

Provisoire

Réservé aux participants

15 avril 2019

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-dixième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3439^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 31 juillet 2018, à 10 heures

Sommaire

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

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

GE.18-12768 (F) 120419 150419



* 1 8 1 2 7 6 8 *

Merci de recycler



La séance est ouverte à 10 h 5.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État
(point 3 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/722)

Le Président invite la Commission à reprendre l'examen du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

M. Nolte dit que, comme les traductions du rapport ont été disponibles très tardivement, il n'a pas eu le temps d'analyser pleinement le rapport et de rédiger une déclaration exhaustive. Il ne commentera donc qu'une partie du rapport et traitera les autres à la session suivante. Le sixième rapport est un rapport intérimaire à plusieurs égards, car la Rapporteuse spéciale y couvre seulement une partie des aspects procéduraux du sujet, ne propose pas de nouveau projet d'article et ne dit rien de la relation entre les aspects procéduraux et les aspects de fond. M. Nolte croit toutefois comprendre que ces questions seront étudiées dans le septième rapport.

Le plan de travail proposé donne aux membres de la Commission la possibilité de réfléchir ensemble, à la session en cours, à la poursuite des travaux sur le sujet sans être dans l'obligation de prendre des décisions. M. Nolte aurait préféré engager la réflexion de manière plus informelle, par exemple dans le cadre d'un groupe de travail, et étudier les moyens de surmonter la division que le débat et le vote enregistré sur le projet d'article 7 avaient créée entre les membres à la session précédente. Il comprend néanmoins que la Rapporteuse spéciale préfère que son sixième rapport fasse au moins l'objet d'un débat partiel en séance plénière afin de l'aider à élaborer son septième rapport, l'objectif étant de parvenir à un consensus sur le sujet.

C'est avec cet objectif commun à l'esprit que M. Nolte souhaite faire plusieurs remarques inspirées par la devise adoptée par la Commission pour son soixante-dixième anniversaire : « Dresser le bilan pour l'avenir ». Il estime que l'on ne peut bâtir un bel avenir que si l'on tient dûment compte du passé. Cela ne signifie pas que la Commission devrait rouvrir le débat sur le projet d'article 7 à ce stade, mais la question de savoir si ce projet reflète le droit international coutumier en vigueur ou s'il constitue une proposition concernant le développement progressif du droit international devra être examinée à la session suivante si la Commission souhaite parvenir à un consensus. La plupart des États attendent une réponse à cette question, comme cela est apparu clairement au cours des débats qui se sont tenus sur le sujet à la Sixième Commission en 2017 et qui sont résumés aux paragraphes 13 à 20 du rapport.

Comme il est indiqué dans le résumé, très peu d'États sont enclins à estimer que le projet d'article 7 reflète le droit international coutumier. Un seul, l'Italie, a expressément déclaré qu'il le croyait, tandis que 21 États ont expressément dit qu'ils n'étaient pas d'accord. M. Nolte partage l'avis de la Rapporteuse spéciale, selon qui la division au sein de la CDI se reflète dans les commentaires des États à la Sixième Commission, qui se répartissent de manière presque égale entre ceux en faveur du projet d'article 7 et ceux qui le critiquent. L'importance de cette division entre États va bien au-delà de simples statistiques.

La plupart des États qui se sont dits favorables au projet d'article 7 ont avancé qu'ils considéraient ce projet comme une proposition concernant le développement progressif du droit international (*lex ferenda*) et non comme la codification du droit en vigueur (*lex lata*). Comme la Rapporteuse spéciale le fait observer au paragraphe 18, de nombreux États des deux camps ont engagé la Commission à préciser si la proposition relevait de la codification ou du développement progressif. Outre les 12 États cités par la Rapporteuse spéciale dans la note 68, le Bélarus, la Fédération de Russie, le Japon, Sri Lanka et la Thaïlande ont demandé des précisions.

Comme il est indiqué au paragraphe 20, de nombreux États se sont dits préoccupés par le fait que la Commission était divisée et qu'elle avait eu recours au vote, et ils l'ont instamment invitée à progresser prudemment afin de parvenir à un consensus. M. Nolte estime donc comme la Rapporteuse spéciale que la Commission devrait examiner soigneusement l'approche qu'elle adoptera à l'avenir concernant ce sujet.

Une autre raison de préciser le caractère juridique du projet d'article 7 est que la question devra être traitée lorsqu'un lien aura été établi entre le résultat des délibérations de la Commission sur les aspects procéduraux et les règles de fond telles que le projet d'article 7. Par exemple, si des règles de procédure concernant la coopération entre l'État du représentant et l'État du for sont proposées, les États auront besoin de savoir si la Commission estime qu'ils doivent suivre ces règles en ce qu'elles représentent le droit existant ou les accepter puis les développer plus avant, et s'ils ne peuvent appliquer des exceptions à l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État qu'après avoir observé les règles de procédure. Les aspects de fond et les aspects de procédure du sujet sont donc interdépendants. Cela étant, M. Nolte convient qu'il est logique que la Commission se concentre sur les aspects procéduraux à la session en cours.

Pour avoir les meilleures chances de parvenir à un résultat constructif et consensuel, il est nécessaire d'opérer une distinction entre, d'une part, les exigences procédurales générales qui s'appliquent à toutes les situations dans lesquelles la question de l'immunité d'un représentant de l'État se pose et, d'autre part, les garanties procédurales spécifiques qui s'appliquent aux situations dans lesquelles la question de l'exception à l'immunité se pose, comme dans le projet d'article 7. Le rapport ne traite que la première catégorie. Comme il n'a pas pu assimiler correctement le texte dans le peu de temps dont il disposait, M. Nolte ne parlera pas des observations détaillées formulées par la Rapporteuse spéciale à cet égard. Toutefois, il souhaite faire quelques propositions concernant la seconde catégorie. De fait, une très large majorité d'États sont convenus que, s'il doit y avoir une disposition allant dans le sens du projet d'article 7, il doit également y avoir des garanties procédurales efficaces. Le libellé de la disposition en question pourrait, selon M. Nolte, être le suivant :

L'exercice de la juridiction pénale nationale au titre d'une exception à l'immunité *ratione materiae* telle que décrite dans le projet d'article 7 n'est autorisé que si :

- 1) Le représentant de l'État étranger est présent sur le territoire de l'État du for ;
- 2) La preuve que le représentant a commis l'infraction présumée est irréfutable ;
- 3) La décision de l'État du for d'engager des poursuites pénales contre le représentant de l'État étranger est prise au plus haut niveau du Gouvernement ou du ministère public ;
- 4) L'État du for coopère avec l'État du représentant. Ce devoir de coopération signifie que l'État du for doit :
 - a) Notifier à l'État du représentant son intention d'engager des poursuites pénales et lui demander s'il souhaite lever l'immunité de son représentant ;
 - b) Transmettre l'affaire et extradier l'auteur présumé de l'infraction vers l'État qu'il représente si celui-ci peut et souhaite porter l'affaire devant ses propres tribunaux ou, si les États concernés en sont ainsi convenus, remettre l'auteur présumé à une juridiction internationale compétente. À l'inverse, si l'État du représentant ne souhaite ou ne peut pas porter l'affaire devant ses propres tribunaux ni la transmettre à une juridiction internationale, l'État du for doit, avant d'autoriser ses juridictions à connaître de l'affaire, se déclarer disposé à remettre l'auteur présumé de l'infraction à une juridiction internationale si la compétence de celle-ci pour statuer dans l'affaire est établie.

Dans de tels cas, la compétence d'une juridiction pénale internationale peut découler de son fondement juridique ou d'un accord spécifique entre l'État du for et l'État du représentant, si un tel accord est conforme au statut de la juridiction internationale et si celle-ci est disposée à connaître de l'affaire et est en mesure de le faire.

M. Nolte espère que ces garanties procédurales particulières concernant l'application d'une exception à l'immunité *ratione materiae* en cas de crime international présumé conviendront, dans l'ensemble, aux membres de la Commission et, si tel est le cas, qu'elles contribueront également à ce qu'un accord se dégage sur les autres aspects du sujet. Toutefois, si la Commission entend parvenir à un consensus, elle doit aussi indiquer

clairement que la règle prévue par le projet d'article 7 ne reflète pas le droit international coutumier en vigueur mais constitue une proposition concernant le développement progressif du droit international. Les membres pourraient donc mettre de côté leurs différences concernant l'existence ou non d'une « tendance » dans un sens ou dans l'autre. M. Nolte estime que la Commission a deux options : soit elle affirme que le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a vocation à devenir un traité, soit elle reformule le projet d'article 7 pour en faire une recommandation, par exemple en employant le conditionnel. Il ne serait pas suffisant d'indiquer dans les commentaires que le projet d'article 7 contient des éléments de développement progressif et des éléments de codification et qu'il n'est pas toujours aisé de faire la différence entre les deux. Dans le cas du projet d'article 7, cette distinction est possible.

