

Document:-
A/CN.4/SR.3365

Compte rendu analytique de la 3365e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

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

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

de 1961, la Convention de Vienne sur les relations consulaires, de 1963, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de 1975, et la Convention sur les missions spéciales, de 1969. Aux paragraphes 24 et 173 de son rapport, elle conclut que ces conventions ne prévoient aucune exception en matière pénale à l'immunité *ratione materiae* résiduelle. La seule limite à l'immunité prévue dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont l'adoption a marqué le début de la codification de certains aspects du droit diplomatique, est la déclaration d'un diplomate *persona non grata*. L'étude de ces conventions montre que le sujet des limites et exceptions à l'immunité concerne à la fois la codification et le développement progressif du droit international, car tout n'a pas été codifié à Vienne en 1961.

79. Seule la Convention sur les missions spéciales intéresse directement le rapport à l'examen, puisque son article 21 dispose que le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent dans l'État de réception des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international. D'autres conventions citées par la Rapporteuse spéciale contiennent des dispositions sur l'immunité mais non sur les exceptions et les limites à celle-ci.

80. S'agissant des législations nationales, la Rapporteuse spéciale reconnaît au paragraphe 44 de son rapport qu'il existe très peu de lois internes consacrées à l'immunité de juridiction et que celles qui existent portent essentiellement sur les immunités de l'État. Au paragraphe 54, elle cite la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire adoptée par la Belgique en 1993 et amendée en 1999 puis en 2003 suite à l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Cette loi concerne toutefois un cas particulier, tout comme la loi néerlandaise de 2003 sur les crimes internationaux citée au paragraphe suivant. Il semble difficile de tirer des conclusions sur la seule base de ces deux textes.

81. S'agissant de la jurisprudence, la Rapporteuse spéciale cite essentiellement la jurisprudence des tribunaux internes. Elle cite toutefois aussi la jurisprudence internationale étant donné l'influence qu'elle peut avoir au niveau national. À cet égard, seul l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est directement pertinent car, comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 66 de son rapport, la Cour a dans cette affaire dégagé un régime de l'immunité de juridiction pénale des ministres des affaires étrangères ayant valeur de modèle.

82. Il est difficile de mettre les opinions dissidentes citées par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 68 et suivants de son rapport au même niveau que les décisions de la Cour internationale de Justice elle-même. L'orateur dit qu'il approuve néanmoins le raisonnement et les conclusions de la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne les *Immunités juridictionnelles de l'État* figurant aux paragraphes 74 et suivants. S'agissant de la jurisprudence interne, le résumé qui en est fait au paragraphe 121 est intéressant.

83. En ce qui concerne le chapitre III du rapport, et en particulier les paragraphes 170 et suivants, qui traitent de la notion de limites et exceptions à l'immunité, les explications que donne la Rapporteuse spéciale doivent être développées. Les limites et exceptions à l'immunité doivent être clairement identifiées et définies afin d'en faciliter l'invocation par les États, et il est regrettable que cela n'ait pas été fait dans le rapport.

84. S'agissant du projet d'article 7, l'orateur dit que, comme d'autres membres de la Commission, il aimerait savoir quels critères la Rapporteuse spéciale a utilisés pour établir la liste de crimes internationaux qu'elle propose. Comme de précédents orateurs, il estime que les crimes d'agression et d'apartheid devraient y figurer. S'agissant de la corruption, le commentaire du projet d'article devrait peut-être expliquer que c'est la corruption sur une grande échelle qui est visée, et fournir davantage de détails.

85. L'orateur dit qu'il convient qu'il est important de préciser au paragraphe 2 que le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat, puisque, ainsi que l'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, c'est précisément pour permettre à ces personnes de s'acquitter efficacement de leurs fonctions que l'immunité leur est accordée.

86. En conclusion, l'orateur dit qu'il est favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 55.

3365^e SÉANCE

Mardi 30 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, M^{me} Escobar Hernández, M^{me} Galvão Teles, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Laraba, M^{me} Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^{me} 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 (*fin*)

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

2. S'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, M. Nolte dit que l'établissement du principe de la responsabilité individuelle pour les crimes internationaux a été l'une des grandes réalisations de l'après-guerre, qui visait en particulier à répondre aux guerres d'agression et aux atrocités sans précédent auxquelles s'était livrée l'Allemagne nazie. Des progrès ont été réalisés dans la mise en place d'un système efficace à plusieurs niveaux permettant de juger les auteurs de crimes internationaux grâce à la création des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, de la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux internationaux ou hybrides et à l'engagement de poursuites à l'échelle nationale. Malgré cela, des crimes internationaux continuent d'être perpétrés à une échelle effroyable, et les mécanismes juridiques et les dispositifs de coopération mis en place à l'échelle nationale et internationale demeurent insuffisants. Les travaux de la Commission sur les crimes contre l'humanité et sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'inscrivent dans le cadre de l'action entreprise par la communauté internationale pour mettre en place un cadre juridique de lutte contre l'impunité qui soit plus clair et plus solide. M. Nolte soutient le projet actuel d'établissement d'une responsabilité individuelle pour les crimes internationaux tout en défendant également le droit international en général. Il approuve l'approche systémique retenue par la Rapporteuse spéciale car à ses yeux le droit doit être développé de manière à servir et concilier les valeurs et intérêts en jeu. Il estime que la responsabilité individuelle pour les crimes internationaux doit être mise en œuvre de manière à garantir une coopération internationale durable et des relations pacifiques entre les États.

3. Dans ce contexte, le principe fondamental du droit international propre à garantir une coopération internationale durable est l'égalité souveraine des États, dont l'un des aspects les plus importants est qu'en règle générale les tribunaux d'un État ne sont pas fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre État, ce qui garantit que les jugements des tribunaux nationaux soient respectés par les États tiers. En effet, si les tribunaux d'un État pouvaient statuer sur des requêtes visant des actes officiels d'un État tiers, cela pourrait aisément créer une impression de partialité. La Cour internationale de Justice et d'autres juridictions ont reconnu à maintes reprises que de telles requêtes devaient être rejetées, qu'elles soient ou non fondées. S'il en allait autrement, il y aurait un risque que les deux États concernés s'accusent mutuellement, que l'objectivité des procureurs et du pouvoir judiciaire de l'État du for soit mise en cause, et que des représailles soient exercées, ce qui compromettrait les relations pacifiques et la coopération entre les États.

4. Bien entendu, le principe de l'immunité de l'État n'est pas absolu, mais l'enjeu consiste à définir avec précision le point d'équilibre et les limites et à déterminer à quelle autorité cette tâche sera confiée. Il n'y a pas de solution facile, mais ce sont en définitive les règles du droit international coutumier qui doivent permettre de réaliser l'équilibre entre deux principes d'une importance fondamentale. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale s'est demandé quelles étaient les règles pertinentes du droit international coutumier. Ce n'est toutefois pas le seul aspect de la question qui importe puisque, comme la Rapporteuse spéciale le relève à juste titre, le rôle de la Commission ne se résume

pas à déterminer le droit existant mais consiste également à contribuer au développement progressif d'un droit international nouveau. M. Nolte abordera ces deux aspects, tout d'abord en commentant l'analyse de la pratique pertinente présentée dans le rapport puis en examinant le point de savoir si des considérations plus générales d'ordre juridique ou politique devraient influencer sur la conclusion tirée de cette analyse.

5. Selon ce qui est dit dans le rapport, la pratique pertinente fait ressortir une exception à la règle générale de l'immunité des représentants de l'État agissant à titre officiel lorsqu'il est allégué que, dans le cadre de ses fonctions officielles, un représentant de l'État a commis un crime international. Il est affirmé que, même si cette conclusion n'est pas acceptée, la pratique révèle l'existence d'une « tendance claire » dans ce sens. M. Nolte partage toutefois l'avis exprimé par les membres de la Commission qui ont présenté une analyse détaillée des raisons pour lesquelles on ne peut pas parler d'une pratique établie qui étayerait les exceptions proposées par la Rapporteuse spéciale ou confirmerait l'existence d'une tendance.

6. En ce qui concerne la pratique judiciaire nationale, M. Nolte se dit en désaccord avec l'affirmation figurant au paragraphe 121 du rapport selon laquelle « s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, on peut conclure qu'une tendance majoritaire se dégage en faveur de certaines limitations et exceptions à l'immunité ». Premièrement, la détermination d'une « tendance majoritaire » dépend à l'évidence des décisions prises en compte. La Rapporteuse spéciale se fonde sur certaines affaires dénuées de pertinence, comme celles dans lesquelles un représentant de l'État a invoqué son immunité à l'égard de l'État pour lequel il exerçait ou avait exercé des fonctions, notamment les affaires *Fujimori*, *Hailemariam* et *Adamov*. Il faudrait également mettre de côté les affaires où le tribunal s'est fondé sur une limitation de l'immunité prévue par un traité, par exemple, les affaires *Bouzari*, *Pinochet*, *Jones v. Saudi Arabia*, et *Fang c. Jiang Zemin*, dans lesquelles les tribunaux ont refusé d'accorder l'immunité *ratione materiae* au motif que la définition de la torture donnée dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants montrait que les États parties à la Convention étaient convenus de lever l'immunité dans les affaires pénales. Les limitations à l'immunité prévues par traité ne reflètent pas l'état du droit international coutumier.

7. L'identification d'une tendance majoritaire dépend en outre, à l'évidence, des affaires considérées comme reflétant la tendance minoritaire. Les notes de bas de page du paragraphe 118 du rapport de la Rapporteuse spéciale renvoient à des affaires dans lesquelles les tribunaux ont refusé de faire une exception à l'immunité *ratione materiae* pour des crimes internationaux. Il existe toutefois davantage d'affaires de ce type, comme celle dans laquelle le parquet français a décidé de ne pas poursuivre l'ancien Secrétaire d'État à la défense Donald Rumsfeld²⁴³, et l'affaire des poursuites engagées contre l'ancien

²⁴³ Voir la lettre du Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris en date du 16 novembre 2007 (<https://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf>) et celle du Procureur général près la cour d'appel de Paris du 27 février 2008 (https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/Rumsfeld_FrenchCase_%20Prosecutors%20Decision_02_08.pdf).

