

Provisoire

Réservé aux participants

18 avril 2019

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3440^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 31 juillet 2018, à 15 heures

Sommaire

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

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-dixième session (*suite*)

Chapitre VII. Application provisoire des traités (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@unog.ch).

GE.18-12770 (F) 160419 180419



* 1 8 1 2 7 7 0 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Valencia-Ospina
Membres : M. Argüello Gómez
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M. Nolte
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Tladi
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 h 5.

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

M^{me} Galvão Teles remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport, le sixième consacré à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/722). Bien qu'ils n'aient qu'un caractère préliminaire, ce rapport et le débat en séance plénière permettront de faire progresser les travaux de la Commission sur un sujet important, mais sensible. M^{me} Galvão Teles explique qu'étant donné que l'analyse des aspects procéduraux de l'immunité qui a été engagée par la Rapporteuse spéciale dans le sixième rapport sera poursuivie et menée à bonne fin dans le septième rapport et que les projets d'article seront présentés en 2019, ses observations auront, elles aussi, un caractère purement préliminaire et seront à considérer sous réserve de l'analyse exhaustive des aspects procéduraux de l'immunité, qui ne sera possible que l'année suivante.

Les aspects procéduraux de la reconnaissance de l'immunité des représentants de l'État soulèvent des questions qui sont largement absentes de la doctrine et des instruments internationaux relatifs aux immunités, lesquels portent généralement davantage sur les aspects de fond du concept. Cette partie des travaux de la Commission sur le sujet est donc très importante. Elle est aussi d'autant plus pertinente que les aspects procéduraux et les garanties procédurales contribuent à assurer l'équilibre nécessaire entre les différents intérêts et valeurs en jeu, c'est-à-dire l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales, le respect du droit de l'État du for d'exercer sa juridiction, la lutte contre l'impunité et les droits individuels des représentants concernés.

M^{me} Galvão Teles entend d'abord faire quelques observations d'ordre général sur les trois aspects procéduraux de l'immunité qui sont traités dans le rapport, à savoir l'élément temporel, l'élément matériel et la compétence pour la détermination de l'immunité. Elle abordera ensuite les questions susceptibles d'être examinées plus avant l'année suivante, qui sont visées aux paragraphes 24, 35, 36, 41 et 109 du rapport et qui touchent aux aspects procéduraux de l'immunité liés au rôle de l'État de nationalité du représentant et à la possibilité d'exercer l'action pénale dans cet État. Dans ce contexte, elle se reportera également, s'il y a lieu, à une affaire récemment jugée par les tribunaux portugais et ayant trait aux questions examinées dans le sixième rapport ou devant être examinées dans le septième rapport, qui pourrait présenter un intérêt pour les débats de la Commission sur les aspects procéduraux de l'immunité. En l'espèce, le 10 mai 2018, la Cour d'appel de Lisbonne a rendu une décision dans la procédure pénale engagée contre un ancien Vice-Président de la République d'Angola, qui posait la question de l'immunité de juridiction pénale et qui a donné lieu à une demande de transfert de la procédure dans l'État de nationalité de l'intéressé.

S'agissant de l'élément temporel, c'est-à-dire du moment où la question de l'immunité doit être traitée, qui fait l'objet des paragraphes 49 à 63 du rapport, la Rapporteuse spéciale s'attache à déterminer à quel moment de la procédure les autorités compétentes de l'État étranger doivent s'interroger sur l'existence d'une immunité des représentants de l'État de nationalité et prendre une décision à cet égard. Les principaux instruments internationaux relatifs à l'immunité de l'État ou aux immunités diplomatiques, de même que la plupart des lois nationales relatives à l'immunité, ne disent rien sur ce point.

M^{me} Galvão Teles convient avec la Rapporteuse spéciale que l'immunité ayant pour objet d'empêcher qu'un État n'exerce sa juridiction sur les représentants d'États étrangers, son applicabilité doit être déterminée aussi tôt que possible dans la procédure et, en tout état de cause, avant l'adoption d'une quelconque décision contraignante ou mesure coercitive contre le représentant. Comme la Rapporteuse spéciale le souligne, cette conclusion est étayée par la jurisprudence internationale et par des éléments de pratique judiciaire nationale.

Cependant, il peut être difficile de décider de l'applicabilité des règles relatives à l'immunité des représentants de l'État pendant la phase de l'enquête pénale dans l'État du for, notamment du fait de la diversité des modèles nationaux d'enquête et de poursuites. Il

reste que, dans la plupart des systèmes, durant la phase de l'enquête sur une infraction, les autorités de l'État tentent encore de déterminer quels sont les actes et les personnes susceptibles d'être mis en cause dans une éventuelle procédure pénale. Ce n'est que lorsqu'il est inculpé ou identifié comme suspect au terme de l'instruction, ou lorsque les autorités compétentes entendent appliquer des mesures coercitives dans le cadre de l'enquête, que l'intéressé relève de la juridiction pénale de l'État. En conséquence, c'est uniquement à ces stades de l'enquête que la qualité de représentant de l'État du suspect et la question de savoir s'il bénéficie de l'immunité de juridiction doivent être examinées. Comme la Rapporteuse spéciale le souligne, ce point de vue est appuyé par l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*. Il convient en outre de souligner que, dans plusieurs cas, l'accomplissement d'actes d'instruction peut être d'une importance fondamentale lorsqu'il s'agit de décider si le représentant d'un État doit bénéficier de l'immunité dans une situation donnée. Cela vaut particulièrement dans les affaires concernant l'immunité fonctionnelle, dans lesquelles les autorités compétentes doivent d'abord déterminer si tel fonctionnaire est un représentant de l'État et si les actes en cause ont été accomplis à titre officiel, avant de prendre une décision sur l'existence de cette immunité.

Enfin, s'il ne pouvait y avoir d'enquête sur une infraction au seul motif que le représentant d'un État étranger risquerait d'être impliqué, alors l'immunité serait absolue, et il ne serait jamais possible d'appliquer les exceptions à l'immunité qui sont prévues par le projet d'articles en cas de commission des crimes internationaux les plus graves.

Passant à l'élément matériel, c'est-à-dire aux actes de l'État du for à l'égard desquels l'immunité peut être invoquée, que la Rapporteuse spéciale analyse aux paragraphes 64 à 96 de son rapport, M^{me} Galvão Teles fait observer qu'à titre de règle générale, il est proposé que les actes caractéristiques de l'exercice de la juridiction pénale de l'État soient visés par l'immunité. Il s'agit des actes accomplis par ou devant des juridictions pénales tels que les actes d'accusation, les citations à comparaître devant un tribunal à titre de suspect ou d'accusé, les mandats d'arrêt ou les décisions d'extradition. Cette proposition semble être étayée par des conventions internationales qui disposent que certaines catégories de personnes bénéficient d'une inviolabilité et ne peuvent faire l'objet d'aucune forme d'arrestation ou de détention, ni d'aucune mesure coercitive. Cependant, il se peut que, non pas tous, mais seulement certains types d'actes liés à l'exercice de la juridiction pénale soient nécessairement visés par l'immunité des représentants de l'État.

Dans l'affaire déjà évoquée, la Cour d'appel de Lisbonne a examiné l'un des arguments en faveur de l'immunité que l'accusé avait invoqués, à savoir que, même s'il ne jouissait plus de l'immunité personnelle au moment du recours car il n'était alors plus en fonctions, il avait bénéficié de cette immunité pendant toute la durée de son mandat et celle-ci couvrirait tous ses actes, privés et officiels, y compris ceux qu'il avait accomplis avant son entrée en fonctions. L'intéressé soutenait donc que tous les actes accomplis par les autorités compétentes pendant la procédure pénale entre l'ouverture de l'enquête et la fin de son mandat l'avaient été en violation de son immunité et devaient être invalidés.

La Cour d'appel de Lisbonne a rejeté ce raisonnement. Elle a souligné que les immunités des représentants de l'État, telles que reconnues par le droit international, constituaient une exception au principe général selon lequel un État a pleine compétence sur son territoire. Ces immunités sont justifiées par la nécessité de garantir l'égalité souveraine des États et de permettre à leurs représentants d'exercer leurs fonctions librement et efficacement. En conséquence, la compétence de chaque État et son droit de juger un chef d'État étranger qui a enfreint le droit pénal interne ne doivent être limités que dans la mesure nécessaire pour permettre audit chef d'État d'exercer ses fonctions sans ingérence extérieure. Prévoir d'autres exceptions risquerait de remettre en question l'égalité des États et l'indépendance de l'État du for.

La Cour d'appel de Lisbonne a estimé que les actes visant un chef d'État étranger en exercice, tels que des mandats d'arrêt, des mesures coercitives, des mesures ou actes destinés à recueillir des preuves ou la délivrance d'actes d'accusation, étaient empêchés par les règles régissant l'immunité. En revanche, tout autre acte accompli dans le cadre de la

procédure pénale qui ne s'accompagnait pas de mesures comparables, comme le dépôt d'une plainte pénale, l'ouverture d'une enquête, la collecte d'éléments probants ou l'acte d'accusation, en soi, n'avait aucune incidence directe sur l'exercice des fonctions du chef d'État en cause et n'était pas couvert par les immunités de juridiction. La Cour n'a trouvé dans le dossier aucune trace d'un acte qui aurait pu entraîner une violation de l'immunité du Vice-Président angolais pendant la durée de son mandat. En résumé, la Cour d'appel de Lisbonne a estimé que seuls certains actes accomplis dans le cadre de la procédure pénale étaient visés par les immunités des représentants de l'État et qu'il s'agissait donc de déterminer lesquels de ces actes étaient susceptibles de gêner l'exercice des fonctions officielles de ces derniers.

Pour ce qui est de la détermination de l'immunité, dont il est question aux paragraphes 97 à 108 du rapport, il semble ne faire aucun doute qu'il incombe à l'État du for de déterminer si l'immunité de juridiction pénale s'applique dans une situation donnée. En principe, les tribunaux de l'État du for, en tant qu'organes juridictionnels, sont compétents pour décider s'ils peuvent exercer leur juridiction ou si les règles régissant l'immunité s'appliquent. Dans certains pays, d'autres organes de l'État peuvent prendre part à cette décision. C'est ce qui se passe, par exemple, lorsque le Gouvernement donne son avis aux tribunaux sur la question de savoir si tel représentant d'un État étranger bénéficie, ou non, de l'immunité. Cependant, il n'en va pas ainsi dans bon nombre de pays, dont le Portugal, où le Gouvernement ne joue pas un tel rôle.