M. Hassouna dit que, s'il a eu la chance de pouvoir consulter une traduction antérieure et non officielle du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui est instructif et complet, il faut espérer que le rapport suivant sur le sujet sera disponible dans toutes les langues suffisamment tôt pour que les membres puissent procéder à une étude approfondie de son contenu. Le rapport à l'examen, qui traite des aspects procéduraux de l'immunité, vient compléter l'exposé des exceptions et limites à l'immunité figurant dans le cinquième rapport et concourt à une compréhension plus fine et plus globale du sujet. M. Hassouna est convaincu que, sous la conduite de la Rapporteuse spéciale, la Commission pourra trouver le juste équilibre entre la nécessité de préserver l'immunité en tant que principe de l'égalité souveraine et l'intérêt qu'il y a pour la communauté internationale à lutter contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves.

L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est un sujet d'une grande importance car il concerne non seulement les États et leur pratique en matière de relations extérieures mais aussi les tribunaux, qui ne manqueront pas de se tourner vers le résultat final des travaux de la Commission pour y trouver des orientations. Le sujet étant en outre sensible du point de vue politique, il est nécessaire de le traiter avec soin et de porter une attention particulière à la pratique des États. À cet égard, l'avis consultatif sur le sujet que les États d'Afrique ont prié l'Assemblée générale de demander à la Cour internationale de Justice est un fait nouveau notable. La Rapporteuse spéciale devrait être félicitée d'avoir obligeamment résumé les questions soulevées à la Sixième Commission en 2017 et d'y avoir apporté des réponses.

Bien que les États aient fait part de leur vif intérêt pour le sujet pendant les débats à la Sixième Commission, rares sont ceux qui ont répondu aux demandes d'informations sur leur pratique nationale. Moins de 10 États ont communiqué des commentaires écrits sur la manière dont ils traitent les aspects procéduraux de l'immunité et, à ce jour, aucun État d'Afrique ni d'Asie n'a apporté de contribution. La prochaine réunion de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique sera peut-être pour ces États l'occasion d'exposer leur point de vue sur le sujet.

Au cours des débats à la Sixième Commission, les États ont continué d'engager la CDI à indiquer quels aspects de ses propositions relèvent de la codification ou du développement progressif. La Commission devrait débattre, pendant les réunions à venir du Groupe de travail sur les méthodes de travail, de la réponse à apporter à ces demandes et à d'autres commentaires relatifs à la méthode adoptée. Étant donné que ce sujet est lié à d'autres sujets à l'examen, notamment les crimes contre l'humanité, les normes impératives du droit international (*jus cogens*) et la compétence pénale universelle, ajouté peu de temps auparavant au programme de travail à long terme, la Commission devrait à l'évidence suivre pour tous la même approche, de manière à assurer la cohérence et l'harmonie entre les sujets.

M. Hassouna se félicite que la Rapporteuse spéciale ait adopté une approche globale des aspects procéduraux de l'immunité. La Rapporteuse spéciale souhaite revoir la définition de la juridiction pénale proposée et examinée dans des rapports antérieurs mais, même si elle relève à juste titre que la notion de juridiction est intrinsèquement liée aux aspects procéduraux de l'immunité, il n'est peut-être pas nécessaire de formuler une nouvelle définition dans le contexte actuel. Certains éléments examinés au chapitre II du rapport, par exemple l'adoption de décisions contraignantes qui imposeraient des mesures

coercitives au représentant de l'État, semblent particulièrement utiles pour définir précisément la notion de compétence pénale par rapport à la notion plus générale de compétence. M. Hassouna estime que la définition fonctionnelle proposée dans le rapport suffit pour examiner la juridiction pénale du point de vue des aspects procéduraux de l'immunité.

La Rapporteuse spéciale analyse soigneusement trois grandes questions de procédure : à quel moment les autorités de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité, quels sont les actes de l'État du for qui concernent l'immunité et quel organe de l'État devrait déterminer si l'immunité s'applique. S'agissant de la première question – l'élément temporel – la Rapporteuse spéciale développe la conclusion à laquelle était parvenu son prédécesseur, M. Kolodkin, à savoir que la question de l'immunité devrait être examinée soit au début de l'instance, soit encore plus tôt, au stade précontentieux. M. Hassouna considère, comme la Rapporteuse spéciale, que les tribunaux doivent examiner la question de l'immunité avant d'imposer au représentant de l'État étranger des obligations susceptibles de l'exposer à des mesures de contrainte et de l'empêcher d'exercer correctement ses fonctions étatiques, ce qui a d'ailleurs été le cas dans les affaires citées aux paragraphes 53 à 56. Il prend note avec intérêt des références à la Cour internationale de Justice et aux nombreuses décisions de tribunaux nationaux, dont certaines n'étaient pas disponibles au moment de l'établissement des précédents rapports de la Rapporteuse spéciale. Concernant la référence au Tribunal spécial pour la Sierra Leone, la Rapporteuse spéciale devrait préciser, dans ses travaux futurs, la nature de ce Tribunal et l'intérêt des juridictions mixtes ou hybrides. Toutes les affaires mentionnées ont trait à la détermination de l'immunité *ratione personae*. À cet égard, il pourrait être utile d'étudier l'arbitrage relatif à l'Incident de l'« Enrica Lexie » (*Italie v. Inde*) en cours devant la Cour permanente d'arbitrage, qui concerne l'exercice par l'Inde de sa compétence pénale sur des soldats de la Marine italienne.

Dans les paragraphes consacrés au moment où la question de l'immunité doit être examinée, la Rapporteuse spéciale traite de l'immunité en des termes généraux, alors que, dans d'autres parties du rapport, elle opère souvent une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. M. Hassouna souhaiterait savoir si les conclusions figurant au paragraphe 63 s'appliquent aux deux types d'immunité. Il conviendrait que la détermination de l'immunité intervienne avant que l'État du for prenne des mesures qui compromettent la capacité du représentant de l'État étranger d'agir à titre officiel. Toutefois, compte tenu de la distinction susmentionnée, que ce soit du point de vue des autres aspects procéduraux ou des exceptions et limites, il pourrait être nécessaire de poursuivre l'examen de cette question.

La Rapporteuse spéciale conclut que l'immunité doit être examinée avant d'inculper ou de poursuivre un représentant d'un État étranger. Or, dans son deuxième rapport sur le sujet, son prédécesseur avait dit que le fait d'engager une procédure pénale contre un représentant d'un État étranger ne constituerait pas une violation de l'immunité de celui-ci, pour autant que cette procédure ne lui impose aucune obligation au titre du droit de l'État du for. Il serait bon de préciser si le simple fait d'engager une procédure pénale, sans adopter de mesures imposant des obligations au représentant, peut tout de même compromettre l'exercice de fonctions officielles.

La conclusion de la Rapporteuse spéciale, pour qui il n'est pas nécessaire que l'État du for examine les questions d'immunité avant ou pendant la phase d'enquête, est convaincante et étayée par des rapports antérieurs sur le sujet, des ouvrages de doctrine et des principes généraux. À cet égard, il faut mettre l'accent non pas sur la distinction entre l'enquête préliminaire et les mesures prises après l'ouverture de la procédure pénale, mais sur celle qu'il convient d'opérer selon que ces mesures imposent ou non des obligations au représentant concerné et, plus particulièrement, selon que lesdites obligations empêchent ou non le représentant d'exercer ses fonctions officielles. Cette distinction constitue une garantie procédurale non négligeable contre le déclenchement de poursuites motivées par des considérations politiques. La mise au point de procédures claires à l'intention des procureurs et des autres parties prenantes aux phases d'enquête serait très utile pour renforcer la transparence et l'équité et limiter les abus de pouvoir.

En ce qui concerne la deuxième grande question, relative à l'élément matériel, il faudrait préciser si l'expression « actes visés par l'immunité » renvoie aux actes auxquels l'immunité fait obstacle ou aux actes qui violent le principe de l'immunité. La Rapporteuse spéciale opère une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* mais, là encore, c'est le fait qu'il impose ou non des obligations au représentant de l'État étranger qui permet de déterminer si un acte viole l'immunité de ce représentant. Un État du for qui impose des obligations à un représentant d'un État étranger, qu'il s'agisse de comparaître en tant que témoin, de communiquer des documents ou des informations ou de ne pas quitter son territoire, viole l'immunité de ce représentant. D'après le rapport, le résultat serait le même selon que l'immunité *ratione personae* ou l'immunité *ratione materiae* s'applique étant donné que, dans un cas comme dans l'autre, l'immunité interdit l'exécution de mesures qui empêchent le représentant de l'État étranger de s'acquitter de ses fonctions officielles.

Le seul cas dans lequel un État du for qui impose des obligations à un représentant d'un État étranger ne viole pas nécessairement le principe d'immunité semble être celui dans lequel le représentant jouit de l'immunité *ratione materiae* et est cité à comparaître en qualité de témoin. Au paragraphe 86, la Rapporteuse spéciale explique que l'immunité ne fera obstacle à la convocation à témoin que si cette convocation est « obligatoire et que la déposition demandée concerne des actes de ce type ». Pour M. Hassouna, le caractère obligatoire de la convocation pourrait à lui seul être incompatible avec l'immunité *ratione materiae* du représentant. Il peut y avoir des situations dans lesquelles le fait d'obliger un représentant à témoigner peut restreindre sa capacité d'exercer ses fonctions officielles, même si l'objet du témoignage n'a pas de liens avec des actes accomplis à titre officiel.

