

Provisoire

**Réservé aux participants**

6 février 2020

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante et onzième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3481<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 16 juillet 2019, à 10 heures

**Sommaire**

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

---

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

GE.19-12007 (F) 050220 060220



\* 1 9 1 2 0 0 7 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Šturma  
*Membres :* M. Al-Marri  
M. Argüello Gómez  
M. Aurescu  
M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Grossman Guiloff  
M. Hassouna  
M. Hmoud  
M. Huang  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Nguyen  
M. Nolte  
M<sup>me</sup> Oral  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Park  
M. Rajput  
M. Ruda Santolaria  
M. Saboia  
M. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
M. Wako  
Sir Michael Wood  
M. Zagaynov

**Secrétariat :**

M. Llewellyn                      Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

**Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**  
(point 2 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/722 et A/CN.4/729)

M. Tladi remercie la Rapporteuse spéciale pour son septième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/729), un document détaillé et exhaustif qui propose des projets d'article utiles, alors même que la Rapporteuse spéciale avait très peu de matériel documentaire sur lequel s'appuyer. Il regrette toutefois que la Commission ne soit pas en mesure d'achever la première lecture du projet d'articles sur le sujet à sa session en cours, alors qu'elle aurait pu le faire sur la base des travaux déjà menés et donner ainsi aux États l'occasion de commenter un projet d'articles complet en vue d'en achever la seconde lecture avant la fin du quinquennat. Une Commission entièrement composée de nouveaux membres non encore rompus aux difficultés du sujet ne sera guère en mesure d'adopter un projet d'articles la première année du quinquennat suivant, quoiqu'il s'agisse là d'une question qu'il appartiendra aux nouveaux membres de régler. M. Tladi dit qu'il espère néanmoins que le projet d'articles pourra être adopté en première lecture en 2020.

Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale exprime son intention de revenir sur la question de la coopération avec les juridictions pénales internationales une fois que la Cour pénale internationale aura statué sur l'obligation de la Jordanie de coopérer avec elle dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. La décision en question, que la Chambre d'appel de la Cour a rendue après que la Rapporteuse spéciale eut rédigé son rapport, a été, à juste titre, critiquée de part et d'autre, ce qui a amené la Cour à la défendre dans les médias, une initiative sans précédent. La décision de la Chambre d'appel ne marque pas nécessairement la fin d'une instance longue et ardue : la possibilité demeure, la dynamique politique aidant, que l'affaire soit portée pour avis consultatif devant la Cour internationale de Justice. Il serait donc peu judicieux que la Commission se prononce sur le contenu de l'arrêt en question. M. Tladi se félicite que la Rapporteuse spéciale ait indiqué, lorsqu'elle a présenté son rapport à la séance précédente, qu'il ne sera pas nécessaire de revenir sur la question dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen, mais il rappelle qu'elle a également déclaré qu'elle se réservait le droit d'y revenir dans un contexte plus large, et souligne qu'il faut être prudent à cet égard. Quoi qu'il en soit, les projets d'article qui ont déjà été adoptés et les commentaires y relatifs attestent que le projet d'articles ne concerne pas le droit relatif aux juridictions pénales internationales. Si la Commission veut l'indiquer encore plus clairement, elle peut assurément essayer de le faire, mais elle doit se garder de préjuger ce qui demeure une question controversée.

Nombre des propositions figurant dans le rapport ne sont pas étayées par la pratique. Il ne s'agit toutefois pas là d'une critique des projets d'article ni du rapport lui-même. Bon nombre des importantes conclusions qui y figurent semblent reposer sur une analyse comparative. Dans plusieurs cas, après avoir décrit ou analysé divers instruments ne concernant pas directement l'immunité de juridiction pénale étrangère, la Rapporteuse spéciale conclut que la situation devrait être la même s'agissant de cette immunité. Dans l'ensemble, ses propositions et conclusions semblent valides quant au fond. L'absence de pratique pertinente ne doit donc pas être un obstacle à l'adoption de ce que l'on peut considérer comme des règles procédurales fondées et raisonnables.

La distinction souvent faite dans le rapport entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae* est parfois contestable et n'est pas justifiée aux fins de règles procédurales. Bien qu'elle ne soit pas généralement reflétée dans les projets d'article eux-mêmes, la Rapporteuse spéciale a indiqué que le projet d'article 9 postulait qu'elle était pertinente. Aux paragraphes 48 et suivants, elle affirme que la logique voulant que l'immunité soit examinée sans qu'il soit besoin de l'invoquer ne peut être transposée automatiquement à l'immunité *ratione materiae*. Cet argument semble reposer sur le fait que l'immunité *ratione personae* ne s'applique qu'à un nombre limité de personnes, ce qui, pour les autorités de l'État du for, laisse peu de place au doute quant à leur identité et leur statut. Ayant relevé les différences entre les deux types d'immunité, la Rapporteuse spéciale déclare qu'il est difficile de conclure que les autorités de l'État du for ont

l'obligation d'apprécier par elles-mêmes si un représentant jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère et de se prononcer d'office sur ce point.

M. Tladi dit que s'il comprend parfaitement la logique de cette position, il ne peut y souscrire. Dès lors que l'État du for sait qu'une personne est un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, il n'a plus à examiner la question de l'immunité car l'immunité *ratione personae* est absolue. Ça n'est pas parce qu'il est plus difficile de déterminer si l'immunité *ratione materiae* s'applique que la question de l'immunité ne devrait pas être examinée. Bien au contraire, cela justifie d'autant plus que l'État du for examine si l'immunité s'applique. Bien entendu, cet État n'est tenu de le faire que s'il sait que la personne à l'égard de laquelle il entend exercer sa juridiction pourrait être un représentant étranger. Par exemple, la personne concernée peut informer les autorités qu'elle est le représentant d'un État étranger et jouit de l'immunité, bien qu'une telle déclaration ne constitue pas en elle-même une invocation, ou les autorités peuvent avoir d'autres raisons de penser que la personne en question peut être un représentant étranger.

L'obligation d'examiner n'est pas assimilable à une obligation de reconnaître. En l'absence d'informations suffisantes pour se prononcer, et lorsque l'État du représentant ne fournit pas ces informations, l'État du for peut très bien conclure que la personne concernée ne jouit pas de l'immunité pour les actes à l'égard desquels il entend exercer sa juridiction. Toutefois, dire que si l'immunité n'est pas invoquée il n'y a pas d'obligation d'examiner si l'immunité *ratione materiae* s'applique serait aller trop loin, même lorsque l'État du for a des raisons de penser qu'une personne à l'égard de laquelle il entend exercer sa juridiction peut être le représentant d'État étranger et que les actes à l'égard desquels il entend exercer sa juridiction peuvent être des actes officiels.

M. Tladi rappelle que lors du débat sur le cinquième rapport (A/CN.4/701), il a fait valoir qu'il fallait se garder d'accorder trop de poids à la loi sud-africaine de 1981 relative aux immunités des États étrangers. Bien que cette loi vise le chef de l'État, elle ne le fait qu'au sens où celui-ci est considéré comme l'incarnation de l'État ; la loi définit le terme « État » comme incluant le chef de l'État, mais en fait elle ne concerne pas l'immunité *ratione personae*, contrairement à ce que la Rapporteuse spéciale semble penser. De plus, cette loi ne vise que les actions civiles, et pourtant ses dispositions sont invoquées plusieurs fois dans le septième rapport comme concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères.

Le rapport analyse la relation entre la renonciation à l'immunité et l'invocation de l'immunité. Pour M. Tladi, l'une et l'autre ne sont liées que dans la mesure où elles constituent des moyens par lesquels l'État du représentant concerné indique soit qu'il fait valoir ses droits, en invoquant l'immunité, soit qu'il ne fait pas valoir ses droits, en renonçant à l'immunité.

Tant le rapport que les projets d'article portent à croire que c'est aux tribunaux qu'il doit appartenir de décider s'il y a immunité, les autres organes de l'État ne faisant que donner leur avis aux fins de cette décision. Peut-être est-ce le cas dans la plupart des États, mais la Commission ne doit pas supposer qu'il en est toujours ainsi ni donner à penser qu'il devrait en être ainsi. Excepté dans des circonstances très particulières, ce sont les autorités et non les tribunaux de l'État du for qui devraient être visées. M. Tladi dit qu'à cet égard il partage les vues exprimées par M. Hmoud.

S'agissant du texte des projets d'article, les projets d'articles 8 et 9 peuvent être réunis et considérablement simplifiés. Les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 8 peuvent également être réunis. Lorsque l'État du for a des raisons de penser que l'immunité s'applique, il doit examiner cette possibilité ; or le paragraphe 3 du projet d'article 8 porte à croire que dans certaines circonstances l'État du for n'a pas à examiner la question, même lorsqu'il y a des raisons de penser que l'immunité peut être en cause. Ce paragraphe devrait donc être supprimé. S'agissant du projet d'article 9, il suffirait d'indiquer que les autorités de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité, comme dans le projet d'article 8. Il n'appartient pas à la Commission de définir les règles internes indiquant quel organe est responsable au premier chef d'examiner la question de l'immunité et de déterminer si l'immunité s'applique, mais le projet d'article 9 devrait préciser que cette

détermination doit s'effectuer à un niveau relativement élevé, en particulier si l'État du for décide d'exercer sa compétence parce que, pour celui qui prend la décision, soit l'immunité n'existe pas, soit elle ne s'applique pas en raison des exceptions à l'immunité définies au projet d'article 7. Par ailleurs, le paragraphe 2 du projet d'article 9 semble comporter une erreur, car il devrait viser l'immunité du représentant de l'État et non l'immunité de « l'État étranger ».

