

Provisoire

**Réservé aux participants**

18 août 2021

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante-douzième session (Première partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3520<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 12 mai 2021, à 11 heures

**Sommaire**

Application à titre provisoire des traités (*suite*)

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

---

\* Nouveau tirage pour raisons techniques (14 décembre 2021).

---

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)).



**Présents :**

<i>Président :</i>	M. Hmoud
<i>Membres :</i>	M. Cissé
	M <sup>me</sup> Escobar Hernández
	M. Forteau
	M <sup>me</sup> Galvão Teles
	M. Gómez-Robledo
	M. Hassouna
	M. Jalloh
	M. Laraba
	M <sup>me</sup> Lehto
	M. Murase
	M. Nguyen
	M <sup>me</sup> Oral
	M. Ouazzani Chahdi
	M. Park
	M. Peter
	M. Petrič
	M. Rajput
	M. Reinisch
	M. Saboia
	M. Šturma
	M. Tladi
	M. Vázquez-Bermúdez
	Sir Michael Wood
	M. Zagaynov
<b>Secrétariat :</b>	
M. Llewellyn	Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 11 heures.*

**Application à titre provisoire des traités** (point 4 de l'ordre du jour) (*suite*)  
(A/CN.4/737 et A/CN.4/738)

Le Président invite la Commission à reprendre l'examen du sixième rapport du Rapporteur spécial sur l'application à titre provisoire des traités (A/CN.4/738).

**M. Ouazzani Chahdi**, intervenant par liaison vidéo, remercie le Rapporteur spécial pour son rapport qui est bien structuré et très agréable à lire. De manière générale, les travaux de la Commission sur le sujet de l'« Application à titre provisoire des traités » visent à éclaircir l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, et l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986, et à aider les États à faire un meilleur usage de l'application à titre provisoire, qui constitue une exception à la règle de l'entrée en vigueur des traités et a été qualifiée de notion ambiguë par certains auteurs. Sir Humphrey Waldock avait également souligné ce caractère ambigu dans son quatrième rapport sur le droit des traités présenté en 1965. Tout en réservant dans l'ensemble un accueil favorable au projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités et aux commentaires y relatifs, les gouvernements et les organisations internationales ont souligné dans leurs observations que le projet de directives ne devait pas constituer un instrument juridiquement contraignant, ni établir une quelconque primauté de l'application provisoire ou de présomption en sa faveur, et qu'il convenait d'éviter toute interprétation selon laquelle l'application à titre provisoire des traités constituerait la règle par défaut qui l'emporterait toujours sur l'entrée en vigueur. En outre, comme l'a fait remarquer le Royaume-Uni, l'application à titre provisoire n'a pas et ne saurait avoir vocation à contourner les procédures parlementaires ; il est de ce fait crucial de conserver sa souplesse.

En ce qui concerne les projets de directive proprement dits, M. Ouazzani Chahdi dit qu'il souscrit à la proposition faite par plusieurs États de fusionner les projets de directives 1 et 2, au motif que le premier est redondant. Concernant le projet de directive 3, il convient avec la Slovaquie que, même rapproché du texte du commentaire, l'emploi de la forme verbale « peut être [appliqué] » (« *may be [...applied]* ») risque de prêter à confusion, en ce qu'elle laisse entendre que l'accord sur l'application provisoire en tant que tel est facultatif dans ses effets juridiques. Il propose donc de la remplacer par le verbe « s'applique » (« *is [applied]* »), déjà employé dans les articles 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Pour ce qui est de la fusion des projets de directives 3 et 4, il pense comme le Rapporteur spécial que les deux projets devraient demeurer distincts. Le libellé de l'alinéa b) du projet de directive 4 lui paraît suffisamment souple pour que des moyens autres qu'un traité distinct puissent servir à convenir de l'application provisoire. Toutefois, certains des autres moyens envisagés – par exemple, une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés – ne vont pas sans poser quelques problèmes. De l'avis de l'intervenant, l'acceptation par tous les autres États ou organisations concernés de la déclaration relative à l'application provisoire doit être expresse et ne saurait se limiter à un simple acquiescement déduit de l'absence d'objection. Le Rapporteur spécial souhaitera peut-être expliciter ces points à l'occasion de la modification qu'il propose d'apporter au projet de directive 4. Peut-être serait-il utile également qu'il précise, comme l'ont demandé quelques États, les cas où une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence internationale doit être considérée comme valant accord sur l'application à titre provisoire d'un traité.