L'examen de la question de savoir qui détermine si l'immunité s'applique ressemble fort à l'étude dont ce point avait fait l'objet dans le quatrième rapport. M. Hassouna souscrit à l'analyse de la Rapporteuse spéciale relative à la compétence générale des tribunaux de l'État du for pour déterminer l'immunité. Le rôle joué par les hautes instances judiciaires d'un État devrait être souligné et expliqué dans le commentaire. Le renvoi que fait la Rapporteuse spéciale aux observations écrites communiquées par les États sur la question est bienvenu et pourrait encourager ceux-ci à participer plus activement au débat sur le sujet. Lorsqu'il s'est exprimé sur le quatrième rapport, à la soixante-septième session de la Commission, M. Hassouna a dit que, dans certains cas et dans le cadre de l'interprétation d'un traité, la Cour internationale de Justice avait exercé un contrôle sur l'exercice par l'État d'une large autorité, s'agissant d'imposer sa juridiction pénale à un représentant d'un autre État. Reste le problème posé par le fait que, si la Cour n'intervient pas, le pouvoir d'interprétation sera laissé soit aux États eux-mêmes soit à des organismes régionaux. À la Sixième Commission, plusieurs États se sont dits préoccupés d'une manière générale par cette question, notamment l'Autriche qui a proposé de créer un mécanisme international de règlement des différends afin de prévenir les poursuites abusives et motivées par des considérations politiques. S'il va de soi que la Rapporteuse spéciale ne peut pas analyser des mécanismes qui n'existent pas encore, elle pourrait en revanche préciser le rôle de supervision qui revient à la Cour internationale de Justice et aux organismes régionaux dans le système existant.

En ce qui concerne les travaux futurs, M. Hassouna appuie l'intention de la Rapporteuse spéciale de traiter de l'incidence que l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international pourrait avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les procédures connexes. Le programme de travail futur proposé couvre tous les points figurant dans le document de réflexion diffusé à la session précédente, ce qui permettra, selon M. Hassouna, de conclure l'examen du sujet en n'ayant négligé aucun des aspects procéduraux. Il est heureux que la Rapporteuse spéciale prévoie de proposer dans le septième rapport un projet d'article sur les procédures qui viendra compléter ceux qui ont déjà été adoptés concernant les limites et exceptions. Les différences entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* devraient être reflétées dans les règles procédurales relatives à ces deux types d'immunité.

M. Hassouna convient que le sujet est sensible du point de vue politique et parfois controversé. C'est néanmoins le rôle de la Commission que d'agir en cas de désaccord afin de trouver des solutions et de rapprocher les opinions divergentes. La Commission ne

devrait pas hésiter à poursuivre la codification et le développement progressif de sujets difficiles lorsque ceux-ci font écho aux préoccupations pressantes de la communauté internationale, que le moment est venu de les examiner et qu'ils répondent aux besoins des États. C'est pour ces raisons qu'elle a entamé ses travaux sur le sujet, et c'est pour ces raisons que M. Hassouna appuie les efforts que la Rapporteuse spéciale continue de déployer malgré les difficultés.

M. Grossman Guiloff dit que, dans son sixième rapport, la Rapporteuse spéciale propose une analyse complète des aspects procéduraux du sujet et un résumé utile des travaux de la Commission sur le sujet et des réactions des États jusque-là. Bien que les États, comme on pouvait s'y attendre, aient exprimé des opinions différentes sur les aspects procéduraux du sujet, il n'est pas exagéré de dire qu'ils estiment tous qu'il s'agit d'un sujet important. L'accent mis sur les garanties procédurales fait lui aussi l'objet d'un certain assentiment. Comme la Rapporteuse spéciale le souligne au paragraphe 29, l'intérêt des membres de la Commission s'est, depuis 2011, quelque peu déplacé vers la nécessité de prévoir des garanties procédurales pour éviter une politisation et des abus dans l'exercice de la juridiction pénale à l'égard des représentants de l'État étrangers. Un déplacement similaire a été observé à la Sixième Commission, comme l'a fait remarquer la Rapporteuse spéciale dans le cinquième rapport. Même s'il ne contient pas de projet d'article, le sixième rapport est le fruit de recherches approfondies et orientera de manière constructive les débats de la Commission. M. Grossman Guiloff compte faire des observations provisoires qu'il développera au cours de l'année à venir.

L'examen du sujet montre qu'il est indispensable de trouver un équilibre entre le principe de l'égalité souveraine des États et le rejet de l'impunité pour les crimes les plus graves, à savoir ceux qui sont énumérés au projet d'article 7. M. Grossman Guiloff estime que la balance penche parfois trop dans un sens ou dans l'autre, selon que sont pris en considération uniquement les efforts visant à lutter contre l'impunité, ou la prévention des abus. Comme la Rapporteuse spéciale le note au paragraphe 39, cet équilibre est particulièrement important dans le cas de l'immunité *ratione materiae* pour les crimes visés par le projet d'article 7. Comme il est indiqué dans le rapport, le caractère limité de la doctrine spécialisée portant spécifiquement sur les aspects procéduraux pourrait être un problème. L'analyse du sujet par la Commission est l'occasion d'offrir une certaine sécurité juridique aux États sur divers points, y compris l'assurance que la juridiction ne sera pas exercée de manière abusive ni motivée par des considérations politiques et que l'immunité n'entravera pas la lutte indispensable contre l'impunité.

Ainsi que le relève la Rapporteuse spéciale au paragraphe 33 de son rapport, les préoccupations exprimées par les États à la Sixième Commission, à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale, font écho au débat au sein de la CDI, ce qui n'a rien de surprenant. Les États sont bien au fait des discussions qui se sont tenues sur le sujet et des différentes questions en jeu. Ils ont notamment proposé que la Commission examine l'utilité d'imposer une obligation de « poursuivre ou de lever l'immunité », la création d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant – question très importante dans la mesure où l'établissement d'exceptions sera inévitablement source de débats –, et la mise en place de garanties procédurales pour que l'exercice de la juridiction ne porte pas atteinte au respect des formes régulières. La Rapporteuse spéciale propose de traiter ces questions et estime qu'il est nécessaire d'instituer un mécanisme adéquat de communication entre les États, en particulier lorsqu'une exception est en jeu.

Comme le souligne la Rapporteuse spéciale, des mécanismes adéquats de communication entre l'État du représentant et l'État du for sont nécessaires pour permettre aux tribunaux de l'État du for de vérifier si l'État du représentant a ou non intérêt à protéger l'immunité de l'intéressé. Selon le paragraphe 36 du rapport, les États doivent également communiquer pour « apprécier des éléments tels que la qualité de “représentant de l'État” que peut avoir un individu, la qualité d’“acte accompli à titre officiel” attribuée à l'acte qui est à l'origine de l'exercice éventuel de la juridiction, ou encore le point de savoir si c'est ou non dans l'exercice de ses fonctions qu'a agi le représentant concerné de l'État à un moment donné ». M. Grossman Guiloff souscrit à ce qu'avance la Rapporteuse spéciale au paragraphe 37, à savoir que les questions suscitant des préoccupations doivent être traitées

de manière à introduire un élément de neutralité et à créer une relation de confiance entre l'État du for et l'État du représentant. Les canaux de communication et l'instauration d'un climat de confiance sont deux points importants qui pourraient être développés et analysés plus avant dans le septième rapport, notamment en ce qui concerne les modalités de communication et l'élément temporel.

Il convient de souligner qu'il faudrait aborder l'analyse des aspects procéduraux de l'immunité sous un angle assez large, comme la Rapporteuse spéciale le fait observer au paragraphe 41. Il n'est pas possible de répondre de manière absolue à chaque question soulevée concernant le sujet à l'examen, et il arrive que les circonstances propres à chaque cas soient pertinentes et doivent être prises en compte. M. Grossman Guiloff convient avec la Rapporteuse spéciale qu'il importe d'étudier l'incidence que l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international peut avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les procédures connexes. *Mutatis mutandis*, il importe que la Rapporteuse spéciale examine les conséquences qui pourraient en découler sur le plan de la procédure pour les États ayant ratifié des traités qui disposent qu'ils ne visent que les infractions commises par des agents de l'État, tels que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette Convention a été ratifiée par 164 États et a engendré de nombreux problèmes concernant les exceptions à l'immunité de juridiction. De nombreuses infractions comportant des actes de torture sont liées aux crimes énumérés dans le projet d'article 7. La question de l'immunité n'a pas la même connotation pour les États selon qu'ils ont ratifié ou non la Convention contre la torture. De même, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées dispose qu'elle ne vise que les disparitions forcées commises par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État. Puisque les États ont élaboré des traités qui prévoient que certains crimes au regard du droit international ne peuvent être commis que par des agents de l'État, la Commission doit déterminer toutes les conséquences résultant de ces obligations conventionnelles expresses. Il était clair dès le début que ces deux conventions avaient pour objet et pour but de réglementer certains types d'actes officiels, à savoir les actes accomplis au nom de la loi. Il est à noter que ces conventions établissent également l'obligation de juger ou d'extrader.

En outre, il serait intéressant d'examiner les conséquences, sur le plan de la procédure, des crimes qui constituent des violations graves des Conventions de Genève, en particulier lorsqu'ils sont commis par des agents de l'État. Cet aspect du sujet devrait être analysé à la lumière du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et de la pratique doctrinale pertinente. S'il convient de tenir compte des circonstances particulières, notamment les obligations conventionnelles, la Commission devrait déterminer si elle peut élaborer ou établir des principes généraux. Il serait des plus utile qu'elle élabore à l'intention des États des principes et des directives sur la manière d'aborder les points cités par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 41, notamment la détermination de l'immunité, le moment où la question de l'immunité devrait être traitée et les catégories d'actes visés par l'immunité.