L'État de nationalité intervient souvent dans les procédures engagées à l'étranger contre ses représentants et contribue aussi à la détermination de l'immunité. Cependant, la mesure dans laquelle il peut participer à cette détermination et intervenir dans le déroulement de la procédure semble davantage prêter à controverse. Un moyen éprouvé pour l'État de nationalité d'intervenir dans la procédure consiste à lever l'immunité de son représentant. Il est généralement admis que, puisque les immunités sont accordées aux représentants de l'État non pour les protéger à titre individuel, mais pour protéger l'État qu'ils représentent et sa souveraineté, il appartient à cet État de revendiquer ou de lever leur immunité. Si l'État de nationalité décide d'intervenir dans une procédure engagée à l'étranger pour lever l'immunité de l'un de ses représentants – parce qu'il considère que les actes en cause ne doivent pas être couverts – ce représentant n'a aucun moyen de défense et peut avoir à répondre de ses actes devant les tribunaux.

Il peut parfois être difficile d'établir l'existence de l'immunité, en particulier de l'immunité fonctionnelle. En pareils cas, les tribunaux auront généralement besoin d'obtenir de plus amples renseignements sur le représentant de l'État, ses fonctions et la nature des faits qui lui sont reprochés. D'autres organes de l'État du for peuvent fournir ces renseignements, mais la meilleure source d'information sera souvent l'État de nationalité du représentant en cause.

Comme la Rapporteuse spéciale le fait remarquer, il n'existe pas de règles internationales ni de décisions de juridictions internationales concernant la validité et la pertinence des informations communiquées par l'État de nationalité sur le statut du représentant en cause et le caractère officiel des actes accomplis par celui-ci. Des éléments intéressants peuvent toutefois être trouvés dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. La Cour a établi qu'une conclusion du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU) au sujet de l'immunité d'un agent « [crée] une présomption [...] [qui] ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux » et à laquelle « les tribunaux nationaux doivent [...] donner le plus grand poids », de sorte qu'un équilibre soit assuré entre les intérêts de l'État du for et ceux de l'ONU.

Si la même règle est appliquée à la question de l'immunité des représentants de l'État, un équilibre entre les intérêts de l'État du for et les intérêts de l'État de nationalité suppose que les tribunaux de l'État du for accordent un grand poids à l'avis de l'État de nationalité quant au caractère officiel des fonctions exercées par son représentant à l'étranger mais qu'ils puissent ignorer cet avis s'ils obtiennent des informations solides qui le contredisent. À cet égard, il conviendra cependant toujours de déterminer si l'invocation de l'immunité est fondée sur le droit international, conventionnel ou coutumier, ou

simplement sur le droit interne de l'État de nationalité, qui n'est pas contraignant pour l'État du for.

Il est bon de rappeler que, dans sa décision, la Cour d'appel de Lisbonne a rejeté l'argument selon lequel les règles relatives aux immunités prévues par la Constitution angolaise, qui accordaient l'immunité au Vice-Président pendant les cinq années suivant la date d'expiration de son mandat, devaient également s'appliquer devant les tribunaux portugais.

Passant à une question que la Rapporteuse spéciale a abordée, mais n'a pas encore examinée plus avant, M^{me} Galvão Teles dit que l'État de nationalité peut vouloir que son représentant réponde des faits qui lui sont reprochés devant ses propres tribunaux. Si tel est le cas, la question est alors de savoir si l'État de nationalité a la primauté dans l'exercice de la compétence pénale et si le représentant en cause doit être extradé à la demande dudit État aux fins de l'exercice de cette compétence, ou, dans le cas où le représentant n'est pas détenu dans l'État du for, si la procédure doit être transférée à l'État de nationalité.

Selon plusieurs auteurs, l'application horizontale du droit pénal international, bien qu'elle soit à la fois nécessaire et souhaitable dans certains cas, doit respecter le principe de subsidiarité. Autrement dit, lorsqu'elles déterminent leur propre compétence, les juridictions de l'État tiers doivent se demander si l'on peut raisonnablement espérer que le comportement du représentant fera l'objet d'une enquête digne de ce nom dans son pays.

L'application du principe de subsidiarité dans les procédures engagées contre les représentants d'États étrangers est également appuyée par la législation et la jurisprudence de certains États. Par exemple, en Espagne, bien que la compétence pénale universelle puisse être exercée sous certaines conditions, la loi impose que les tribunaux s'en remettent généralement aux procédures engagées ou sur le point d'être engagées devant les juridictions nationales de l'État territorial du crime, à moins qu'ils ne constatent, comme l'a fait l'un d'entre eux, l'existence d'éléments sérieux et raisonnables d'inactivité judiciaire qui démontrent un manque de volonté ou de capacité de poursuivre efficacement les auteurs des faits.

De même, en Allemagne, certains crimes internationaux relèvent de la compétence universelle des tribunaux nationaux ; cependant, le Parquet fédéral exercera cette compétence uniquement si les autorités compétentes de l'État territorial ou de l'État de nationalité ne procèdent pas à une véritable enquête et qu'une juridiction internationale compétente n'est pas saisie de l'affaire. Dans le cadre d'une procédure engagée par des ressortissants iraquiens contre un ancien Secrétaire à la défense des États-Unis et d'autres responsables de l'armée américaine pour des actes présumés de torture dans la prison iraquienne d'Abou Ghraib, le Procureur fédéral allemand a considéré que, comme ces actes faisaient déjà l'objet d'une enquête de la part des autorités américaines et concernaient celles-ci plus directement, le principe de subsidiarité ne permettait pas aux autorités allemandes de donner suite à la plainte déposée.

Les droits belge et suisse imposent également d'appliquer le principe de subsidiarité en matière pénale, et celui-ci a valeur de doctrine prudentielle pour les tribunaux autrichiens, britanniques, danois, norvégiens et suisses.

De plus, l'idée de subsidiarité trouve son expression dans le principe de complémentarité établi à l'article 17 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, selon lequel la Cour ne peut donner suite à une affaire que si un État n'a pas la volonté ou la capacité de mener véritablement l'enquête et les poursuites. Ce principe est censé favoriser un équilibre entre la souveraineté des États et l'exercice de la justice internationale.

L'adoption d'un principe analogue dans le contexte de l'exercice de la compétence pénale de juridictions étrangères sur des représentants d'États tiers pourrait être utile pour parvenir au même équilibre. Il est possible d'affirmer que, même dans les cas où l'immunité ne couvre pas le comportement en cause ou qu'elle peut être écartée, les États devraient s'abstenir d'engager des poursuites contre un fonctionnaire étranger si l'État de nationalité a la volonté et la capacité d'enquêter lui-même sur les faits supposés, pour autant que rien n'indique que cette procédure est un simulacre et vise uniquement à éviter

de véritables poursuites dans un autre État. Un tel principe offrirait une protection non négligeable contre les procédures motivées par des considérations politiques, tout en permettant de lutter contre l'impunité et de favoriser l'établissement de la responsabilité pénale ; peut-être la Rapporteuse spéciale pourra-t-elle développer ce point dans son septième rapport.

Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Lisbonne, l'intéressé faisait valoir qu'il jouissait de l'immunité de juridiction devant les tribunaux portugais et demandait qu'il soit mis fin à la procédure engagée à son encontre ou, à défaut, que celle-ci soit séparée du procès des autres accusés et soit transférée aux juridictions angolaises. Tout en confirmant la décision rendue par le tribunal de première instance, selon laquelle l'ancien Vice-Président ne bénéficiait pas de l'immunité de juridiction pénale en l'espèce, la Cour d'appel de Lisbonne a accédé à la demande de transfert de la procédure à l'Angola.

La Cour d'appel de Lisbonne a dû déterminer si les critères établis par la loi n° 144/99 pour le transfert d'une procédure pénale engagée au Portugal vers un autre État, à savoir la bonne administration de la justice et la réinsertion sociale de l'intéressé en cas d'établissement de sa culpabilité, étaient remplis, et, par voie de conséquence, si l'affaire pouvait être confiée aux juridictions angolaises. Elle a finalement ordonné que la suite de la procédure contre le Vice-Président soit remise à l'Angola.

Le sixième rapport contient une analyse intéressante de certaines des questions qui se posent à l'examen des aspects procéduraux de la reconnaissance et de l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Comme cela a déjà été dit, ces questions sont généralement absentes des débats doctrinaux et ne sont le plus souvent pas présentées de manière détaillée dans les instruments internationaux relatifs à l'immunité. Il existe toutefois des éléments de pratique pertinents qui permettront de définir certaines règles concernant les aspects procéduraux de l'immunité. Leur analyse plus approfondie ne sera possible qu'à la reprise des débats sur le sujet à la session suivante, puisque le septième rapport contiendra la suite de l'examen entamé dans le sixième rapport et proposera en conclusion un ensemble de projets d'article.

M. Ruda Santolaria remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport clair et bien structuré, qui rend utilement compte des progrès accomplis et des débats tenus, à la fois à la Commission et à la Sixième Commission, et qui aborde les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère, question clé qui sera examinée plus avant dans le septième rapport.

Au titre des progrès accomplis, M. Ruda Santolaria se félicite des travaux menés sur la détermination du champ d'application du projet d'articles, qui est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international ; la portée de l'immunité *ratione personae* des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères pour les actes accomplis, à titre privé ou officiel, pendant ou avant leur mandat ; et la portée de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État pour les actes accomplis à titre officiel. Il tient aussi à saluer l'établissement d'une liste détaillée des crimes graves de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas, qui doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe faisant partie intégrante du projet de texte.

À cet égard, M. Ruda Santolaria souligne qu'au paragraphe 17 du sixième rapport, il est fait mention de la nécessité d'établir un équilibre entre la préservation de l'immunité comme garantie du principe d'égalité souveraine et la lutte contre l'impunité des crimes de droit international les plus graves, cette impunité risquant d'être favorisée dans la pratique par le maintien d'une immunité de juridiction illimitée *ratione materiae*. Dans le même ordre d'idées, comme décrit aux paragraphes 29 et suivants, il a été établi que les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère étaient étroitement liés à la garantie et au renforcement de l'immunité et du principe de l'égalité souveraine des États. Cependant, dans les cas où l'immunité ne s'applique pas, il est essentiel d'établir des conditions procédurales spécifiques, qui apportent des garanties protégeant à la fois les États et les individus.