Notant que, selon certains États, le membre de phrase « comme si le traité était en vigueur » figurant dans le projet de directive 6 est excessif et contraire au paragraphe 5 du commentaire, M. Ouazzani Chahdi dit qu'il serait peut-être judicieux de le supprimer. Le projet de directive 7 continue de susciter des débats étant donné que l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 ne prévoit pas la formulation de réserves en cas d'application provisoire et que la pratique en la matière est rare. De fait, même le Guide de la pratique sur les réserves aux traités ne traite pas de cette question. M. Ouazzani Chahdi souscrit aux observations formulées par certains États selon lesquelles, faute d'interdiction prévue dans

le traité concerné, rien n'empêche un État de formuler une réserve au moment d'accepter l'application provisoire dudit traité. Il considère que l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 s'applique également à l'application à titre provisoire des traités et que le projet de directive 7 devrait être conservé.

M. Ouazzani Chahdi félicite le Rapporteur spécial d'avoir proposé des clauses types, mais redit que celles-ci pourraient avoir des effets tant négatifs que positifs. Elles devraient être présentées à des fins d'information uniquement, car les États ne manquent pas de savoir-faire pour formuler de telles clauses. M. Ouazzani Chahdi n'a pas d'objection au renvoi des projets de directive et de clause type au Comité de rédaction.

### **Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État** (point 3 de l'ordre du jour) ([A/CN.4/739](#))

**M<sup>me</sup> Escobar Hernández** (Rapporteuse spéciale), présentant son huitième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ([A/CN.4/739](#)), rappelle que, dans son septième rapport ([A/CN.4/729](#)), elle a achevé l'analyse des différents points inscrits au programme de travail soumis à l'examen de la Commission, mais qu'elle a également appelé l'attention, au chapitre V de ce rapport, sur trois autres questions méritant d'être étudiées avant que la Commission n'achève l'examen du projet d'articles en première lecture. Le huitième rapport sur le sujet à l'examen est ainsi consacré à l'étude desdites questions, à savoir le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, l'établissement d'un mécanisme de règlement des différends et l'inclusion dans le projet d'articles de bonnes pratiques recommandées.

La Rapporteuse spéciale dit que, dans l'introduction de son huitième rapport, elle retrace l'historique des travaux de la Commission sur le sujet. Au chapitre I, elle analyse le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales ; au chapitre II, elle traite des questions relatives au règlement des différends et à l'établissement de mécanismes y relatifs ; elle consacre le chapitre III aux bonnes pratiques recommandées. Elle a étudié toutes ces questions en tenant compte des observations formulées par les membres de la Commission à la soixante et onzième session et par les États lors des débats tenus à la Sixième Commission en 2019. Elle a également tenu compte des commentaires que des États ont transmis par écrit, ce dont elle les remercie tout particulièrement. Les quatre annexes accompagnant le rapport contiennent respectivement les projets d'articles que la Commission avait adoptés provisoirement à la date de soumission du rapport, un projet d'article adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, les projets d'article qui ont été proposés pour examen par la Commission mais qui n'ont pas encore été examinés par le Comité de rédaction et enfin les projets d'article soumis à la Commission pour examen à la session en cours.

La Rapporteuse spéciale rappelle que, vu le grand nombre de projets d'article restant à examiner par le Comité de rédaction, elle avait proposé l'organisation de consultations informelles avec les membres de la Commission, dans le but de faire le point des travaux sur le sujet et de formuler des propositions qui permettraient au Comité de rédaction de progresser rapidement à la session en cours, compte tenu spécialement des circonstances difficiles dans lesquelles celle-ci se déroule. Elle tient à remercier les membres de la Commission d'avoir participé à ces consultations informelles, qui se sont tenues les 12 et 19 avril 2021, ainsi que le Secrétariat pour l'appui qu'il a fourni. Elle est également reconnaissante du fait que ces consultations se poursuivent avec la participation de membres du Comité de rédaction, et se révèlent, à ce jour, constructives et fructueuses.

La Rapporteuse spéciale dit qu'en 2018 déjà, elle avait eu l'intention de soumettre à l'examen de la Commission certaines réflexions sur l'influence que l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale était susceptible d'avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Elle ne les a cependant pas fait figurer dans son septième rapport, car la question du lien entre immunité et obligation de coopérer avait dans l'intervalle été soulevée devant la Cour pénale internationale, dans le cadre de l'appel formé par la Jordanie contre la décision rendue le 11 décembre 2017 par la Chambre préliminaire II dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir*, et que cet appel était encore pendant au moment de l'établissement du septième rapport. Elle a également voulu tenir

compte du fait que les États africains Membres de l'Organisation des Nations Unies avaient demandé l'inscription à l'ordre du jour de la soixante-treizième session de l'Assemblée générale d'un point concernant une demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur l'immunité des chefs d'État et les liens entretenus par celle-ci avec l'obligation de coopérer avec la Cour.