M. Grossman Guiloff prend note de l'opinion de la Rapporteuse spéciale, exposée au paragraphe 49 et ailleurs dans le rapport, concernant le moment où la question de l'immunité devrait être examinée. Il est lui aussi d'avis que l'immunité de juridiction étrangère doit produire ses effets à un stade précoce : il n'est pas nécessaire qu'un pays perde du temps à entamer une procédure si l'immunité s'applique. Il importe de noter que la détermination de l'immunité devrait intervenir à un stade précoce pour des raisons d'économie de procédure. À l'évidence, il faut déterminer l'immunité avant d'examiner le fond de l'affaire. Comme la Rapporteuse spéciale le fait remarquer, c'est aussi la position qu'a exposée la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu au sujet du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, dans lequel elle a affirmé que les questions d'immunité étaient des questions préliminaires qui devaient être tranchées dans les meilleurs délais. La question a également été traitée par des juridictions nationales, notamment dans les affaires mentionnées par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 56 de son rapport.

Comme indiqué aux paragraphes 61 et 62 du rapport, le fait que l'immunité soit une question préliminaire ne veut pas dire qu'elle doit être appliquée immédiatement dès l'ouverture d'une enquête préliminaire. M. Grossman Guiloff a toutefois des doutes sur le fait que l'on puisse ne pas tenir compte de l'immunité à ce stade. Il est évident qu'une enquête peut être une affaire très complexe pouvant viser aussi des acteurs privés, lesquels peuvent parfois être traités différemment des représentants de l'État. À cet égard, il importe de prendre note, comme le fait la Rapporteuse spéciale au paragraphe 58, de l'exposé de l'opinion individuelle commune que les juges Higgings, Kooijmans et Buergenthal ont joint à l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* : selon ces juges, ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourrait ultérieurement être délivré ne viole pas en soi les principes d'immunité et d'inviolabilité d'un ministre. Pour M. Grossman Guiloff, la plus grande prudence s'impose si la Commission formule une déclaration générale quant au fait d'inclure ou d'exclure la phase d'enquête de la question de l'immunité. Si les responsables d'une enquête sont informés que la personne visée est un chef d'État dont l'immunité ne fait aucun doute, cette situation soulèverait de sérieuses questions.

La Rapporteuse spéciale a fait une analyse approfondie de la jurisprudence internationale et de la pratique des États et parvient, au paragraphe 56, à la conclusion que l'examen de l'immunité de juridiction d'un représentant d'un État étranger est directement lié au moment auquel le tribunal de l'État du for doit adopter une décision contraignante à l'égard de l'intéressé. Toutefois, compte tenu de la pratique limitée en la matière, M. Grossman Guiloff a tendance à considérer que l'immunité peut être invoquée à n'importe quel stade de la procédure, y compris au cours de l'enquête, de l'inculpation ou du jugement. Au paragraphe 63, la Rapporteuse spéciale affirme que rien n'interdit aux tribunaux de l'État du for d'examiner l'immunité à un stade ultérieur, et notamment en appel, ce qui semble indiquer que l'appel se prête à l'examen de la question de l'immunité. M. Grossman Guiloff estime que le stade de l'appel est trop tardif et souhaiterait que la Rapporteuse spéciale apporte des précisions sur ce point.

En ce qui concerne les garanties procédurales, les préoccupations exprimées par les États concernent notamment la nécessité de veiller à ce que le représentant de l'État susceptible d'être visé par l'exercice d'une juridiction pénale étrangère bénéficie de toutes les garanties procédurales prévues par le droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme. Comme le souligne la Rapporteuse spéciale au paragraphe 40, certains droits du représentant concerné pourraient être limités avant même que la juridiction étrangère compétente ait rendu sa décision sur l'applicabilité de l'immunité. Il importe donc de mettre en place les garanties d'une procédure régulière pour tout représentant à l'égard duquel un tribunal pénal étranger entend exercer ou exerce sa juridiction.

Les exceptions à l'immunité font partie des questions examinées par l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) lorsqu'elle évalue les demandes de notices rouges. M. Grossman Guiloff encourage la Rapporteuse spéciale à analyser de manière plus approfondie les notices rouges et les notices bleues diffusées par INTERPOL. Il attache une grande importance à la lettre sur la question de l'immunité envoyée à la Division de la codification par le Directeur du Bureau des affaires juridiques d'INTERPOL en 2010, même si certains éléments de cette lettre sont aujourd'hui obsolètes. D'un point de vue pratique, il importe de comprendre les normes appliquées par INTERPOL en matière d'immunité. Cette organisation opère une distinction entre les actes privés et les actes publics. Comme suite à la demande d'un tribunal international, l'Assemblée générale d'INTERPOL a déclaré en 1994 que « l'exercice d'un pouvoir politique ne se conçoit que dans les limites de la loi, y compris celles de la loi internationale. [...] Par conséquent, les infractions visées par le STI [Statut du Tribunal international] ne sauraient avoir été commises dans l'exercice d'un pouvoir politique ; elles ne peuvent être perpétrées qu'en dehors de ce pouvoir et, comme le dit le STI, entraînent la responsabilité personnelle de l'auteur. Les infractions commises par les hommes politiques doivent donc être appréciées sous l'angle de la prédominance de l'élément politique ou de droit commun, de la même manière que les infractions commises par d'autres personnes. ». La question est toutefois plus complexe. INTERPOL n'a pas appliqué aux demandes émanant des tribunaux internationaux, tels que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou le

Tribunal pénal international pour le Rwanda, le critère permettant de savoir si un acte a été commis à titre officiel. Ce critère est en revanche appliqué aux requêtes envoyées par un pays contre un ancien représentant d'un État étranger dont les actes (par exemple, le fait d'ordonner une opération militaire) ont manifestement été accomplis à titre officiel. Dans de tels cas, INTERPOL applique généralement l'article 3 de son Statut afin de garantir qu'elle n'intervient pas dans un différend entre États ou qu'elle ne compromet pas sa neutralité. Le critère est également appliqué aux requêtes envoyées par un pays contre un ancien représentant d'un État étranger qui pourrait jouir de l'immunité au regard du droit international, à savoir un ancien chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères. Dans de tels cas, INTERPOL rejette la demande si l'État du représentant concerné la conteste, car cette contestation est perçue comme le signe que l'État en question estime que les actes à l'origine de la demande revêtent un caractère officiel.

INTERPOL a néanmoins reconnu que cette pratique pouvait créer de sérieux problèmes, notamment lorsqu'elle applique l'exception relative aux actes politiques. Elle a donné l'exemple d'une situation dans laquelle l'ancien Président d'un pays était recherché par un autre pays pour avoir commis un crime de génocide dans l'exercice de ses fonctions. Dans ces circonstances, le seul moyen d'assigner l'intéressé à comparaître devant les tribunaux d'un pays étranger est de créer une fiction juridique semblable à celle mise sur pied par l'Assemblée générale d'INTERPOL en 1994, à savoir de considérer que le crime de génocide commis par l'intéressé est un acte privé. Toutes ces questions doivent être étudiées plus avant ; la pratique les concernant est vaste, y compris s'agissant des cas problématiques, et M. Grossman Guiloff encourage la Rapporteuse spéciale à creuser ces questions.

Comme la Rapporteuse spéciale l'a noté, les garanties procédurales dont bénéficient les représentants de l'État sont particulièrement pertinentes dans le contexte de l'immunité. Une notice rouge diffusée contre un représentant de l'État devrait être supprimée de la base de données d'INTERPOL lorsque l'immunité est reconnue, comme cela a par exemple été le cas pour le Vice-Président de la Guinée équatoriale, M. Teodoro Nguema Obiang Mangue. Dans certains cas, INTERPOL a cependant conservé les notices rouges contre des représentants qui jouissaient supposément de l'immunité. Ainsi, elle n'a pas retiré les notices rouges émises contre plusieurs représentants de l'Iran dans l'affaire de l'attentat terroriste perpétré contre l'Association mutuelle israélite argentine à Buenos Aires. Certains représentants ou anciens représentants d'États d'Amérique latine ont fait l'objet de notices rouges pour des crimes tels que les disparitions forcées et les crimes contre l'humanité. M. Grossman Guiloff compte communiquer à la Rapporteuse spéciale des précisions sur plusieurs affaires impliquant le Chili, l'Argentine et d'autres pays.