M. Tladi dit que s'il approuve le projet d'article 10 quant au fond, il estime que cette disposition pourrait être considérablement simplifiée. Les paragraphes 1 et 2 peuvent être réunis sans beaucoup de difficulté en un seul paragraphe qui se lirait comme suit : « Un État peut invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'un quelconque de ses représentants dès qu'il apprend qu'un autre État a l'intention d'exercer sa compétence à l'égard de ce représentant ». S'il s'agissait, en énonçant cette règle dans deux paragraphes distincts, de souligner que l'invocation de l'immunité est un droit alors que le moment où cette invocation doit intervenir relève d'une obligation, la proposition dont il vient de donner lecture n'exclut pas cette interprétation. La Commission doit veiller à ne pas créer l'impression que l'invocation doit être immédiate au sens absolu du terme. Un État ne saurait être tenu d'invoquer l'immunité immédiatement, car il peut lui falloir du temps pour déterminer si l'acte en question a été accompli dans l'exercice de fonctions officielles, envisager de lever l'immunité ou encore consulter les autorités de l'État du for afin de déterminer s'il doit laisser cet État exercer sa compétence. Il peut également vouloir se demander s'il peut exercer sa propre compétence à l'égard de la personne concernée.

Les communications relatives à l'invocation de l'immunité s'effectuent généralement par la voie diplomatique, par le biais de notes verbales, mais le paragraphe 4 du projet d'article 10 et certains paragraphes des projets d'article qui suivent visant les voies de communication semblent présenter la voie diplomatique comme une voie secondaire. Le paragraphe 5 du projet d'article 10 traduit une certaine ambivalence, qui tient au fait que la Rapporteuse spéciale considère que c'est aux tribunaux qu'il doit appartenir au premier chef de déterminer si l'immunité s'applique alors qu'en réalité les ministères des affaires étrangères jouent généralement un plus grand rôle. M. Tladi dit qu'il préférerait laisser la question ouverte en visant, dans le paragraphe en question, « les autorités de l'État du for », « les autorités compétentes pour déterminer l'application » ou simplement « l'État », une explication figurant alors dans le commentaire. La même approche devrait être suivie au paragraphe 5 du projet d'article 11.

M. Tladi dit qu'il ne partage pas l'idée que la non-invoquer de l'immunité *ratione materiae* doit être interprétée comme une renonciation à cette immunité. Aux fins de la renonciation, il n'y a aucune raison logique ou juridique de distinguer entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*. Bien que cette distinction ne soit pas reflétée dans les projets d'article, elle ne devrait pas non plus être mentionnée dans le commentaire. Le paragraphe 1 du projet d'article 11 devrait indiquer que la renonciation peut intervenir à tout moment. M. Tladi indique que les observations qu'il a faites au sujet du paragraphe 4 du projet d'article 10 valent également pour le paragraphe 3 du projet d'article 11. Le paragraphe 4 du projet d'article 11 peut quant à lui être formulé plus succinctement, par exemple comme suit : « Une disposition conventionnelle applicable entre l'État du for et l'État du représentant peut, dans certaines circonstances, valoir renonciation à l'immunité ». La nature de ces circonstances pourrait être expliquée dans le commentaire. Le projet d'article 12 pourrait lui aussi être abrégé, peut-être en remaniant comme suit la première phrase du paragraphe 1 : « L'État du for notifie à l'État du représentant qu'il a l'intention d'exercer sa juridiction pénale à l'égard de ce représentant dès qu'il apprend que la personne à l'égard de laquelle il entend exercer sa juridiction peut jouir de l'immunité ». La seconde phrase de ce paragraphe est inutile.

Les projets d'articles 13 et 15 peuvent être réunis en un seul projet d'article comptant deux ou trois paragraphes qui constituerait une disposition de caractère général applicable à toutes les formes de consultations et d'échange d'informations, qu'il s'agisse de l'invocation de l'immunité, de la renonciation à l'immunité, de la détermination de l'immunité ou du transfert de la procédure. Toutes les dispositions énonçant des droits ou obligations qui prévoient un échange d'informations ou des consultations pourraient ainsi

renvoyer à cet article de caractère général. Restructurés de cette façon, les projets d'article seraient d'une lecture plus facile.

Comme indiqué dans le rapport, le transfert de la procédure est un moyen important de mettre en balance les raisons d'être de l'immunité – l'égalité souveraine et la stabilité des relations internationales – et la nécessité de donner effet au principe de responsabilité et de prévenir l'impunité. Or, une fois encore, il n'y a pas de raison, aux fins du transfert de la procédure, de distinguer entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*. À supposer que ce transfert intervienne lorsque l'État du for ne peut exercer sa compétence à l'égard d'une personne, rien n'empêche cet État, dans le cadre des consultations, de demander à l'État du représentant d'exercer sa propre compétence le cas échéant. Certes, l'État du représentant peut refuser, soit que son droit interne le lui interdise, soit qu'il ne veuille tout simplement pas le faire. Dans le droit interne de certains États, dont l'Afrique du Sud, rien ne fait obstacle à l'engagement de poursuites contre le chef de l'État. Le fait que l'État du for n'ait aucune marge d'appréciation dans la détermination de l'immunité ne l'empêche pas de demander à l'État du représentant d'exercer sa compétence à l'égard du chef de l'État, ni ne signifie que cet État ne peut le faire.

Il en va de même des affaires dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* est en cause. L'État du for ne peut exercer sa compétence s'il est établi que l'acte du représentant est couvert par l'immunité. Comme pour l'immunité *ratione personae*, l'État n'a aucune marge d'appréciation dans la détermination de l'immunité. Néanmoins, bien que les règles relatives à l'immunité l'empêchent d'exercer sa compétence, il peut toujours demander à l'État du représentant d'exercer la sienne à l'égard de celui-ci à raison de l'acte en cause.

Par contre, lorsque l'État du for est en mesure d'exercer sa compétence, ayant déterminé soit qu'il n'y a pas immunité *ratione materiae* soit que l'une des exceptions prévues au projet d'article 7 s'applique, il peut le faire. Cette situation n'est pas différente de celle dans laquelle une personne, ou l'État dont elle a la nationalité, affirme qu'elle jouit de l'immunité *ratione personae* mais l'État du for détermine que cette immunité n'est pas applicable.

Il est peu vraisemblable, mais non impossible, que des États ne soient pas d'accord sur le point de savoir si l'immunité *ratione personae* s'applique. Invoquant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, un État peut considérer que d'autres personnes que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères jouissent elles aussi de l'immunité *ratione personae*, bien que l'article 3 du projet d'articles de la Commission ne reconnaisse cette immunité qu'à ces trois représentants de l'État. La mention de ces trois représentants au paragraphe 51 de l'arrêt relatif au *Mandat d'arrêt* a été interprétée comme une simple illustration de la catégorie définie par la formule « certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État », c'est-à-dire comme indiquant que toutes les personnes occupant un tel rang jouissaient de l'immunité *ratione personae*. M. Tladi indique qu'il ne souscrit pas à cette interprétation ; il estime qu'élargir l'immunité *ratione personae* au ministre des affaires étrangères comme le fait le projet d'article 3 est déjà aller trop loin. La question de savoir si les vice-présidents, vice-premiers ministres et vice-ministres des affaires étrangères jouissent de l'immunité *ratione personae* peut également se poser. Enfin, l'immunité d'une personne jouissant de l'immunité *ratione personae* peut, en théorie, être levée, ce qui permettra à l'État du for d'exercer sa compétence. Quoi qu'il en soit, lorsqu'il est établi qu'une personne dont il est allégué qu'elle jouit de l'immunité *ratione personae* ne jouit pas de cette immunité, l'État du for peut exercer sa compétence. Dans de tels cas, cet État et l'État du représentant peuvent s'entendre pour transférer la procédure à celui-ci, même si, en droit, l'État du for est habilité à exercer sa compétence.

Comme d'autres dispositions, le projet d'article 14 peut être simplifié. Il semble postuler que le transfert de la procédure n'interviendra que lorsque l'État du for est habilité à exercer sa juridiction ; en d'autres termes, lorsqu'il n'y a pas d'immunité ou lorsque l'une des exceptions prévues au projet d'article 7 ou ailleurs s'applique, comme il ressort du membre de phrase « peuvent renoncer à exercer leur compétence ». Or la procédure peut également être transférée si l'État du for décide qu'il ne peut exercer sa juridiction en application des règles relatives à l'immunité. Rien n'empêche cet État de demander à l'État

du représentant d'exercer sa juridiction à l'égard de la personne ou des actes en cause. Une telle demande s'effectuera selon les procédures de consultation ou d'échange d'informations déjà prévues dans les projets d'article.

Des membres de la Commission considéreront à n'en pas douter qu'en regard aux problèmes que peut soulever l'application du projet d'article 7, les garanties procédurales prévues dans les dispositions proposées dans le septième rapport sont insuffisantes. Pour M. Tladi, les règles procédurales ne doivent pas s'appliquer qu'aux exceptions ; de plus, les garanties procédurales ne doivent pas porter atteinte au contenu du projet d'article 7. Il ne pourrait souscrire à une disposition qui permettrait à l'État du représentant de « bloquer » la procédure dans l'État du for. La Commission doit néanmoins s'efforcer d'énoncer certaines règles de procédure raisonnables afin que l'application de son projet d'articles ne menace pas la stabilité des relations internationales.

Des dispositions peuvent être ajoutées à celles déjà proposées par la Rapporteuse spéciale, par exemple une disposition précisant qu'une décision des autorités de l'État du for d'exercer leur compétence bien que l'immunité ait été invoquée ou alléguée ne peut être mise en œuvre que si elle est confirmée par une autorité relativement élevée de l'organe ayant pris cette décision. La décision de refuser l'immunité ou de déclarer que des exceptions sont applicables ne doit pas être prise par une juridiction inférieure ou un fonctionnaire subalterne.

Les projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale placent à juste titre les consultations au centre des procédures à mettre en œuvre en cas de divergence de vues entre les parties. La possibilité demeure toutefois que les consultations n'aboutissent pas à un accord. Dans un tel cas, subordonner au consentement de l'État du représentant l'exercice de sa compétence par l'État du for ne serait pas acceptable. Il ne serait pas non plus souhaitable, au moins du point de vue de la stabilité des relations internationales, que la compétence soit exercée sans qu'un accord amiable, quelle qu'en soit la forme, soit conclu.

Une disposition relative au règlement des différends par recours à une tierce partie peut être envisagée, mais il s'agirait nécessairement, par définition, d'une disposition conventionnelle. Une telle solution n'est possible que si le projet d'articles devient un traité. Plus important, une telle disposition risque de porter atteinte au projet d'article 7 en conférant légitimité aux arguments qui ont déjà commencé à se faire jour dans la doctrine selon lesquels, dans ce projet d'article, la Commission n'énonce pas une règle du droit international général mais propose le texte d'un traité qui ne sera applicable qu'entre les États qui y adhéreront. C'est notamment pour cette raison qu'un mécanisme de règlement par tierce partie n'est pas la solution.