Président chinois Jiang Zemin devant la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud (Australie), dans laquelle l'immunité de l'ancien chef d'État a prévalu²⁴⁴. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale n'aurait dû retenir que les affaires dans lesquelles l'État a effectivement invoqué en vain l'immunité *ratione materiae* de l'un de ses représentants; cela aurait démontré clairement qu'il n'existe pas un nombre important ni une majorité de décisions judiciaires nationales allant dans le sens de la reconnaissance d'une exception applicable aux crimes internationaux.

8. En outre, les jugements de tribunaux nationaux cités à l'appui de l'hypothèse de l'existence d'une exception à l'immunité pour les crimes internationaux, ou de l'émergence d'une telle exception en droit international coutumier, sont fondés sur des raisonnements très différents que la Rapporteuse spéciale ne soumet malheureusement pas à une analyse critique. Si, dans certaines affaires, le *jus cogens* a été invoqué comme fondement d'une exception, dans d'autres, il a été conclu que certains actes, en particulier les crimes internationaux, ne pouvaient pas être considérés comme des actes accomplis à titre officiel. La Rapporteuse spéciale semble affirmer que, considérés conjointement, ces jugements individuels, fondés sur des raisonnements différents et parfois contestables, constituent une série d'affaires qui, en définitive, contribuent à l'institution d'une exception à une règle de droit international coutumier ou du moins à la formation d'une tendance à l'émergence d'une telle exception. Or la somme de deux ou plusieurs arguments discutables ne produit pas un argument convaincant.

9. Pour ces raisons, et pour celles qu'ont données d'autres membres de la Commission, il est évident que les exceptions à l'immunité en cas de crimes internationaux proposées dans le rapport ne reflètent pas l'existence d'une règle établie de droit international coutumier. Une tendance a pu émerger par le passé mais ce n'est plus le cas. Le jugement rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet* a effectivement suscité un débat il y a vingt ans, et plusieurs jugements rendus par des tribunaux nationaux pourraient être interprétés comme l'expression d'une « tendance » à la reconnaissance d'exceptions à l'immunité pour les principaux crimes de droit international. Cependant, ces jugements ont rapidement été contredits par d'autres, qui ont remis en cause l'existence de la tendance en question. D'ailleurs, la majorité des décisions de tribunaux nationaux citées dans le rapport ont été rendues avant que les juridictions internationales et nationales soient parvenues à la conclusion que certains des arguments sur lesquels étaient fondés les jugements précédents ne reflétaient pas les règles du droit international coutumier. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie (Grèce intervenant))*, la Cour internationale de Justice a déclaré que les normes de *jus cogens* ont une nature matérielle et, en tant que telles, n'entrent pas en conflit avec les règles régissant l'immunité de l'État, qui sont de nature procédurale. Ce raisonnement s'applique nécessairement aussi à l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État. La Cour européenne des droits de l'homme a consolidé sa jurisprudence avec l'arrêt rendu dans l'affaire *Oleynikov c. Russie*, selon lequel les règles de droit

international relatives à l'immunité constituent des restrictions inhérentes du droit d'accès aux tribunaux. Dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia*, la Chambre des lords a aussi expliqué les raisons pour lesquelles les règles relatives à l'immunité perduraient. Les décisions judiciaires de la dernière décennie ne reflètent pas une tendance; au contraire, les juridictions internationales et nationales ont étoffé les arguments en faveur du maintien de l'immunité, même pour les principaux crimes de droit international. Il semble que les préférences de principe de la Rapporteuse spéciale l'aient amenée à minimiser l'importance de l'évolution contraire amorcée plus récemment. Or la Commission devrait se montrer transparente et décrire avec précision l'état actuel des choses, sans nourrir l'illusion que le monde est le même qu'à la fin des années 1990 ou au début du XXI^e siècle.

10. M. Nolte convient avec la Rapporteuse spéciale qu'il faut envisager le système juridique international dans son ensemble et déterminer si l'évolution que connaît le droit pénal international appelle l'institution d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*. Cependant, le projet d'une justice pénale internationale a été jusqu'ici soigneusement élaboré grâce à des instruments et des décisions spécifiques dans le but de garantir son acceptation par les États. Dans une perspective systémique, il faudrait procéder de même pour l'immunité des représentants de l'État. Il faut également mesurer pleinement l'importance du principe de l'égalité souveraine dans le contexte du droit pénal international. Fort heureusement, les États renoncent souvent volontairement à certains aspects de leurs droits souverains et s'engagent par traité à être liés par des décisions rendues à l'étranger de manière à renforcer la coopération. Malgré cela, on ne peut s'attendre à ce qu'ils acceptent une décision d'un tribunal étranger qui justifie la mise en poursuite de l'un de leurs représentants ayant agi à titre officiel si cela n'a pas été convenu à l'avance. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que certains États aient déjà réagi fortement et remis en question des relations bilatérales dans de telles affaires. M. Nolte craint que les tensions entre États ne se multiplient et ne s'intensifient si le projet d'article 7 était adopté par la Commission puis appliqué comme étant le droit par les tribunaux nationaux sans avoir été accepté par les États dans le cadre d'un traité.

11. M. Nolte n'est pas convaincu que l'objectif de la lutte contre l'impunité justifierait de telles tensions; au contraire, les tensions à venir risqueraient, dans la pratique, de conduire à un système de justice à deux niveaux, dans lequel les États les plus puissants seraient en mesure de protéger leurs représentants contre d'éventuelles poursuites, tandis que les plus faibles ne le seraient pas. Une telle situation risquerait d'aggraver les problèmes actuels, les États africains se plaignant déjà de ce que la Cour pénale internationale se montre sélective et concentre ses efforts sur l'Afrique. Les soupçons d'inégalité de traitement pourraient desservir la cause de la justice pénale internationale dans son ensemble. M. Nolte demande si la Commission souhaite réellement courir un tel risque. Il convient avec d'autres membres de la Commission que les exceptions à l'immunité sont inextricablement liées aux garanties procédurales, lesquelles constituent un élément essentiel de l'approche systémique. Partant, il est impossible de traiter correctement la question des exceptions sans connaître les règles procédurales qui leur seraient applicables.

²⁴⁴ Affaire *Zhang v. Jiang Zemin and Others*, décision du 14 novembre 2008.

12. Étant donné que les exceptions pour les principaux crimes de droit international proposées par la Rapporteuse spéciale ne reflètent pas l'existence d'une règle établie de droit international coutumier, M. Nolte se demande si la Commission pourrait au moins indiquer que le droit n'est pas clair, et rappeler qu'elle a pour mandat d'œuvrer à la fois à la codification et au développement progressif du droit international. La question de la teneur du droit existant pourrait alors être laissée en suspens, et la Commission pourrait proposer une exception fondée, du moins partiellement, sur une préférence de principe en faveur de l'existence d'une exception. Un membre a fait valoir que la Commission avait pour pratique de ne pas distinguer clairement entre codification et développement progressif mais que cela remontait à une époque où elle s'employait principalement à élaborer des instruments, car dans un tel exercice il importait peu de savoir si une règle proposée reflétait le droit coutumier existant ou constituait une règle nouvelle. Il appartient en définitive aux États participant aux négociations de définir le contenu d'un traité et de décider d'adopter ou non l'instrument. Cela étant, dans le cadre du sujet à l'examen, il ne semble pas que la Commission soit en train d'élaborer un instrument. Les opinions qu'elle exprime sur le droit existant peuvent être utilisées par des juridictions nationales et internationales, qui ont besoin de connaître le contenu de ce droit. La Commission doit donc être transparente quant au point de savoir si elle énonce le droit existant ou si elle propose un droit nouveau. Elle n'a pas encore clairement décidé si elle va proposer ou non un projet d'instrument mais, le cas échéant, elle devra réfléchir attentivement à la question de savoir si un instrument contenant le projet d'article 7 sous sa forme actuelle serait largement ratifié. Avant d'adopter ce projet d'article, elle doit examiner attentivement quelles en seraient les incidences, et quelles seraient les garanties éventuelles. Étant donné que les exceptions proposées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 7 ne reflètent pas l'existence d'une règle établie de droit international coutumier, la Commission doit dire clairement que le droit n'est pas encore établi et traiter au titre du développement progressif la question du contenu souhaitable du nouveau droit.

13. M. Nolte serait favorable à ce que la Commission prenne la décision audacieuse de proposer un instrument par lequel les États conviendraient de lever l'immunité de leurs représentants pour les principaux crimes de droit international, ce qui permettrait de poursuivre tous les criminels présumés et de renforcer la lutte contre l'impunité. Cela aurait pour effet de clarifier la situation et de dissiper les préoccupations touchant à l'égalité souveraine que pourraient avoir les parties à un tel instrument. La levée de l'immunité a déjà été acceptée par les États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale mais elle ne s'applique pas aux procédures qui ne relèvent pas du Statut. Si la Commission ne souhaite pas prendre le risque de demander aux États d'accepter des exceptions à l'immunité *ratione materiae* par la voie conventionnelle, elle devrait s'efforcer de proposer une solution qui tienne compte, dans le cadre du droit existant, de la nécessité de punir les auteurs de tous les crimes internationaux, y compris les représentants de l'État, dans l'intérêt général.