En ce qui concerne la question de la comparution en tant que témoin, qui est traitée aux paragraphes 80 à 89 du sixième rapport, M. Grossman Guiloff souscrit de manière générale à l'analyse de la Rapporteuse spéciale. Ainsi, celle-ci fait observer à juste titre que tout acte d'autorité contraignant par lequel un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères est convoqué pour témoigner appartient à la catégorie des actes visés par l'immunité. M. Grossman Guiloff reconnaît également qu'on ne peut pas nécessairement en dire autant des convocations adressées à des représentants d'un État étranger qui ne jouissent que de l'immunité *ratione materiae*. Il se félicite de l'attention que la Rapporteuse spéciale a accordée à la question de l'accès aux documents et convient avec elle qu'une demande adressée à un représentant d'un État étranger dans le but de l'amener à remettre des documents peut être visée par l'immunité de *jurisdictione ratione materiae* si cette demande est obligatoire ou si elle porte sur des actes accomplis par ce représentant à titre officiel. Les lois nationales visant à soustraire les représentants aux procédures judiciaires internes pour ce qui est des actes accomplis à titre officiel pourraient fournir quelques précisions à cet égard. De nombreuses normes nationales contiennent des dispositions visant à ce que les informations qui ne sont pas accessibles au public, parce qu'elles sont secrètes, confidentielles ou à diffusion restreinte, ne puissent pas faire l'objet d'une demande de remise, quelles que soient les circonstances.

À propos des mesures conservatoires, M. Grossman Guiloff estime comme la Rapporteuse spéciale que des représentants de l'État tels que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères jouissent de l'immunité d'exécution en ce qui concerne leurs biens. Cela étant, comme indiqué au paragraphe 94, les avoirs

personnels d'un chef d'État qui sont localisés sur le territoire d'un autre État ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure d'exécution, sauf pour donner effet à un jugement prononcé contre lui et passé en force de chose jugée. Il serait utile que la Rapporteuse spéciale analyse plus avant les conséquences théoriques de cette distinction pour les autres représentants, étant donné que, même dans le cas d'un chef de gouvernement, l'application d'une décision ayant autorité de la chose jugée et visant les biens personnels du représentant est une exception importante. Comme le note la Rapporteuse spéciale, l'État du for peut prendre à l'égard de biens personnels des mesures provisoires tant que la légalité de l'acquisition n'a pas été établie. Il serait également intéressant de disposer de davantage de données sur les exceptions à l'immunité concernant l'acquisition illégale de biens et sur l'immunité prévue en matière de crimes contre l'humanité. S'il est possible de saisir des biens à titre provisoire lorsque la légalité de leur acquisition fait l'objet d'une enquête, même dans le cas d'un chef d'État, certaines conséquences pourraient peut-être s'appliquer aux crimes contre l'humanité du point de vue des vies humaines et de l'intégrité physique et psychologique.

En ce qui concerne la détermination de l'immunité, M. Grossman Guiloff convient avec la Rapporteuse spéciale que les tribunaux de l'État du for sont compétents pour rendre une décision finale sur la question, même s'il est également envisageable que des organismes autres que judiciaires éclairent la prise de décisions concernant l'applicabilité de l'immunité de juridiction pénale dont un représentant d'un État étranger pourrait jouir, étant donné que les entités exécutives ont souvent plus de compétences en matière de relations étrangères. Il conviendrait cependant que ces décisions soient prises, dans la mesure du possible, sans que s'exerce une quelconque influence politique, de sorte que le dernier mot revienne toujours à un organisme judiciaire. Le processus de prise de décisions dépend en grande partie de l'organisation de l'appareil judiciaire de l'État du for, notamment de la procédure de recours. M. Grossman Guiloff souhaite savoir s'il existe une pratique générale des États tendant à ce que ce soit des juridictions de rang supérieur, tels que des tribunaux nationaux ou fédéraux, qui déterminent si l'immunité s'applique ou non. Il convient avec M. Tladi que l'immunité devrait être déterminée par des juridictions de rang supérieur, si ce n'est le plus élevé. De manière générale, une affaire de relations extérieures impliquant des représentants de l'État tels que des ambassadeurs ou des chefs d'État est jugée par la plus haute instance judiciaire. Il serait intéressant de savoir dans quelle mesure il est possible de déterminer si cette tendance a produit une règle coutumière.

M. Grossman Guiloff partage l'avis de M. Murase, selon qui il faudrait surveiller de près le pouvoir discrétionnaire du procureur si celui-ci est investi de l'autorité nécessaire pour se prononcer sur l'immunité. Cela étant, l'exemple japonais de la supervision citoyenne des décisions du procureur ne lui paraît pas adapté à toutes les situations : si le pouvoir discrétionnaire du procureur doit être contrôlé, mieux vaudrait qu'il le soit par l'intermédiaire de la procédure de recours de l'État du for. La détermination de l'immunité par un tribunal pourrait être examinée par une cour d'appel avant que le jugement définitif ayant autorité de la chose jugée soit rendu, comme c'est le cas aux États-Unis d'Amérique avec les appels interlocutoires. Le recours contre la détermination de l'immunité pourrait ainsi être accéléré, ce qui éviterait de gaspiller des ressources pour la tenue d'un procès et le prononcé d'une décision qui ferait l'objet d'un appel.

M. Grossman Guiloff souscrit à l'analyse proposée par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 106 et 107 de son rapport concernant la validité des informations données par l'État du for et l'État du représentant au sujet du statut de représentant de l'État et du caractère officiel ou non des actes accomplis par l'intéressé. La décision finale devrait toutefois revenir aux tribunaux de l'État du for.

Il aurait été utile que le rapport traite aussi des possibilités de recours existantes devant la Cour internationale de Justice ou d'autres mécanismes internationaux prévus par des traités, puisqu'il y aura nécessairement des différends sur ces questions et que la certitude quant à la manière dont les différends peuvent être réglés constitue la meilleure des garanties. M. Grossman Guiloff propose qu'un inventaire de ces mécanismes soit dressé. Soixante-six États ayant déjà accepté la compétence de la Cour, il existe déjà un mécanisme de détermination judiciaire en cas de différend relatif aux exceptions à l'immunité. En outre, de nombreux instruments, tels que le Traité américain de règlement

pacifique, ou Pacte de Bogotá, prévoient des mécanismes de règlement des différends. Il serait utile de savoir combien d'États ne disposent pas d'un mécanisme de ce type et quels sont ces États, et de les encourager à se tourner vers des juridictions de rang supérieur quand un différend survient. Il serait intéressant, dans le contexte du sujet à l'examen, d'étudier l'idée avancée par Sir Michael au cours des débats de la Commission sur le sujet des normes impératives du droit international (*jus cogens*), à savoir qu'un État qui conteste une exception à l'immunité pourrait proposer de soumettre l'affaire à la Cour internationale de Justice, et que le rejet de cette proposition aurait des conséquences pour la détermination de la légalité d'un acte. Il n'existe pas, après tout, de meilleure garantie que la possibilité de saisir la Cour internationale de Justice.

En ce qui concerne le chapitre III du rapport, intitulé « Programme de travail futur », M. Grossman Guiloff note avec satisfaction que la Rapporteuse spéciale est déterminée à ce que la Commission achève ses délibérations sur l'immunité avec le septième et dernier rapport sur le sujet, rapport qui tiendra compte des observations formulées par les membres de la Commission. Il salue les recherches approfondies qu'elle a menées jusque-là, en particulier compte tenu de la vaste portée du sujet qui réunit de nombreux aspects du droit international.

En conclusion, M. Grossman Guiloff félicite la Rapporteuse spéciale pour son analyse précieuse de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, sujet qui revêt une importance cruciale et qui est au cœur de l'objectif de la Commission de clarifier et de concilier les normes internationales.

M. Saboia remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport sur les aspects procéduraux de l'immunité. Les travaux du précédent Rapporteur spécial, en particulier son troisième rapport, avaient aidé les membres de la Commission à appréhender cette question, mais ne s'étaient accompagnés d'aucune proposition de mesure.

Étant donné que, en cas d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, des mesures procédurales appropriées et proportionnées au regard du projet d'article 7 – adopté à la précédente session – doivent être en place, la Commission doit maintenant dépasser les questions que la Rapporteuse spéciale et son prédécesseur ont déjà examinées dans leurs rapports respectifs et s'intéresser aux garanties qui pourront empêcher le recours excessif aux exceptions à l'immunité. Comme la Rapporteuse spéciale l'a souligné, ces questions sont importantes à la fois pour l'État du for, contre la juridiction duquel l'immunité sera invoquée, et pour l'État du représentant en cause.

Un certain nombre de membres de la Commission ont fait des observations judicieuses, notamment sur la manière de poser certaines limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites, sans compromettre l'indépendance des procureurs, et sur l'importance de confier les décisions en matière d'immunité à des juridictions supérieures. Peut-être les activités de la Cour pénale internationale et la relation entre son Procureur et ses Chambres préliminaires peuvent-elles fournir de bons exemples à cet égard. Le fait que les procédures en question relèvent du droit national risque toutefois de poser des difficultés à la Commission si elle doit formuler des recommandations.

La Rapporteuse spéciale reconnaît que l'on dispose de peu d'éléments de doctrine ou de jurisprudence sur les aspects procéduraux de l'immunité des représentants de l'État et rappelle que, pendant les débats sur le sujet que la Commission a tenus à sa soixante-troisième session, certains membres ont estimé qu'une analyse approfondie desdits aspects procéduraux était prématurée, la Commission n'étant pas encore parvenue à un accord sur les éléments de fond mentionnés dans le deuxième rapport. De plus, le rapport à l'examen montre que, ces dernières années, ni la CDI ni la Sixième Commission ne portent plus tant leur intérêt sur des définitions, des actes, des phases et d'autres aspects strictement procéduraux de l'immunité, mais sur la nécessité d'éviter une politisation et des abus dans l'exercice de la juridiction pénale à l'égard des représentants d'États étrangers et sur la préservation de l'égalité souveraine des États. Pour M. Saboia, s'il est effectivement important que la Commission s'intéresse aux garanties procédurales dans le cadre de ses débats sur le sujet, comme mentionné au paragraphe 31 du rapport, n'importe quelle condition procédurale ne doit pas être acceptée pour autant.