Dans la mesure où la demande d'avis consultatif ne semble finalement pas avoir été présentée et où la Cour pénale internationale a rendu le 6 mai 2019 son arrêt dans l'affaire susmentionnée, la Rapporteuse spéciale considère que la Commission est maintenant à même d'examiner le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales. Cette question, déjà évoquée par les deux Rapporteurs spéciaux qui se sont succédés sur le sujet, est étroitement liée au champ d'application de celui-ci tel qu'il est défini au paragraphe 1 du projet d'article premier. Il est évident que les immunités devant les juridictions pénales internationales ne relèvent pas du présent sujet. Néanmoins, on ne peut nier que l'immunité de juridiction pénale étrangère ne saurait être traitée dans l'abstrait, indépendamment de la nouvelle réalité que constitue l'institution de juridictions pénales internationales pour poursuivre les auteurs des crimes les plus graves touchant la communauté internationale. Ces crimes pouvant être commis également par des représentants de l'État alors susceptibles d'être poursuivis devant des juridictions pénales tant nationales qu'internationales, il semble indéniable que le présent sujet et le phénomène de la juridiction pénale internationale se rejoignent en divers points. En tout état de cause, il s'agit d'une interaction étroitement liée au principe de la responsabilité et à celui de la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes du droit international, qui constituent des thèmes récurrents des débats de la Commission.

La question du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales s'est posée dans le cadre de deux points précis : celui de l'éventuelle définition d'une exception à l'immunité découlant de l'obligation de coopérer avec les juridictions pénales internationales, et celui de la définition de la juridiction pénale étrangère à la lumière de cette même obligation. La Commission s'est penchée sur le premier en 2016 et 2017, et a décidé de ne pas retenir cette exception. Le second, soulevé dans le cadre de l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir*, se retrouve dans l'arrêt rendu le 6 mai 2019 et dans lequel la Chambre d'appel déclare que l'État partie requis ne procède pas à l'arrestation du chef d'État aux fins de poursuites devant ses juridictions : il ne fait qu'aider la Cour à exercer sa propre compétence (« *the requested State Party [was] not proceeding to arrest the Head of State in order to prosecute him or her before the courts of the requested State Party: it [was] only lending assistance to the Court in its exercise of the Court's jurisdiction* »). De l'avis de la Rapporteuse spéciale, il n'est ni utile ni nécessaire que la Commission examine l'arrêt aux fins de ses travaux sur le sujet, pas même pour définir la notion de juridiction pénale étrangère. Cette affaire est en fait sans objet pour les travaux de la Commission pour les raisons déjà exposées dans le rapport, en particulier le fait que les conclusions de la Cour pénale internationale doivent s'entendre dans le contexte d'un système juridique particulier établi par le Statut de Rome et le fait qu'il ne semble pas possible d'en faire une extrapolation applicable aux travaux de la Commission sur le sujet à l'examen, dont la portée est plus générale.

Toutefois, la Commission ne peut raisonnablement ignorer l'existence des juridictions pénales internationales étant donné leur lien avec le sujet, ne serait-ce que parce que les auteurs de crimes de droit international peuvent être poursuivis aussi bien devant ces juridictions que devant des juridictions pénales internes. S'il est vrai que la portée du sujet se limite à l'immunité de juridiction pénale étrangère, il est également vrai, comme l'ont fait remarquer plusieurs membres de la Commission et plusieurs États à la Sixième Commission, que la Commission ne peut ignorer les avancées réalisées par la communauté internationale dans le domaine du droit pénal international, ni porter atteinte aux règles mises en place.

Le projet d'article 18 vise à concilier ces différentes préoccupations. Il se présente sous la forme d'une clause « sans préjudice » qui permet de préserver les deux éléments de l'équation : l'autonomie et l'indépendance des régimes applicables à l'immunité devant les juridictions pénales nationales d'une part et internationales d'autre part, et les règles particulières qui régissent le fonctionnement des juridictions pénales internationales. Son libellé, sous la forme d'une clause « sans préjudice », présente un certain parallélisme avec

le paragraphe 2 du projet d'article premier provisoirement adopté par la Commission. Ce projet d'article pourrait de ce fait demeurer distinct ou devenir le troisième paragraphe du projet d'article premier.