14. C'est dans cet esprit que M. Nolte souhaite faire une proposition constructive fondée sur l'obligation de

poursuivre. Il n'est pas exagéré d'affirmer l'existence d'une obligation de poursuivre les auteurs présumés des principaux crimes de droit international, ancrée dans le droit international coutumier. Bien que la Commission n'ait pas abordé cette question dans le cadre de ses travaux sur le sujet « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) », la Cour internationale de Justice, le Comité international de la Croix-Rouge et l'Assemblée générale ont confirmé l'obligation coutumière de poursuivre les auteurs présumés de crime de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Les États ne peuvent échapper à cette obligation en invoquant l'immunité de leurs représentants. Les États tiers ont un intérêt légitime à contribuer à faire en sorte qu'un État qui invoque l'immunité *ratione materiae* de l'un de ses représentants engage effectivement des poursuites contre l'intéressé s'il existe des preuves suffisantes pour ouvrir une enquête, dans le respect des garanties de procédure. La Commission devrait donc proposer aux États une autre solution consistant en quelque sorte à les pousser à poursuivre leurs propres représentants pour les principaux crimes de droit international, que l'on pourrait appeler « obligation de lever l'immunité ou de poursuivre ». La Commission devrait rappeler aux États qu'il existe une obligation de poursuivre les auteurs présumés des principaux crimes de droit international, et que les règles sur l'immunité ont pour objectif d'empêcher l'impunité. Les États doivent pouvoir exercer leur droit d'invoquer l'immunité de leurs représentants agissant à titre officiel d'une manière compatible avec la nécessité de poursuivre les auteurs présumés des principaux crimes de droit international, et ils devraient donc être contraints de choisir entre la levée de l'immunité de leurs représentants devant les tribunaux d'un État tiers et l'engagement d'exécuter leur obligation de poursuivre leurs propres représentants. Une telle obligation de lever l'immunité ou de poursuivre pourrait être énoncée après un paragraphe rappelant aux États les limites et exceptions à l'immunité généralement acceptées, y compris la levée de l'immunité et ce que la Rapporteuse spéciale nomme l'« exception territoriale ».

15. Sur cette base, M. Nolte propose que le projet d'article 7 se lise comme suit :

« Limites et exceptions

« 1. L'immunité ne s'applique pas :

« *a*) si l'État du représentant lève l'immunité de celui-ci dans un cas précis ou en vertu d'un traité ;

« *b*) dans le cas où les crimes allégués portent atteinte aux personnes ... s'ils ont été commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant de l'État était présent sur ce territoire au moment où ces crimes ont été commis.

« 2. L'État du représentant lève l'immunité ou soumet l'affaire à ses propres tribunaux aux fins de poursuites lorsque les crimes suivants sont allégués :

« *a*) le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture ;

« *b*) [autres crimes éventuels].

«3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat.

«4. [Clause sans préjudice].»

16. Cette formulation offre une solution de compromis appropriée et équitable entre la nécessité de respecter le principe d'égalité souveraine et de préserver la stabilité des relations internationales, d'une part, et les exigences de l'établissement des responsabilités et de la lutte contre l'impunité pour les principaux crimes de droit international, d'autre part. Elle est conforme au cadre établi par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*. Ainsi, l'État dans lequel un criminel présumé est arrêté ou poursuivi pourrait, lorsqu'un État tiers invoque l'immunité de l'intéressé, demander des assurances quant au fait que les accusations donneront lieu à des poursuites dans l'État dont le criminel présumé est représentant. Cette solution comporte certes le risque que l'État qui invoque l'immunité ne fasse pas procéder à une enquête en bonne et due forme mais ce risque est inhérent à tous les mécanismes comparables fondés sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).

17. Il paraît manifeste pour M. Nolte et quelques autres membres de la Commission que bien peu d'éléments viennent étayer l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle la tendance inverse se confirme de plus en plus, et que des arguments méthodologiques de poids incitent à la prudence. Dans sa déclaration liminaire à la session en cours, la Rapporteuse spéciale a fait référence à la question posée à la soixante-huitième session par M. McRae, qui voulait savoir de quel côté de l'histoire la Commission souhaitait se situer. Or l'expérience a montré qu'il est important de faire preuve de modestie et de prudence lorsque l'on tente d'envisager l'avenir, de ne pas se fonder sur de vagues affirmations au sujet du passé, de ne pas sous-estimer la pérennité de certains principes et pratiques et de ne pas agir prématurément au risque d'engendrer par inadvertance des effets contre-productifs. Même s'il est vrai, comme un membre l'a suggéré, qu'il serait impensable que le régime coutumier des immunités reste imperméable à l'évolution que connaît le droit pénal international depuis un quart de siècle, il n'est pas certain que la suite logique en soit l'établissement d'une exception telle que celle proposée dans le rapport.

18. En conclusion, M. Nolte ne peut recommander le simple renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. La Commission doit clarifier certains paramètres fondamentaux de ses futurs travaux relatifs à la proposition formulée dans le cinquième rapport et parvenir à un accord sur ce point à la lumière du débat qui a eu lieu en plénière. Étant donné les avis divergents exprimés par les membres de la Commission sur une question d'une importance fondamentale, si les travaux se poursuivaient dans un tel désaccord, c'est l'autorité de l'ensemble des travaux de la Commission qui en serait compromise. Conformément à la définition du terme «consensus» adoptée par la Commission à sa précédente session, il est essentiel de ne ménager aucun effort pour parvenir à un accord général.

19. M. TLADI dit que M. Nolte critique le projet proposé par la Rapporteuse spéciale parce qu'il ne reflète pas la pratique mais que, dans sa propre proposition, il envisage l'exception territoriale et l'obligation pour les États de poursuivre les auteurs des principaux crimes de droit international. Or ces exceptions correspondent certainement aux préférences de principe de M. Nolte plutôt qu'à la pratique effective.

20. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, répond à la remarque de M. Tladi en disant que, s'il existe une obligation de poursuivre, les États ont implicitement le choix d'engager des poursuites ou de lever l'immunité. Ce choix découle d'une certaine façon de la *lex lata*. Quant à l'«exception territoriale», elle doit être définie de manière plus précise mais, pour M. Nolte, l'essentiel de cette notion peut être considéré comme relevant du droit international coutumier.

21. M. JALLOH dit qu'il partage les préoccupations de M. Nolte quant à l'éventuelle instabilité dans les relations internationales qui pourrait résulter d'un nombre important d'exceptions à l'immunité. Ces questions pourraient toutefois être traitées en temps voulu dans le cadre de l'examen des mécanismes procéduraux appropriés. Il n'y a pas de raison d'anticiper le débat sur le projet d'article 7 alors que la Commission sait que le rapport suivant de la Rapporteuse spéciale traitera de ces mécanismes. La Commission pourra ensuite se pencher sur l'équilibre à trouver entre le respect du principe de souveraineté et la réponse à l'appel général en faveur de l'établissement des responsabilités, y compris celles des personnes occupant les plus hautes fonctions.

22. M. HASSOUNA félicite M. Nolte pour son analyse et sa déclaration pertinente qui résument l'avis de nombreux membres de la Commission et mettent en évidence la difficulté à dégager un consensus sur les limites et exceptions à l'immunité. Néanmoins, il ne partage pas sa conclusion selon laquelle le projet d'article ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction. Après tout, l'expérience montre que le Comité de rédaction est précisément l'organe où les opinions divergentes peuvent être conciliées et un consensus obtenu. M. Hassouna se demande si M. Nolte songe à un autre type de procédure.

23. M. ŠTURMA fait savoir que les vues de M. Nolte sont très semblables aux siennes, en particulier en ce qui concerne l'application d'une levée exceptionnelle de l'immunité à l'égard des principaux crimes de droit international et l'«exception territoriale». Il partage ses préoccupations quant à la suite que la Commission donnera à ses travaux sur le sujet.

24. M. SABOIA, relevant que M. Nolte a prononcé ses déclarations pertinentes en sa qualité de membre de la Commission, dit que la discussion semble s'orienter vers des sujets qu'il conviendrait plutôt d'examiner au cours du débat qui suivra le résumé que fera la Rapporteuse spéciale, lorsque la Commission prendra une décision sur la manière de poursuivre les travaux. Il s'inquiète du flou procédural qui entoure la discussion en cours.

25. Le PRÉSIDENT dit qu'il convient avec M. Saboia qu'il faut distinguer entre son intervention en tant que

membre de la Commission, d'une part, et le débat sur la manière de poursuivre les travaux lorsque la Rapporteuse spéciale aura présenté son résumé, d'autre part. Il a cru comprendre que, parmi les dernières interventions, certaines avaient trait à la proposition concernant la poursuite des travaux qu'il avait présentée en sa qualité de membre de la Commission, mais il partage aussi pleinement l'avis de M. Saboia qui estime que les réactions à son intervention ne devraient pas empiéter sur le débat général qu'engagera la Commission à propos de la décision à prendre.

26. M^{me} LEHTO dit qu'elle salue la déclaration de M. Nolte mais qu'au vu des observations de M. Saboia elle préférerait attendre que la Rapporteuse spéciale ait présenté son résumé du débat avant d'exposer son propre point de vue.

27. M^{me} ORAL dit qu'elle tient à remercier M. Nolte de son analyse et de son exposé objectif mais qu'elle se demande si la formulation de propositions de projets d'article en séance plénière est une pratique nouvelle.

28. M. RAJPUT dit qu'il convient avec M. Saboia qu'il faudrait entendre la Rapporteuse spéciale avant de poursuivre la discussion. Il ne partage toutefois pas l'avis de M. Hassouna qui propose de déléguer au Comité de rédaction la tâche ardue de parvenir à un consensus. Il est important que les membres qui nourrissent de sérieuses réserves à l'égard du projet d'article proposé puissent exprimer leurs préoccupations, et il devrait y avoir une discussion sur leurs opinions avant que le projet d'article ne soit renvoyé au Comité de rédaction, d'autant qu'ils remettent en cause les fondements mêmes de ce texte.

29. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il convient avec M. Saboia que la Commission devrait laisser la Rapporteuse spéciale présenter son résumé des débats avant d'examiner plus en détail la voie à suivre. Il ne pense pas que les différences d'opinion entre membres soient une raison de ne pas renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction car celui-ci, par le passé, a déjà réussi à concilier des avis divergents sur différents sujets.

30. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle siège à la Commission depuis six ans et qu'elle ne se souvient d'aucun cas dans lequel le débat sur la procédure à suivre a eu lieu avant que le Rapporteur spécial ne présente le résumé du débat et ne soumette une proposition. Bien entendu, le Président a le droit de se prononcer en tant que membre de la Commission sur l'opportunité de renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction; cependant, la discussion en cours, qui porte uniquement sur une proposition faite par un membre, constitue un écart considérable par rapport à la pratique habituelle.

31. Le PRÉSIDENT, répondant à l'observation de M. Saboia, dit que les membres n'ont fait que répondre à son intervention en qualité de membre de la Commission, au cours de laquelle il a fait une proposition sur la voie à suivre. Il souscrit pleinement à l'idée qu'il importe de ne pas empiéter sur le débat qui suivra le résumé de la Rapporteuse spéciale. Son intention n'était certainement pas d'«anticiper» le débat sur les exceptions, comme M. Jaloh semble le penser.

32. En s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, M. Nolte a fait ce que d'autres membres ont déjà fait, à savoir formuler une proposition et répondre aux observations s'y rapportant. En tant que Président, il a l'obligation de donner la parole aux membres qui souhaitent s'exprimer dans le cadre du mini-débat mais il n'a jamais eu l'intention d'empiéter sur le débat général. D'ailleurs, il a très soigneusement pesé ses mots en disant qu'il ne pouvait pas consentir à un «simple» renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Selon lui, le Comité peut choisir de traiter le sujet comme relevant soit de la *lex ferenda*, auquel cas la proposition doit faire l'objet d'un débat assorti des garanties procédurales appropriées, soit de la *lex lata*, une solution qui a sa préférence. Il n'a pas de position arrêtée quant à la marche à suivre mais, étant donné que la Commission s'exprime sur un sujet qui concerne directement les tribunaux, notamment les tribunaux nationaux, elle doit être tout à fait claire quant à la direction qu'elle a choisi de prendre.

33. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale), résumant le débat consacré à son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, dit que, comme cela était prévisible pour un sujet aussi controversé que les limites et exceptions à l'immunité, le débat a été vaste, et que beaucoup plus de membres ont exprimé leur opinion qu'à la session précédente. Quelques critiques ont été émises quant à la longueur du rapport, question qui, de son avis, est du ressort du Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission. Des critiques ont également été formulées quant au contenu même du rapport et à son utilité pour le traitement du sujet par la Commission. Pour M. Tladi, certaines parties du rapport étaient redondantes, ne faisant que répéter la précédente analyse de la Rapporteuse spéciale ou résumer les positions des membres de la Commission ou de la Sixième Commission, ou traitaient de questions sans rapport avec le sujet à l'examen, en particulier les passages concernant la relation entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales. La Rapporteuse spéciale ne peut souscrire à ce point de vue, car toutes ces questions ont été analysées sous l'angle des limites et exceptions à l'immunité dans l'intention de proposer aux membres de la Commission une base sur laquelle fonder leur opinion. Elle n'est pas non plus d'accord avec Sir Michael Wood, qui estime que la section consacrée à l'analyse systémique des crimes internationaux comme exception à l'immunité ne présente pas d'intérêt pour la Commission, puisqu'elle ne fait selon lui que reprendre des théories choisies qui sont favorables à la reconnaissance d'exceptions à l'immunité. Elle pense sincèrement que de telles affirmations reflètent une vision plutôt étroite des travaux de la Commission et de ses rapporteurs spéciaux. De fait, la majorité des membres de la Commission ont souligné l'utilité du contenu du rapport.

34. Plusieurs membres ont évoqué l'utilisation qui avait été faite dans le rapport de l'excellent memorandum du Secrétariat sur le sujet²⁴⁵ et des trois rapports du précédent

²⁴⁵ Document A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie).

Rapporteur spécial, M. Kolodkin²⁴⁶. M. Rajput, en particulier, a critiqué le contenu du rapport et la méthode employée, affirmant que la Rapporteuse spéciale s'était écartée de certains des raisonnements suivis par son prédécesseur sans fournir d'explication. Toutefois, si, en tant que nouvelle Rapporteuse spéciale, elle s'était distancée des projets d'article qui avaient été adoptés par la Commission – et pas seulement des travaux de son prédécesseur –, elle aurait dû justifier son approche, mais tel n'est pas le cas. M. Kolodkin lui-même a fait remarquer que ce sont les arguments qu'il a mis en avant dans son deuxième rapport et ceux qu'elle a mis en avant dans son cinquième rapport qui importent. La Rapporteuse spéciale est en partie d'accord avec lui sur le fait qu'aucun nouvel élément qui justifierait un changement d'approche n'est apparu depuis qu'il a achevé son troisième rapport six ans plus tôt. Le problème est en fait que, depuis dix ans que la Commission travaille sur le sujet, aucune tendance n'a clairement émergé dans un sens ou dans l'autre, et que les débats n'ont abouti à aucun consensus sur l'acceptation ou le refus des limites et exceptions à l'immunité.

35. Une majorité de membres de la Commission ont dit que le cinquième rapport contenait une étude importante de la pratique et constituait une bonne base pour des travaux ultérieurs. Nombre d'entre eux ont trouvé utile l'analyse de la pratique judiciaire nationale et internationale, soulignant notamment l'importance qu'il convenait de donner aux décisions des juridictions internationales dans l'identification des règles de droit international coutumier. D'autres membres ont toutefois soutenu que seule la pratique judiciaire internationale était pertinente, car elle seule était constante et cohérente et affirmait sans équivoque l'existence de limites et d'exceptions à l'immunité. Cet avis a été contesté par d'autres membres, qui considéraient, avec la Rapporteuse spéciale, que les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme méritaient une lecture plus attentive, d'autant qu'elles ne portaient que sur l'immunité *ratione materiae* ou renvoyaient exclusivement à l'immunité de l'État, même si elles ne concernaient pas l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il convient d'ajouter qu'il s'est produit, dans les affaires les plus récentes, notamment avec l'arrêt que la Cour européenne des droits de l'homme a rendu dans *Jones et autres c. Royaume-Uni*, une évolution juridique considérable que les États devraient suivre de près.

36. La Rapporteuse spéciale prend note de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur laquelle deux membres de la Commission ont attiré son attention.

37. La plupart des membres s'accordent sur la nécessité d'analyser la pratique judiciaire nationale en lien avec le sujet, mais la Rapporteuse spéciale prend note de la position d'une minorité de membres qui ne trouvent pas cette pratique pertinente car elle est très limitée, s'étend sur une longue période, n'est pas constante et concerne en outre tant les juridictions civiles que les juridictions pénales.

²⁴⁶ Rapports du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin: *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

La Rapporteuse spéciale tient toutefois à souligner que les procédures engagées devant les juridictions nationales méritent d'être analysées précisément parce qu'elles sont au cœur des questions abordées dans le cadre du sujet à l'examen. Après tout, si la pratique judiciaire nationale était vraiment si peu pertinente, il serait difficile de comprendre pourquoi les États soulignent régulièrement l'importance du sujet de l'immunité des représentants de l'État et suivent d'aussi près les travaux de la Commission. La Rapporteuse spéciale ne voit donc pas comment cette pratique pourrait être écartée au motif qu'elle est dénuée de pertinence.

38. Abstraction faite des commentaires sur la manière dont la pratique judiciaire nationale était citée dans le rapport, sa présentation a permis aux membres de la Commission de prendre connaissance des affaires citées et de se forger une opinion à leur sujet. Les commentaires de certains membres sur les affaires prises en compte dans l'étude de la pratique devraient être envisagés sous cet angle. Il vaudrait mieux laisser au Comité de rédaction le soin d'analyser en détail chaque affaire.

39. La Rapporteuse spéciale prend note des commentaires concernant le manque de références à la jurisprudence de certaines régions du monde, comme l'Afrique ou l'Asie, et la nécessité d'analyser plus en détail certaines questions soulevées dans le rapport. Elle remercie en particulier M. Nguyen pour ses efforts qui lui ont permis de disposer d'informations complémentaires sur les décisions de justice relatives à l'immunité rendues en Asie et accepte volontiers la proposition que lui ont faite d'autres membres de lui fournir des renseignements supplémentaires sur les décisions de ce type rendues ailleurs dans le monde.

40. Plusieurs membres de la Commission ont estimé que l'analyse de la pratique législative des États figurant dans le rapport n'était pas pertinente car toutes les lois relatives à l'immunité qui y étaient examinées concernaient l'immunité de l'État et aucune ne prévoyait de limites ou d'exceptions à l'immunité. La Rapporteuse spéciale estime néanmoins que l'étude de ces lois est pertinente pour plusieurs raisons: premièrement, elles permettent d'établir une distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État, laquelle, d'une manière générale, ne fait l'objet de règles que dans le cas des chefs d'État; deuxièmement, l'analyse démontre que même l'immunité de l'État n'est pas considérée comme absolue, et que des exceptions ont été établies; troisièmement, l'analyse éclaire l'exception dite «territoriale». La Rapporteuse spéciale tient en outre à attirer l'attention sur un point qui n'a pas été soulevé pendant le débat: l'article 23 de la loi organique n° 16/2015, du 27 octobre 2015, la loi espagnole régissant l'immunité des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, reconnaît une exception à l'immunité *ratione materiae* dans les cas de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de disparitions forcées.