La Rapporteuse spéciale affirme à raison que des mesures procédurales appropriées pourront offrir une plus grande sécurité à la fois à l'État du for et à l'État du représentant, et limiter l'exercice abusif de la juridiction à l'égard d'un représentant d'un État étranger. Il en résultera aussi une plus grande confiance entre les États concernés. De plus, comme cela est souligné dans le rapport, les garanties procédurales doivent dûment couvrir les droits du représentant. L'objectif final est de concilier, d'une part, la préservation de l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales, et, d'autre part, les valeurs et les intérêts de l'ensemble de la communauté internationale dans le cadre de la lutte contre l'impunité des crimes les plus graves ayant une portée internationale.

En ce qui concerne la portée des aspects procéduraux de l'immunité, la Rapporteuse spéciale a établi une liste des questions à examiner pour procéder à une analyse exhaustive et, dans son exposé oral, a renvoyé plus explicitement aux droits et aux garanties reconnus en droit international des droits de l'homme. Bien que le rapport ne traite pas des éléments qui constituent la seconde moitié de la liste précitée, à savoir : a) les garanties procédurales pour l'État du représentant et les mécanismes destinés à faciliter la communication et les consultations entre l'État du for et l'État du représentant, ainsi que les autres formes de coopération d'application entre les deux États ; et b) les garanties procédurales inhérentes à la notion de procès équitable, M. Saboia accueille favorablement ces questions procédurales « de la deuxième génération », qui pourront faire l'objet d'un examen plus approfondi.

Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale affirme que l'immunité doit être traitée par les tribunaux de l'État du for le plus tôt possible, dès le moment où ils commencent à exercer leur juridiction et avant qu'ils ne prennent quelque décision que ce soit sur le fond de l'affaire. Les choses sont moins claires en ce qui concerne la phase de l'instruction, compte tenu de la diversité des organes et des systèmes qui entrent en jeu. Selon la Rapporteuse spéciale, qui adopte en cela une position comparable à celle de son prédécesseur, il ne serait pas judicieux de bloquer la procédure à ce stade, entre autres raisons, parce que d'autres personnes, qui n'ont pas le statut de représentant de l'État ou qui ne jouissent pas de l'immunité, peuvent être en cause. Cependant, la question de l'immunité devra être examinée si des mesures de nature coercitive, telles que des citations à comparaître et des mesures conservatoires, sont prises pendant la phase de l'instruction. Comme la Rapporteuse spéciale le souligne dans son rapport, l'important est que l'immunité soit examinée avant l'adoption de toute mesure coercitive ou susceptible d'entraver l'exercice de ses fonctions par un représentant de l'État.

En ce qui concerne l'analyse détaillée des catégories d'actes de l'État du for visés par l'immunité – et, à cet égard, il convient de remercier M. Grossman Guiloff pour les informations qu'il a données sur INTERPOL –, la Rapporteuse spéciale distingue utilement la notion d'immunité de celle d'inviolabilité et l'immunité *ratione personae* de l'immunité *ratione materiae*, et elle procède à une analyse intéressante du point de savoir si les actes des autorités nuisent au libre accomplissement d'actes officiels par le représentant en cause. Les distinctions qui sont faites sont pertinentes, mais complexes, et il reste à voir comment elles pourront aboutir à des règles.

M. Saboia accueille favorablement la dernière partie du rapport, consacrée à la détermination de l'immunité, dans laquelle la Rapporteuse spéciale se demande notamment quels organes de l'État du for sont compétents pour rendre des décisions en matière d'immunité et comment ces instances fonctionnent.

Bien que la Rapporteuse spéciale n'ait proposé aucun projet d'article, son rapport permettra à la Commission de progresser dans l'examen des aspects procéduraux, de sorte que celle-ci puisse, une fois saisie du septième rapport, achever son étude du sujet et adopter le projet d'articles en première lecture, à sa soixante et onzième session. Cela ne sera toutefois possible que si les membres disposent de suffisamment de temps, avant et pendant les débats, pour examiner le sujet.

M. Šturma note que les débats sur le rapport de la Rapporteuse spéciale se poursuivront pendant la soixante et onzième session de la Commission et dit vouloir faire quelques observations préliminaires qui, espère-t-il, serviront la Rapporteuse spéciale dans la rédaction du septième rapport sur le sujet. Le rapport à l'examen renvoie à de nombreux éléments de la pratique des États et de la jurisprudence nationale et internationale, et se

révèle globalement utile, même si toutes les informations qui y figurent ne concernent pas directement les aspects procéduraux de l'immunité. M. Šturma ne fera pas de commentaires sur la première partie du rapport, qui traite du projet d'article 7 et des débats dont celui-ci a fait l'objet à la CDI et à la Sixième Commission.

M. Šturma convient que les aspects procéduraux de l'immunité des représentants d'États étrangers, auxquels le sixième rapport est consacré, sont au cœur du sujet à l'examen. Ce sont précisément ces aspects et la question des garanties procédurales qui peuvent amener les membres de la Commission à un consensus. Le rapport est simplement une introduction aux aspects procéduraux et à la relation entre ceux-ci et la notion de juridiction ; d'un point de vue méthodologique, il importe d'examiner séparément la notion générale de juridiction, y compris les fondements de la compétence de l'État, et la question des institutions compétentes pour exercer la juridiction pénale d'un État dans la pratique.

La Rapporteuse spéciale dit que, selon le principe de l'égalité souveraine, la juridiction de l'État du représentant doit avoir la primauté, pour autant qu'elle soit exercée efficacement. Il est donc important, surtout dans le cas de crimes internationaux, de pouvoir se reporter à un certain nombre de critères objectifs de base pour évaluer cette efficacité. La Rapporteuse spéciale devrait définir ces critères avant de passer à l'examen d'autres aspects procéduraux. Il est question de « juridiction » au sens le plus général, autrement dit, il s'agit de déterminer qui, de l'État du for ou de l'État du représentant, doit exercer sa compétence pénale dans une affaire donnée.

En ce qui concerne les quatre dimensions des aspects procéduraux de l'immunité, la Rapporteuse spéciale considère qu'elles ne peuvent pas être analysées si la notion de juridiction n'est pas définie. Cependant, elle ne renvoie à aucune définition, le Comité de rédaction n'ayant pas encore statué sur celle qu'elle a proposée dans son deuxième rapport, et elle adopte une approche axée sur seulement deux aspects essentiels et supposément consensuels, à savoir le « caractère préliminaire » de la question de l'immunité de juridiction et les caractéristiques des actes qui ne sont pas visés par cette immunité. S'agissant du premier aspect, M. Šturma convient qu'en règle générale, l'immunité doit être déterminée avant la phase du procès, conformément à son caractère préliminaire. S'agissant du deuxième aspect, l'immunité de juridiction voit son champ d'application élargi car, en fonction des caractéristiques des actes d'autorité contraignants, elle peut également viser des actes survenus pendant la phase de l'instruction. Or, selon le système juridique de l'État concerné, les « actes d'autorité » des organes juridictionnels, voire des forces de l'ordre ou de l'administration fiscale, peuvent ou non faire intervenir un juge. En conséquence, il sera bon de se demander comment il est possible de garantir que l'État du représentant, y compris dans les situations susmentionnées, puisse réagir en temps voulu et invoquer l'immunité de juridiction, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, ou confirmer l'immunité, dans le cas de l'immunité *ratione personae*.

Les types d'actes visés par l'immunité dépendent également de la portée de la notion de juridiction. Selon le rapport, cette notion recouvre non seulement la compétence exercée par les organes juridictionnels (les tribunaux), mais aussi les actes accomplis par les représentants de l'État et d'autres organes (le ministère public et la police). La portée de la notion de juridiction a son importance dans le contexte des actes accomplis pendant la phase préparatoire au procès. Une fois que le procès est ouvert, il est entendu que l'immunité de juridiction s'applique à tous les actes, sans préjuger de leurs effets. Bien que cela puisse sembler évident, il devrait en être fait mention de façon claire et explicite dans le rapport.

Il convient d'établir une distinction entre une enquête pénale sur une situation et les actes d'instruction concernant une personne donnée, comme l'a fait la Cour pénale internationale. Une enquête pénale peut impliquer un très grand nombre de personnes, mais seuls des actes d'instruction concernant une personne donnée peuvent soulever la question de l'immunité.

La question centrale est donc de savoir quels actes accomplis en dehors de la phase du procès, tels que l'enquête préliminaire ou des actions de police, sont aussi visés par l'immunité. À cet égard, selon les arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière*

pénale (Djibouti c. France), un représentant de l'État ne peut se prévaloir de l'immunité que face à des décisions contraignantes qui lui imposent des mesures coercitives et à des obligations dont l'inexécution donne lieu à des mesures coercitives ayant une incidence sur l'exercice de ses fonctions.