La Rapporteuse spéciale rappelle, comme elle l'a fait dans le huitième rapport, que l'ensemble des mesures procédurales proposées dans les sixième et septième rapports a pour objet de contribuer à instaurer la confiance entre l'État du représentant et l'État du for et donc à faciliter le règlement des différends susceptibles de les opposer lors de la détermination ou de l'application de l'immunité. Dans certaines circonstances, les positions juridiques des deux États peuvent rester inconciliables et faire naître un différend que seuls pourront résoudre les moyens de règlement pacifique des différends généralement applicables en droit international contemporain. C'est ce qui explique, aux yeux de la Rapporteuse spéciale, qu'il faille envisager d'inclure dans le projet d'articles une disposition expressément consacrée au règlement des différends ; une proposition qui a suscité des réactions mitigées à la soixante et onzième session de la Commission.

Tout différend susceptible de survenir entre l'État du for et l'État du représentant pourrait évidemment être soumis aux mécanismes de règlement des différends déjà acceptés par les États, comme cela s'est d'ailleurs déjà produit. Cependant, dans de tels cas, les mécanismes traditionnels de règlement des différends ont été appliqués a posteriori, en dernier ressort, pour déterminer un acte potentiellement illicite et rétablir la légalité internationale, mais ils n'ont pas donné aux États les moyens de régler rapidement un différend, dès son apparition.

Le système de consultation prévu au projet d'article 15 et les mécanismes d'échange d'informations prévus au projet d'article 13 servent cet objectif. Toutefois, pour le cas où aucun de ces mécanismes ne s'avérerait efficace, il pourrait être bon d'établir un mécanisme de règlement prévoyant la possibilité de soumettre le litige à un tiers neutre et impartial. Ce renvoi à un tiers devrait entraîner la suspension de l'exercice de la compétence pénale par l'État du for, et la décision rendue par le tiers serait contraignante pour l'État du for et pour l'État du représentant.

Le rôle de tierce partie pourrait être confié à la Cour internationale de Justice, à un tribunal arbitral ou à un organe ad hoc. Le recours à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice permettrait d'éviter les longues négociations liées à la création d'un organe ad hoc. En outre, la Cour comme les tribunaux arbitraux sont des institutions bien connues des États et les règles régissant leur saisine sont bien établies et potentiellement applicables aux cas relevant du sujet à l'examen. De surcroît, il ne fait aucun doute que la Cour en tant que « juridiction internationale de droit commun » est particulièrement bien placée pour statuer sur les questions complexes découlant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, d'autant qu'elle l'a déjà fait.

Sur la base de ces considérations, le projet d'article 17 prévoit un système de règlement des différends divisé en trois phases consécutives : consultations, négociations et recours à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. Selon la Rapporteuse spéciale, il offre aux États un instrument utile pour la défense de leurs droits et intérêts, et contribue à éviter les situations de fait accompli qui pourraient irrévocablement porter préjudice à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

La Rapporteuse spéciale dit être pleinement consciente du fait que, jusqu'il y a peu, la Commission n'incluait pas de dispositions concernant le règlement des différends dans ses projets de texte ; cette pratique a toutefois évolué récemment, par exemple dans le cas du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Elle est également consciente de ce que les systèmes de règlement des différends sont particulièrement associés à des instruments normatifs, et que la Commission ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si elle va recommander ou non à l'Assemblée générale que ses travaux sur le sujet forment la base d'un traité. Si tel était le cas, le projet d'article 17 serait doublement justifié. Dans le cas contraire, il serait aussi pleinement justifié et à sa place dans la quatrième partie du projet d'articles, consacrée aux dispositions et garanties procédurales.

La Rapporteuse spéciale rappelle avoir évoqué, dans son septième rapport, la possibilité d'inclure dans le projet d'articles une référence à de « bonnes pratiques » dont

l'adoption serait recommandée aux États, et qui souligneraient, en particulier, l'opportunité de confier les décisions relatives à la détermination et à l'application de l'immunité à des autorités nationales de haut niveau et l'utilité de manuels ou guides élaborés par les États à l'intention de leurs organes susceptibles de prendre part au processus de détermination et d'application de l'immunité. Elle a fait cette proposition à partir du constat que, dans de nombreux cas, les organes publics chargés de prendre des décisions dans ce domaine n'ont pas connaissance des enjeux particuliers de l'immunité en droit international, de son rapport avec les principes fondamentaux du droit international ou des conséquences que les décisions relatives à l'immunité d'un représentant étranger peuvent avoir sur les relations internationales de l'État.

Au cours du débat, les membres de la Commission ont exprimé des opinions diverses sur la question, d'aucuns proposant même que la quatrième partie du projet d'articles devienne une annexe reprenant les bonnes pratiques à recommander aux États. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, cette dernière approche ne conviendrait pas. D'autres membres ont indiqué ne pas voir l'utilité d'inclure les bonnes pratiques dans le projet d'articles. Un troisième groupe, tout en jugeant la proposition pertinente, a estimé que l'établissement d'une liste de bonnes pratiques retarderait l'achèvement des travaux de la Commission sur le sujet.