M. Ruda Santolaria souscrit pleinement à un principe essentiel mis en évidence par les États, à savoir qu'il faut prévenir l'exercice abusif ou politiquement motivé de la

juridiction pénale étrangère. En conséquence, les aspects de fond doivent être examinés en conjonction avec les garanties procédurales relatives aux limites et exceptions à l'immunité. Aux paragraphes 37 à 40 de son rapport, la Rapporteuse spéciale mentionne deux considérations essentielles : premièrement, le besoin de solutions procédurales qui offrent une sécurité à la fois à l'État du for et à l'État du représentant, de sorte que la juridiction pénale ne puisse pas être exercée sur le représentant d'un État étranger de manière abusive ou pour des motifs politiques, qu'un élément de neutralité soit introduit dans l'exercice de cette juridiction et qu'une relation de confiance soit établie entre les deux États, et également que le représentant susceptible d'être visé par l'exercice de la juridiction pénale étrangère bénéficie de toutes les garanties procédurales reconnues par le droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme ; et deuxièmement, l'affirmation générale de la primauté de la juridiction de l'État du représentant par rapport à toute juridiction pénale étrangère.

En ce qui concerne le principe de complémentarité, M. Ruda Santolaria convient avec la Rapporteuse spéciale qu'en théorie, rien n'empêche de maintenir l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et de respecter la primauté de la juridiction de l'État du représentant à l'égard des crimes de droit international que celui-ci aurait commis, pour autant que cette juridiction soit effectivement exercée. De cette manière, comme la Rapporteuse spéciale l'indique, les mesures prises pour lutter contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves ne seront pas compromises, car l'immunité agira comme une simple barrière procédurale et la mise en cause de la responsabilité internationale du chef de ces crimes graves sera confiée à la juridiction pénale de l'État du représentant.

M. Ruda Santolaria convient également que l'immunité juridictionnelle doit être déterminée par les organes compétents de l'État du for à un stade précoce de l'instance, le plus tôt possible, avant qu'une quelconque décision ne soit prise sur le fond de l'affaire et avant que des mesures contraignantes ne soient adoptées contre le représentant de l'État étranger. Pour ce qui est de savoir si l'immunité s'applique dès le stade de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, il se range de nouveau à l'avis de la Rapporteuse spéciale et de M. Kolodkin, qui l'a précédée dans cette fonction, et estime qu'il ne semble guère possible de conclure que l'immunité de juridiction doit être examinée et appliquée automatiquement dès l'ouverture d'une enquête préliminaire, mais que celle-ci sera à prendre en considération lorsque l'on voudra dresser un acte d'accusation ou mettre en examen le représentant de l'État étranger ou lorsque l'on adoptera des mesures conservatoires à son endroit au cours de l'enquête, en lui adressant une citation à comparaître ou en décernant contre lui un mandat d'arrêt.

En ce qui concerne les actes qui tendent à obtenir l'arrestation ou la détention d'un représentant d'un État étranger, une distinction doit aussi être faite entre l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale, car la protection contre la détention découle de la première, et non de la seconde. À cet égard, il est très pertinent d'avoir fait mention de l'inviolabilité des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, en tant que règle de droit international coutumier. En ce qui concerne la convocation à témoin, M. Ruda Santolaria convient que toute mesure imposant à un chef d'État, à un chef de gouvernement ou à un ministre des affaires étrangères de comparaître en qualité de témoin sera visée par l'immunité de juridiction pénale étrangère ; en revanche, la convocation en qualité de témoin d'un représentant d'un État étranger ne sera visée par l'immunité *ratione materiae* que si elle a un caractère contraignant et se rapporte à des actes accomplis à titre officiel. Pour ce qui est de la détermination de l'immunité, les références au système des « recommandations d'immunité », en vigueur aux États-Unis, sont particulièrement intéressantes, car elles montrent que la détermination de l'immunité de représentants de certains États étrangers fait intervenir des éléments de politique étrangère qu'il appartient au pouvoir exécutif d'apprécier ; les cas de l'Autriche et de l'Espagne, où les tribunaux peuvent demander l'avis des pouvoirs publics sur l'applicabilité de l'immunité, sont également intéressants. Il importera d'étendre l'analyse de la pratique des États dans le septième rapport.

Au titre du programme de travail futur, il sera d'autant plus souhaitable de considérer conjointement les sixième et septième rapports que les projets d'article en

découlant sont étroitement liés et seront regroupés en conséquence. M. Ruda Santolaria espère qu'en 2019, il sera possible d'achever l'examen du sujet et d'adopter l'ensemble des projets d'article en première lecture.

M. Gómez-Robledo remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport ; il dit que les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est sans conteste une question d'une importance fondamentale et convient donc avec la Rapporteuse spéciale que la Commission doit l'examiner selon une approche large et exhaustive. Cependant, il n'était pas possible de le faire, comme certains membres l'ont demandé, sans d'abord considérer toutes les questions qui avaient été examinées ces dernières années et qui font l'objet des sept projets d'article déjà adoptés par la Commission, notamment le projet d'article 7 relatif aux crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas. M. Gómez-Robledo convient que la définition du concept de « juridiction pénale » a une très grande importance et ne doit pas être négligée. L'analyse présentée par la Rapporteuse spéciale dans son rapport se révélera très utile lorsque le moment sera venu pour le Comité de rédaction d'examiner ce concept et de parvenir à une conclusion sur la question.

Pour ce qui est de savoir à quel moment les autorités de l'État du for doivent se poser la question de l'immunité d'un représentant d'un État étranger, M. Gómez-Robledo est aussi d'avis que cela doit avoir lieu à un « stade précoce de l'instance ». Cependant, cette expression est équivoque et a besoin d'être précisée. Dans sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, l'Institut de Droit international affirme que la question de l'immunité juridictionnelle doit être traitée « dès l'instant où [la] qualité est connue [des autorités de l'État du for] », posant ainsi un critère qui mérite d'être pris en considération pour l'examen du sujet. En l'occurrence, c'est le droit à l'immunité d'un individu en tant que représentant de l'État qui est en jeu. M. Gómez-Robledo reconnaît que le critère est plus difficilement applicable lorsqu'il s'agit d'une immunité *ratione materiae*, car les autorités auront besoin de tenir compte non seulement du statut de l'intéressé, comme dans le cas de l'immunité *ratione personae*, mais aussi de la nature des actes en cause et du contexte dans lequel ceux-ci ont été commis. Autrement dit, le simple fait de savoir que l'intéressé est un représentant de l'État ne sera pas forcément suffisant pour donner effet à l'obligation de respecter l'immunité *ratione materiae*.

La Cour internationale de Justice a rendu des décisions intéressantes sur certains aspects de la question considérée. Premièrement, il faut tenir compte de son avis consultatif concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, selon lequel les questions d'immunité sont des questions préliminaires qui doivent être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis*, c'est-à-dire au début de la procédure et avant l'examen des questions de fond. La Cour précise qu'il s'agit d'un « principe de droit procédural généralement reconnu ». Deuxièmement, il faut prendre en considération le critère important découlant de la décision rendue en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, dans laquelle la Cour conclut que l'immunité « protège l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions ». En d'autres termes, l'immunité s'applique lorsque l'acte d'autorité d'un État a une incidence sur les fonctions exercées par le représentant d'un autre État. Il est également très important de tenir compte du caractère « contraignant » ou non de l'acte d'autorité de l'État du for, comme la Cour l'a précisé dans son arrêt en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*.

Pour préciser le sens de la formule « à un stade précoce de l'instance », il peut être bon de procéder par analogie et de s'inspirer de l'interprétation donnée par la Cour, dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, de l'expression « sans retard », qui est employée à propos de l'obligation incombant à l'État d'informer les ressortissants étrangers de leur droit de recevoir une assistance consulaire. La Cour fait observer que cette expression ne doit pas nécessairement être interprétée comme signifiant « immédiatement après l'arrestation et avant l'interrogatoire », mais que les autorités ayant procédé à l'arrestation sont néanmoins tenues de s'acquitter de leur

obligation d'information aussitôt qu'il est établi que la personne arrêtée est de nationalité étrangère ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger. En d'autres termes, il convient d'établir au regard de quels critères l'État du for est présumé ne pas pouvoir ignorer que l'intéressé est un ressortissant étranger bénéficiant de l'immunité. Dans son examen du sujet, la Commission doit donc tenir compte des critères suivants : premièrement, la question de l'immunité doit être considérée sans retard et, en tout état de cause, pendant la phase initiale de la procédure judiciaire ; et, deuxièmement, la question de l'immunité doit être considérée avant l'adoption d'actes contraignants pouvant faire obstacle à l'exercice des fonctions du représentant de l'État étranger en cause. Ces actes seraient notamment, mais pas exclusivement, les suivants : mise en accusation, citation à comparaître en tant que personne mise en examen ou pour une audience de notification des charges, citation à comparaître en qualité d'accusé devant une juridiction pénale, mandat d'arrêt ou demande d'extradition ou de remise du représentant de l'État étranger.

La possibilité que les autorités exécutives de l'État du for participent à la revendication des immunités mérite également d'être envisagée. Dans le cas du Mexique, par exemple, c'est le Ministère des relations extérieures, l'entité étatique ayant de loin le plus grand intérêt à empêcher la survenue d'un différend avec l'État de nationalité, qui intervient devant les tribunaux pour demander que l'immunité d'un représentant d'un État étranger soit respectée. M. Gómez-Robledo croit comprendre qu'aux États-Unis, c'est le Département de la justice qui intervient devant les tribunaux, à la demande du Département d'État. À l'opposé, l'État du for peut avoir intérêt à ce que le représentant de l'État étranger soit traduit en justice et espérera alors que l'immunité de celui-ci sera levée par l'État de nationalité. Dans les cas visés par le projet d'article 7, il appartiendra également à l'État du for d'invoquer les exceptions pertinentes. Cela vaudrait donc la peine de s'intéresser de plus près à la participation des autorités exécutives de l'État du for et de procéder à un examen plus approfondi des questions relatives à la détermination de l'immunité, déjà évoquées dans la section D du chapitre II du rapport. En résumé, s'il est raisonnable d'accorder la primauté aux organes ayant compétence en matière pénale lorsqu'il s'agit de statuer sur l'immunité de juridiction pénale du représentant d'un État, d'autres organes étatiques peuvent être habilités par le droit interne à décider concurremment des mesures à prendre.

D'autres types d'actes qui peuvent ne pas relever de la juridiction pénale à proprement parler, mais qui empêchent indubitablement le représentant d'un État d'exercer librement ses fonctions, méritent d'être analysés. On peut notamment citer le placement en détention en application d'un mécanisme international de coopération et d'entraide judiciaires ou l'exécution d'un mandat d'arrêt provisoire à des fins d'extradition, qui sont des mesures émanant des autorités judiciaires d'un État tiers. Ces actes ne relèveront pas de la juridiction pénale de l'État en question, ce qui montre une nouvelle fois combien il est important de définir avec précision ce que l'on doit entendre par « juridiction pénale ».