Le projet de conclusion 21 des projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (A/CN.4/L.936) adoptés par la Commission énonce des règles de procédure qui ne constituent pas un mécanisme de règlement des différends par tierce partie mais instituent un mécanisme permettant aux parties de régler leur différend elles-mêmes. Ce mécanisme pourrait être adapté au projet d'articles à l'examen. Ainsi, si l'État du représentant propose de soumettre l'affaire au règlement d'une tierce partie, l'État du for ne sera habilité à exercer sa compétence que dans la mesure où la décision de cette tierce partie l'y autorise. Si l'État du représentant ne propose pas un tel règlement, il peut exercer sa compétence sans qu'une tierce partie intervienne. Une telle procédure contribuerait à garantir et promouvoir la bonne foi dans les consultations entre les parties. La Rapporteuse spéciale pourra vouloir attendre de connaître les vues des États sur le projet de conclusion en question avant de proposer une telle solution, mais celle-ci pourrait instaurer l'équilibre voulu.

Enfin, M. Tladi dit que s'il appuie l'inclusion et le contenu du projet d'article 16, il conviendrait d'en simplifier le libellé afin qu'il soit plus direct. Ce projet d'article devrait garantir les droits de la défense consacrés par le droit international des droits de l'homme et le droit interne de l'État du for dans toute instance pénale introduite contre le représentant étranger, mais être moins détaillé qu'il ne l'est actuellement. Un ou deux brefs paragraphes suffiraient.

**M. Park** dit qu'étant donné qu'il n'a pas été en mesure de présenter ses observations générales sur le sixième rapport (A/CN.4/722) de la Rapporteuse spéciale en 2018, les observations qu'il va faire porteront à la fois sur ce rapport et le septième rapport. Il sait gré à la Rapporteuse spéciale des efforts qu'elle a faits pour examiner en profondeur la jurisprudence, la doctrine et la pratique étatique concernant les aspects procéduraux de l'immunité.

Les rapports à l'examen portent sur les garanties procédurales, qui sont extrêmement importantes en la matière et visent à garantir l'immunité et à empêcher l'État du for d'exercer abusivement sa compétence à l'égard des représentants d'États étrangers. Ces garanties sont particulièrement importantes parce que les représentants d'États étrangers qui commettent l'un quelconque des crimes de droit international visés au projet d'article 7 adopté provisoirement par la Commission ne jouissent pas de l'immunité. Comme les membres de la Commission en sont conscients, il est nécessaire de mettre en balance comme il convient les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant, qui sont différents, voire opposés.

Deux observations générales s'imposent. Premièrement, certains des neuf nouveaux projets d'article présentés par la Rapporteuse spéciale traitent de questions ponctuelles qui sont susceptibles de se poser dans les instances pénales visant des représentants d'États étrangers devant les tribunaux de l'État du for et relèvent donc essentiellement de l'entraide et de la coopération judiciaires. M. Park dit que s'il comprend parfaitement que la Rapporteuse spéciale veuille, en réponse aux demandes formulées par certains membres, prévoir suffisamment de garanties procédurales, il estime qu'il serait peut-être préférable de ne traiter que des questions concernant directement l'immunité des représentants d'États étrangers, les autres pouvant être réglées par des accords distincts ou des traités existants en la matière. À défaut, comme l'a proposé M. Tladi, le Comité de rédaction pourra vouloir abréger ou fusionner les projets d'article concernés.

Deuxièmement, au paragraphe 28 de son septième rapport, la Rapporteuse spéciale rappelle que la Commission devra examiner les définitions des termes « juridiction », « immunité de juridiction pénale étrangère », « immunité *ratione personae* » et « immunité *ratione materiae* ». En fait, la Commission n'a défini que les termes « représentant de l'État », à l'alinéa e) du projet d'article 2, et « acte accompli à titre officiel », à l'alinéa f) du même projet d'article. L'adoption de la définition des autres termes susmentionnés risquant de prendre beaucoup de temps, la Commission voudra peut-être n'y procéder qu'après avoir achevé la première lecture du projet d'articles.

En ce qui concerne le moment où la question de l'immunité est examinée, qui fait l'objet du projet d'article 8, le précédent Rapporteur spécial et la Rapporteuse spéciale ont tous deux indiqué dans leurs rapports respectifs que la question de l'immunité devait être examinée avant même l'introduction de l'instance. La Rapporteuse spéciale souligne dans son sixième rapport, aux paragraphes 49 et suivants, que le moment précis de l'examen de la question de l'immunité ne peut être établi de manière définitive et qu'il n'est pas facile, essentiellement en raison des différences existant dans la législation pénale et la pratique des États en la matière, de définir le sens de l'expression « à un stade précoce » dans une disposition susceptible de s'appliquer dans toute affaire dans laquelle l'immunité est en cause. M. Park dit qu'à cet égard, il va donner des exemples de règles du droit interne en vigueur en République de Corée, ainsi que d'accords bilatéraux conclus par le gouvernement de ce pays.

La loi sur la procédure pénale de la République de Corée, une loi de caractère général, n'envisage pas la question de l'immunité, mais des directives publiées par le Bureau du Procureur général de la République de Corée sur l'instruction des affaires dans lesquelles des diplomates et autres personnes jouissant de l'immunité de juridiction pénale sont en cause définissent les infractions couvertes par l'immunité. Elles précisent également les mesures à prendre lorsque l'immunité est en cause. L'article 3 de ces directives indique que les affaires dans lesquelles des infractions couvertes par l'immunité sont en cause doivent être instruites rapidement et en priorité afin d'éviter les malentendus ou représentations diplomatiques inutiles. Ces directives ordonnent également aux autorités de police de signaler sans délai ces affaires au Bureau du Procureur compétent et d'en informer le Ministère des affaires étrangères. Les autorités compétentes doivent vérifier si

le représentant étranger en cause jouit de l'immunité en demandant à l'État qu'il représente une attestation écrite en ce sens. En application de ces dispositions, la question de l'immunité est examinée dès que l'État du for a connaissance de l'affaire, comme le prévoit le paragraphe 1 du projet d'article 8 présenté à la Commission.

La Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique et la République de Corée conclue en 2007 est également pertinente. L'article 1, paragraphe 1, de cet instrument dispose qu'au sens de la Convention, il convient d'entendre par « procédure » tous les aspects de la procédure en matière pénale, y compris les enquêtes, les poursuites et l'instruction judiciaire. Cette disposition montre que, comparée aux autres États, la République de Corée interprète l'expression « procédure » pénale au sens large.

Le moment exact de « la mise en accusation » d'un représentant ou de « l'engagement des poursuites » visé au paragraphe 2 du projet d'article 8 peut être différent d'un pays à l'autre. Chaque État examine la question de l'immunité selon son propre calendrier tel que défini par son droit pénal ou établi dans sa pratique. La Commission ne devrait donc définir le moment où la question de l'immunité doit être examinée qu'en termes généraux, et engager les États à définir ce moment compte tenu de leur situation particulière. C'est pourquoi M. Park, tout en appuyant le paragraphe 1 du projet d'article 8, propose de réunir les paragraphes 2 et 3 de celui-ci en une seule disposition qui se lirait comme suit : « La question de l'immunité est examinée à un stade précoce de l'instance, avant qu'une mesure coercitive susceptible d'entraver l'exercice de ses fonctions soit prise contre le représentant étranger ».

S'agissant des actes de l'État du for concernés par l'immunité, au paragraphe 67 de son sixième rapport, la Rapporteuse spéciale classe les actes des États pouvant toucher un représentant étranger ou l'immunité de juridiction pénale dont il jouit en trois groupes, dont le premier comprend les actes de l'État du for qui présentent un caractère essentiellement exécutif et ne relèvent pas de l'exercice de la juridiction pénale. Lorsqu'elle analyse la détention au paragraphe 69 de son sixième rapport, la Rapporteuse spéciale indique que les représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione personae* sont protégés soit par l'immunité dont ils jouissent en application du droit international coutumier soit par leur inviolabilité, bien que le placement en détention lui-même soit un acte purement exécutif. À l'inverse, la Rapporteuse spéciale déclare que les représentants d'États étrangers qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* ne sont pas protégés par l'invocabilité.

En conséquence, l'étendue de la protection accordée aux représentants d'États étrangers qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* doit être examinée en détail, en tenant compte du fait qu'à cet égard le principal objectif est de prévenir l'exercice politiquement motivé ou abusif de la juridiction à l'égard de représentants d'États étrangers. Il est probable que l'État du for préférera, pour des raisons pratiques, engager des poursuites pénales contre les représentants étrangers jouissant de l'immunité *ratione materiae* que contre ceux jouissant de l'immunité *ratione personae*. Dans la mesure où la Commission a provisoirement adopté le projet d'article 7, les représentants jouissant de l'immunité *ratione materiae* risquent davantage d'être des suspects ou des accusés dans des procédures pénales devant les tribunaux de l'État du for. Il est pour cette raison particulièrement critique d'élaborer un guide des aspects procéduraux de l'immunité *ratione materiae*, l'objectif étant de prévenir les poursuites pénales abusives contre les représentants qui en jouissent.

Par ailleurs, la Rapporteuse spéciale déclare, aux paragraphes 90 et suivants de son sixième rapport, que l'on admet que des mesures conservatoires peuvent être prises contre les biens de représentants jouissant de l'immunité *ratione personae* et renvoie dans ce contexte à la résolution adoptée en 2001 par l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international. Or le représentant d'un État étranger peut posséder un bien non pour sa valeur pécuniaire, mais à titre officiel, en raison de l'intérêt qu'il présente du point de vue du renseignement. Ainsi, un dispositif électronique de stockage de données, par exemple une clé USB, appartenant au représentant d'un État étranger jouissant de l'immunité *ratione personae* et utilisée par celui-ci pour stocker des informations hautement confidentielles sera inviolable parce qu'il est lié au renseignement. La possibilité que les mesures

conservatoires jugées nécessaires par l'État du for pour maintenir son contrôle sur de tels biens entraînent une perte de contrôle du dispositif ou la divulgation des données confidentielles qui y sont stockées peut en elle-même porter atteinte à la fonction ou mission officielle du représentant concerné.