Dans son rapport sur les travaux de sa soixante et onzième session, la Commission a demandé aux États de lui fournir des informations sur l'existence de manuels, directives, protocoles ou instructions opérationnelles à l'usage de ses représentants et organes compétents pour prendre toute décision pouvant avoir des conséquences pour les représentants d'États étrangers et leur immunité de juridiction pénale sur le territoire de l'État du for. La Rapporteuse explique que, malheureusement, un seul État, les Pays-Bas, a répondu à cette demande, informant la Commission qu'il ne disposait pas de tels guides. En conséquence, elle n'a inclus dans son rapport aucune proposition précise sur la question des bonnes pratiques recommandées. Cela ne doit pas empêcher les deux aspects qu'elle a cernés en 2019 d'être abordés d'une autre manière dans le projet d'articles, soit dans l'un des projets d'article de la quatrième partie, soit dans le commentaire général qui accompagnera le projet d'articles.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle attend avec intérêt les observations des membres de la Commission sur son rapport. Elle demande officiellement le renvoi au Comité de rédaction des projets d'articles 17 et 18, rappelant que les projets d'articles 8 à 16, ainsi que certaines définitions figurant dans le projet d'article 2 sont toujours en attente d'examen par ce comité. Elle espère qu'à l'issue du débat en séance plénière et de l'examen des projets d'article par le Comité de rédaction, la Commission sera rapidement en mesure d'adopter en première lecture le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

**M. Jalloh** dit que le huitième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est clair, bien documenté et bien rédigé. Le sujet est inscrit au programme de travail de la Commission depuis 2007, ce qui en fait celui sur lequel la Commission travaille depuis le plus longtemps. De ce fait, l'assiduité dont a fait preuve la Rapporteuse spéciale pour faire avancer les travaux restant à réaliser est particulièrement appréciée. Il est permis d'espérer que la Commission sera en mesure d'adopter, à la session en cours, un projet d'articles complet, accompagné de commentaires. Les États – qui dans l'idéal représenteront les cinq groupes régionaux de l'Organisation des Nations Unies – pourront alors formuler des observations qui enrichiront les travaux de la Commission et les ancreront dans la réalité de la vie internationale.

M. Jalloh dit qu'il approuve globalement les questions que la Rapporteuse spéciale a choisi de traiter dans le rapport, à savoir : le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales ; le règlement des différends ; les bonnes pratiques recommandées. Il apprécie aussi qu'elle ait retracé l'historique du sujet et que, en annexes, elle ait utilement groupé les projets d'article selon leur date d'adoption par la Commission ou les différents stades de l'examen auxquels ils se trouvent. La Commission doit maintenant, à titre prioritaire, consacrer suffisamment de temps au sujet, tant en plénière qu'au sein du Comité de rédaction.

M. Jalloh rappelle ce que la Rapporteuse spéciale a écrit dans son rapport, à savoir que tel qu'il est circonscrit, le sujet à l'examen ne permet pas de traiter directement la question de l'immunité devant les juridictions pénales internationales, mais que la Commission ne peut pas non plus conclure ses travaux sans examiner au moins l'interaction possible entre la juridiction pénale étrangère et la juridiction pénale internationale en ce qui concerne l'immunité. Il partage son point de vue selon lequel les immunités devant les tribunaux pénaux internationaux sont soumises à leur propre régime juridique, comme le précisent le projet d'article premier et le commentaire qui l'accompagne ; un point de vue que confirme la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et surtout de la Cour pénale internationale. Pour deux raisons, il convient pleinement avec elle que la Commission ne devrait pas nier l'existence d'une relation dialectique et symbiotique entre le sujet de l'immunité devant les juridictions internes et celui de l'immunité devant les juridictions pénales internationales.

Premièrement, s'il est vrai que techniquement le régime des immunités applicable devant les juridictions pénales internationales ne relève pas du sujet, l'inverse n'est probablement pas vrai. Car, comme la Commission elle-même l'a déjà constaté dans le commentaire du projet d'article premier, la relation horizontale entre les juridictions d'un État et celles d'un autre État pourrait être affectée par l'existence de juridictions pénales dites « hybrides ». Ces tribunaux ad hoc ont été qualifiés d'hybrides ou de mixtes parce qu'ils ne relèvent vraiment ni de la catégorie des juridictions nationales, ni de celle des juridictions internationales. Autrement dit, les compétences de ces juridictions caméléonesques, en fonction du fondement juridique qui est le leur, ne s'exercent pas nécessairement dans le cadre de l'une ou de l'autre de ces catégories, mais bien dans les deux à la fois. De fait, leurs statuts peuvent très bien prévoir qu'elles opèrent à la fois horizontalement et verticalement, ce qui entraîne souvent certaines conséquences sur le plan procédural comme au fond pour l'immunité des représentants de l'État dans le cadre d'enquêtes et de poursuites concernant les principaux crimes internationaux relevant du projet d'article 7.