En ce qui concerne l'élément matériel, M. Gómez-Robledo souscrit à l'analyse présentée aux paragraphes 80 à 89 du rapport concernant, entre autres, un acte d'un tribunal tendant à la communication d'informations spécifiques. Il considère toutefois que la Commission doit aussi s'intéresser au rôle que le Conseil de sécurité de l'ONU peut jouer lorsqu'il est question d'ordonner à un État de mettre certaines informations à la disposition d'un autre État ou d'un organisme international déterminé. Une telle demande sera plus probablement faite dans le cadre de procédures engagées devant les deux juridictions pénales internationales créées en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ou tout autre tribunal mixte parmi les nombreux existants. Cependant, cela n'exclut pas qu'une demande d'informations soit faite dans d'autres situations où la juridiction pénale est exercée au niveau national. Parmi les éléments de l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)* figure la décision du Conseil de sécurité ordonnant à la Libye non seulement d'extrader les terroristes présumés, mais aussi de transmettre les dossiers concernant les mesures d'enquête alors effectuées. Dans une déclaration commune (document [S/23308](#) (1991)), les États-Unis et le Royaume-Uni ont demandé à la Libye de

« [d]ivulguer tous les renseignements en sa possession sur ce crime, y compris les noms de tous les responsables, et [de] permettre le libre accès à tous les témoins, documents et autres preuves matérielles, y compris tous les dispositifs d'horlogerie restants ». Le Conseil de sécurité a fait sienne cette demande dans sa résolution 731 (1992). Le Conseil de sécurité joue un rôle non négligeable lorsqu'il s'agit d'ordonner la production de documents ou l'exécution de mandats d'arrêt émis par la Cour pénale internationale dans les situations déferées à celle-ci par ses soins. Par exemple, la saisine de la Cour sur la situation au Soudan et l'inexécution du mandat d'arrêt visant le Président Al-Bashir doivent être examinées à la lumière de la pratique du Conseil de sécurité et des obligations des États parties au Statut de Rome.

M. Gómez-Robledo souhaite appeler l'attention de la Commission sur l'inscription à l'ordre du jour provisoire de la soixante-treizième session de l'Assemblée générale d'un point concernant une demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur les effets des obligations imposées aux États par différentes sources de droit international en ce qui concerne l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et hauts fonctionnaires. L'inscription de ce point découle d'une décision (EX.CL/1068 (XXXII)) qui a été adoptée à la trentième session ordinaire de l'Union africaine, en janvier 2018, et dans laquelle la Conférence de l'Union africaine a demandé au Groupe africain à New York d'inscrire immédiatement à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies une demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question relative à l'immunité d'un chef d'État et de gouvernement et d'autres hauts fonctionnaires, étant donné qu'elle avait trait à la relation entre les articles 27 et 98 du Statut de Rome et les obligations des États parties en vertu du droit international. Il est important que la Commission continue de suivre de près les faits nouveaux survenant au titre de ce point, qui a été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale la semaine précédente, car ils pourront apporter des éclaircissements sur certaines questions qui occupent actuellement la Rapporteuse spéciale.

L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sera certainement d'un très grand intérêt pour les travaux de la Commission sur le sujet, et il est tout aussi évident que la Cour tiendra compte de l'avancée desdits travaux, y compris, bien sûr, de l'adoption du projet d'article 7.

En conclusion, M. Gómez-Robledo approuve le programme de travail et est heureux de constater que le Groupe de planification a décidé de recommander que le nombre requis de séances plénières et de réunions du Comité de rédaction sur le sujet soit prévu à la session suivante. Il félicite M. Nolte pour la déclaration qu'il a faite dans la matinée, dans laquelle il a présenté une proposition susceptible de restaurer l'harmonie, voire de conduire à un consensus, à l'intérieur de la Commission. En revanche, il a été surpris par les observations de M. Huang sur le recours au vote qui, tout aussi regrettable que M. Huang puisse le considérer, est l'un des modes de prise de décisions de la Commission. Certains peuvent trouver que le vote est l'option la moins préférable, mais les décisions adoptées selon cette méthode n'en sont pas moins légitimes, ni moins juridiquement valables. M. Gómez-Robledo est inquiet chaque fois que l'on tente de démontrer que le consensus est qualitativement supérieur au vote. Selon lui, il n'en est rien ; de fait, bon nombre des progrès décisifs qui ont été accomplis en matière de droit international depuis la Deuxième Guerre mondiale sont le résultat de votes, dans le cadre d'un exercice *de lege ferenda*, et non pas toujours *de lege lata*, comme le prouve l'adoption des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sur le droit des traités et de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La proposition faite par M. Nolte pourrait aider la Commission à retrouver une meilleure ambiance de travail qui lui permettra d'avancer dans sa tâche sur une base plus consensuelle, et peut-être même d'atteindre, ou tout au moins d'approcher, un certain degré d'unité. Cela étant dit, la Commission n'a aucune raison, quelle qu'elle soit, de regretter ce qui a été fait à la session précédente.

M. Murphy, après avoir remercié la Rapporteuse spéciale pour son rapport, dit qu'il fait siennes les préoccupations exprimées par M. Murase, M. Hassouna et M. Huang au sujet du moment auquel le rapport a été soumis. De fait, bien qu'il ait tenté, au cours des trois jours précédents, d'étudier le rapport, il est uniquement en mesure de proposer des observations préliminaires et, comme d'autres membres, s'exprimera de manière plus détaillée à la session suivante de la Commission.

À ce stade, il aimerait examiner deux questions générales, à savoir les débats qui se sont tenus à la Sixième Commission à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale et les dispositions et garanties procédurales.

Le résumé des débats de la Sixième Commission présenté aux paragraphes 13 à 20 est, de manière générale, intéressant et équilibré. Cela étant, M. Murphy encourage les membres qui ne l'ont pas encore fait à se reporter au compte rendu des débats établi par le Secrétariat et, mieux encore, au texte intégral des déclarations, disponible en ligne. Le ton employé a souvent été vif, et nombre d'intervenants se sont montrés très insatisfaits de la procédure suivie par la Commission comme du fond de ses travaux concernant le projet d'article 7. Si la Commission ne tenait pas compte de cette insatisfaction, cela augurerait mal de sa capacité de mener à bien ses travaux sur le sujet. À ce propos, il souhaite aborder quelques éléments de fond qui ressortent à son avis de ces débats.

Premièrement, tous les intervenants qui se sont exprimés sur la question ont souscrit à la conclusion de la Commission selon laquelle il n'existait pas d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, comme cela est indiqué au paragraphe 14 du sixième rapport. Aucun État ne semble croire que les « valeurs de la communauté internationale » priment l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État. Aucun État ne croit non plus qu'il y ait une « tendance » favorable à l'institution de limites et d'exceptions à l'immunité.

À cet égard, M. Murphy continue de trouver curieux que les partisans du projet d'article 7 mettent souvent en avant l'absence d'immunité devant la Cour pénale internationale pour appuyer l'argument des « valeurs » comme de celui de la « tendance ». Toute absence d'immunité devant la Cour pénale internationale est, de toute évidence, fondée sur des traités, et ne saurait donc s'appliquer en droit à des non-parties. Néanmoins, même à considérer l'absence d'immunité devant la Cour pénale internationale comme un argument pertinent, cette immunité concerne tous les représentants de l'État, y compris les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Par conséquent, tout argument selon lequel l'absence d'immunité devant la Cour pénale internationale est directement pertinente pour la juridiction pénale nationale est particulièrement sélectif : il fait de la pratique de la Cour un élément qui serait pertinent s'agissant de refuser l'immunité *ratione materiae* mais non pertinent s'agissant de l'immunité *ratione personae*. Assurément, cette sélectivité reflète des préférences de principe, et non le droit.

Deuxièmement, et en tout état de cause, le point le plus marquant des débats qui se sont tenus à la Sixième Commission est le fait que l'immense majorité des États ont dit ne pas considérer le projet d'article 7 comme un effort de codification du droit existant. Comme l'a noté la Rapporteuse spéciale au paragraphe 14 de son sixième rapport, un seul État, sur les 49 qui se sont exprimés à la Sixième Commission, « a affirmé qu'il existait déjà une règle coutumière ». Pas un seul autre État n'a dit que le projet d'article 7 reflétait le droit international coutumier et nombreux sont ceux qui ont affirmé l'inverse.

Au contraire, comme la Rapporteuse spéciale elle-même l'a signalé au paragraphe 14, un grand nombre de partisans du projet d'article 7 – dont l'Afrique du Sud, l'Autriche, le Chili, l'Espagne, la Grèce, les Pays-Bas, le Pérou, la Slovaquie, la Slovénie et la Tchéquie – ont dit considérer que le projet d'article 7 relevait du développement progressif du droit. Il apparaît donc que même les États favorables à ce projet d'article ne le considèrent pas comme relevant de la codification.

Troisièmement, comme cela est indiqué au paragraphe 18 du sixième rapport, de nombreux États ont demandé à la Commission de dire clairement si une disposition relève du développement progressif ou de la codification. Ils n'ont pas souhaité que la Commission reste vague sur ce point. Parmi ces États figurent l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, l'Espagne, la France, l'Inde, l'Irlande, Israël, la Pologne, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et la Suisse. Ainsi, l'Australie a dit qu'il était crucial que, lorsque la Commission choisissait de proposer un projet qui ne reflète pas le droit existant, ce projet soit clairement désigné comme tel. La Suisse a dit qu'il était primordial qu'un article sur les exceptions à l'immunité de fonction des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère soit ou bien solidement étayé par une pratique

étatique abondante et pratiquement uniforme et par l'*opinio juris*, ou bien clairement identifié comme relevant du développement progressif du droit.

Quatrièmement, pratiquement aucun État n'a estimé que la liste de crimes énoncée au projet d'article 7 était juste. De fait, seuls deux États sur 49 l'ont jugée satisfaisante en l'état. Tous les autres l'ont trouvée problématique ; soit elle comprenait trop de crimes, soit elle n'en comprenait pas assez, ou bien elle devait être supprimée. Trois États ont expressément souligné que la Commission n'avait pas apparemment pas établi de critères justifiant que certains crimes figurent sur la liste quand d'autres n'y sont pas. Ces commentaires ont écho à des préoccupations exprimées à plusieurs reprises au Comité de rédaction et dont la Commission ne devrait pas continuer de faire fi.