Il est donc possible que le seul fait que le bien en cause soit entre les mains de l'État du for porte préjudice au représentant de l'État étranger ou à cet État. Il en sera ainsi si l'État du for prend des mesures conservatoires pour ôter au représentant étranger le contrôle des biens qui sont en sa possession. C'est pourquoi les mesures conservatoires visant les biens des représentants jouissant de l'immunité *ratione personae* devraient être interdites.

Dans son sixième rapport, la Rapporteuse spéciale analyse divers mécanismes auxquels les États ont recours, en mettant en particulier l'accent sur les autorités compétentes pour déterminer l'immunité et les procédures qu'elles utilisent pour consulter les autres organes de l'État. M. Park dit qu'il souscrit à l'opinion, exprimée par la Rapporteuse spéciale et d'autres membres de la Commission à la soixante-dixième session, selon laquelle les juridictions de l'État du for sont compétentes pour examiner l'applicabilité de l'immunité de juridiction pénale étrangère et statuer à cet égard.

Quel que soit le mécanisme qu'un État décide d'utiliser, la question la plus critique, comme indiqué dans le sixième rapport, est celle de la validité des informations additionnelles fournies par d'autres organes de l'État du for ou par l'État du représentant en ce qui concerne les éléments normatifs intervenant dans la détermination de l'immunité de ce représentant lorsque l'immunité *ratione materiae* est en cause. Lorsque le tribunal compétent de l'État du for ne dispose pas de suffisamment d'informations sur ces éléments normatifs, il n'a d'autre choix que de se fonder sur les informations fournies par d'autres organes de l'État du for ou par l'État du représentant.

En particulier, l'appréciation de la validité et de la fiabilité des informations fournies par l'État du représentant sera très importante dans de tels cas. Le tribunal de l'État du for a besoin d'informations exactes pour déterminer si le représentant de l'État étranger jouit de l'immunité. Dans cette optique, l'État du for peut demander à l'État du représentant des informations concernant, par exemple, le statut et la qualité officielle du représentant concerné, ce qui permettra à l'État du for d'évaluer précisément si, en l'espèce, l'intéressé a ou non agi à titre officiel.

Toutefois, comme il risque d'être porté atteinte à la souveraineté de l'État du représentant, un équilibre est nécessaire. Le projet d'article 13, relatif à l'échange d'informations, ne traite que des aspects procéduraux. M. Park propose donc que le paragraphe 1 du projet d'article 13 précise la nature des informations devant être échangées, à savoir les seules informations nécessaires à l'État du for pour décider si le représentant jouit de l'immunité. L'adjectif « utiles » (« *relevant* ») figurant au paragraphe 1 du projet d'article 13 élargit indûment la gamme des informations qui peuvent être demandées ; les adjectifs « nécessaires » ou « essentielles » seraient préférables.

Lors de la soixante-dixième session de la Commission, des membres ont insisté sur le rôle des ministres des affaires étrangères. Il est indubitable que les deux ministres des affaires étrangères compétents, à savoir celui de l'État du for et celui de l'État du représentant, ont un rôle important à jouer s'agissant de déterminer si le représentant en cause jouit de l'immunité. En particulier, un mémoire d'*amicus curiae* présenté par le ministère des affaires étrangères de l'État du for sera important dans l'examen de la question de l'immunité. Les directives en vigueur en République de Corée font obligation aux autorités de police de signaler les affaires au bureau du procureur compétent dès qu'elles surviennent et qu'elles en informent immédiatement le Ministère des affaires étrangères.

Le projet d'article 9 porte sur les facteurs dont doivent tenir compte les organes compétents de l'État du for pour déterminer l'immunité. Le paragraphe 1 dispose que la détermination de l'immunité incombe aux tribunaux de l'État du for « sans préjudice de la participation d'autres organes de l'État qui, conformément à la législation nationale, pourront coopérer avec eux ». Deux importantes conclusions peuvent être tirées de cette disposition : premièrement, le pouvoir ultime de déterminer si tel ou tel représentant

étranger jouit ou non de l'immunité doit être laissé aux tribunaux et, deuxièmement, la participation d'autres organes de l'État doit être garantie par la législation nationale.

Pour ce qui est du premier point, la Rapporteuse spéciale rappelle, au paragraphe 9 de son septième rapport, qu'à la soixante-dixième session certains membres ont souligné « la nécessité de réduire le pouvoir d'appréciation du procureur dans ce domaine ». Il est exact que dans certains pays le ministère public jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'immunité : en droit ce sont les tribunaux qui sont investis du pouvoir de déterminer l'immunité, mais en fait ce sont les procureurs ou le ministère de la justice qui exercent ce pouvoir. Limiter le rôle des tribunaux à l'avalisation des décisions relatives à l'immunité prises par le ministère public ne serait pas compatible avec l'objet et le but du projet d'article 9, qui dispose, en vue de prévenir l'exercice abusif ou politiquement motivé de sa juridiction par l'État du for, que ce sont les tribunaux, qui ne sont pas sous la tutelle de l'exécutif, qui déterminent l'immunité. Ainsi la compétence, au sens substantiel de ce terme, pour déterminer l'immunité doit être exercée par les juridictions indépendamment de l'exécutif, notamment les autorités chargées des enquêtes, le bureau du procureur et le ministère de la justice.

Deuxièmement, comme il a déjà été relevé, la Rapporteuse spéciale indique que la participation éventuelle d'organes autres que les juridictions doit être régie par la législation nationale. Il n'est toutefois pas certain que les États dont le droit interne ne régit pas la participation d'autres organes que les tribunaux à la détermination de l'immunité soient tenus de se doter d'une législation en la matière. De plus, le paragraphe 2 du projet d'article 9 dispose que « l'immunité de l'État étranger est déterminée [...] selon les procédures établies par le droit national ».

Les expressions « législation nationale » et « droit national » utilisées aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 9, respectivement, doivent être interprétées sans préjudice de l'objet et du but de l'institution de l'immunité. La question est de savoir si la législation nationale doit être modifiée si elle est incompatible avec cet objet et ce but. Comme le projet d'article 9 postule que la législation nationale régleme les aspects procéduraux de l'immunité, les États doivent s'efforcer de se doter d'une législation en la matière ou de modifier leur législation existante conformément au projet d'articles. M. Park dit qu'il propose donc d'ajouter au projet d'article 9 un nouveau paragraphe 4 qui se lirait comme suit : « Si la législation nationale d'un État ne régit pas les aspects procéduraux de l'immunité ou contredit le présent projet d'articles, cet État devrait s'efforcer d'adopter une législation conforme au présent projet d'articles ou amender sa législation conformément à celui-ci ».

De plus, M. Park dit qu'il souhaiterait que la Rapporteuse spéciale donne des éclaircissements sur la relation entre les paragraphes 1 et 3 du projet d'article 9. Selon le paragraphe 1 du projet d'article 9, d'autres organes de l'État peuvent participer à la détermination de l'immunité conformément à la législation nationale. Cette participation n'est garantie que lorsqu'il existe déjà une législation nationale en la matière. Le paragraphe 3 du projet d'article 9, quant à lui, dispose que la juridiction compétente est tenue d'examiner les informations communiquées par d'autres autorités de l'État du for et par les autorités de l'État du représentant. M. Park dit qu'il n'est pas certain que cette obligation de tenir compte des informations en question soit une obligation de droit international, en d'autres termes, que les juridictions de l'État du for soient tenues d'examiner les informations communiquées par d'autres autorités, qu'il existe ou non une législation nationale en la matière.

En ce qui concerne l'invocation de l'immunité, dans son septième rapport la Rapporteuse spéciale distingue l'immunité *ratione personae* de l'immunité *ratione materiae*, arguant au paragraphe 49 que l'immunité *ratione personae* doit être prise en compte d'office par les juridictions de l'État du for. À l'inverse, s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, elle déclare au paragraphe 50 que l'État du représentant doit invoquer l'immunité de celui-ci. Les arrêts de la Cour internationale de Justice mentionnés au paragraphe 51, notamment celui rendu sur *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* n'étaient pas l'argument de la Rapporteuse spéciale.

Or le problème en matière d'invocation de l'immunité tient à ce qu'il n'est pas facile pour l'État du for d'identifier les organes de l'État du représentant compétents en la matière. Comme la Rapporteuse spéciale l'indique aux paragraphes 56 et 57 de son septième rapport, ces organes varient d'un système juridique à l'autre et sont tenus d'appliquer la législation nationale. La Rapporteuse spéciale n'en souligne pas moins à juste titre que les instruments internationaux et les législations nationales n'accordent guère d'attention à la question. Bien qu'il soit impossible d'affirmer que dans chaque État le même organe devrait être compétent pour invoquer l'immunité, peut-être serait-il à tout le moins souhaitable que chaque État désigne dans sa législation nationale l'organe compétent en la matière, car cela permettrait à l'État du for qui souhaite exercer sa juridiction pénale de déterminer rapidement et précisément quels sont les organes compétents pour invoquer l'immunité.

Comme l'indique la Rapporteuse spéciale, l'invocation de l'immunité n'est pas une condition procédurale de l'immunité *ratione personae* ; l'invocation n'est requise que pour l'immunité *ratione materiae*. Le paragraphe 2 du projet d'article 10 dispose néanmoins que « [l']immunité doit être invoquée dès que l'État du représentant a connaissance de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence pénale à son égard ». Cette disposition ne distingue pas entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* s'agissant de l'invocation. Or une distinction devrait être faite entre ces immunités et la disposition devrait préciser que seule l'immunité *ratione materiae* doit être invoquée dès que l'État du représentant apprend que celui-ci peut faire l'objet de poursuites. Cela est conforme au paragraphe 6 du projet d'article 10, qui dispose que l'applicabilité de l'immunité *ratione personae* doit être déterminée d'office, que l'État du représentant invoque ou non cette immunité. À cet égard, la question de savoir si le fait pour l'État du représentant de ne pas invoquer l'immunité *ratione personae* peut être considéré comme une renonciation implicite doit être examinée très soigneusement, comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 95 de son septième rapport.