Deuxièmement, si l'on peut contester l'argument précédent au motif que les tribunaux hybrides ad hoc constituent une exception par rapport aux juridictions ordinaires, il ressort très clairement du Préambule et des articles 1 et 17 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale que la compétence de la Cour a été conçue de sorte à ce que les crimes les plus graves ayant une portée internationale ne restent pas impunis. En conséquence, le Statut rappelle que chaque État a le devoir d'exercer sa compétence pénale interne pour enquêter sur les crimes atroces et poursuivre leurs auteurs. L'article 27 du Statut établit le défaut de pertinence de l'immunité des représentants des États parties, sous réserve des seules limites prévues à l'article 98.

M. Jalloh dit que, pour ces raisons, alors qu'il approuve globalement les arguments que la Rapporteuse spéciale expose aux paragraphes 11 à 24 du rapport, il ne partage pas les deux conclusions qu'elle en tire au paragraphe 27. Elle a raison de dire que la Commission doit centrer ses travaux sur l'ensemble général des règles régissant l'immunité, mais l'existence d'un régime conventionnel spécial comme celui de la Cour pénale internationale peut en réalité avoir une influence sur ces règles générales, et ce, tant pour les 123 États parties au Statut de Rome que pour les autres États. Qu'un État soit ou non partie au Statut de Rome, ou qu'il ait ou non accepté la compétence de la Cour par la déclaration visée à l'article 12 du Statut, la question des immunités de représentants d'États étrangers peut se poser dans les cas où la Cour agirait sur mandat, où ses décisions seraient donc contraignantes pour les 193 États Membres de l'ONU, en vertu du Chapitre VII de la Charte. Les décisions prises par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII, susceptibles de lever explicitement ou implicitement des immunités, prévaudraient alors sur toute autre obligation conventionnelle contraire, comme le prévoit l'Article 103 de la Charte. En outre, puisqu'il ressort de l'article 17 du Statut de Rome que, par défaut, ce sont les juridictions internes qui doivent en premier lieu connaître d'atrocités commises sur le territoire d'un État, il est tout à fait plausible qu'un tribunal national exerce dans ce cadre une juridiction pénale étrangère à l'égard du représentant étranger d'un autre État, lequel représentant pourrait être fondé à invoquer son immunité.



M. Jalloh dit que la deuxième raison pour laquelle il ne peut souscrire aux conclusions énoncées au paragraphe 27 du rapport tient au fait que la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, dans l'arrêt cité, fait expressément référence aux effets non seulement verticaux mais aussi horizontaux que le Statut produit dans le domaine de l'immunité. Ces effets sont d'ordre procédural mais aussi substantiel, et peuvent avoir des répercussions tant au niveau national qu'international. Il rappelle qu'en 2017, en séance plénière de la soixante-neuvième session de la Commission, il a appuyé la proposition de la Rapporteuse spéciale de conserver le paragraphe 3 du projet d'article 7 – qui était une clause « sans préjudice » – parce que ses dispositions n'étaient pas susceptibles de compromettre des procédures judiciaires en cours. Toutefois, l'obligation de coopérer avec une juridiction internationale se présentera forcément pour les États parties au Statut de Rome mais pas nécessairement pour les États qui n'y sont pas parties, sauf si elle découle d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte. Les articles 13 (al. b) et 16 du Statut de Rome établissent le lien juridique entre celui-ci et l'invocation du Chapitre VII.

Ceci étant dit, M. Jalloh approuve la première phrase du paragraphe 27 et convient avec la Rapporteuse spéciale que la Commission devrait éviter de longuement débattre de l'arrêt rendu par la Cour pénale internationale, car un tel débat ne serait ni opportun, ni légitime. Sans souscrire à tous les raisonnements exposés dans le chapitre I du rapport, il approuve l'excellente argumentation développée aux paragraphes 28 à 32 en faveur de l'insertion d'un projet d'article sous la forme d'une clause « sans préjudice ».

M. Jalloh dit qu'il tient néanmoins à formuler deux observations au sujet de l'article 18 qui est proposé. Tout d'abord, et il s'agit certainement d'un simple oubli, ce projet d'article n'a pas de titre. On pourrait par exemple l'intituler : « Sans préjudice » (« *Without prejudice* »), « Rapport avec les régimes conventionnels spécialisés » (« *Relationship to specialized treaty regimes* »), « Cas n'entrant pas dans le champ d'application du présent projet d'articles » (« *Cases outside the scope of the present draft articles* ») ou « Rapport entre le présent projet d'articles et les instruments établissant des juridictions pénales internationales » (« *Relationship between the present draft articles and instruments establishing international criminal tribunals* »).