En conclusion, il apparaît que les vues divergentes exprimées par les États au sujet des crimes en question – comme sur la question de savoir si l'agression ou la corruption devraient figurer dans la liste, ou de savoir pourquoi l'esclavage en a été exclu – dressent le tableau d'un domaine du droit international qui est très loin d'être établi.

De manière générale, il appartiendra à la Commission, si elle entend terminer l'examen du sujet en première lecture à la session suivante, de revoir le projet d'article 7 et son commentaire en tenant compte des vues exprimées par les États à la Sixième Commission. La légitimité et la portée des travaux découlent en grande partie de la capacité de la Commission de prendre en compte les vues des États. M. Murphy note que, dans le cadre des deux premières lectures qu'elle a entreprises à la session en cours, la Commission a revu ses travaux à la lumière des réactions des États.

Passant à la question des dispositions et garanties procédurales, M. Murphy dit que, au paragraphe 22 de son sixième rapport, la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'elle n'entendait pas épuiser la question des aspects procéduraux de l'immunité mais simplement en entamer l'examen. Elle fait, par conséquent, porter son analyse sur trois aspects procéduraux uniquement, à savoir le moment auquel les autorités de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité, les actes des autorités du for visés par l'immunité, et la détermination de l'immunité. Aucun de ces aspects procéduraux n'a fait l'objet d'un projet d'article.

Comme beaucoup d'autres membres, compte tenu du temps dont il a disposé depuis la publication du rapport le vendredi précédent, M. Murphy n'a pas pu analyser de manière approfondie la partie du rapport consacrée aux dispositions et garanties procédurales, y compris les citations qui y figurent. Par conséquent, il se contentera de faire observer, à titre préliminaire, que la Rapporteuse spéciale ne semble pas avoir cherché un moyen d'empêcher que l'immunité prévue pour les actes officiels puisse être levée pour des raisons politiques sur la base d'allégations spéculatives.

Le paragraphe clef dans lequel la Rapporteuse spécial expose ses intentions en ce qui concerne les dispositions et garanties procédurales est le paragraphe 41. De l'avis de M. Murphy, la Rapporteuse spéciale ne semble pas y envisager des dispositions et garanties procédurales qui protégeraient effectivement les représentants de l'État.

L'alinéa a) du paragraphe 41, analysé dans la suite du rapport, semble aller dans le sens d'« aspects procéduraux » qui concernent simplement le moment auquel la question de l'immunité doit être traitée. Ces aspects ne constituent pas des garanties évidentes et la Rapporteuse spéciale ne les présente d'ailleurs pas comme tels.

À l'alinéa b) du paragraphe 41, la Rapporteuse spéciale semble simplement reconnaître que les États peuvent invoquer l'immunité et renoncer à l'immunité. Cela est certes exact, mais il est plutôt malaisé de voir en quoi cette possibilité constitue une « garantie de première ligne » contre un déni abusif de l'existence de l'immunité dans un État du for.

À l'alinéa c) du paragraphe 41, il semble qu'il est demandé à l'État du for de communiquer avec l'État du représentant, ce qui est approprié mais ne semble pas non plus constituer une véritable garantie. Généralement, les États sont déjà en relation les uns avec les autres lorsque des mesures coercitives sont prises contre un ancien représentant de l'État ou un représentant de l'État en exercice. Par conséquent, même s'il est favorable à ce que la Commission s'exprime au sujet de la communication, M. Murphy ne voit pas en quoi cela

règle le problème des allégations abusives ou motivées par des considérations politiques dans un État du for.

L'alinéa d) du paragraphe 41 semble pencher en faveur d'une disposition préconisant que le représentant de l'État bénéficie d'un procès équitable. À nouveau, cela est justifié ; M. Murphy est favorable à une telle disposition et n'a aucune objection à ce que la Commission s'exprime en ce sens. Toutefois, il ne s'agit en fait que de la réaffirmation d'un droit de l'homme qui doit être reconnu à toutes les personnes en tout temps, et une telle disposition ne saurait être considérée comme une garantie s'appliquant uniquement à la levée de l'immunité d'un représentant de l'État.

En outre, aucun de ces alinéas ne présente des procédures ou des garanties s'appliquant expressément au refus de l'immunité au titre du projet d'article 7. Au contraire, la Commission semble se diriger vers l'élaboration d'une série de procédures insignifiantes n'offrant aucune protection particulière dans les situations où un ancien Président ou Ministre des affaires étrangères qui se rend à l'étranger est arrêté, interrogé, voire emprisonné au motif que des actes qu'il a accomplis à titre officiel relèveraient du projet d'article 7.

Par conséquent, M. Murphy dit qu'il a le sentiment que la Commission risque de ne mettre en place aucune véritable « garantie » qui s'appliquerait au refus de l'immunité des représentants de l'État soit de manière générale, soit dans le contexte spécifique du projet d'article 7. Il le regrette, sachant en particulier que de nombreux membres ont fait valoir à la session précédente que le projet d'article 7 pouvait être adopté sans risque puisque la Commission élaborerait des garanties par la suite. Il prend note avec une grande satisfaction, en revanche, de plusieurs propositions concrètes qui ont été formulées au cours du débat, notamment par M. Murase, M. Nolte, M. Grossman Guiloff, M. Šturma et M^{me} Galvão Teles, et qui constitueraient de véritables garanties ; il dit espérer que la Rapporteuse spéciale en tiendra dûment compte lorsqu'elle élaborera son rapport suivant.

Enfin, au paragraphe 109 de son rapport, la Rapporteuse spéciale annonce qu'elle se propose d'examiner, dans son rapport suivant « les questions relatives à la coopération des États avec les juridictions pénales internationales et à l'incidence que cette coopération pourrait avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère ». M. Murphy se demande s'il est bien pertinent de s'engager dans cette voie, sachant qu'il existe, aux niveaux mondial, régional et sous-régional, un grand nombre de juridictions pénales internationales différentes régies par des actes constitutifs différents qui ne lient pas les États de la même façon. Une telle approche ne lui semble pas adaptée à la nature du sujet à l'examen, qui ne concerne pas les régimes conventionnels.

M^{me} Oral félicite la Rapporteuse spéciale pour son sixième rapport, qui est très fouillé et dont la soumission a été malheureusement retardée pour des raisons indépendantes de la volonté de son auteure. Le rapport ayant été soumis tardivement, M^{me} Oral ne présentera que des remarques préliminaires à la session en cours et fera une déclaration plus détaillée à la session suivante.

La question de la procédure en relation avec l'immunité de juridiction pénale étrangère a été examinée dans une étude très complète élaborée par le Secrétariat (A/CN.4/596) et dans l'excellent troisième rapport de M. Kolodkin (A/CN.4/646), qui ont tous deux été pris en considération par la Rapporteuse spéciale dans le rapport à l'examen.

M. Kolodkin avait axé son analyse sur trois éléments clés de la procédure, à savoir le moment où la question de l'immunité est examinée, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité. Toutefois, dans son sixième rapport, en particulier au paragraphe 35, la Rapporteuse spéciale a soulevé plusieurs autres questions liées à la procédure auxquelles la Commission devra apporter une réponse adéquate si elle veut que ses travaux sur le sujet déploient tous leurs effets. M^{me} Oral pense comme la Rapporteuse spéciale que l'analyse des aspects procéduraux doit suivre une approche large et exhaustive, comme cela est exposé au paragraphe 41 du rapport.

M^{me} Oral rappelle qu'en 2017 elle a voté en faveur de l'adoption du projet d'article 7 sur les exceptions à l'immunité *ratione materiae*. À l'époque, toutefois, elle avait aussi insisté sur l'importance des règles procédurales et, par conséquent, elle est

satisfaite d'apprendre que la Rapporteuse spéciale proposera des projets d'article à cet égard dans son septième rapport.

Traditionnellement, comme l'a souligné la Rapporteuse spéciale au paragraphe 23 de son rapport, la doctrine consacrée à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'est surtout intéressée aux aspects de fond de l'immunité et n'a prêté que peu d'attention à ses aspects procéduraux. M^{me} Oral est entièrement d'accord avec la Rapporteuse spéciale quand elle affirme, au paragraphe 24 de son rapport, qu'il importe de ne pas négliger les aspects procéduraux de l'immunité et de ne pas sous-estimer leur importance. Il importe en particulier de préserver l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations interétatiques. Parallèlement, toutefois, la stabilité des relations interétatiques ne peut pas toujours justifier l'impunité des crimes internationaux les plus graves. Un équilibre peut être trouvé ; de l'avis de M^{me} Oral, le projet d'article 7 propose à cet égard une approche satisfaisante et il pourrait être encore renforcé par des règles procédurales.

Par conséquent, M^{me} Oral souscrit à l'opinion exprimée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 37, selon laquelle des définitions claires des aspects procéduraux pourraient apporter de la sécurité juridique et de la stabilité aux relations internationales, en particulier entre l'État du représentant et l'État du for. Il est très important de disposer d'un instrument de procédure qui réduise le plus possible le risque que la juridiction soit exercée à l'égard d'un représentant de l'État étranger de manière abusive ou pour des raisons ou à des fins politiques. M^{me} Oral convient que, en général, le bénéficiaire des règles procédurales est l'accusé. Cela étant, elle comprend aussi que la question hautement sensible de la stabilité des relations internationales est un élément pertinent de l'immunité des représentants étrangers.

De l'avis de M^{me} Oral, il conviendrait de faire la distinction entre le fait de garantir les droits procéduraux fondamentaux du représentant de l'État au regard du droit international des droits de l'homme, comme l'a dit M. Murase, et le fait de protéger la stabilité des relations internationales et de prévenir, ou du moins réduire, l'utilisation abusive du projet d'article 7 pour des raisons politiques ou d'autres raisons sans lien avec la recherche de la justice et la prévention de l'impunité. Au paragraphe 39 de son rapport, la Rapporteuse spéciale reconnaît qu'il est nécessaire de maintenir l'équilibre entre ces deux objectifs et qu'il faut mettre en place des garanties procédurales en ce qui concerne les exceptions à l'immunité.

Pour M^{me} Oral, il s'agit là de deux objectifs distincts. Il ne fait aucun doute que tout représentant de l'État accusé d'une infraction pénale dans une juridiction étrangère devrait se voir garantir tous les droits procéduraux reconnus par le droit international des droits de l'homme, à supposer que l'État du représentant en question ait renoncé à l'immunité ou qu'une exception ait été reconnue par l'État du for. Ce devrait être l'une des conditions procédurales concernant les exceptions définies dans le projet d'article 7.