41. Une deuxième critique formulée par certains membres est qu'il n'est pas pertinent d'analyser les lois mettant en œuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, car elles ne font que régir l'exécution des obligations découlant d'un instrument international. De

l'avis de la Rapporteuse spéciale, cette interprétation est erronée. Le Statut de Rome ne fait pas obligation aux États d'adopter des mesures législatives autres que celles établissant des mécanismes de coopération avec la Cour pénale internationale. Toute loi de portée plus générale visant à mettre en œuvre le Statut de Rome au niveau national est adoptée librement et volontairement par l'État partie concerné et n'a pas d'autre objectif que de permettre à celui-ci de bénéficier du principe de complémentarité. En effet, si l'État partie ne transpose pas les infractions définies dans le Statut de Rome dans son droit interne ou n'établit pas sa compétence sur ces infractions, il ne pourra jamais contester la compétence de la Cour pénale internationale. Or le fait est que les États parties adoptent des textes d'application, ce qui mène à la conclusion qu'ils considèrent que les juridictions nationales devraient être les premières à exercer leur compétence sur ces crimes odieux. Vue sous cet angle, l'analyse de la manière dont les textes d'application traitent de l'immunité de juridiction des représentants de l'État présente un intérêt certain aux fins des travaux de la Commission. Ces textes sont un exemple d'adoption d'une pratique conventionnelle par un État n'y étant nullement contraint. On pourrait dire la même chose de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui a été citée plusieurs fois au cours du débat.

42. Certains membres de la Commission ont affirmé qu'il était nécessaire de tenir compte d'autres formes de pratique des États, en particulier des décisions des procureurs et des autorités ayant le pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites, d'une part, et des procédures diplomatiques, d'autre part. Ce type de pratique a toutefois tendance à être confidentiel, ce qui fait qu'il est difficile, voire impossible, d'en prendre connaissance. La Rapporteuse spéciale a donc de sérieux doutes quant à sa pertinence aux fins du sujet. En tout état de cause, la pratique négative, c'est-à-dire le silence ou l'omission, n'est d'aucune aide pour l'identification d'une coutume ou d'une tendance. Les commentaires de la Rapporteuse spéciale ne s'appliquent pas aux autres formes de pratique diplomatique telles que les déclarations devant la Sixième Commission et d'autres organes, dont elle a dûment tenu compte dans son rapport.

43. L'analyse que fait la Rapporteuse spéciale de la distinction entre limites et exceptions a été globalement bien accueillie, mais deux critiques principales ont été exprimées. La première est qu'il est impossible d'établir une distinction claire, ce qui prive l'analyse de pertinence. La seconde est qu'il n'est pas cohérent d'établir une distinction dans le rapport pour ensuite proposer un projet d'article contenant une formule simplifiée qui renvoie seulement à la non-applicabilité de l'immunité.

44. En ce qui concerne le premier point, la Rapporteuse spéciale tient à souligner que la plupart des membres de la Commission s'accordent à dire que l'analyse figurant dans le rapport est utile et nécessaire. La distinction entre exceptions et limites n'est pas un simple exercice théorique, mais a d'importantes incidences pratiques et elle est étroitement liée à la perception du droit international comme un système juridique plutôt que comme un enchevêtrement de normes. Si seule la notion de limites était retenue, la Commission affirmerait l'existence d'un

régime juridique autonome où rien en dehors de l'immunité ne serait pertinent. Si seule la notion d'exceptions était retenue, la Commission pourrait risquer de penser qu'elle peut laisser de côté des éléments étroitement liés au régime de l'immunité telles que l'importance de la stabilité des relations internationales ou la nécessité de garantir que certains représentants de l'État soient en mesure de remplir sans entrave leurs fonctions de représentation internationale. En résumé, ce n'est qu'en analysant les deux notions que la Commission pourra être certaine d'avoir pris en considération tous les principes, valeurs et normes juridiques pertinents.

45. Néanmoins, le fait que cette analyse soit nécessaire d'un point de vue méthodologique n'empêche pas la Commission de rechercher des solutions pragmatiques aux problèmes qui pourraient se poser lors de l'examen du sujet. Compte tenu de ces considérations, le titre du projet d'article 7 est « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas ». Les mots « ne s'applique pas » constituent une solution pragmatique à un véritable problème, à savoir l'absence de consensus sur la question de savoir si les crimes internationaux peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel. Malgré cette absence de consensus, plusieurs membres de la Commission, ainsi que certains États et certaines juridictions nationales, sont arrivés à la conclusion que les crimes internationaux qui révoltent la conscience de l'humanité constituent invariablement une limite ou une exception à l'immunité. Le titre du projet d'article 7 couvre les deux possibilités, ce qui devrait être mentionné dans le commentaire afin d'éviter toute confusion et tout malentendu. La Rapporteuse spéciale tient à souligner que la Commission a adopté une solution pragmatique comparable dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁴⁷. En conséquence, elle ne pense pas que l'établissement d'une distinction entre les notions de limites et d'exceptions soit incompatible avec le concept de non-applicabilité de l'immunité, qui a de plus été approuvée par de nombreux membres de la Commission.

46. La question de savoir s'il existe une règle coutumière créant des limites ou des exceptions à l'immunité est l'une des plus controversées dont la Commission ait eu à débattre. Un groupe de membres soutient qu'il n'y a ni coutume ni tendance allant dans ce sens. Un second groupe nourrit des réserves quant à l'existence d'une coutume, mais croit à l'existence d'une pratique dont il ressortirait une tendance en faveur des exceptions. Ces deux points de vue valent pour les crimes internationaux et sont en partie différents des avis exprimés au sujet des crimes liés à la corruption et de l'« exception territoriale ». Pour formuler ses propres conclusions, la Rapporteuse spéciale s'est appuyée sur les travaux que la Commission a consacrés au sujet de la détermination du droit international coutumier, et elle tient à souligner que les commentaires des projets de conclusions 2, 3, 4, 8, 10 et 14²⁴⁸, notamment, qui ont été provisoirement adoptés sur ce sujet, vont dans le sens des arguments qu'elle avance dans son cinquième rapport.

47. Le fait que plusieurs membres aient observé une tendance claire en faveur des exceptions à l'immunité

²⁴⁷ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 13 et suiv., par. 28.

²⁴⁸ Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 65 et suiv., par. 63.

soulève la question de ce que l'on entend par «tendance». Ce terme signifie qu'il n'existe pas de norme établie, ou *lex lata*, mais plutôt une norme émergente, une *lex ferenda*, que certains États contribuent à façonner.

48. La qualification de la pratique analysée dans le rapport de la Rapporteuse spéciale comme *lex lata* ou *lex ferenda* peut être débattue, ce qui est précisément le rôle de la Commission. Toutefois, l'affirmation selon laquelle il n'existe aucune tendance, et donc aucun élément de *lex ferenda*, que la Commission puisse examiner n'est pas étayée par la pratique, sauf à considérer que toutes les juridictions nationales qui ont reconnu une forme de limite ou d'exception se sont trompées ou, pis encore, ont agi en dehors, ou en violation, du droit international. Les conséquences d'une telle affirmation méritent une analyse plus détaillée que celle qu'ont proposée pendant le débat les membres de la Commission qui niaient l'existence d'une tendance.

49. Certains membres ont parlé, dans leurs interventions, de «nouvelles règles juridiques». Abstraction faite d'autres considérations, la Rapporteuse spéciale trouve difficile d'accepter l'idée que cette expression puisse servir de fondement aux travaux de la Commission sans aucune sorte de clarification. Quelques questions lui viennent à l'esprit. Ces règles sont-elles nouvelles par opposition aux règles existantes ou en découlent-elles? S'agit-il de règles qui n'existent pas encore, qui sont en cours de formation ou qui doivent être établies indépendamment de la pratique? On ignore en outre si l'expression «nouvelles règles juridiques» signifie que le projet d'article 7, non seulement n'existe pas en tant que norme, mais n'a de plus aucun lien avec le droit positif, ni aucune valeur technique ou juridique. Si tel est le cas, la Rapporteuse spéciale ne peut se ranger à l'avis selon lequel la seule tâche de la Commission devrait être de définir de «nouvelles règles juridiques» régissant le système des limites et exceptions à l'immunité.

50. Le débat au sein de la Commission devrait plutôt viser à déterminer s'il existe ou non une *lex lata* et, dans l'affirmative, si elle est bien définie. Il faudrait parallèlement s'efforcer de déterminer si l'on peut parler d'une *lex ferenda* qui permettrait à la Commission de proposer des solutions à un problème intéressant les États en se fondant sur des éléments de la pratique et sur une analyse systémique du droit international. La Rapporteuse spéciale a le sentiment que la plupart des membres de la Commission sont favorables à une telle approche.

51. La relation entre codification et développement progressif a également fait l'objet de vifs débats au sein de la Commission. La Rapporteuse spéciale souhaite à cet égard attirer l'attention sur le fait que, comme dans le cas d'autres projets préparés par la Commission, certaines normes contenues dans les projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État relèvent de la codification et d'autres du développement progressif. Il ne semble pas cohérent avec le mandat de la Commission d'utiliser systématiquement la notion de développement progressif comme moyen de réduire la portée ou la valeur de certaines propositions. La codification et le développement progressif ont la même valeur technique et juridique.

52. L'analyse systémique des limites et exceptions à l'immunité – qui, à la surprise de la Rapporteuse spéciale, a alarmé certains membres de la Commission et suscité chez eux une réaction de rejet – était simplement une tentative de mettre en œuvre dans le cadre du sujet à l'examen le mandat de développement progressif et de codification du droit international confié à la Commission, et ce d'une manière cohérente et non contradictoire.

53. Il est évident que le choix entre codification et développement progressif n'est pas une simple question de préférence. Il existe des règles techniques et juridiques qui indiquent quand l'une ou l'autre option est plus appropriée. Bien que la codification exige de prouver la préexistence d'une norme, le développement progressif ne saurait être envisagé comme une simple proposition qui ne serait étayée ni par des précédents ni par une pratique antérieure.