M. Jalloh dit qu'il propose également que le libellé du projet d'article 18 soit quelque peu modifié de manière à être plus exhaustif. Il rappelle que la Convention de Vienne sur les relations consulaires et la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoient toutes deux des clauses sans préjudice. Afin qu'aucune lacune ne subsiste, puisque les États pourraient invoquer le régime des juridictions pénales internationales pour renvoyer à d'autres juridictions des affaires dans lesquelles ils pourraient autrement engager des poursuites, le projet d'article 18 gagnerait à s'inspirer de la formulation employée dans ces conventions, et l'on pourrait, par exemple, y insérer le mot « pratiques » (« *practices* ») et remplacer l'adjectif « internationales » (« *international* ») par celui d'« internationalisées » (« *internationalized* »). Le projet d'article 18 modifié serait ainsi libellé : « Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles et pratiques régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationalisées ».

M. Jalloh redit qu'il approuve l'inclusion proposée du nouveau projet d'article 18 mais pense que cette disposition serait plus à sa place en tant que paragraphe 3 du projet d'article premier. Cet article, dans le paragraphe 1, délimite le champ d'application de l'ensemble du projet d'articles et, dans son paragraphe 2, introduit une réserve visant à indiquer expressément que ledit projet est « sans préjudice » de l'immunité découlant de règles spéciales du droit international. Il serait donc logique d'ajouter, dans un troisième paragraphe, la clause « sans préjudice » relative aux régimes spéciaux des juridictions pénales internationales.

En ce qui concerne le chapitre II sur le règlement des différends, M. Jalloh dit qu'il salue la décision de la Rapporteuse spéciale de proposer un projet d'article consacré au règlement pacifique des différends. Pour l'examen de ce projet d'article 17, il aurait cependant été utile de savoir si cette décision signifiait que le projet d'articles serait finalement présenté comme base à l'élaboration d'une convention. En tout état de cause, ainsi qu'il l'avait déjà dit en 2019, il appuie fermement l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant ; il convient néanmoins que, comme

l'explique la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 36 à 53 du rapport, ce projet d'article ne saurait être considéré comme une clause classique de règlement des différends. En effet, il n'a pas la même fonction que les clauses de règlement des différends adoptées dans d'autres textes, portant par exemple sur les « Normes impératives du droit international général » ou sur les « Crimes contre l'humanité ». Loin d'être une clause autonome, le projet d'article 17 s'inscrit dans une suite de procédures – qui débute avec la notification et se poursuit par l'échange d'informations et la tenue de consultations – correspondant à peu près aux projets d'articles 12 à 15. En d'autres termes, il fait partie d'un système de garde-fous procéduraux destinés à promouvoir la coopération entre États en maintenant le délicat équilibre entre les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant étranger.

Un tel système présenterait une utilité certaine. En effet, les préoccupations exprimées dans différentes décisions de l'Union africaine au sujet de l'exercice de la juridiction pénale à l'égard de représentants d'États africains ont déjà donné lieu à des propositions visant à mettre en place un système similaire ; certains États africains réclament depuis 2009 au moins la mise en place d'un tel mécanisme au niveau international, même s'il s'agirait plutôt dans ce cas d'un mécanisme se rapportant à l'application de la compétence universelle et à son articulation avec la question de l'immunité des représentants d'États africains devant des juridictions internes étrangères. L'Union africaine préconise la création d'un organisme international de surveillance qui serait compétent pour examiner et régler les plaintes interétatiques, ce qui porte à croire qu'en principe la proposition que la Rapporteuse spéciale fait dans ce domaine pourrait vraiment intéresser les États africains.

De l'avis de M. Jalloh, on pourrait considérer qu'une proposition sur le règlement des différends n'a pas sa place dans le projet d'articles parce que la Commission ignore encore si ledit projet fera partie d'un projet de traité et que, de toute façon, cette décision appartient normalement aux États mais, dans son rapport, la Rapporteuse spéciale justifie solidement cette inclusion. Il souscrit aux motifs qu'elle avance, en particulier celui selon lequel le projet d'articles doit être conçu comme un texte complet, de sorte que les États puissent avoir une vue d'ensemble de la proposition faite par la Commission sur le sujet à l'examen, et lui adresser ainsi leurs commentaires et observations qu'elle examinera en temps utile lors de l'adoption du projet en seconde lecture.