Toutefois, le deuxième point concerne les règles procédurales à mettre en place pour prévenir l'utilisation abusive du projet d'article 7 par les États. Un des arguments avancés pour contester les exceptions à l'immunité énoncées dans le projet d'article 7 est que la justice substantielle ne doit pas être réalisée au détriment de la justice procédurale, ce qui est un élément essentiel de l'état de droit. Néanmoins, comme M^{me} Oral l'a déjà dit à la session précédente, la justice procédurale est associée aux règles fondamentales de la justice, auxquelles aucune dérogation n'est permise, ce qui n'est pas le cas de l'immunité.

L'article 27 du Statut de Rome montre qu'il peut être dérogé à l'immunité. Par conséquent, les règles procédurales relatives à l'application du projet d'article 7 devraient en tenir compte et ne pas nécessairement être assimilées aux règles procédurales qui concernent les droits fondamentaux, car les normes sont différentes. Cela dit, la question du moment auquel l'application du projet d'article 7 entre en jeu est essentielle, compte tenu des conséquences qu'elle a pour le représentant de l'État en question et les autres questions procédurales préliminaires liées aux enquêtes et à la communication avec l'État du représentant. À cet égard, les questions liées à la preuve sont également importantes. Plusieurs membres du Comité ont fait des propositions intéressantes, comme l'idée de confier à des juridictions supérieures, ou même à l'exécutif, le soin de se prononcer sur la

question. M. Nolte a formulé des propositions intéressantes, tout comme M. Grossman Guiloff. Toutefois, M^{me} Oral pense comme M. Murase que la Commission devrait éviter la fragmentation des règles, compte tenu de la pratique qui s'est développée au titre du Statut de Rome. Elle se dit fermement convaincue que la Rapporteuse spéciale prendra toutes les propositions en considération et qu'elle présentera un ensemble solide de projets d'article sur lesquels la Commission pourra travailler.

Notant qu'il serait fort utile de disposer de plus amples informations sur la pratique étatique, M^{me} Oral dit espérer que davantage d'États se montreront disposés à communiquer à cet égard. Elle se dit favorable au plan de travail futur exposé dans le rapport, soulignant qu'il lui semble propre à traiter de manière exhaustive nombre des questions restées en suspens concernant les aspects procéduraux de l'immunité pénale étrangère des représentants de l'État.

M. Hmoud remercie la Rapporteuse spéciale pour son excellent sixième rapport, qui contient une analyse détaillée des différents aspects procéduraux de l'immunité, qui sont étroitement liés aux aspects de fond. Le rapport est seulement préliminaire et contient une présentation générale des garanties procédurales ainsi qu'une analyse portant sur le moment où la question de l'immunité doit être traitée, les actes visés par l'immunité et les entités qui décident de l'immunité. M. Hmoud ne doute pas que, comme l'a annoncé la Rapporteuse spéciale dans son rapport, les autres aspects touchant à la procédure, à savoir l'invocation de l'immunité, la coopération et la communication entre l'État du for et l'État du représentant et les garanties procédurales, seront traités en 2019 dans le septième rapport. Ce rapport contiendra des propositions de projets d'articles relatifs aux aspects procéduraux, ce qui permettra à la Commission d'achever l'examen en première lecture du sujet.

M. Hmoud dit qu'il va commencer par formuler des observations générales sur le sixième rapport avant de passer aux aspects procéduraux qui y sont examinés. Premièrement, il souhaite redire à quel point il importe, pour que la Commission puisse mener ses travaux sur le sujet à leur terme, de mettre en place des dispositions et des garanties procédurales, étant donné que la question est principalement régie par les lois nationales des États et que la pratique au regard du droit international est peu abondante. La pratique étatique est diverse, et il n'existe pas d'instrument international unique régissant les procédures relatives à l'immunité des représentants étrangers. Les projets d'article proposés aideraient par conséquent les États à harmoniser leurs procédures relatives à l'immunité et à renforcer leur coopération, tout en clarifiant certains aspects ambigus qui ont des conséquences pratiques pour le traitement de l'immunité dans le cadre de la juridiction nationale.

Deuxièmement, si elles sont particulièrement importantes s'agissant de la question des limites à l'immunité *ratione materiae*, la procédure et les garanties procédurales vont au-delà et ont des effets non négligeables sur tous les aspects de fond de l'immunité. Par conséquent, les projets d'article proposés devraient être complets et traiter de tous les aspects liés à l'immunité.

Il importe aussi d'examiner les questions de la définition des actes accomplis à titre officiel, de la définition d'un représentant de l'État et de la portée de l'immunité *ratione materiae*. Ces définitions jouent un rôle important dans la détermination de l'applicabilité des diverses procédures qui seront proposées dans les différents projets d'article. Si un représentant de l'État peut affirmer avoir agi à titre officiel, il appartient aux tribunaux de l'État du for de déterminer, selon la procédure applicable, si l'immunité invoquée existe et quelles mesures doivent être prises. Dans le même esprit, le tribunal peut avoir à déterminer si la personne concernée représente l'État ou exerce des fonctions étatiques. Cette détermination est généralement faite par l'État du représentant sur la base de ses lois nationales, mais les tribunaux de l'État du for peuvent en décider autrement. De ce fait, la procédure employée peut jouer un rôle important dans le règlement d'affaires contentieuses entre deux États.

L'invocation de l'immunité a un effet pratique quant au fond, en particulier en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*. En effet, l'État qui invoque l'immunité de son représentant pour un acte accompli à titre officiel peut voir sa responsabilité engagée pour

ce même acte s'il s'avère illicite. Par conséquent, il est important que le projet d'article proposé clarifie la relation entre les modalités de l'invocation de l'immunité *ratione materiae* et les conséquences de l'invocation.

Il convient également d'évoquer la question de l'égalité souveraine. De fait, les aspects procéduraux devraient permettre d'assurer un juste équilibre entre le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction, le droit de l'État du représentant de ne pas être soumis à la juridiction d'un autre État et d'être à même d'exercer ses fonctions souveraines et le droit du représentant de bénéficier de garanties de procédure conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Passant au dernier point de ses considérations d'ordre général, M. Hmoud souligne que les garanties procédurales devraient viser à protéger toutes les parties concernées, qu'il s'agisse du représentant, de l'État du représentant ou de l'État du for, contre des procès motivés par des raisons politiques ou contre toute politisation. Cette question a été soulevée par des membres de la Commission, y compris par M. Hmoud lui-même, aux deux sessions précédentes, ainsi qu'à la Sixième Commission. Il va sans dire que, si l'immunité *ratione materiae* n'existe pas, des poursuites seront engagées pour des raisons politiques, ce qui met en péril le fonctionnement des États et l'exercice par les représentants de l'État de leurs fonctions. Si les garanties procédurales peuvent largement contribuer à protéger les représentants contre de telles poursuites, elles ne mettront pas fin à ces pratiques ou aux atteintes à la souveraineté des autres États. Il est par conséquent de la plus haute importance que la Commission en tienne compte lorsqu'elle élaborera les projets d'article portant sur les aspects procéduraux qui concernent les situations dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* n'existe pas. À cet égard, des propositions utiles ont été formulées l'année précédente, tant au Comité de rédaction que pendant les consultations informelles, et M. Hmoud invite instamment la Commission à en tenir compte lorsqu'elle examinera le septième rapport en 2019.

Passant à des observations spécifiques sur le rapport, M. Hmoud dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale qu'il importe d'introduire une définition de la juridiction pénale et ce, pour plusieurs raisons. L'une des plus importantes est que les actes qui entrent dans le champ d'application de la juridiction pénale de l'État du for seront soumis au régime juridique relatif à l'immunité et aux dispositions procédurales connexes. Comme cela est expliqué dans le rapport, le moment auquel la question de l'immunité est examinée et l'application de cette immunité sont fonction de l'acte de l'État du for qui est considéré comme un exercice de la juridiction pénale. L'État du for doit examiner la question de l'immunité à un stade précoce, comme M. Hmoud l'a déjà souligné dans ses commentaires au sujet du troisième rapport de M. Kolodkin. L'existence de ce principe est suffisamment étayée par la pratique des États. Toutefois, s'agissant de ce qui constitue un stade précoce, la pratique varie d'une juridiction nationale à l'autre, et la Commission devrait s'efforcer de donner une signification substantielle mais concrète à ce terme. Cela dit, le critère essentiel est que le moment auquel la question de l'immunité est examinée devrait être lié à la nécessité de préserver l'objectif de l'immunité et de prévenir les abus. La pratique relative à l'application de l'immunité au titre de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires ainsi que d'autres régimes d'immunité conventionnels, bien que ne relevant pas du champ d'application du sujet à l'étude, peut donner des orientations utiles. La Commission pourrait utilement s'inspirer de la façon dont les tribunaux nationaux et l'exécutif traitent ces immunités spéciales s'agissant du moment auquel l'immunité doit être examinée. Les projets d'article devraient également garantir que, une fois le statut de l'immunité connu, l'État du for ne puisse pas abuser de sa position concernant l'applicabilité du régime d'immunité. Ce principe est étayé par l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, dans lequel la Cour a dit que la question préliminaire de l'immunité devait être tranchée dans les meilleurs délais et que c'était là un principe de droit procédural généralement reconnu qui avait pour objectif d'empêcher que la règle relative à l'immunité soit privée de sa raison d'être.

En ce qui concerne le moment auquel la question de l'immunité doit être examinée, M. Hmoud dit ne pas être certain que le « début de l'instance » ne recouvre pas l'enquête

préliminaire. Cela dépend bien évidemment de plusieurs facteurs, dont le système juridique de l'État du for et la question de savoir si l'enquête préliminaire fait partie ou non de l'exercice de la juridiction pénale, si elle suppose l'adoption de mesures coercitives ou d'autres mesures qui pourraient porter atteinte à l'immunité en question et si elle concerne plusieurs sujets, qui pourraient ne pas jouir de l'immunité. De même, la justice peut ne pas être la seule autorité à décider de l'immunité à un stade précoce ; à nouveau, cela dépend du système juridique de l'État et du point de savoir si d'autres entités, comme l'exécutif et le parquet, ont ce pouvoir.