54. Les déclarations faites au cours du débat montrent que la majorité des membres préférerait que les travaux de la Commission ménagent un équilibre entre le respect de l'égalité souveraine et la nécessité d'éviter que l'immunité ne fasse obstacle à l'établissement des responsabilités pour les crimes internationaux les plus graves.

55. La Rapporteuse spéciale souscrit pleinement à l'opinion générale selon laquelle il importe de traiter les aspects procéduraux de l'immunité de manière adéquate. Les raisons en sont multiples, et comprennent la nécessité d'éviter tout risque de politisation et celle de garantir le respect des garanties procédurales établies au niveau international, qui est évoquée au paragraphe 247 de son rapport.

56. La Rapporteuse spéciale ne doute pas qu'il importe d'étudier les aspects procéduraux afin d'avoir une vision complète de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cette immunité étant affirmée devant les juridictions de l'État du for, la Commission doit chercher à déterminer qui peut l'invoquer et qui devrait décider si elle est applicable, quand et pourquoi. Certains membres de la Commission ont indiqué que ces questions avaient été abordées dans le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin. Il convient toutefois de rappeler que M. Kolodkin a analysé les aspects procéduraux de l'immunité à la fin de ses travaux, après avoir examiné des questions telles que l'absence d'immunité et les exceptions à l'immunité. Comme cela a été noté, il l'a fait avec juste raison. Après tout, la Commission ne devrait-elle pas analyser les mécanismes de fond des limites et exceptions à l'immunité avant de prendre des décisions quant aux mécanismes procéduraux? Cette approche ayant été approuvée par la Commission en 2011, la Rapporteuse spéciale ne voit pas pourquoi elle ne serait plus valable. Est-ce parce que la possibilité d'établir des limites ou des exceptions à l'immunité se profile à l'horizon des travaux de la Commission?

57. La Rapporteuse spéciale a accordé, dès le début des travaux sur le sujet, une grande importance aux aspects procéduraux de l'immunité, en particulier car elle estime qu'il est essentiel d'avoir une idée complète de ce que signifie le terme «immunité de juridiction». C'est pour cette raison que, dans son deuxième rapport²⁴⁹, elle a

²⁴⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport).

proposé des définitions de deux notions qui sont, à son sens, essentielles pour aborder de manière adéquate le sujet de l'immunité: celle d'«immunité» et celle de «juridiction». À ce moment-là, cependant, certains membres de la Commission se sont opposés à l'adoption de définitions au motif que ces deux notions n'avaient jamais été définies par la Commission auparavant et que cela n'était de toute façon pas nécessaire car leur signification était claire. La Rapporteuse spéciale respecte ce point de vue, mais n'y souscrit pas. Le résultat de ces objections est que les définitions proposées sont devant le Comité de rédaction depuis l'année 2012. Même s'il aurait sans doute été utile d'aborder plus en détail les aspects procéduraux à ce moment-là, la Rapporteuse spéciale ne pense pas qu'il soit opportun, d'un point de vue méthodologique, de le faire à la session en cours, au moment où la Commission examine les questions relatives aux limites et exceptions à l'immunité.

58. L'analyse des aspects procéduraux de l'immunité ne devrait pas seulement englober l'invocation ou la levée de l'immunité et la question de savoir quand l'immunité devrait s'appliquer, qui a été mentionnée par certains membres de la Commission, mais aussi la communication entre les autorités de l'État du for et l'État du représentant, les mécanismes de coopération internationale et d'entraide judiciaire pouvant être utilisés pour maintenir un équilibre entre les divers principes et valeurs juridiques en jeu et l'établissement de clauses «sans préjudice» applicables aux cas d'abus et de politisation qui pourraient survenir dans la pratique. En 2016, la Commission a demandé aux États de lui fournir des informations sur ces questions, mais six seulement ont répondu à ce jour. Il est par ailleurs essentiel, de l'avis de la Rapporteuse spéciale et de plusieurs membres de la Commission, de se pencher sur la nécessité de garantir en toutes circonstances le respect d'une procédure régulière.

59. Tous les éléments que la Rapporteuse spéciale a mentionnés devront être analysés dans son sixième rapport. À ce sujet, elle invite la Commission à tenir des consultations informelles sur le sujet pendant la deuxième partie de la session en cours, lorsque l'examen du cinquième rapport sera terminé. Elle sera ravie de distribuer un document informel à cet effet.

60. La Rapporteuse spéciale a pris bonne note de la variante pour le projet d'article 7 proposée par M. Nolte. Bien qu'elle ne puisse y souscrire dans le cadre du débat en cours au sein de la Commission, cette proposition n'étant pas vraiment liée aux limites et exceptions à l'immunité, elle estime qu'il y figure des éléments intéressants que la Commission pourra examiner quand elle se penchera spécifiquement sur les aspects procéduraux de l'immunité.

61. La Rapporteuse spéciale espère avoir clarifié sa position et ses intentions au sujet des questions procédurales. Elle ne peut toutefois partager l'avis des membres qui ont appelé la Commission à traiter conjointement les limites et exceptions à l'immunité et les aspects procéduraux de l'immunité.

62. Passant aux observations formulées au sujet du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale dit que la plupart des membres de la Commission sont favorables au

maintien du paragraphe 1, même s'il existe des divergences d'opinion sur le contenu de la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Quelques membres ont exprimé des doutes quant à ce paragraphe, et un membre a conservé le silence après avoir indiqué qu'il ne jugeait pas opportun de renvoyer le paragraphe au Comité de rédaction.

63. En ce qui concerne le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, la plupart des membres se sont déclarés favorables à l'inclusion du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la torture et des disparitions forcées, arguant que ces infractions représentaient le «noyau dur» des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. Certains membres ont attiré l'attention sur la différence entre, d'une part, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et, d'autre part, la torture et les disparitions forcées, mais se sont néanmoins dits favorables à l'inclusion des deux dernières infractions, qui font l'objet de traités internationaux et constituent des catégories spécifiques de crimes contre l'humanité.

64. Il a été demandé, tant à la session en cours qu'aux sessions précédentes, d'étendre la liste des crimes figurant au paragraphe 1 *a* de l'article 7 en y incluant notamment l'apartheid, le crime d'agression, la piraterie, la réduction en esclavage, la traite des êtres humains, la destruction de biens culturels et le terrorisme. Chacune de ces propositions mérite une réponse distincte.

65. Lorsqu'elle a rédigé sa proposition pour le projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale n'avait nullement l'intention de minimiser la gravité du crime d'apartheid, d'autant que celui-ci a considérablement marqué l'histoire de la seconde moitié du XX^e siècle, en particulier en Afrique. Compte tenu des commentaires formulés par plusieurs membres, l'ajout de l'apartheid à la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas ne lui pose pas de problème.

66. La Rapporteuse spéciale maintient ses réserves quant à l'ajout du crime d'agression à la liste. Les raisons qu'elle a données dans son rapport demeurent valables et ont été approuvées par certains membres de la Commission. Le risque de politisation est en outre particulièrement élevé, le crime d'agression étant, par définition, un crime de dirigeants. Là encore, la Rapporteuse spéciale n'avait aucunement l'intention de minimiser la gravité de ce crime, mais l'inclusion du crime d'agression dans la liste risque de déclencher un débat politique – au sein de la Commission et, surtout, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale – qui pourrait colorer l'ensemble du traitement des limites et exceptions à l'immunité. C'est pourquoi elle estime qu'il serait plus opportun de traiter de ce crime dans les commentaires, même si elle s'en remettra à la décision de la Commission.

67. Les autres crimes cités par certains membres devraient être abordés d'un point de vue différent car il ne s'agit pas tant de crimes internationaux au sens strict – à l'exception peut-être de la piraterie et de la réduction en esclavage – que de crimes transnationaux. Bien qu'ils soient effectivement définis par des traités et que certains d'entre eux soient visés par le Protocole

portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), ces crimes n'ont donné lieu à aucune pratique relative à l'immunité. C'est pourquoi la Rapporteuse spéciale est très réservée quant à leur inclusion dans le projet d'article, d'autant qu'elle ne croit pas qu'il soit possible d'établir un parallèle entre ces crimes et les crimes internationaux qui sont énumérés dans la proposition. Son raisonnement pourra, si la Commission le juge utile, figurer dans le commentaire du projet d'article.

68. Certains membres de la Commission ont évoqué la possibilité de rédiger une clause générale n'employant pas de termes trop précis qui mentionnerait seulement les crimes préoccupant la communauté internationale, afin de ne pas établir une liste fixe de crimes qu'il faudrait peut-être compléter à l'avenir. La Rapporteuse spéciale comprend pleinement cette proposition et ne peut que considérer avec sympathie l'intention qui la sous-tend. Elle ne pense toutefois pas qu'il s'agisse de la solution la plus appropriée pour le sujet à l'examen ou pour atteindre l'objectif de fournir aux États des indications claires sur les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Une formulation ouverte peut en outre avoir pour effet non désiré de favoriser la politisation.

69. D'autres membres de la Commission ont émis des observations sur la nécessité de fournir une définition précise de certains des crimes énumérés au paragraphe 1 a du projet d'article 7. La Rapporteuse spéciale estime que cette définition aurait davantage sa place dans les commentaires. La tâche serait facilitée par le fait qu'il existe des précédents dans la pratique conventionnelle. La Commission pourrait s'inspirer de ses travaux sur les crimes contre l'humanité ainsi que du Statut de Rome, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

70. Divers commentaires ont été formulés à propos des crimes liés à la corruption mentionnés au paragraphe 1 b du projet d'article 7. Un groupe important de membres était contre l'idée de les faire figurer dans la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, ou nourrissait des réserves à ce sujet; quelques autres souhaitaient que la mention de ces crimes dans le projet d'article soit maintenue, parfois avec quelques nuances. La raison avancée pour ne pas inclure les crimes liés à la corruption était que les traités relatifs à cette catégorie de crimes ne prévoient pas d'exceptions à l'immunité. Un autre groupe de membres a toutefois fait valoir que la corruption causait aux États et à la société de sérieux dommages qui avaient des répercussions sur les relations internationales, et que cette catégorie de crimes devait donc être incluse.

