sans réserve et inconditionnellement l'alinéa 1 i) du projet d'article 7. L'oratrice recommande le renvoi de ce projet d'article au Comité de rédaction.

**M. Jalloh** dit que, comme la Rapporteuse spéciale l'a noté dans son cinquième rapport – un document réfléchi et créatif – les limites et exceptions à l'immunité sont l'une des principales questions, sinon la principale question, que la Commission doit examiner dans le cadre de ses travaux sur le sujet controversé de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Comme plusieurs membres de la Commission l'ont dit, elle devrait pour cette raison s'efforcer de réaliser un équilibre entre, d'une part, la souveraineté, l'exercice de la compétence et les limites procédurales imposées par l'institution de l'immunité et, de l'autre, les impératifs contemporains de la justice, la responsabilité individuelle et les efforts que fait la communauté internationale pour lutter contre l'impunité.

Dans leurs observations sur le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, certains membres de la Commission ont mis en garde contre le risque d'atteinte à la stabilité des relations internationales et celui, encore plus grave, d'invocation abusive et politiquement motivée d'exceptions à l'immunité, en particulier à l'encontre des dirigeants d'États peu puissants. Récemment, plusieurs dirigeants africains ont fait écho à ces préoccupations, mais la plupart de ceux qui l'ont fait ont eux-mêmes été accusés d'avoir fomenté des atrocités criminelles. On invoque souvent le risque d'atteinte à la stabilité des relations internationales sans fournir des preuves empiriques, mais on omet de mentionner l'instabilité et les autres conséquences néfastes qu'ont de telles atrocités dans l'État touché, dans les États voisins et pour la communauté internationale dans son ensemble.

Il faut se souvenir que peu après sa création, la Commission a conclu qu'il n'était pas possible de maintenir une distinction nette entre le développement progressif du droit international et sa codification, définis dans son statut comme l'objet de ses travaux. Ainsi, la Commission devrait se garder de donner à la codification la priorité sur le développement progressif. De fait, il est probable que la Commission aura davantage de chances d'aboutir sur le sujet à un résultat acceptable pour la plupart de ses membres, voire pour tous, si elle garde à l'esprit la position prudente, sage et pratique qui est historiquement la sienne en ce qui concerne l'impossibilité de maintenir une telle distinction.

En ce qui concerne la méthodologie, M. Jalloh pense avec d'autres membres de la Commission que la Rapporteuse spéciale a réuni sur la pratique quantité d'informations sur lesquelles repose le projet d'article et qui pourront à l'avenir se révéler utiles pour les publicistes et les praticiens aux niveaux national et international. L'approche adoptée dans le rapport suscite toutefois des préoccupations. M. Jalloh ne pense pas, et c'est l'essentiel, que le droit international coutumier prévoit actuellement des exceptions à l'immunité dont jouissent les représentants des États devant les tribunaux internes des autres États en cas de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide, comme l'a souligné à maintes reprises la Cour internationale de Justice depuis l'affaire du Mandat d'arrêt en 2000.

Bien qu'il puisse, au niveau normatif, accepter la conclusion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle il existe une « tendance nette et croissante » en faveur de limitations et d'exceptions à l'immunité, M. Jalloh n'est pas certain que les affaires citées pour étayer cette conclusion soient les plus pertinentes, car plusieurs d'entre elles concernent des questions civiles et non pénales. De plus, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Mandat d'arrêt, longuement examiné dans le rapport, semble contredire la conclusion selon laquelle il existe actuellement des limitations et exceptions juridiques expresses à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. L'orateur n'en convient pas moins avec la Rapporteuse spéciale que l'arrêt rendu dans cette affaire est plus limité dans sa portée qu'on le pense souvent. Ainsi, s'il accepte la conclusion de la Rapporteuse spéciale, il n'est pas certain que celle-ci ait choisi les meilleurs moyens pour y parvenir. Peut-être aurait-elle dû suivre de plus près le processus établi pour déterminer le droit international coutumier décrit au paragraphe 183 du rapport à l'examen. Toutefois, si la Commission est engagée dans un processus de développement progressif, cette préoccupation disparaîtra en grande partie.

Le fait que le rapport soit parfois un peu hésitant, voire même un peu contradictoire, n'est pas fatal à la conclusion ultime de la Rapporteuse spéciale, à savoir qu'il existe une « tendance nette » en faveur de limitations et d'exceptions à l'immunité, au moins en ce qui concerne certains crimes graves tels que ceux visés dans le Statut de Rome. De fait, il est possible d'aboutir à une telle conclusion sur la base de la pratique des juridictions internationales, nonobstant leur relation verticale avec les tribunaux internes.