Passant à l'élément matériel, M. Hmoud dit qu'il est d'accord avec le critère de base, qui est de savoir si les actes de l'État à l'égard desquels l'immunité de juridiction pénale peut être invoquée ont un caractère coercitif. Un autre élément clef à prendre en considération est la question de savoir si la mesure prise ferait obstacle à l'exercice par le représentant de ses fonctions. C'est le principe sur lequel la Cour internationale de Justice s'est constamment appuyée dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Par conséquent, ce critère devrait être employé pour déterminer si les actes de l'État du for violent cette immunité. La détention et les autres mesures d'exécution sont intrinsèquement en contradiction avec l'immunité de juridiction pénale du représentant de l'État dans l'État du for, car elles sont coercitives par nature et portent atteinte au bon fonctionnement de l'État du représentant, qui autrement jouirait de l'immunité. Au paragraphe 68 de son rapport, la Rapporteuse spéciale soulève une question en relation avec la détention, à savoir la distinction entre inviolabilité et immunité. Certes, les deux notions ont été traitées séparément dans les instruments internationaux jusqu'à présent, mais elles reposent sur le même postulat, à savoir qu'elles constituent un obstacle procédural à l'exercice de la juridiction pénale par l'État du for. Aucune recherche n'a été entreprise sur la distinction juridique entre immunité et inviolabilité aux fins de l'examen du sujet. M. Hmoud serait favorable à ce que, dans ses rapports futurs, la Rapporteuse spéciale poursuive ses travaux d'analyse et de recherche sur la question de savoir si l'État du for peut exercer sa juridiction tout en étant dans l'obligation de respecter l'invocabilité du représentant. S'il comprend la logique que suit la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 73 et 75 en distinguant l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* au sujet de l'invocabilité – à supposer que l'immunité *ratione materiae* du représentant ait été établie sans limitation aucune –, il ne voit pas comment ce représentant ne bénéficierait pas de l'invocabilité et ne serait pas protégé contre la détention ou d'autres mesures de restriction de la liberté.

En ce qui concerne la convocation à témoin, M. Hmoud est également d'avis que, à moins que ne s'appliquent des règles spéciales relatives à l'immunité, un représentant ne jouit pas de l'immunité en ce qui concerne la comparution comme témoin devant les tribunaux de l'État du for. De toute évidence, le critère mentionné précédemment s'applique aussi dans ce contexte. La comparution en tant que témoin devrait être volontaire et ne devrait pas porter atteinte aux fonctions de l'État ou violer l'immunité de cet État au regard du droit international ou l'immunité et l'invocabilité de ses documents et autres matériels officiels. Cela est vrai de l'immunité *ratione personae* comme de l'immunité *ratione materiae*, même si, dans ce dernier cas, le seuil est peut-être plus élevé.

De même, les critères susmentionnés devraient être appliqués pour déterminer la légalité des mesures conservatoires. Les mesures conservatoires restreignant la liberté et les déplacements du représentant sont contraires à l'immunité *ratione personae*. M. Hmoud pense comme la Rapporteuse spéciale que, en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, les choses sont plus nuancées et que l'analyse doit être faite au cas par cas, la considération première étant la perturbation des fonctions de l'État du représentant induite par de telles mesures.

En ce qui concerne la détermination de l'immunité, qu'il a évoquée précédemment dans un autre contexte, M. Hmoud est d'accord pour dire que, de manière générale, c'est le tribunal de l'État du for qui rend la décision finale mais, là encore, la question devrait être régie par les lois de cet État. Le pouvoir exécutif peut avoir un rôle consultatif auprès des tribunaux nationaux dans le cadre de la détermination de l'existence ou non d'une immunité. Ce rôle pouvant être plus que consultatif et avoir un caractère plus décisif, la Commission devrait adopter une approche souple établissant le rôle premier des tribunaux de l'État du for tout en reconnaissant que ces tribunaux peuvent ne pas être la seule autorité

compétente. De toute évidence, dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*, et en particulier s'agissant du projet d'article 7, le rôle de l'État du représentant peut être un élément clef dans la détermination de l'immunité. Comme cela a été mentionné précédemment, cet État peut affirmer que l'acte en question a été accompli à titre officiel, ce qui entraîne des conséquences juridiques propres. Les propositions formulées par M^{me} Galvão Teles, M. Murase et M. Nolte peuvent être intéressantes s'agissant de la détermination d'une telle immunité et de l'application des limites à cette immunité. L'État du for et l'État du représentant devraient aussi coopérer à la détermination sur la base de critères objectifs permettant d'établir si l'intéressé est un représentant de l'État et si l'acte en question a été accompli à titre officiel.

Enfin, en ce qui concerne le programme de travail futur, M. Hmoud attend avec intérêt le septième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui portera sur les dispositions et garanties procédurales et comportera une analyse des aspects procéduraux qui n'ont pas encore été traités, comme l'invocation de l'immunité, le renoncement à l'immunité, la coopération et la communication entre l'État du for et l'État du représentant et les droits du représentant. M. Hmoud dit espérer que la Commission sera à même de terminer ses travaux sur les définitions figurant dans le projet d'article 2 et sur d'autres questions en suspens. Il souhaite aussi que la Commission parvienne, pendant l'année à venir, à conclure ses travaux sur les aspects de fond des limites à l'immunité *ratione materiae*, question qu'il a traitée dans son intervention au sujet du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale en 2016.

M. Zagaynov, remerciant la Rapporteuse spéciale pour son sixième rapport, dit que, comme d'autres, il regrette que ce rapport ait été distribué aussi tardivement. Il a eu très peu de temps, par conséquent, pour procéder à une analyse et à une évaluation approfondies du document, compte tenu en particulier du caractère complexe et sensible du sujet. Il ne fera donc que quelques brefs commentaires concernant essentiellement les travaux futurs sur le sujet et se réserve la possibilité de s'exprimer plus en détail sur le contenu du sixième et du septième rapport en 2019.

M. Zagaynov s'associe pleinement aux critiques formulées par M. Huang concernant les travaux de la Commission sur le sujet, notamment en ce qui concerne la prise de décisions. Le vote qui a eu lieu l'année précédente devrait inciter la Commission à réfléchir. Le fait que la Commission se soit écartée de la pratique consistant à prendre les décisions par consensus et qu'il n'ait pas été tenu compte des vues d'un nombre important de ses membres pourrait avoir des effets dommageables sur les travaux futurs. M. Zagaynov estime comme d'autres que, compte tenu de la situation, la Commission devrait poursuivre ses efforts pour trouver une solution acceptable par tous.

L'examen de la question des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a profondément divisé les membres de la Commission. Le débat tenu à la Sixième Commission a montré que les États n'en faisaient pas la même analyse. Un grand nombre de délégations ont souligné qu'il n'y avait pas pour l'instant de pratique étatique allant dans le sens d'une tendance en faveur d'une règle de droit coutumier autorisant des exceptions à l'immunité. M. Zagaynov pense comme M. Nolte que la Commission devrait s'assurer que c'est effectivement le cas. De toute évidence, un grand nombre de délégations se sont montrées très préoccupées par la situation, notamment par la décision de procéder à un vote.

Dans le cadre de la rédaction de son rapport suivant et des travaux futurs sur le sujet, la Rapporteuse spéciale devrait tenir pleinement compte de l'issue des discussions qui se sont tenues à la Sixième Commission en 2017 et en 2018. Comme l'a suggéré M. Murphy, la meilleure solution serait de retravailler le texte du projet d'article 7. Toutefois, M. Zagaynov croit comprendre, d'après la déclaration qu'elle a faite, que la Rapporteuse spéciale exclut cette option. Il l'encourage néanmoins à s'efforcer de surmonter les divisions entre les membres de la Commission et entre les délégations.

Il serait sans aucun doute logique d'introduire des dispositions relatives aux garanties procédurales dans les projets d'article et il faudrait examiner avec attention les idées proposées à cet égard. Toutefois, sans se prononcer sur le fond du rapport, M. Zagaynov doute qu'un ensemble de garanties procédurales suffise à contrebalancer une

formulation aussi conceptuelle et touchant autant au fond que celle qui est proposée dans le projet d'article 7.

De l'avis de M. Zagaynov, il ne serait d'aucune utilité d'élargir la portée du sujet à des questions relatives à la juridiction pénale internationale pour tenter de surmonter les différences de vues entre les membres de la Commission et entre les États. Au tout début, lorsqu'il a été proposé d'inscrire le sujet au programme de travail à long terme de la Commission, les questions relatives à l'immunité de juridiction pénale internationale ont été expressément exclues. Comme indiqué au paragraphe 1 du projet d'article 1 adopté à titre provisoire, « [l]e présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État ». Le rapport comprend des propositions d'examen de questions très complexes concernant l'obligation faite aux États de coopérer avec les juridictions pénales internationales et de leur remettre des représentants étrangers qui, selon M. Zagaynov, vont au-delà du cadre qui a été convenu et risquent d'aggraver les divisions au sein de la Commission. L'examen de telles questions à ce stade serait contre-productif.

La Commission est à un stade crucial de ses travaux sur le sujet de l'immunité, qui pourraient avoir d'importantes conséquences. La poursuite des débats pourrait soit exacerber les divisions entre les membres, soit contribuer à les combler, ou du moins à prévenir leur aggravation. Pour conclure, M. Zagaynov dit espérer que la Rapporteuse spéciale conduira la Commission sur cette dernière voie, et lui souhaite de réussir dans son entreprise.

M. Petrič dit que, de nombreux États membres ayant souligné, à la Sixième Commission, qu'il fallait aborder le sujet avec prudence, il engage la Rapporteuse spéciale comme la Commission dans son ensemble à prendre très au sérieux les préoccupations exprimées. Les propositions formulées par M. Nolte à la séance précédente pourraient être utiles à cet égard. La formulation par la Rapporteuse spéciale d'une proposition visant à instaurer des garanties procédurales solides et claires pourrait également être un pas dans la bonne direction. M. Petrič dit espérer qu'à sa session suivante, la Commission pourra se faire une idée plus claire à cet égard car, pour sa part, tant qu'il n'a pas pris connaissance des projets d'article proposés, il n'est pas à même de prendre une décision définitive, notamment en ce qui concerne le projet d'article 7.

M. Rajput dit que, puisque les membres de la Commission ont manqué de temps pour examiner le rapport, il aimerait s'assurer de la procédure qui sera suivie concernant les déclarations faites à la session en cours comme aux sessions suivantes, compte tenu du fait en particulier que le débat qui aura lieu en 2019 portera à la fois sur le sixième rapport et le septième rapport, lequel comprendra les projets d'article proposés. M. Rajput dit qu'il présume que les sixième et septième rapports seront examinés ensemble, puisqu'aucun projet d'article n'a été proposé dans le sixième rapport et que le septième contiendra des projets d'articles proposés sur la base de l'analyse exposée dans les sixième et septième rapports. Il dit également espérer qu'il sera possible de recevoir le septième rapport à temps, contrairement à ce qui s'est passé à la session en cours ; les membres ont besoin de suffisamment de temps pour étudier et analyser les rapports de la Rapporteuse spéciale et y réfléchir.