71. La nécessité de définir plus clairement les « crimes liés à la corruption » a toutefois été reconnue, et plusieurs membres ont souligné que la corruption était un sujet facile à instrumentaliser, y compris à des fins politiques. La Rapporteuse spéciale partage ces préoccupations: comme cela est indiqué dans son rapport, les cas où les juridictions nationales ont eu à connaître de crimes dits liés à la corruption concernaient principalement la corruption à

grande échelle ou « grande corruption », à laquelle font référence plusieurs membres. Si la Commission décide que l'immunité ne sera pas applicable aux crimes liés à la corruption, la notion de corruption à grande échelle devra être expliquée dans le commentaire. En tout état de cause, les crimes de corruption impliquant toujours une action visant l'intérêt personnel du représentant de l'État concerné en question et ne pouvant être qualifiés d'actes accomplis à titre officiel, les auteurs de tels crimes se verraient refuser l'immunité. C'est en fait un exemple typique de limite à l'immunité, qui a été inclus dans le projet d'article afin de clarifier certaines questions.

72. En ce qui concerne l'« exception territoriale » décrite au paragraphe 1 c du projet d'article 7, quelques membres ont affirmé qu'il s'agissait d'un moyen classique de garantir l'immunité de juridiction civile de l'État dont le principal objectif était d'exonérer l'État de ses responsabilités en cas de dommage. Il convient toutefois de relever que l'exception s'applique également aux agents diplomatiques et aux agents en mission spéciale bénéficiant d'une immunité personnelle; elle n'est donc pas exclusivement liée à l'immunité de juridiction de l'État. D'autres membres se sont concentrés sur l'aspect territorial pour renforcer la validité de l'exception, et certains d'entre eux ont fait mention du cas particulier d'activités militaires étrangères sur le territoire d'un État, qui n'est pas abordé dans le rapport. La plupart des membres se sont toutefois déclarés favorables, avec plus ou moins de réserves, à l'incorporation d'une « exception territoriale ».

73. La formulation de l'« exception territoriale » est tirée du deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin. La Rapporteuse spéciale a inclus cette disposition dans le projet d'article 7 afin que soient pris en compte des exemples pratiques qui demeurent pertinents, tels que l'espionnage ou le sabotage; il n'est bien sûr pas question de rendre l'immunité inapplicable en cas d'infractions mineures telle qu'une infraction routière, ainsi que l'a laissé entendre un membre. Tous ces éléments seront dûment pris en considération par le Comité de rédaction, qui s'efforcera de définir plus clairement les modalités de l'« exception territoriale ».

74. Plusieurs membres ont soulevé la question des différentes bases légales valant pour chacune des situations auxquelles l'immunité ne s'appliquait pas, ou plutôt la question de savoir dans quelle mesure la Commission allait faire œuvre de codification ou de développement progressif. Il ressort clairement de l'étude de la pratique figurant dans le rapport que les situations décrites dans les trois alinéas du paragraphe 1 du projet d'article 7 exigent chacune un traitement différent.

75. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 a été largement approuvé, mais deux membres étaient contre l'idée de l'inapplicabilité des limites et exceptions aux représentants bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat. Bien que la Rapporteuse spéciale comprenne tout à fait leurs arguments, liés à la volonté de renforcer la lutte contre l'impunité, elle ne pense pas que la Commission ait une grande marge de manœuvre, car tant la pratique internationale que la doctrine penchent clairement en faveur du bénéfice de l'immunité *ratione personae* dans son intégralité. Il s'agit en outre d'une règle très particulière qui cesse

de s'appliquer dès que le mandat des représentants concernés (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) prend fin. La Rapporteuse spéciale est également consciente que les personnes qui ont un mandat permanent, tels que les monarques, ne se trouveront jamais dans une telle situation à moins d'abdiquer ou d'être détronées, ce qui peut avoir pour effet de permettre à certaines personnes de se maintenir en place. En toute sincérité, elle ne pense pas qu'il soit à la portée de la Commission d'élaborer un instrument de nature à prévenir une telle situation, à moins qu'il ne plaise aux États d'envisager de lever l'immunité des membres de la *troïka* ayant commis les crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7, en particulier à l'alinéa *a*. La levée de l'immunité ne relève toutefois pas du régime applicable aux limites et exceptions à l'immunité, et la Rapporteuse spéciale en traitera dans son rapport suivant.

76. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 établit un équilibre satisfaisant entre la nécessité de garantir le respect du principe d'égalité souveraine, la stabilité des relations internationales et la lutte contre l'impunité, comme l'ont relevé de nombreux membres; il devrait donc être conservé. La Rapporteuse spéciale ne peut se ranger à l'opinion minoritaire selon laquelle ce paragraphe devrait être supprimé et le projet d'article porter uniquement sur l'immunité *ratione materiae*, sans aucune référence à la *troïka*.

77. Le paragraphe 3 a lui aussi été largement approuvé par les membres, qui estiment approprié de conserver une clause «sans préjudice» pour définir la relation entre le projet d'article et les autres instruments internationaux en ce qui concerne l'applicabilité des limites et exceptions à l'immunité. Il tient compte d'une réalité incontestable, à savoir que d'autres régimes juridiques internationaux peuvent avoir une incidence sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. La clause «sans préjudice» s'inspire de celle figurant dans le projet d'article 1 provisoirement adopté par la Commission en 2013²⁵⁰.

78. La pratique montre qu'il peut y avoir une certaine interaction entre des régimes d'immunité différents applicables devant deux juridictions nationales ou devant une juridiction nationale et un tribunal pénal international; il convient donc de donner des orientations quant aux moyens de résoudre un éventuel conflit de normes. Le libellé du paragraphe 3 ne peut en aucun cas être interprété comme privilégiant les dispositions du projet d'article 7 ni comme offrant un moyen d'introduire indirectement dans le projet d'article les règles relatives à l'immunité figurant dans l'instrument constitutif d'un tribunal international. La clause «sans préjudice» obligerait les États à prendre en considération les deux instruments et à les interpréter de manière conforme et harmonisée. En réponse aux deux membres qui ont émis des doutes quant au type de juridiction internationale dont il est question, la Rapporteuse spéciale dit qu'il s'agirait normalement de juridictions pénales.

79. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, la Rapporteuse spéciale estime, comme d'autres membres de la Commission, que le paragraphe 3 constitue une partie importante du projet d'article 7 et doit être conservé.

Plusieurs membres ont néanmoins suggéré de le reformuler pour en faire une clause «sans préjudice» applicable à l'ensemble du projet d'articles. La Rapporteuse spéciale ne comprend pas très bien pourquoi M. Tladi est si vivement opposé à ce paragraphe, qui pourrait selon lui porter à préjuger de l'issue d'une procédure en cours. On pourrait aussi arguer qu'au contraire l'absence d'une telle référence pourrait avoir l'effet que M. Tladi redoute. La préoccupation qu'a exprimée M. Tladi pourrait être reflétée dans un commentaire.

80. Quant au programme de travail futur, la Rapporteuse spéciale a l'intention d'aborder dans son sixième rapport les aspects procéduraux de l'immunité dont elle a précédemment défini les grandes lignes et qui pourraient faire l'objet de consultations informelles pendant la seconde partie de la session. Les textes issus de ces consultations seraient ensuite révisés, suivant les méthodes de travail habituelles de la Commission.

81. En conclusion, la Rapporteuse spéciale dit qu'elle s'est efforcée de rendre compte, d'une manière équilibrée, de tous les points de vue exprimés au sein de la Commission, notamment sur les questions centrales ayant suscité le plus de préoccupations au cours du débat. Elle espère que, si elle n'y est pas parvenue, les membres de la Commission l'en informeront ultérieurement. Elle recommande à la Commission de renvoyer le projet d'article 7, tel qu'il figure dans le cinquième rapport, au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci examinera tous les commentaires formulés au cours du débat en séance plénière.

82. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction, qui prendra en considération les commentaires formulés au cours du débat.

83. M. MURPHY dit qu'il tient à remercier la Rapporteuse spéciale pour son résumé d'un débat riche et complexe; il est conscient qu'elle a disposé de peu de temps pour résumer ces discussions qui ont duré une semaine. Cependant, avec tout le respect qu'il lui doit, il ne trouve pas que ce résumé ait rendu de manière neutre toute la palette des opinions exprimées. Dans une certaine mesure, la Rapporteuse spéciale a réaffirmé les arguments qu'elle avait avancés dans son cinquième rapport, sans répondre sur le fond aux critiques formulées par certains membres. M. Murphy n'entend pas rouvrir le débat, mais souhaiterait illustrer son propos par quelques exemples. Premièrement, l'argument qui a été opposé à la Rapporteuse spéciale n'est pas que la pratique judiciaire nationale n'est pas pertinente; elle l'est, mais elle n'étaye pas la proposition qui a été faite pour le projet d'article 7. Il n'existe pratiquement aucune jurisprudence qui puisse étayer les différents éléments du projet d'article 7, et aucune qui puisse étayer le projet d'article 7 dans son ensemble. De même, l'autre argument qui a été opposé à la Rapporteuse spéciale n'est pas que le droit interne n'est pas pertinent; ce qui est pertinent, c'est que le projet d'article 7 n'est étayé que par le droit interne de quelques États. Surtout, la grande majorité des États n'a pas de lois nationales allant dans le sens du projet d'article 7. De l'avis de M. Murphy, la Rapporteuse spéciale a contourné ces arguments et a tenté de les réfuter dans son résumé. M. Murphy a aussi le sentiment que, pour la plupart des membres, le projet

²⁵⁰ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42 (projet d'article 1).

d'article 7 ne reflète pas le droit international coutumier. Il estime qu'il serait utile que la Commission prenne acte du fait que le débat, au cours duquel des opinions différentes ont été exprimées, n'a permis de dégager en formation plénière aucun consensus quant au fait que le projet d'article 7 refléterait le droit international coutumier. Si les membres de la Commission pouvaient s'accorder sur ce point, il serait plus facile d'approuver le renvoi du projet d'article au Comité de rédaction.