En ce qui concerne le paragraphe 6 du projet d'article 11, l'irrévocabilité de la renonciation appelle des éclaircissements. Au paragraphe 100 de son septième rapport, la Rapporteuse spéciale conclut que la renonciation est irrévocable « [b]ien qu'il n'existe aucune pratique à cet égard ». Elle justifie sa position en invoquant la nature de la renonciation à l'immunité et la nécessité de garantir le respect du principe de certitude juridique. Étant donné qu'ainsi que l'indique le paragraphe 99 la renonciation à l'immunité peut avoir lieu à tout moment, il semble que l'État du représentant puisse renoncer à l'immunité à tout moment après l'avoir invoquée. Par contre, cet État ne peut invoquer l'immunité après y avoir renoncé. Stipuler que les renonciations à l'immunité produisent des effets définitifs risque de dissuader les États de renoncer à l'immunité et de limiter l'utilité de la renonciation en tant qu'institution. M. Park propose par conséquent que la Commission revienne sur l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité. Elle pourrait par exemple stipuler qu'un État peut revenir sur une renonciation à l'immunité si ne pas le faire porterait atteinte à un intérêt national essentiel.

Le paragraphe 107 du septième rapport vise quatre types d'activités susceptibles d'être qualifiées de garanties procédurales : la notification à l'État du représentant de l'intention des autorités de l'État du for d'exercer leur compétence pénale, la demande et l'échange d'informations, le transfert des procédures pénales à l'État du représentant et la tenue de consultations entre les États concernés. Des garanties sont proposées en ce qui concerne chacune de ces activités dans les projets d'articles 12, 13, 14 et 15, respectivement. M. Park dit qu'il doute toutefois que tous les éléments présentés par la Rapporteuse spéciale soient directement liés à l'immunité, estimant qu'ils relèvent davantage de l'entraide judiciaire.

De manière générale, l'analyse de la Rapporteuse spéciale de chaque garantie procédurale semble adéquate. Comme indiqué en ce qui concerne le transfert de la procédure pénale, lorsque l'État du for qui exerce sa compétence pénale transfère la procédure à l'État du représentant à la demande de cet État, celui-ci peut retarder intentionnellement la procédure ou invoquer frauduleusement l'immunité pour ne pas engager comme il le devrait la responsabilité pénale de son représentant. Une telle situation ne peut que favoriser l'impunité.

Comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 150 de son septième rapport, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit un moyen de prévenir l'impunité, en particulier en son article 20, intitulé « *Ne bis in idem* », dont le paragraphe 3 dispose que la Cour peut redevenir compétente si la procédure devant l'autre juridiction « [a]vait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour » ou a été menée « d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice ». Il serait souhaitable que le projet d'article 14, relatif au transfert de la procédure pénale, reflète cette disposition en stipulant que l'État du for sera de nouveau pénalement compétent si, en cas de transfert de la procédure à l'État du représentant, il existe un risque que celui-ci reste impuni. M. Park propose donc d'ajouter au projet d'article 14 un nouveau paragraphe 4 ainsi libellé : « Si le transfert de la procédure à l'État du représentant avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale ou a été mené d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice, celui-ci est de nouveau jugé par les tribunaux de l'État du for ».

S'agissant des droits et garanties de procédure dont bénéficie le représentant de l'État, qui font l'objet du projet d'article 16, il est absolument évident que, comme dans toute instance pénale, ces droits et garanties ne doivent pas être méconnus s'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. La Commission a traité expressément de cette question dans les travaux qu'elle a menés sur des sujets tels que « Expulsion des étrangers » et « Crimes contre l'humanité ». La question de savoir si la Rapporteuse spéciale devait en traiter dans son rapport est toutefois différente. Comme elle l'affirme au paragraphe 159 de son septième rapport, « il est communément admis [que] les garanties du procès équitable et les droits de la défense constituent un ensemble de normes et de principes bien établis en droit international contemporain ».

Il est évident que les représentants d'États étrangers qui commettent des infractions qui ne sont pas couvertes par l'immunité ont le même droit à un procès équitable et aux autres garanties procédurales en matière pénale que les accusés qui n'ont pas le statut de représentant de l'État. À moins que la qualité officielle des représentants d'États étrangers ne confère à ceux-ci des droits particuliers et additionnels, il n'y a aucune raison de consacrer une disposition distincte du projet d'articles aux droits et garanties de procédure dont jouissent tous les accusés en matière pénale. Les traités internationaux comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, évoqués par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 165 de son septième rapport, ne prévoient pas de garanties additionnelles au bénéfice des représentants d'États étrangers. M. Park se demande donc si le projet d'article 16, bien qu'il n'ait pas d'effet préjudiciable, est réellement nécessaire.

Pour ce qui est du programme de travail futur, la Rapporteuse spéciale a évoqué à plusieurs reprises l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale sur l'appel interjeté par la Jordanie contre le jugement concluant qu'elle avait manqué à son obligation de coopérer avec la Cour en ne faisant pas droit à la demande de celle-ci d'arrêter Omar Al-Bashir et de lui remettre cette personne. Au paragraphe 175 de son septième rapport, la Rapporteuse spéciale fait valoir que « dans cette affaire, différentes questions ont été soulevées qui pourraient avoir une incidence sur les travaux de la Commission sur le présent sujet et qui méritent donc d'être examinées en temps utile ». Toutefois, à première vue, l'arrêt en question ne semble pas concerner directement le sujet, puisqu'il porte essentiellement sur la question de savoir si, en droit international coutumier, les chefs d'État jouissent de l'immunité *ratione personae* devant les juridictions internationales. Cet arrêt semble être davantage axé sur le prétendu conflit entre les articles 27 et 98 du Statut de Rome.

En ce qui concerne la possibilité évoquée au paragraphe 176 du septième rapport de prévoir un mécanisme de règlement des différends entre États, il n'est pas sûr que les différends relatifs à l'immunité des représentants de l'État doivent être réglés différemment des autres différends. De plus, s'il établissait un mécanisme de règlement des différends relatifs à l'immunité, le projet d'articles imposerait une contrainte excessive à l'État du for dans l'exercice de sa compétence pénale.

S'agissant de recommander des bonnes pratiques dans le projet d'articles, les informations en question peuvent être utiles aux États mais elles devraient peut-être leur

être données autrement. Des guides ou des manuels pourraient si nécessaire être diffusés sous la forme de mémoires d'*amicus curiae*. À défaut, la Commission pourrait envisager de faire figurer les informations en question dans les commentaires du projet d'articles.

**M. Murase**, notant avec satisfaction que grâce à une analyse approfondie des garanties procédurales les travaux de la Commission sur le sujet sont entrés dans leur phase finale, dit que l'excellent septième rapport de la Rapporteuse spéciale appelle un certain nombre d'observations générales.

Premièrement, le sujet concerne non seulement le procès pénal lui-même mais également l'enquête pénale. La Rapporteuse spéciale s'est principalement concentrée sur le procès, mais les divers aspects de l'enquête, par exemple l'arrestation et la détention, ne doivent pas être méconnus.

Deuxièmement, il convient de faire une distinction nette dans les projets d'article proposés entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Certaines des dispositions proposées par la Rapporteuse spéciale concernent la première mais non la seconde. À cet égard, M. Murase appuie la proposition tendant à ce que le projet d'articles contienne une définition des termes « juridiction », « immunité de juridiction pénale étrangère », « immunité *ratione personae* » et « immunité *ratione materiae* ». Il pourrait également être nécessaire de définir les termes « État du for » et « État du représentant ».

Troisièmement, si on les compare aux dispositions de fond des projets d'articles 1 à 7, les dispositions procédurales des projets d'articles 8 à 16 sont extrêmement détaillées et risquent donc de créer un déséquilibre. Certains des nouveaux projets d'article proposés devraient donc être simplifiés.

S'agissant de ces projets d'articles eux-mêmes, il convient en premier lieu de noter que l'utilisation du terme « représentant étranger » aux paragraphes 1 et 3 du projet d'article 8 n'est pas entièrement opportune, car ce projet d'article porte non seulement sur l'immunité *ratione personae* mais aussi sur l'immunité *ratione materiae*. Jouissent également de cette dernière, aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 6, les personnes qui ont cessé d'être des représentants de l'État. La fin du paragraphe 3 du projet d'article 8, « susceptible de l'empêcher d'exercer ses fonctions », devrait peut-être être modifiée pour la même raison.

Deuxièmement, la relation entre les paragraphes 2 et 3, qui semblent traiter du procès et de l'enquête, respectivement, n'est pas totalement claire. D'une manière générale, l'information commence avec l'enquête et s'achève lorsque les autorités compétentes saisissent le procureur. Le procès commence lorsque le procureur décide de mettre la personne concernée en accusation. S'il en est ainsi, les mots « à un stade précoce de l'instance » qui figurent au paragraphe 2 renvoient à la phase de l'enquête. Ainsi, il semble que les autorités compétentes de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité d'abord si elles ont l'intention de prendre une mesure coercitive, et de nouveau si elles ont l'intention de mettre le représentant en accusation. Comme l'enquête et le procès suivent généralement des procédures différentes, le projet d'article devrait viser les deux moments auxquels la question de l'immunité doit être examinée.

Troisièmement, si l'obligation de l'État du représentant d'invoquer l'immunité lorsque c'est l'immunité *ratione materiae* qui est en cause est énoncée dans le rapport et dans les projets d'article proposés, le rapport indique également que l'État du représentant n'a pas à invoquer l'immunité *ratione personae* et que l'État du for doit se saisir d'office de la question. Si tel est le cas, le moment où l'État du for doit examiner la question de l'immunité peut être différent selon qu'il s'agit de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*. Si c'est cette dernière qui est en cause, elle sera invoquée plus tardivement que l'immunité *ratione personae*, son invocation étant requise par le paragraphe 2 du projet d'article 10. Il faut donc se demander si la question de l'immunité *ratione materiae* peut être examinée par un procureur au stade de l'instruction et si elle peut être examinée en temps voulu. Si la Commission décide que l'État du représentant est tenu d'invoquer l'immunité *ratione materiae*, le fait que cette immunité est traitée différemment par l'État du for devra être reflété dans le projet d'article 8.