S'agissant du projet d'article 7, M. Jalloh pense qu'il faut conserver l'alinéa i) et supprimer les alinéas ii) et iii) du paragraphe 1, et conserver les paragraphes 2 et 3.

D'une manière générale, M. Jalloh approuve l'alinéa i) du paragraphe 1, qui dispose que l'immunité ne s'applique pas à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, les trois principaux crimes internationaux à l'égard desquels la Cour pénale internationale exerce actuellement sa compétence. Comme indiqué dans le préambule du Statut de Rome, ces crimes en sont venus à être considérés comme « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » qui « ne sauraient rester impunis ». Les explications de l'omission du crime d'agression de cet alinéa données par la Rapporteuse spéciale ne sont toutefois pas convaincantes. S'il est vrai que le crime d'agression, comme les crimes contre l'humanité, ne fait pas actuellement l'objet d'une convention distincte, le jugement du Tribunal de Nuremberg du 30 septembre 1946 a établi que déclencher une guerre d'agression était « le crime international suprême ». L'adoption par l'Assemblée générale d'une définition de l'agression dans sa résolution 3314 (XXIX) et l'inclusion du crime d'agression dans le Statut de Rome montrent que ce crime peut donner lieu à des poursuites pénales devant les juridictions internes et internationales. De plus, il est inexact d'affirmer que très peu de lois nationales répriment le crime d'agression, puisqu'environ 40 États exercent actuellement leur compétence pour en connaître, et qu'une très large définition en a été incluse à l'article 28M du Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo).

Si, comme il est fort probable, l'Assemblée des États parties au Statut de Rome vote pour permettre à la Cour pénale internationale d'exercer sa compétence pour connaître du crime d'agression en application des amendements de Kampala, la Cour sera automatiquement compétente pour connaître de ce crime. Les États parties au Statut de Rome peuvent toutefois décider de ne pas accepter les amendements de Kampala et la Cour ne sera pas compétente pour connaître du crime lorsqu'il est commis par des nationaux ou sur le territoire d'un État qui n'est pas partie au Statut de Rome. De plus, dans l'affaire *R. v. Jones*, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a jugé en 2006 que le crime d'agression relevait du droit international coutumier mais ne pouvait faire l'objet de poursuites devant les tribunaux internes en l'absence d'une approbation législative.

Dans ce contexte, autoriser l'application de l'immunité à l'égard du crime d'agression tout en l'excluant à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre affaiblirait les amendements de Kampala. La Rapporteuse spéciale pourrait, dans le cadre du Comité de rédaction, ajouter le crime d'agression à la liste figurant à l'alinéa i), une solution qui aurait la préférence de l'orateur, ou au moins

s'abstenir d'adopter une décision finale de ne pas inclure ce crime jusqu'à ce que la Commission ait eu la possibilité d'examiner la décision qui sera adoptée en décembre 2017 par l'Assemblée des États parties au Statut de Rome. Si la Commission décide de ne pas ajouter le crime d'agression à la liste de l'alinéa 1 i), elle laissera subsister une lacune juridique importante qui nuira à l'efficacité des enquêtes et des poursuites concernant ce crime. De plus, en établissant une hiérarchie entre le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité d'une part et le crime d'agression de l'autre, la Commission compromettra le statut du crime d'agression, réduisant ainsi le champ d'application et la portée du Statut de Rome, qui postule que des poursuites sont engagées devant les tribunaux internes en application du principe de complémentarité.

Si des préoccupations légitimes peuvent être exprimées en ce qui concerne la mention de la torture en tant que crime distinct à l'alinéa 1 i) du projet d'article 7, eu égard en particulier au fait qu'en droit international coutumier la torture est de plus en plus considérée comme un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, cette mention est néanmoins justifiée eu égard au caractère présumé impératif de l'interdiction de la torture. Celle-ci est définie comme un crime distinct à l'article 1, paragraphe 1, de la Convention contre la torture et, comme l'indiquent plusieurs jugements du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, les principaux éléments de cette définition sont généralement acceptés par la communauté internationale. L'orateur se félicite donc de la décision progressiste de mentionner la torture à l'alinéa 1 i), qui signale une évolution juridique bienvenue à l'appui du consensus international tendant à considérer la torture comme un crime international distinct et odieux.