Le Président dit que les membres qui ont fait une déclaration au sujet du rapport à la session en cours seront également autorisés à prendre la parole sur le sujet à la session suivante. Chacun aura la possibilité d'exprimer pleinement son opinion. Conformément à la procédure habituelle, un résumé du débat figurera dans le rapport de la Commission sur ses travaux à la session en cours, qui sera soumis à l'Assemblée générale ; de même, un résumé des débats qui seront consacrés au sujet à la session suivante figurera dans le rapport correspondant de la Commission.

M. Ouazzani Chahdi dit que, en fonction de leur langue de travail, tous les membres n'ont pas eu accès au sixième rapport au même moment et qu'il faudrait éviter qu'une telle situation se reproduise.

Le Président dit qu'il est en effet important que les rapports des Rapporteurs spéciaux et les autres documents de la Commission soient mis à la disposition des membres dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. En l'occurrence, le

Secrétariat a fait des efforts considérables pour que le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale soit disponible dans toutes les langues officielles aussi tôt que possible. Conformément à la pratique établie de la Commission, le débat n'a commencé qu'une fois que le rapport était disponible dans les six langues officielles. Au cours du débat, 16 des 34 membres de la Commission ont pu faire des déclarations.

M^{me} Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale) dit qu'en raison de problèmes de capacité des services de traduction, des exceptions ont été faites ces dernières années au principe du plurilinguisme mais que cela n'a pas été le cas pendant la session en cours. En règle générale, les rapports établis par les Rapporteurs spéciaux sont distribués, avec l'aimable concours du Secrétariat, à tous les membres à titre provisoire pour permettre à ceux qui le peuvent de les lire. Cela étant, aucun rapport n'a fait l'objet de discussions tant que toutes les versions linguistiques n'étaient pas disponibles.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-dixième session
(suite)

Chapitre VII. Application à titre provisoire des traités (suite)
(A/CN.4/L.920 et A/CN.4/L.920/Add.1)

C. *Texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités, adopté par la Commission à sa soixante-dixième session*

Le Président invite la Commission à poursuivre l'examen de la partie du chapitre VII du projet de rapport publié sous la cote A/CN.4/L.920/Add.1, en commençant par le commentaire du projet de directive 5.

Commentaire du projet de directive 5

Paragraphes 1) à 4)

Les paragraphes 1) à 4) sont adoptés.

Paragraphe 5)

M. Nolte propose de remplacer, dans la première phrase, les mots « concerne la prise d'effet » par « définit la prise d'effet ».

Le paragraphe 5), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6)

Le paragraphe 6) est adopté.

Le commentaire du projet de directive 5 dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 6

Paragraphe 1)

M. Nolte dit que le paragraphe indique que la source du caractère contraignant de l'application provisoire est le traité qui est appliqué à titre provisoire, et non l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité. Toutefois, les discussions qui ont eu lieu au sein de la Commission n'ont pas été concluantes sur ce point. Par conséquent, M. Nolte propose de supprimer ce paragraphe.

M. Murphy dit qu'il est d'accord pour l'essentiel avec la proposition de M. Nolte mais propose de conserver la première phrase, qui est largement descriptive, et éventuellement de la déplacer au paragraphe 2) actuel.

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est pas favorable à la suppression de la deuxième phrase, qui est factuelle.

M. Park dit qu'il serait favorable à la conservation de la première et de la deuxième phrases et à la suppression de la troisième.

M. Nolte dit qu'il peut accepter de ne supprimer que la troisième phrase.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite supprimer la dernière phrase du paragraphe 1).

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 1), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2)

Le paragraphe 2) est adopté.

Paragraphe 3)

M. Nolte dit que, dans la première phrase du texte anglais, le mot « previous » devrait être remplacé par « general ». Dans la même phrase, les mots « ou d'un autre accord », qui correspondent à la terminologie usuelle dans ce contexte, devraient être ajoutés après les mots « découle du traité ». Dans la deuxième phrase du texte anglais, le mot « default » devrait être remplacé par « presumption ». La note 34 crée l'impression que tous les traités mentionnés expriment une certaine interprétation de l'application provisoire, alors que ce n'est pas le cas. Les traités cités contiennent bien une clause d'application provisoire, mais celle-ci ne mentionne pas nécessairement les effets de cette application. Par conséquent, M. Nolte propose de supprimer les mots « see » et « which » dans la première phrase du texte anglais et « while » dans la deuxième, pour que la note de bas de page renvoie uniquement de manière factuelle à un certain nombre de traités qui font référence à l'application provisoire.

Le Président, notant que le Rapporteur spécial souscrit à la proposition de M. Nolte, dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite accepter les modifications proposées.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 3), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4)

Sir Michael Wood dit que, à moins qu'ils aient été ajoutés par le Comité de rédaction pour une raison particulière, les mots « et le comportement qui est attendu des États ou des organisations internationales qui décident de recourir à l'application provisoire », dans la deuxième phrase, devraient être supprimés car la même idée est déjà exprimée dans la première partie de la phrase.

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) dit que ce membre de phrase a été ajouté pour expliquer les modifications apportées au projet de directive 6 et indiquer que l'application provisoire des traités ne produit pas tous les effets que produirait le traité s'il était en vigueur et est donc de portée plus limitée. Il dit qu'il a jugé important de faire référence au comportement ou à l'attitude attendus des États ou des organisations internationales qui décident de recourir à l'application provisoire d'un traité. Il pense qu'il est utile, même si ce n'est pas absolument nécessaire, d'ajouter ce membre de phrase.

Par ailleurs, M. Nolte a demandé que, dans la deuxième phrase de la version anglaise, le mot « alludes » soit remplacé par « refers ». Le Rapporteur spécial est prêt à accepter cette modification, mais souhaiterait conserver, à la fin de la phrase, la formulation que Sir Michael Wood a remise en cause.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite apporter au paragraphe les modifications proposées par le Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 4), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5)

Le paragraphe 5) est adopté.

Paragraphe 6)

M. Murphy dit que la note 35 devrait être actualisée de manière à ce qu'elle renvoie au chapitre du rapport de la Commission sur les travaux de sa session en cours portant sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Le paragraphe 6), ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 6 dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

*Commentaire du projet de directive 7**Paragraphe 1)*

M. Rajput dit que, dans le texte anglais, le mot « purporting » est employé à mauvais escient et devrait être remplacé par « intending ».

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) dit que le libellé en question est repris de la définition de « réserve » figurant à l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et que, pendant les discussions qui se sont tenues au Comité de rédaction, il a été souligné qu'il convenait de l'employer.

Le paragraphe 1) est adopté.

Paragraphes 2) et 3)

Les paragraphes 2) et 3) sont adoptés.

Paragraphe 4)

M. Murphy dit que la formulation « invite à s'intéresser de plus près aux règles de la Convention de Vienne de 1969 applicables aux réserves dans le cas de l'application provisoire » est quelque peu inhabituelle, en ce qu'elle soulève la question de savoir qui doit s'intéresser de plus près aux règles de la Convention de Vienne de 1969. Il propose par conséquent de remplacer ce membre de phrase par les mots « vise à indiquer que certaines règles de la Convention de Vienne de 1969 applicables aux réserves, mais pas nécessairement toutes, s'appliquent dans le cas de l'application à titre provisoire ».

Le paragraphe 4), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5)

Sir Michael Wood dit que, dans la dernière phrase, le mot « relatively » introduit une nuance inopportune en anglais et que le reste de la phrase traite d'une question qui a été évitée jusque-là, à savoir la distinction entre le traité appliqué à titre provisoire et l'accord conclu aux fins de l'application du traité à titre provisoire. Il propose de supprimer cette phrase.

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) dit que le texte espagnol est clair.

M. Nolte dit qu'il serait possible de résoudre le problème en supprimant le mot « relativement ». Il est fait mention de la distinction entre le traité appliqué à titre provisoire et l'accord conclu aux fins de l'application du traité à titre provisoire au paragraphe 1) du commentaire du projet de directive 6, mais les implications de cette distinction n'y sont pas expliquées.

Le paragraphe 5), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6)

M. Murphy dit que, dans la dernière phrase, le membre de phrase « les règles pertinentes du droit de la responsabilité internationale des organisations internationales » ne

convient pas et devrait être remplacé par « les règles des organisations internationales » ; les réserves que peut formuler une organisation internationale, mentionnées au paragraphe 2 du projet de directive, peuvent dépendre en partie des règles internes de l'organisation concernée.

Le paragraphe 6), ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 7 dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 8

Paragraphe 1)

M. Nolte dit que, dans la deuxième phrase, les mots « de l'application » devraient être supprimés. Dans la troisième phrase, dans le texte anglais, le membre de phrase « would necessarily constitute a wrongful act » devrait être remplacé par « necessarily constitutes a wrongful act », qui est plus fort. Si la dernière phrase donne des informations importantes, sa seconde partie ne découle pas logiquement de la première. Par conséquent, elle devrait être divisée en deux phrases qui se liraient comme suit : « L'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit que les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité en raison de la responsabilité internationale d'un État, tout comme l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986. La portée du projet de directives n'était pas limitée à celle des deux Conventions de Vienne, ainsi qu'il est dit dans le projet de directive 2 ».

Sir Michael Wood dit que, dans la troisième phrase, les mots « considérés comme » devraient être supprimés.

M. Murphy dit que, dans la deuxième phrase du texte anglais, l'emploi de la conjonction « if » semble remettre en cause le caractère juridiquement contraignant de l'application provisoire et cette conjonction devrait être remplacée par « since » ; la suite de la phrase devrait être remaniée de façon à reprendre le libellé du projet de directive 6, et la première proposition de la phrase se lirait donc comme suit : « Un traité ou une partie d'un traité appliqués à titre provisoire produisant une obligation juridiquement contraignante, ».

Le paragraphe 1) est adopté avec les changements proposés et des modifications de forme mineures.

Paragraphe 2)

Sir Michael Wood dit que le membre de phrase « au sens du présent projet de directive » n'est pas clair et devrait être supprimé.

M. Rajput dit que, par souci de clarté, les mots « une violation de » devraient être insérés entre « seule » et « cette partie ».

M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) dit qu'il pourrait accepter cette modification, qui suppose la suppression du membre de phrase « en cas de violation ».

Le paragraphe 2) ainsi modifié est adopté.

Paragraphe 3)

Le paragraphe 3) est adopté.

Le commentaire du projet de directive 8 dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

La séance est levée à 18 heures.