Quatrièmement, si l'on tient compte de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, il convient d'examiner avec soin la question du contrôle des pouvoirs discrétionnaires du ministère public, dont M. Murase rappelle qu'il l'a évoquée à la soixante-dixième session de la Commission (A/CN.4/SR.3438). Cet aspect du sujet devrait être développé dans le commentaire.

Pour ce qui est du projet d'article 9, qui semble traduire une position très raisonnable, la détermination de l'immunité fait parfois l'objet d'une décision d'une organisation internationale, comme la Cour pénale internationale, ou relève des dispositions d'un traité auquel l'État du for est partie. M. Murase souhaiterait donc que la Rapporteuse spéciale examine cette question dans son huitième rapport.

Le paragraphe 1 du projet d'article 9 ne devrait pas négliger le rôle du procureur dans la détermination de l'immunité au stade de la mise en accusation. Comme le note la Rapporteuse spéciale dans la note de bas de page 91, le procureur peut décider de ne pas poursuivre un représentant étranger parce qu'il estime que celui-ci jouit de l'immunité. Dans ce contexte également, la Commission devrait se pencher sur le contrôle des pouvoirs discrétionnaires du ministère public.

Au paragraphe 2 du projet d'article 9, c'est « le représentant » et non « l'État » étranger qui devrait être visé. Outre le « droit national », ce paragraphe devrait mentionner les obligations juridiques internationales de l'État étranger et pourrait donc être modifié comme suit : « L'immunité des représentants d'États étrangers est déterminée conformément aux dispositions du présent projet d'articles ainsi qu'aux autres règles applicables du droit international, selon les procédures prévues par le droit interne ». Un tel libellé indiquerait clairement que l'État du for doit se conformer aux instruments juridiques internationaux auxquels il est partie.

Le projet d'article 10 appelle plusieurs observations. Premièrement, comme la Rapporteuse spéciale considère qu'à la différence de l'immunité *ratione personae*, l'immunité *ratione materiae* doit être invoquée par l'État du représentant, ce projet d'article devrait préciser qu'il ne concerne que l'immunité *ratione materiae*, puisqu'il énonce des obligations en matière d'invocation de l'immunité. Deuxièmement, le paragraphe 1, qui commence par les mots « L'État », devrait commencer par les mots « L'État du représentant ». Il en va de même des paragraphes 2 à 4. S'il est dûment donné effet à ces propositions, le paragraphe 1 commencerait comme suit : « L'État du représentant peut invoquer l'immunité *ratione personae* ... ». Les paragraphes 2 à 4 commenceraient par les mots : « L'immunité *ratione materiae* ... ».

Troisièmement, en ce qui concerne le paragraphe 2, il n'indique pas clairement quel est l'État qui doit prendre l'initiative d'invoquer l'immunité. Aux termes du paragraphe 3 proposé, dès que l'État du représentant apprend que l'État du for entend exercer sa compétence pénale, il doit invoquer l'immunité *ratione materiae*. Mais la question demeure de savoir comment l'État du représentant sera informé de cette intention. Dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, cet État ne saura pas que l'État du for a l'intention d'exercer sa compétence pénale à l'égard d'une personne qui a cessé d'être un représentant de l'État. Pour cette raison, ce paragraphe devrait être lié au projet d'article 8 et au paragraphe 1 du projet d'article 12. L'obligation première d'examiner la question de l'immunité incombe à l'État du for. Une fois que cet État a notifié à l'État du représentant sa décision d'exercer sa compétence pénale, l'État du représentant est tenu de l'obligation secondaire d'invoquer l'immunité *ratione materiae*.

Quatrièmement, en ce qui concerne le paragraphe 3, les actes du représentant étranger doivent, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, être considérés comme séparables ; en d'autres termes, l'État du représentant doit pouvoir invoquer l'immunité pour certains actes mais non pour d'autres. Le problème de la séparabilité devrait donc être envisagé en relation avec l'invocation de l'immunité. Cinquièmement, l'idée qu'en vertu du droit international coutumier les États sont tenus d'invoquer l'immunité *ratione materiae* « par écrit » comme le stipule le paragraphe 3 du projet d'article 10 est contestable. Bien que la Cour internationale de Justice évoque cette obligation dans son arrêt relatif à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, on peut douter qu'elle soit établie en droit international coutumier.

Sixièmement, s'il est clair que l'État du représentant est tenu d'invoquer l'immunité *ratione materiae*, on voit mal si le paragraphe 4 du projet d'article 10 s'applique au destinataire de cette invocation. Les paragraphes 4 et 5 du projet d'article 10 n'exigent pas de l'État du représentant qu'il invoque l'immunité *ratione materiae* devant les tribunaux de l'État du for ; de fait, en application du paragraphe 4 du projet d'article 10, cet État peut invoquer l'immunité selon toute procédure acceptée par les États concernés. Cette disposition ne fournit guère d'indications utiles et risque d'être source de confusion pour les États. Si le libellé prescriptif de ce paragraphe est conservé, il devrait être simplifié. Septièmement, les mots « par la voie diplomatique » devraient être remplacés par les mots « par les voies diplomatiques ». Le libellé actuel postule qu'il n'existe qu'une seule voie entre les deux États. Or des relations diplomatiques peuvent également être menées par l'intermédiaire de tierces parties, comme c'est le cas des relations entre les États-Unis d'Amérique et la République islamique d'Iran, qui ont recours à la Suisse et au Pakistan, respectivement, comme intermédiaires.

Huitièmement, M. Murase se demande pourquoi la Rapporteuse spéciale n'a pas examiné l'effet de la non-invocation de l'immunité *ratione materiae*. Étant donné qu'aux termes du projet d'article 10 l'État du représentant est tenu d'invoquer l'immunité *ratione materiae*, les conséquences du manquement à cette obligation doivent être envisagées.

Enfin, comme le démontrent les assassinats récents de Kim Jong-nam à l'aéroport international de Kuala Lumpur et de Jamal Khashoggi au consulat d'Arabie saoudite à Istanbul, en Turquie, même lorsqu'il ordonne à un de ses représentants de commettre un crime, lequel sera alors un acte accompli à titre officiel, il est fréquent que l'État concerné nie toute implication et n'invoque pas l'immunité. La question se pose alors de savoir si le représentant peut invoquer lui-même l'immunité devant les tribunaux de l'État du for. La Rapporteuse spéciale explique au paragraphe 55 de son septième rapport que, étant donné que les droits protégés par l'immunité n'appartiennent pas au représentant, sa demande d'immunité ne peut être considérée comme une véritable invocation de l'immunité mais seulement comme une allégation que les autorités de l'État du for peuvent considérer comme un fait, et qu'elles peuvent en tout état de cause demander à l'État du représentant de confirmer ou de démentir. La Rapporteuse spéciale pourra toutefois souhaiter expliquer si l'État du for doit examiner la question de l'immunité lorsque c'est le représentant lui-même qui invoque l'immunité alors que l'État qu'il représente la dénie.

En ce qui concerne le projet d'article 11, les mots « du représentant » devraient être insérés après le mot « L'État » au paragraphe 1. S'agissant de la comparution du représentant devant une juridiction de l'État du for, M. Murase appelle l'attention sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui traite expressément de la question aux paragraphes 1 et 2 de son article 8. On trouve une disposition similaire à l'article 3 de la Convention européenne sur l'immunité des États. Ces dispositions attestent que la question est importante et qu'elle devrait donc être expressément envisagée dans le cadre du sujet à l'examen.

Le paragraphe 6 du projet d'article 13 concerne le refus de l'État du représentant de communiquer les informations demandées. Il conviendrait de le faire suivre d'un paragraphe 7 portant sur la participation de l'État du représentant à la procédure d'échange d'informations qui, comme indiqué au paragraphe 134 du septième rapport, ne peut être interprétée comme une renonciation tacite à l'immunité de juridiction pénale du représentant.

Au paragraphe 2 du projet d'article 14, les mots « par l'État du représentant » devraient être ajoutés après les mots « Une fois le transfert demandé » afin que la disposition soit plus claire.

S'agissant du projet d'article 16, M. Murase se félicite que le traitement équitable et impartial du représentant soit envisagé. Ce projet d'article devrait néanmoins indiquer clairement que ce traitement doit être apprécié « à la lumière des normes internationales en matière de droits de l'homme ». De plus, il conviendrait d'accorder une plus large place à l'assistance consulaire, évoquée au paragraphe 168 du rapport. Comme le souligne à juste titre la Rapporteuse spéciale au paragraphe 50, s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, les organes de l'État du for ne sont pas en mesure de savoir si telle ou telle personne est un

représentant étranger. Cela est particulièrement vrai lorsque l'État du for a l'intention d'exercer sa compétence pénale à l'égard d'une personne qui a cessé d'être un représentant de l'État, puisqu'en l'absence d'assistance consulaire, l'État de nationalité de cette personne ne peut être informé de la situation. Cette question devrait être envisagée, au moins dans le commentaire.

Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Murase se féliciterait que la Commission achève la première lecture du projet d'articles à la session en cours, mais il ne pense pas qu'elle doive se hâter de le faire sans tenir compte d'un certain nombre de questions pressantes, notamment celle de la relation avec la Cour pénale internationale.

En conclusion, M. Murase dit qu'il est favorable au renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction.

**M. Murphy** dit que les sixième et septième rapports de la Rapporteuse spéciale contiennent des informations extrêmement diverses qui sont d'une aide précieuse pour l'examen des aspects procéduraux du sujet par la Commission. Il se félicite que la Rapporteuse spéciale admette honnêtement que nombre des projets d'article proposés relèvent du développement progressif du droit international, ce qui permet à la Commission de faire preuve de créativité pour les rédiger sous une forme optimale.

Comme indiqué dans le septième rapport, l'adoption par la Commission en 2017 du projet d'article 7 a continué d'occuper une place considérable dans les débats de la Sixième Commission en 2018. Plusieurs États ont souligné le lien entre les garanties procédurales et le projet d'article 7. De fait, de nombreux États ont souligné que de telles garanties étaient nécessaires pour réduire le risque de politisation de l'exercice de la juridiction pénale à l'égard de représentants d'États étrangers et son exercice abusif. Dans le même temps, la délégation iranienne a fait valoir que les carences du projet d'article 7 étaient telles que des garanties procédurales ne pouvaient y remédier.