La mention des disparitions forcées à l'alinéa 1 i) est aussi justifiable et louable du point de vue du développement progressif. Certains États pourraient toutefois y être opposés. Le crime est défini à l'article 2 de la Convention contre les disparitions forcées, à laquelle 56 États sont parties. Dans le jugement qu'il a rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que les disparitions forcées entraient dans la catégorie des « autres actes inhumains », et la jurisprudence du système interaméricain est particulièrement instructive à cet égard.

Au lieu d'énumérer les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, une formule plus générale peut être utilisée à l'alinéa 1 i) afin d'exclure l'application de l'immunité à l'égard des « crimes les plus graves au regard du droit international ».

En ce qui concerne l'alinéa 1 ii), l'orateur dit qu'il n'est pas convaincu que la notion de crimes liés à la corruption soit tout à fait claire. Dans le système régional africain, des efforts ont été faits pour définir la corruption et les infractions connexes dans une disposition unique. La corruption et les infractions connexes, quelle que soit leur gravité, sont définies à l'article 4 de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, et cette définition est reproduite à l'article 28I du Protocole de Malabo, dans lequel elle est subordonnée à la condition que les actes visés soient « d'une nature telle qu'ils affectent la stabilité de l'État ». Cette condition vise à établir un seuil de gravité aux fins de la responsabilité pénale internationale. En fait, on peut arguer que le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ne rend pas suffisamment compte de la gravité du crime de corruption, qui a des conséquences de vaste portée pour les États et peut, selon certains auteurs, constituer un crime contre l'humanité. L'orateur doute néanmoins qu'il soit opportun de faire figurer la corruption au nombre des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas.

En ce qui concerne l'alinéa 1 iii), il ne semble pas approprié de prévoir une exception territoriale, laquelle existe en matière civile mais non en matière pénale.

M. Jalloh dit qu'il ne partage pas la préoccupation de M. Tladi qui craint que les dispositions du paragraphe 3 ne compromettent des procédures judiciaires en cours, car l'obligation de coopérer avec un tribunal international ne s'impose qu'aux États parties au statut de ce tribunal et non aux autres États, à moins que cette obligation ne soit imposée par une résolution adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En ce qui concerne l'affaire *Al Bashir*, la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a jugé, dans sa décision d'avril 2014 relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise

d'Omar Al Bashir à la Cour, que le fait même que la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité avait renvoyé la situation à la Cour donnait naissance à une obligation de coopérer avec celle-ci, et que le Conseil de sécurité avait « implicitement levé les immunités dont jouissait Omar Al Bashir en vertu du droit international et qui s'attachaient à sa fonction de chef d'État ». Pour l'orateur, le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome impose au Soudan une obligation générale de coopérer avec la Cour qui découle d'une résolution constituant une « décision » au sens de l'Article 25 de la Charte, obligation qui, en cas de conflit, doit prévaloir conformément à la clause de suprématie énoncée à l'Article 103 de la Charte. Quoi qu'il en soit, les dispositions du paragraphe 3 ne s'appliquent pas à la seule Cour, mais à tout « tribunal international », pénal ou non, et s'appliquent seulement à l'« État du for ».

Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Jalloh souscrit à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'examiner les aspects procéduraux de l'immunité dans son sixième et dernier rapport. Il estime que la mise en place de garanties procédurales comme celles prévues à l'article 18 du Statut de Rome répondra à nombre des objections formulées par des membres de la Commission. Il fait observer à cet égard que, dans une décision adoptée en 2009 par l'Assemblée de l'Union africaine, les États africains se sont déclarés convaincus de la nécessité de créer un organisme de réglementation international ayant compétence pour examiner et/ou traiter des plaintes ou des appels consécutifs à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle par différents États. De plus, le Statut de Rome donne l'exemple d'un mécanisme permettant de surseoir à l'exécution d'une demande à raison d'une enquête ou de poursuites en cours. Quoi qu'il en soit, l'orateur exhorte la Rapporteuse spéciale à présenter dans son sixième rapport des propositions répondant aux préoccupations exprimées en ce qui concerne l'abus éventuel des exceptions à l'immunité. La Commission ne doit toutefois pas ajourner l'adoption du projet d'article 7 jusqu'à ce qu'elle ait examiné la question d'un mécanisme procédural.

M. Jalloh dit qu'il appuie pleinement le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction, à charge pour celui-ci de procéder aux amendements proposés par les membres de la Commission, y compris la suppression de la mention des crimes liés à la corruption et de l'exception territoriale.

*La séance est levée à 13 h 5.*