Certes, il arrive que le représentant d'un État jouissant d'une immunité *ratione personae* soit placé en détention provisoire ou extrajudiciaire, ce qui pose alors la question de l'inviolabilité de la personne. Cependant, on peut se demander dans quelle mesure l'acte de détention lui-même, en ce qu'il est accompli par des organes tels que le ministère public ou la police, peut ne pas être considéré comme un acte d'autorité, par lequel ces organes exercent leur juridiction. Cela étant posé, peut-on avancer que le représentant d'un État étranger bénéficiant d'une immunité de juridiction *ratione materiae* est également protégé contre ces « actes juridictionnels » ?

Pour ce qui est de la convocation en qualité de témoin d'un représentant d'un État étranger, la Rapporteuse spéciale renvoie à l'ordonnance rendue le 17 juin 2003 par la Cour internationale de Justice sur la demande en indication de mesure conservatoire en l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* afin de démontrer qu'une citation à comparaître ou une convocation en qualité de témoin adressée à un haut représentant n'est pas en soi contraire à l'immunité de juridiction pénale, pour autant que cette citation ou convocation n'ait pas un caractère obligatoire et ne puisse donc pas entraîner des mesures coercitives. En l'espèce, la Cour a examiné si la citation à comparaître délivrée par le tribunal français causerait à la République du Congo un « préjudice irréparable », qui justifierait la prise de mesures conservatoires. On peut néanmoins se demander s'il est besoin qu'un « préjudice irréparable » soit à craindre pour que l'immunité de juridiction pénale soit applicable. Quoiqu'il en soit, cette situation diffère de celle des représentants de l'État qui ne jouissent que d'une immunité *ratione materiae*.

La Commission doit être très prudente pour ne pas porter à croire qu'elle affirme que les procureurs – qui sont habilités à diriger la procédure d'instruction, sans l'intervention d'un juge, afin de réunir des éléments de preuve et de déterminer si des poursuites doivent ou non être engagées – peuvent être compétents pour décider de l'applicabilité de l'immunité.

Pour tout acte judiciaire, y compris une citation à comparaître au procès d'une tierce partie, les garanties de recours nécessaires doivent être prévues.

Eu égard à la détermination de l'immunité, les mécanismes de coopération entre l'organe judiciaire et d'autres organes de l'État du for, tels que le ministère des affaires étrangères, et l'État du représentant ne doivent en aucun cas libérer le juge de l'obligation de motiver son acceptation ou son rejet des opinions ou informations portées à sa connaissance.

Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Šturma souscrit en grande partie aux propositions de la Rapporteuse spéciale. Il serait bon de réfléchir à un éventuel mécanisme de communication entre l'État du for et l'État du représentant, selon les principes de subsidiarité et de complémentarité énoncés dans le Statut de Rome, et de faire une proposition en vue de sa création.

M. Šturma espère que, en 2019, la Commission sera en mesure d'adopter le projet d'articles pertinent à la lumière du septième rapport sur le sujet.

M. Huang, comme d'autres orateurs avant lui, regrette que la plupart des membres de la Commission n'ait pas pu examiner avec toute l'attention voulue le rapport de la Rapporteuse spéciale, les différentes versions linguistiques ayant été disponibles tardivement. En 1996, déjà, la Commission a affirmé que tous les rapports des rapporteurs spéciaux devraient être mis à la disposition des membres plusieurs semaines avant l'ouverture de la session, à des fins d'étude et de réflexion. M. Huang espère que les membres n'auront plus jamais à débattre d'un rapport au lendemain de sa réception, car une telle situation est contraire à la rigueur scientifique, empêche les membres d'exercer effectivement leurs fonctions et compromet les travaux de la Commission à long terme.

M. Huang approuve la proposition faite au paragraphe 20 du rapport, où la Rapporteuse spéciale indique que la Commission voudra peut-être examiner la question des modalités d'adoption de ses décisions en général, et de ses décisions sur le sujet à l'examen en particulier. Cela étant, il souhaite aussi faire part une nouvelle fois du mécontentement que lui a causée l'adoption hâtive du projet d'article 7 par la Commission à sa soixante-neuvième session, malgré la ferme opposition de certains membres. Non seulement l'adoption de ce texte déroge au principe et aux bonnes pratiques habituelles de la CDI, qui consistent à prendre ses décisions par consensus lorsqu'elle traite de grandes questions juridiques, mais elle a été critiquée par des États Membres à la Sixième Commission. Pendant la manifestation de célébration du soixante-dixième anniversaire de la CDI, organisée en mai 2018 à New York, le Président de la Sixième Commission, M. Burhan Gafoor, a déclaré :

L'une des particularités de la Sixième Commission est d'avoir toujours travaillé sur la base du consensus. Je suis partisan du consensus. Il convient de préserver la méthode de travail axée sur le consensus, qui assure des fondements solides, et, précisément pour cette raison, d'éviter de recourir au vote. [...] Les membres de la Sixième Commission ont parfois été tentés de recourir au vote sur certains sujets. Nous avons fait tout notre possible pour l'éviter, car je continue de penser qu'il est de notre intérêt d'ancrer très fermement la pratique du consensus.

Certains membres de la Commission objecteront peut-être que la CDI et la Sixième Commission sont deux organes distincts et que la première n'a pas forcément besoin d'adopter le même règlement que la seconde. Mais il est bon de rappeler ce que la Commission elle-même a dit du consensus. En 1996, à sa quarante-huitième session, à l'issue des débats sur ses procédures de prise de décisions, la Commission est arrivée à cette conclusion :

« Actuellement, la Commission et ses organes subsidiaires s'efforcent de parvenir à un consensus, ce qui est incontestablement une bonne chose en règle générale. [...] Lorsque, finalement, des décisions doivent être prises, il ne faut, là encore, ménager aucun effort pour parvenir à un consensus. Néanmoins, si ce n'est pas possible dans le temps disponible, il peut être nécessaire de procéder à un vote, peut-être après s'être accordé une pause pour permettre la discussion et la réflexion. ».

La Commission a aussi affirmé que, dans le cas de décisions effectivement définitives, le recours au vote ne devait pas être encouragé. A posteriori, on peut se demander si, en 2017, l'examen du projet d'article 7 a été guidé par l'approche préconisée par la Commission en 1996 et par l'esprit de consensus. Évidemment, la réponse est négative, et le résultat obtenu a confirmé l'adage selon lequel il faut se hâter lentement.

La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État porte sur des aspects importants des relations internationales. De grandes divergences de vues existent au sein de la Commission quant à la nécessité d'exceptions au principe de l'immunité en droit international coutumier et quant à la portée de ces exceptions. Tant au Comité de rédaction que pendant la session plénière, près d'un tiers des membres se sont dits expressément opposés à l'adoption du projet d'article 7, qui tend à élargir le champ des exceptions à l'immunité. Dans ces conditions, la Commission aurait dû agir selon le principe du consensus et poursuivre les consultations sur le projet d'article, ou tout au moins se ménager « une pause » et suivre la proposition raisonnable faite par certains membres, qui était d'attendre que la Rapporteuse spéciale propose un projet d'article sur les garanties procédurales, de sorte que celui-ci et le projet d'article 7 soient examinés conjointement à la session en cours. Au lieu de cela, la CDI s'est dépêchée de recourir au vote, a fait passer en force un projet d'article très controversé et a renvoyé ce qui restait pour elle une question épineuse à la Sixième Commission et aux États Membres. Il est apparu clairement que la Commission avait agi de façon hâtive, préjudiciable et contre-productive, et qu'elle n'obtiendrait pas l'appui de la majorité des États Membres. Sur les 45 représentants d'États Membres qui se sont exprimés sur le sujet pendant les séances de la Sixième Commission en 2017, pas moins de 26 ont fait part de réserves et de préoccupations, plus ou moins grandes, à l'égard de la pratique de la CDI ayant consisté à adopter le projet d'article 7 par vote. La Commission a rarement fait l'objet d'une telle opposition en soixante-dix années d'existence et ne peut feindre d'ignorer les questions et les critiques des États Membres. Parvenir à un consensus sur les questions juridiques

importantes est un principe fondamental et une noble tradition de la Commission. C'est également une méthode de travail qui a fait la preuve de son efficacité et qui devrait continuer d'être observée à long terme.

M. Nguyen adresse ses sincères remerciements à la Rapporteuse spéciale pour son immense travail sur le sixième rapport, ainsi qu'à M. Kolodkin, qui l'a précédée, pour ses rapports concis, détaillés et bien structurés. Considérés conjointement, les rapports sur le sujet à l'examen offrent une base solide aux débats. Bien qu'il ait été inscrit au programme de travail de la Commission il y a plus de dix ans, le sujet n'a rien perdu de son importance ni de sa pertinence.