Lors du débat de la Commission en 2017, de nombreux membres ayant appuyé le projet d'article 7 ont souligné que des garanties procédurales étaient nécessaires pour se prémunir contre son application abusive.

Compte tenu des vues exprimées par les États et par les membres de la Commission, on se serait attendu à ce que les projets d'article proposés dans le septième rapport prévoient des garanties procédurales au bénéfice des représentants d'États étrangers auxquels l'immunité a été refusée en application du projet d'article 7. Or il est difficile de trouver de telles garanties dans ces dispositions. À de nombreux égards, la seule chose qui soit « garantie » semble être la juridiction de l'État du for.

Le problème fondamental est que les projets d'article proposés sont conçus essentiellement pour permettre à l'État du for d'examiner la question de l'immunité et de déterminer si l'immunité existe dans les différents cas d'espèce. Or le projet d'article 7 répond déjà à cette question : quiconque est accusé d'avoir commis un des crimes visés dans ce projet d'article et qui n'est pas un chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères ne jouit pas de l'immunité. Ainsi, dans toute affaire dans laquelle un représentant d'État étranger est accusé d'avoir commis un crime tel que la torture, l'« examen de la question » de l'immunité au sens du projet d'article 8 ne sera pas long : en application du projet d'article 7, si l'intéressé ne fait pas partie de la troïka, il ne jouit pas de l'immunité.

M. Murphy dit qu'il se demande en fait si l'un quelconque des projets d'article qui suivent s'appliquera une fois que l'État du for a « considéré » (« *considered* ») qu'il n'y avait pas d'immunité en application du projet d'article 7. Cette situation peut être comparée à celle dans laquelle l'État du for « considère » que telle ou telle personne ne peut invoquer l'immunité en droit international parce qu'elle est son ressortissant national. Toutefois, même si l'on suppose que les projets d'article suivants sont pertinents s'agissant d'une personne accusée d'avoir commis un crime visé au projet d'article 7, ils ne semblent pas prévoir de garanties dignes de ce nom au bénéfice de l'État du représentant.

Si le projet d'article 9 sur la « détermination » de l'immunité ne précise pas exactement à quel moment la juridiction doit procéder à cette détermination, ce processus ne prendra pas non plus beaucoup de temps. Si le représentant est accusé d'avoir commis

un crime de guerre, par exemple, la juridiction déterminera automatiquement qu'il n'y a pas d'immunité. M. Murphy ne voit pas en quoi une telle détermination représenterait une quelconque garantie pour l'État du représentant.

Le projet d'article 10, relatif à l'« invocation » de l'immunité, ne semble pas non plus prévoir de garantie procédurale ; l'invocation de l'immunité lorsque l'un quelconque des crimes visés au projet d'article 7 est allégué n'a aucun sens si la personne concernée ne fait pas partie de la *troïka*. Le projet d'article 11, relatif à la « renonciation » à l'immunité, n'ajoute rien en ce qui concerne le projet d'article 7, puisque l'État du représentant ne peut lever une immunité qui n'existe pas.

Le projet d'article 14, qui dispose que l'État du for peut demander le transfert de la procédure pénale à l'État du représentant, ne semble pas non plus offrir de garantie procédurale à cet État ; il ne fait que constater que l'État qui exerce sa compétence pénale peut envisager de transférer l'affaire à l'État du représentant. De même, les projets d'articles 13, sur l'échange d'informations, et 15, sur les consultations, ne semblent pas prévoir de garanties utiles lorsqu'il est allégué qu'un des crimes visés au projet d'article 7 a été commis.

La Rapporteuse spéciale a indiqué que l'un des objectifs du débat sur les garanties procédurales tenu en 2018 était d'assurer la prise en compte dans le septième rapport des vues exprimées par les membres à cette occasion. Or plusieurs propositions importantes faites par des membres en 2018 ne sont pas reflétées dans les projets d'article proposés. Par exemple, la Rapporteuse spéciale n'a pas donné suite à l'idée de M. Murase d'obliger les États à adopter des lois ou règlements propres à garantir que les procureurs n'utilisent pas leurs pouvoirs arbitrairement ou agressivement contre les représentants d'États étrangers. Dans ce contexte, M. Murase avait invoqué les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet, lesquels ne sont pas mentionnés dans le septième rapport.

Des propositions de M. Nolte en matière de garanties ont été largement appuyées par d'autres membres durant le débat. M. Nolte avait notamment proposé une disposition stipulant que l'exercice par un État de sa compétence pénale sur la base d'une exception à l'immunité *ratione materiae* prévue au projet d'article 7 n'était possible que si, entre autres, le représentant étranger était présent sur le territoire de l'État du for, la preuve que ce représentant avait commis l'infraction alléguée était « pleinement concluante » et la décision de l'État du for d'exercer l'action pénale était prise au plus haut niveau de l'État et du ministère public. Or aucune de ces idées n'a été reprise dans les projets d'article proposés.

La Rapporteuse spéciale n'a pas non plus donné suite à la proposition de M<sup>me</sup> Galvão Teles, selon laquelle il convenait de se demander si ça n'était pas l'État de nationalité qui devrait en priorité exercer sa compétence à l'égard de ses représentants et si la personne en cause ne devait pas être extradée, à la demande de cet État, à cette fin. À l'appui de cette idée, M<sup>me</sup> Galvão Teles avait cité une loi allemande et une loi espagnole qui, pour l'essentiel, exigeaient des tribunaux internes qu'ils défèrent les poursuites de ressortissants étrangers à l'État où l'infraction avait été commise à moins qu'il n'existe un obstacle – absence de volonté ou incapacité – à la répression effective de l'infraction dans cet État. M. Murphy dit qu'il croit se souvenir que d'autres propositions ont été faites par M. Grossman Guiloff et M. Šturma. Or aucune de ces propositions n'est analysée dans le septième rapport et n'a assurément été incorporée dans les projets d'article proposés. Les propositions finalement retenues dans ce rapport ne semblent offrir aucune garantie procédurale en relation avec le projet d'article 7.

Il semble donc qu'il suffise à un procureur qui souhaite engager des poursuites contre le représentant d'un État étranger et éviter tout examen sérieux de l'existence éventuelle de l'immunité *ratione materiae* de faire figurer la commission d'un des actes visés au projet d'article 7 parmi les accusations portées contre ce représentant, faisant ainsi essentiellement disparaître toutes questions concernant l'immunité. Loin de mettre en balance les intérêts de l'État du for et de l'État du représentant lorsque des crimes relevant du projet d'article 7 sont allégués, les propositions de la Rapporteuse spéciale semblent favoriser considérablement l'exercice de sa compétence par l'État du for. D'une manière générale, les projets d'article proposés ne semblent offrir aux représentants d'États

étrangers aucune protection contre l'exercice politiquement motivé ou abusif de sa compétence pénale par l'État du for. Ils se contentent en effet de postuler que cet État agira de bonne foi.

Aussi bien dans son septième rapport que dans la présentation qu'elle en a faite, la Rapporteuse spéciale a indiqué que, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, l'immunité des représentants de l'État devait être appréciée et déterminée d'office par les autorités compétentes de l'État du for, tandis que dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, ces autorités ne devaient examiner la question que si l'immunité était expressément invoquée par l'État du représentant. Or le projet d'article 8 ne semble pas énoncer pareille règle. De plus, on peut se demander si cette règle signifie que l'État du for peut détenir et interroger tout représentant étranger autre qu'un chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères parce qu'il n'a pas à « examiner la question » de l'immunité *ratione materiae* tant que l'État du représentant n'a pas invoqué cette immunité. M. Murphy dit qu'il aimerait également savoir en quoi consiste l'obligation faite à l'État du for d'« examiner la question » de l'immunité, si cet examen doit être régi par le projet d'articles et si « l'examen » seul, par opposition à la « détermination » visée au projet d'article 9, a de quelconques conséquences pratiques, par exemple celle d'obliger cet État à s'abstenir d'arrêter une personne « considérée » (« *considered* ») comme jouissant de l'immunité *ratione personae*. La règle adoptée par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, qui prévoit l'inviolabilité *ab initio* et est citée au paragraphe 42 du rapport, n'est pas reflétée dans le projet d'article 8. Si les conséquences de « l'examen de la question » de l'immunité comprennent l'obligation de procéder immédiatement à la « détermination » faisant l'objet de l'article 9 et à la « notification » qu'exige le projet d'article 12, un lien devrait exister entre ces projets d'article. En l'absence d'un tel lien, l'« examen de la question » visé au projet d'article 8 ne semble avoir aucune conséquence particulière.

S'agissant du projet d'article 9, le statut du représentant étranger avant la détermination de l'immunité n'est pas évident, pas plus que le stade auquel cette détermination doit avoir lieu. Si le représentant étranger est présumé jouir de l'immunité des mesures de coercition telles que le placement en détention durant la période précédant la détermination, le projet d'articles devrait en rendre compte ; si le représentant n'est pas supposé jouir d'une telle immunité, le moment auquel s'effectue la détermination devrait être précisé, car laisser s'écouler une période excessivement longue avant cette détermination exposerait ce représentant à un risque considérable.

Pour ce qui est du projet d'article 10, M. Murphy dit qu'il pense comme M. Hmoud qu'il n'est pas évident que les voies de communication servant à l'entraide judiciaire soient les bonnes en ce qui concerne l'immunité. Aux États-Unis, par exemple, l'entraide judiciaire relève en grande partie du Département de la justice, alors que les questions d'immunité relèvent principalement du Département d'État. La décision quant à la voie de communication la mieux adaptée dans chaque cas d'espèce doit être laissée aux États concernés. La proposition de M. Hmoud tendant à ce que l'invocation par l'État du représentant de l'immunité de celui-ci suspende automatiquement la procédure dans l'État du for pendant une période raisonnable, durant laquelle se tiendront des consultations, notamment au sujet d'un éventuel transfert de la procédure à l'État du représentant, est judicieuse et mérite d'être examinée.