84. M. HMOUD, soulevant un point d'ordre, dit que c'est la première fois, depuis qu'il est membre de la Commission, qu'un autre membre soulève des questions de fond une fois le débat clos par un rapporteur spécial, et que cela ne servira qu'à prolonger le processus décisionnel. Le Président a proposé de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction et c'est sur cette proposition qu'il convient de se prononcer, conformément aux dispositions pertinentes du règlement intérieur de l'Assemblée générale.

85. Le PRÉSIDENT dit que, conformément au règlement intérieur de l'Assemblée générale, les membres ont le droit, s'ils le souhaitent, de prendre la parole pour débattre d'une proposition. En revanche, ils ne devraient pas débattre du résumé que le Rapporteur spécial a fait du débat, ni le commenter.

86. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale), prenant la parole sur un point d'ordre, souscrit aux remarques de M. Hmoud. Elle n'a pas voulu interrompre M. Murphy, car tous les membres ont le droit de faire entendre leur opinion. Néanmoins, conformément à la procédure habituelle de la Commission, c'est au Rapporteur spécial qu'il revient d'avoir le dernier mot sur le fond d'un sujet. C'est à sa connaissance la première fois qu'un membre rouvre le débat pour contester les arguments du Rapporteur spécial. M. Murphy a bien entendu le droit de remettre en cause les conditions du renvoi d'une proposition au Comité de rédaction, mais il n'aurait en aucun cas dû saisir cette occasion pour réfuter les arguments de la Rapporteuse spéciale alors qu'une proposition avait déjà été présentée à la Commission. Tous les membres ont eu la possibilité de faire connaître leur opinion pendant le débat, et il est de la responsabilité de la Rapporteuse spéciale de résumer ce débat et de présenter une proposition sur laquelle les membres fonderont leur décision.

87. M. SABOIA, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il souscrit à l'avis de M. Hmoud. Il tient en outre à souligner qu'en termes de procédure, si la Commission prend une décision, celle-ci devra porter sur la première proposition du Président de renvoyer le projet d'article 7 devant le Comité de rédaction, et non sur la proposition de M. Murphy.

88. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'y a pas de seconde proposition; la seule proposition à l'examen est celle qu'il a originellement formulée quant au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

89. M. RAJPUT dit que la Rapporteuse spéciale ayant déjà exprimé ses vues, et bien que certains membres ne les partagent pas, il ne souhaite pas rouvrir un débat de fond. Il souhaiterait toutefois des éclaircissements quant au résumé de la Rapporteuse spéciale avant qu'une décision

soit prise sur le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. La Rapporteuse spéciale a très clairement exprimé son opinion selon laquelle le projet d'article 7 ne constituait pas de «nouvelles règles juridiques». Elle semble toutefois, à un certain moment, avoir fait référence à la «coutume» et à une «tendance», et a ensuite dit qu'elle souhaitait reparler de la position qu'elle avait adoptée dans le rapport. Si la Commission est censée soutenir la proposition de la Rapporteuse spéciale de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction, elle a besoin de savoir si le projet d'article 7 reflète le droit international coutumier ou une tendance émergente.

90. M. HMOUD, prenant la parole sur un point d'ordre, dit que si les membres insistent pour rouvrir le débat, ils peuvent le faire en soulevant un point de procédure. Dans le cas contraire, la Commission devrait se prononcer sur la proposition du Président.

91. M. SABOIA, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il souscrit aux remarques de M. Hmoud.

92. M. TLADI dit qu'il est d'accord avec les membres qui se sont exprimés au sujet des aspects procéduraux de la discussion en cours. M. Murphy a soulevé un point de fond et un point de procédure. Ce point de procédure, ou plutôt cette proposition, était que la Commission décide en séance plénière de ne pas prendre position sur le point de savoir si le projet d'article 7 reflète le droit international coutumier. Toutefois, comme cela a été souligné, les membres ont eu la possibilité d'exprimer leur opinion, et quiconque souhaite connaître leurs vues devrait se reporter aux comptes rendus de séance pertinents et déterminer si la Commission est parvenue à un accord sur ce point.

93. M. SABOIA, prenant la parole sur un point d'ordre, propose que, conformément au règlement intérieur de l'Assemblée générale, le Président clôture le débat et que la Commission prenne sur-le-champ une décision sur la question à l'examen. Si cette proposition est adoptée, elle prendra le pas sur les interventions des orateurs inscrits sur la liste et sur toute autre question.

94. Le PRÉSIDENT, notant que M. Saboia insiste pour que la Commission prenne une décision avant que le reste des orateurs inscrits sur la liste aient pu prendre la parole, dit qu'un vote à main levée devra avoir lieu sur sa proposition initiale, c'est-à-dire pour déterminer si le projet d'article 7 doit être renvoyé au Comité de rédaction.

95. Sir Michael WOOD, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il croit comprendre que M. Saboia a proposé de clore le débat. La Commission devrait donc se prononcer sur la proposition du Président de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction.

96. Le PRÉSIDENT invite les membres favorables à la proposition de M. Saboia, qui est de clore le débat, à lever la main.

97. M. HMOUD, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il n'est pas certain que la proposition de M. Saboia ait pour but de clore le débat sur la question à l'examen, conformément à l'article 119 *d* du règlement intérieur de l'Assemblée générale, et demande des éclaircissements à ce sujet.

98. M. SABOIA dit qu'il propose de clore le débat sur la proposition de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction.

99. Le PRÉSIDENT invite la Commission à passer au vote sur cette proposition.

Un vote à main levée est effectué.

100. Le PRÉSIDENT dit qu'il y a eu 20 voix pour la proposition, 3 contre et une abstention.

101. Sir Michael WOOD, prenant la parole pour expliquer sa position, dit qu'ainsi qu'il l'a indiqué précédemment en séance plénière, il n'est pas favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction; toutefois, si la Commission décide de renvoyer le projet d'article, il n'ira pas à l'encontre du consensus. De son avis, cela ne peut être interprété comme une prise de position sur la question de savoir si le projet d'article 7 représente des règles de droit existantes. Cela étant précisé, il n'ira pas contre le consensus relatif au renvoi du projet d'article au Comité de rédaction.

102. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que son vote est fondé sur des considérations procédurales. La question est tellement importante que la Commission aurait dû prendre plus de temps et ne ménager aucun effort pour parvenir à un consensus. Dix minutes de débat ne suffisent pas. C'est pour cette raison qu'il n'était pas favorable à la proposition de clore le débat. Son vote ne porte pas sur le fond de la proposition initiale.

103. M. RAJPUT indique qu'il a voté contre la clôture du débat pour les mêmes raisons.

104. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction, qui prendra en considération tous les commentaires formulés au cours du débat.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

105. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est composé des membres suivants: M^{me} Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale), M. Argüello Gómez, M. Cissé, M^{me} Galvão Teles, M. Hmoud, M. Jalloh, M^{me} Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M^{me} Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

La séance est levée à 13 h 10.

3366^e SÉANCE

Jeudi 1^{er} juin 2017, à 10 heures

Président: M. Georg NOLTE

Présents: M. Argüello Gómez, M. Cissé, M^{me} Escobar Hernández, M^{me} Galvão Teles, M. Grossman Guilloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Laraba, M^{me} Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^{me} 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.

Crimes contre l'humanité (suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction sur le sujet des crimes contre l'humanité (A/CN.4/L.892), dit que le Comité a consacré 10 séances à l'examen d'un projet de préambule, des projets d'article et d'un projet d'annexe sur le sujet. Il a examiné les sept projets d'article et le projet de préambule proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/704), ainsi qu'un certain nombre de reformulations proposées par le Rapporteur spécial en réponse à des suggestions faites ou des préoccupations exprimées durant le débat en plénière et au Comité de rédaction. À la session en cours, le Comité de rédaction a provisoirement adopté cinq projets d'article, un projet de préambule et un projet d'annexe.

2. Le Comité de rédaction a étudié le projet de préambule après avoir examiné la substance de l'ensemble des projets d'article et du projet d'annexe. Le projet de préambule comprend neuf alinéas fondés sur un texte révisé présenté par le Rapporteur spécial. Les premier et deuxième alinéas reprennent des alinéas du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le troisième alinéa, qui avait été ajouté par le Rapporteur spécial à l'issue du débat en plénière, prend acte du fait que l'interdiction des crimes contre l'humanité est une norme impérative du droit international général, comme l'a reconnu la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur les *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*. Le quatrième alinéa énonce le principal objet des projets d'article, à savoir la prévention des crimes contre l'humanité. Le cinquième alinéa, qui s'inspire également du Statut de Rome, lie la prévention des crimes contre l'humanité à la lutte contre l'impunité. Le sixième alinéa, qui a été proposé par le Rapporteur spécial, découle de la proposition tendant à ce que le projet de préambule vise expressément le Statut de Rome, puisque la définition des crimes contre l'humanité énoncée au projet d'article 3 reproduit l'article 7 de ce statut. Le libellé du septième alinéa reprend celui d'un

* Reprise des débats de la 3363^e séance.

* Reprise des débats de la 3354^e séance.