Le rapport fait la synthèse des débats intenses entre les membres de la Commission sur le projet d'article 7 et des réactions des États à la question controversée et politiquement sensible de l'immunité dans le contexte des relations internationales. Il semble en ressortir que la Commission doit s'efforcer, autant que possible, de prendre ses décisions par consensus. Le vote doit être réservé aux décisions sur des questions de procédure, et non sur des questions de fond. Il importe de se souvenir que la Commission est un organe subsidiaire, qui fait des recommandations aux États et à l'Assemblée générale. Les divergences d'opinion entre les membres de la Commission, qui représentent les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde, rendront les États hésitants à adopter tout projet de texte sur le sujet.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie, Grèce (intervenant))*, la Cour internationale de Justice a fait observer que les règles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale. De même, dans son rapport préliminaire, le précédent Rapporteur spécial a souligné que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État était procédurale, et non substantielle, par nature. Pourtant, d'une manière générale, la doctrine s'intéresse davantage aux aspects de l'immunité touchant au fond qu'à ceux touchant à la procédure, tout en soulignant que les uns et les autres sont indissociables. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille clarifier tous les aspects de fond avant de pouvoir analyser les aspects de procédure. Le consensus au sein de la communauté internationale quant à l'inapplicabilité de l'immunité à des crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et la disparition forcée montre que le temps est venu d'établir une procédure initiale en matière d'immunité. Cette procédure resterait applicable à mesure que la liste des crimes internationaux serait étoffée.

Dans son troisième rapport, le précédent Rapporteur spécial a étudié les « éléments de procédure traditionnels », c'est-à-dire le moment où la question de l'immunité est examinée, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité. Dans l'analyse qu'elle présente aux paragraphes 41 à 44 de son rapport, la Rapporteuse spéciale tient compte d'éléments additionnels, notamment des mécanismes et instruments de coopération et d'entraide judiciaire internationale qui facilitent la communication et les consultations entre l'État du for, l'État du représentant et leurs organes compétents, de la coopération avec les tribunaux internationaux et des procédures connexes. Son approche est très appréciée, car les aspects procéduraux de l'immunité doivent faire l'objet d'un examen étendu et approfondi. Cependant, la Rapporteuse spéciale analyse et présente ces aspects procéduraux sans proposer de projet d'article qui reflète la teneur du rapport, si bien qu'il est difficile pour le lecteur de suivre l'exposé et de faire des commentaires constructifs. Ainsi, au paragraphe 41, la Rapporteuse spéciale établit les quatre groupes de questions à examiner, avant d'indiquer, au paragraphe 42, que les deux premiers ont déjà été traités dans le troisième rapport de son prédécesseur. Alors qu'elle admet que la Commission n'a pas encore étudié les groupes de questions restants, elle annonce contre toute attente, au paragraphe 44, qu'elle examinera uniquement le premier groupe de questions dans son rapport. La logique de la Rapporteuse spéciale peut donc être quelque peu déroutante pour le lecteur. Si M. Nguyen a bien compris, les groupes de questions restants seront analysés dans le septième rapport. Il est également regrettable que la Rapporteuse spéciale ne traite pas des droits de la défense et d'autres éléments touchant à la notion de procès équitable, comme elle avait promis de le faire en 2017.

En ce qui concerne l'élément temporel, la Rapporteuse spéciale relève que les traités et la jurisprudence ne sont pas d'une grande aide pour définir l'expression « stade précoce » et la formule « le plus tôt possible ». Elle fournit toutefois quelques exemples pertinents de jurisprudence, notamment issus de la Cour internationale de Justice, pour déterminer quand la question de l'immunité doit être examinée. Les exemples de jurisprudence nationale sont plus nombreux que dans le précédent rapport et concernent en particulier des États européens, américains et africains ; il est toutefois dommage qu'aucun État asiatique ne soit mentionné au paragraphe 56. Il aurait peut-être été utile de renvoyer à l'affaire *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC* (2011), dans laquelle la Cour d'appel en dernier ressort de la Région administrative spéciale de Hong Kong a estimé que les États souverains jouissaient d'une immunité absolue de juridiction à Hong Kong. Le paragraphe 2 de l'article 5 du Code pénal vietnamien de 2015 apporte aussi quelques éclaircissements sur la procédure d'application de l'immunité aux représentants de l'État. Cependant, les éléments disponibles sur la pratique des États ne sont pas suffisants pour permettre à la Rapporteuse spéciale de conclure que « l'immunité doit être traitée par les tribunaux de l'État du for [...] le plus tôt possible ». La législation procédurale diffère selon les pays et prévoit diverses méthodes pour établir à partir de quel moment l'immunité doit être invoquée, appliquée ou levée. La tendance consistant à soulever la question de l'immunité dès le début de la procédure pénale fournit des garanties appropriées aux représentants de l'État, mais influe sur la liberté des juridictions nationales dans le cadre de la lutte contre l'impunité. Ces deux éléments doivent être considérés conjointement. De plus, la Rapporteuse spéciale ne fait aucune recommandation ferme concernant l'élément temporel, car, selon elle, il y a trois moments où l'État du for doit se poser la question de l'immunité des représentants de l'État. Néanmoins, elle fait observer que rien n'empêche les tribunaux d'examiner la question de l'immunité à un stade ultérieur, voire au stade de l'appel.

Faute d'éléments suffisants sur la pratique des États, la Rapporteuse spéciale opte pour une méthode déductive. Par exemple, au paragraphe 70, elle écrit : « On peut en conclure, par extension, que ladite inviolabilité s'applique également aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. C'est ce qui ressort de la Convention sur les missions spéciales [...] ». Elle ajoute que l'invocabilité en question semble avoir été reconnue comme une règle de droit coutumier. Ce point mérite peut-être d'être explicité.

Dans la section C du chapitre II du rapport, consacrée aux éléments matériels, la Rapporteuse spéciale examine trois catégories d'actes visés par l'immunité. Ces catégories lui permettent de mettre en évidence la différence entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, et les difficultés liées à l'établissement de la seconde. Par exemple, dans le cas de la détention, la Rapporteuse spéciale indique qu'il n'existe pas de règles de droit conventionnel, coutumier ou jurisprudentiel qui reconnaissent l'invocabilité des représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione materiae*. Dans le cas de la convocation à témoin, l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae* ne va pas de soi, puisqu'elle est subordonnée à la production de documents officiels attestant que tel acte a été accompli à titre officiel. Quant aux mesures conservatoires, la Rapporteuse spéciale souligne qu'il n'existe pas de règles spéciales ni d'exemples de pratique des États qui corroborent l'idée que ces mesures portent atteinte à l'immunité *ratione personae* ou à l'immunité *ratione materiae*. La jurisprudence citée dans les notes de bas de page est bien peu abondante et émane principalement de juridictions internationales. Il semble donc que le droit conventionnel, la jurisprudence et la pratique des États ne fournissent pas d'éléments suffisants pour soutenir que les trois catégories d'actes analysées par la Rapporteuse spéciale portent principalement atteinte à l'immunité *ratione materiae*.

Dans la section D du chapitre II, la Rapporteuse spéciale s'intéresse à la détermination de l'immunité. Bien que cette question se rapporte incontestablement à la notion de juridiction, elle trouve « évident [de] conclure que cette compétence revient aux organes judiciaires de la juridiction concernée ». La question sortirait donc du cadre des travaux de la Commission et devrait être laissée à l'appréciation des États, qui décideront selon leur législation. La Rapporteuse spéciale considère que le meilleur instrument pour décider de l'applicabilité de l'immunité est le système des « recommandations d'immunité », en vigueur aux États-Unis d'Amérique, par lequel le Département d'État fait

savoir aux tribunaux s'il estime qu'un représentant d'un État étranger doit ou non bénéficier de l'immunité. Elle n'apporte toutefois aucun élément expliquant ou justifiant que cet instrument soit le « meilleur » ou le plus approprié. La jurisprudence qu'elle cite provient exclusivement des États-Unis. Par voie de conséquence, la conclusion de la Rapporteuse spéciale ne convainc pas : elle manque de fondement et aurait gagné à ce qu'il soit procédé à une analyse approfondie d'autres juridictions et jurisprudences étrangères.

Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale affirme que, dans certains États, les organes administratifs ne sont pas habilités à communiquer leur avis aux tribunaux, ou ne souhaitent pas le faire, pour éviter tout soupçon d'ingérence non autorisée. Cependant, elle ne donne qu'un seul exemple à l'appui de cette assertion, celui de l'Allemagne. Il aurait été plus convaincant et plus utile que la Rapporteuse spéciale fournisse d'autres exemples et analyse la pratique d'autres États.

Lorsque l'on examine les aspects procéduraux de l'immunité, on ne peut faire abstraction de la relation entre, d'une part, l'immunité et, d'autre part, le *jus cogens* et la compétence universelle. Au paragraphe 132 de son troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), le Rapporteur spécial sur le sujet, M. Tladi, est parvenu à la conclusion que « [l']immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ». Or, dans le rapport à l'examen, cette idée est à peine effleurée dans la note de bas de page 197, qui rend compte de la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel du quatrième circuit des États-Unis en l'affaire *Yousuf v. Samantar*, à savoir qu'« il y avait une tendance croissante, en droit international, à ne pas accorder l'immunité à un représentant de l'État ayant commis des actes contraires aux normes de *jus cogens*, indépendamment du fait que ces actes puissent également être attribués à l'État ». Le *jus cogens* et la compétence universelle ne sont pas compatibles avec l'immunité *ratione materiae*. Il est essentiel que cette question soit examinée dans le septième rapport, par souci de cohérence dans les travaux de la Commission et en accord avec l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Le rapport aurait aussi gagné à ce que figure, à la fin, une bibliographie qui aurait aidé le lecteur à repérer les sources primaires et secondaires sur le sujet.

La séance est levée à 12 h 30.