En ce qui concerne le projet d'article 11, sur la renonciation à l'immunité, M. Murphy dit qu'il ne comprend pas pourquoi il est dit dans le rapport que la renonciation est l'une des « premières garanties », sauf s'il s'agit d'une garantie ne visant à protéger que l'État du for dans l'exercice de sa juridiction pénale. M. Murphy dit qu'il pense toutefois comme la Rapporteuse spéciale qu'une renonciation à l'immunité « doit être exprimée de façon explicite et digne de foi, de préférence par écrit » ; il souscrit également dans une large mesure aux raisons, exposées aux paragraphes 87 à 91, pour lesquelles il est difficile de déduire de divers types de traités l'existence d'une renonciation à l'immunité. Il pense toutefois comme M. Hmoud que le libellé du paragraphe 4 du projet d'article 11, qui semble disposer qu'une renonciation peut être implicite dans un traité, ne respecte pas cette logique. Si une renonciation n'est pas expressément énoncée dans un traité, elle ne peut « se

déduire [de celui-ci] de manière claire et sans équivoque » ; elle doit être implicite dans le traité et être déduite de celui-ci par inférence logique. Or toutes les autorités citées dans le rapport semblent exiger que la renonciation soit expresse et non implicite. De plus, dans une telle situation, une renonciation implicite ne peut être considérée comme une « renonciation expresse » (« *deemed an express waiver* »). Le paragraphe 4 est donc source de confusion et incorrect, et il devrait être supprimé.

Étant donné que la notification à l'État du représentant semble être une condition préalable des autres actes, comme l'invocation de l'immunité (prévue au projet d'article 10) ou la renonciation à l'immunité (prévue au projet d'article 11), et que les tribunaux de l'État du for doivent être informés de ces actes avant de déterminer l'immunité en application du projet d'article 9, le projet d'article 12, relatif à la notification, devrait être placé immédiatement après le projet d'article 8. On voit mal pourquoi le moment auquel la notification doit intervenir aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 12 n'est pas le même que celui auquel la question de l'immunité doit être examinée en application du paragraphe 1 du projet d'article 8. La notification et l'examen devraient intervenir au même moment.

Le rapport fait valoir qu'une telle obligation de notification peut se heurter à des problèmes pratiques, tenant par exemple à l'absence dans certains États de toute obligation des tribunaux concernés d'informer l'exécutif qu'une mesure coercitive doit être prise contre une personne, ou au fait qu'il peut être interdit à l'exécutif de demander des informations aux tribunaux. De plus, un procureur ne souhaitera généralement pas informer un État étranger de son intention d'exercer l'action publique contre un de ses représentants s'il risque ce faisant d'inciter l'intéressé à s'enfuir de l'État du for. Comme aucune solution n'est proposée face à ces problèmes, peut-être le projet d'article 12 est-il inapplicable.

M. Murphy estime que l'analyse sur laquelle repose ce projet d'article 12 n'est pas persuasive et il ne pense pas qu'elle doive figurer dans un éventuel commentaire. Par exemple, il ne pense pas qu'ainsi que l'indique le paragraphe 113, des traités tels que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'envisagent que l'immunité *ratione personae*. Les dispositions conventionnelles relatives à la notification citées au paragraphe 115 ne sont pas pertinentes, car elles concernent des notifications adressées à divers États, et pas seulement à l'État de nationalité de la personne accusée de l'infraction, en vue de l'exercice éventuel par ces États de leur compétence pénale, et non aux fins de déterminer si l'immunité existe, si elle est invoquée ou si elle a été levée.

Les projets d'articles 13 et 15 devraient venir plus tôt dans le projet d'articles. La coopération et les consultations entre les États concernés doivent certes être encouragées, mais le projet d'article 13, en particulier, semble ne prévoir de garanties qu'au bénéfice de l'État du for.

Le projet d'article 14 ne vise que la situation dans laquelle l'État du for décide de demander le transfert de la procédure à l'État du représentant ; aucune garantie ne permet à l'État du représentant de demander lui-même ce transfert. M. Murphy dit qu'il souhaiterait savoir si l'État du for peut décider de demander un tel transfert uniquement lorsqu'il a été déterminé que le représentant de l'État étranger ne jouissait pas de l'immunité. L'analyse précédant ce projet d'article semble viser des situations dans lesquelles le représentant de l'État étranger jouit de l'immunité ; or, dans un tel cas, l'État du for ne devrait pas pouvoir engager, et a fortiori transférer, une procédure visant ce représentant.

Le projet d'article 16 contient plusieurs références à des garanties, mais chacune est libellée différemment et on voit mal si toutes visent le même concept. M. Murphy se demande s'il s'agit des garanties prévues par le droit de l'État du for, des garanties prévues par le droit international ou de l'ensemble de ces garanties. Le paragraphe 3 est particulièrement problématique, car il n'énonce aucune obligation absolue de notification consulaire, si une telle notification n'est pas prévue dans des traités liant les États concernés. La Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui codifie le droit international coutumier, n'oblige à informer le consulat que si la personne placée en détention le demande. De plus, le paragraphe 3 n'énonce pas comme il convient l'obligation de notification aux autorités consulaires : les agents consulaires ne sont pas tenus de prêter assistance aux nationaux de l'État concerné et il n'existe aucun droit à

l'assistance en droit international. Comme le libellé du projet d'article 16 s'inspire d'une disposition comparable du projet de la Commission sur les crimes contre l'humanité, peut-être le libellé de cette disposition devrait-il être repris, d'autant plus qu'il a été généralement bien accueilli par les États, et que la Commission ne doit pas sembler le remettre en question.

La pratique de tel ou tel État ne doit certes pas dicter les décisions de la Commission, mais il convient de souligner qu'aux États-Unis, une procédure interne d'approbation est suivie avant l'ouverture d'une enquête ou l'engagement de poursuites pour crime de guerre, torture ou génocide. De telles poursuites touchent à d'importantes relations avec des États étrangers et soulèvent des questions juridiques complexes, en particulier parce que, souvent, elles nécessitent des enquêtes concernant des agents d'États étrangers. La procédure interne d'approbation ne prévoit aucunement la prise en considération des questions d'immunité, et on voit donc mal si la procédure décrite aux paragraphes 1 et 2 de l'article 8 est effectivement celle suivie par les procureurs des États-Unis. De plus, il ne semble y avoir aucune obligation en ce qui concerne la notification à l'État du représentant étranger ou l'échange d'informations. Cette notification intervient probablement en fonction des circonstances, y compris de la relation du gouvernement avec le gouvernement étranger concerné. Apparemment, un processus interne d'examen est requis avant qu'un procureur soit autorisé à communiquer des éléments de preuve à un État étranger.

S'agissant du programme de travail futur et de la proposition tendant à ce que le rapport suivant contienne une analyse de la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et la remise à une juridiction pénale internationale, M. Murphy dit qu'il appuie la décision de ne pas envisager l'arrêt rendu récemment par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale en ce qui concerne l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*. Il doute toutefois qu'une analyse, même de plus large portée, soit utile, étant donné la multiplicité des juridictions pénales internationales opérant à différents niveaux et en application d'actes constitutifs différents qui lient les États de différentes manières. Les travaux de la Commission sur le sujet portent sur des règles générales et non des règles particulières du droit international.

Il pourrait être intéressant de définir un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant, mais l'intérêt de ce mécanisme dépendra de la forme qui lui est donnée. L'article 15 du projet d'articles de la Commission sur les crimes contre l'humanité, relatif au règlement des différends, pourrait être utile car il a recueilli l'appui des États.

L'opportunité de recommander des pratiques optimales en matière d'immunité dans le projet d'articles dépendra du contenu des pratiques en question. Suite à plusieurs arrêts rendus par la Cour internationale de Justice contre les États-Unis dans des affaires concernant la peine de mort, le Gouvernement fédéral a lancé une vigoureuse campagne pédagogique pour former les fonctionnaires de police aux niveaux des États et local aux obligations que la Convention de Vienne sur les relations consulaires impose au pays. Les manuels et autres matériels pédagogiques élaborés à cette fin peuvent être intéressants.

M. Murphy recommande le renvoi des projets d'article proposés au Comité de rédaction, dont il espère qu'il les modifiera pour améliorer les garanties procédurales dont bénéficie l'État du représentant, sur la base des propositions faites par les membres de la Commission à la session précédente et la session en cours.

**M. Tladi** souhaiterait savoir pourquoi M. Murphy voudrait spécialement lier les règles et garanties de procédure au projet d'article 7, estimant qu'elles s'appliquent également à d'autres questions envisagées plus tôt dans le projet d'articles, comme celle de savoir si un acte est un acte officiel. Il convient que les garanties procédurales proposées dans le rapport aient pu être élargies, compte tenu en particulier des idées avancées durant le débat de la Commission en 2018. Il considère toutefois qu'il est exagéré de dire qu'une fois qu'une exception à l'immunité a été établie, plus aucune disposition du projet d'articles ne s'applique. Par exemple, lorsque l'État du for détermine qu'une des exceptions à l'immunité prévues au projet d'article 7 s'applique, des consultations avec l'État du

représentant concerné peuvent aboutir à un accord prévoyant que c'est cet État qui exercera sa compétence.

**M. Murphy** dit que les actes concernés semblent entrer dans trois catégories : celle des actes couverts par l'immunité *ratione personae*, qui bénéficient d'une large immunité, celle des actes couverts par l'immunité *ratione materiae* qui, dans certaines circonstances, n'existe que pour les actes officiels, et une troisième catégorie, définie par le texte du projet d'article 7, celle des actes pour lesquels il n'est pas possible d'invoquer l'immunité, sans qu'il y ait à distinguer entre actes officiels et actes non officiels. De solides garanties procédurales devraient être prévues pour chacune de ces trois catégories. M. Murphy indique que sa préoccupation en ce qui concerne le projet d'article 7 tient à ce que, bien que la Rapporteuse spéciale ait indiqué que les projets d'article suivants seraient applicables aux cas relevant du projet d'article 7, le libellé actuel de celui-ci n'est pas clair à cet égard. Comme l'immunité ne peut être invoquée lorsque la commission de l'un quelconque des actes énumérés au projet d'article 7 est alléguée, les projets d'article de caractère procédural peuvent être interprétés comme n'imposant aux États concernés aucune obligation d'examiner ou de déterminer si l'immunité existe, ou de procéder à des consultations ou à un échange d'informations en la matière.

*La séance est levée à 13 heures.*