Il souscrit également à l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle tout différend survenu entre deux États au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État peut évidemment être réglé par les moyens traditionnels de règlement des différends, y compris par la voie judiciaire. Toutefois, nonobstant le caractère très particulier de la clause de différend dont il a déjà parlé, il importe aussi de souligner qu'en vertu de l'Article 2 (par. 3) et de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies les États ont l'obligation de régler leurs différends par des moyens pacifiques de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

M. Jalloh dit qu'il convient également avec la Rapporteuse spéciale que les procédures prévues aux articles 13 et 15 pourraient servir l'objectif d'offrir aux États des moyens de régler très tôt les différends, mais que si aucune d'entre elles ne fonctionne, il pourrait être bon de proposer un mécanisme de règlement des différends en vertu duquel le litige naissant serait soumis à un tiers. Idéalement, ce tiers aurait la faculté reconnue de trancher de manière neutre et impartiale et il se prononcerait aussi en quelque sorte à titre préjudiciel. Cependant, les moyens pacifiques de règlement des différends ne se limitent pas aux moyens judiciaires ; de très nombreuses autres possibilités, correspondant d'ailleurs davantage à la pratique des États existent peut-être – puisque toute solution obtenue par des négociations, une enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le recours à des organismes ou arrangements régionaux ou par tout autre moyen pacifique choisi par les parties peut être retenue.

M. Jalloh dit que, pour ce qui est du projet d'article 17, il approuve la décision de la Rapporteuse spéciale de mentionner la possibilité de saisir la Cour internationale de Justice ou un tribunal arbitral. Il convient toutefois de noter que seul un nombre assez limité d'États – 73 au total, la dernière fois qu'il a vérifié – a officiellement accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Dans le même temps, des arrangements régionaux et sous-régionaux, y compris des juridictions régionales dotées de compétences générales comme la Cour africaine de justice et des droits de l'homme qu'il est proposé

d'instituer, pourraient également être compétents et avoir la préférence des États dans certaines régions. Des moyens extrajudiciaires de règlement des différends pourraient également être signalés, comme le Groupe d'experts techniques ad hoc Union africaine-Union européenne sur le principe de compétence universelle créé en 2009 pour cerner les divergences d'opinion et les points d'accord entre États africains et européens sur cette question.

La Rapporteuse spéciale a raison de proposer qu'un délai soit fixé pour le règlement bilatéral d'un différend par des consultations ou des négociations, avant que ce différend ne soit renvoyé à un système externe, mais l'on peut douter de la pertinence d'imposer aux États un délai de six ou douze mois, compte tenu des diverses situations qui peuvent se présenter. En outre, la version actuelle du projet ne précise pas ce qu'il se passerait si l'État du for, ou l'État du représentant, rejetait ou ignorait la « proposition » formulée par l'autre l'État. Il serait sage d'envisager ce qui devrait se passer une fois le délai de règlement écoulé. Nul doute que le renvoi d'un différend devant un mécanisme externe doit entraîner la suspension de l'exercice de la compétence de l'État du for jusqu'à ce que l'organe chargé de régler le différend ait rendu une décision définitive contraignante pour les deux parties.

M. Jalloh dit que ces considérations l'amènent à proposer que le texte du paragraphe 1 du projet d'article 17 soit revu de sorte à laisser davantage de souplesse aux États en indiquant qu'ils doivent s'efforcer de régler leurs différends non pas « dans les meilleurs délais » (« *as soon as possible* ») mais plutôt « dès que possible » (« *as soon as practicable* »). Il propose aussi d'insérer le membre de phrase « ou par tout autre moyen de leur choix » (« *or any other means of their own choosing* ») après « par voie de négociations » (« *through negotiations* »). En ce qui concerne le paragraphe 2, il se dit favorable à l'idée d'y mentionner, en plus de l'arbitrage, d'autres moyens possibles de règlement des différends qui pourraient être tentés avant que le litige ne soit renvoyé devant la Cour internationale de Justice, comme la conciliation et la médiation ou les bons offices. Le texte du projet d'article devrait par ailleurs décrire ce qui se passera si un État refuse l'invitation que l'autre lui adresse pour régler un différend. M. Jalloh se dit prêt à soumettre au Comité de rédaction des propositions de libellé en ce sens. Au paragraphe 3 du même projet d'article, il importe d'indiquer clairement que le recours à l'un des moyens de règlement des différends mentionnés au paragraphe 2 a pour effet de suspendre l'exercice de la compétence de l'État du for jusqu'à ce que l'autorité compétente ait rendu une décision définitive, et que les États s'engagent à respecter cette décision, quelle qu'elle soit.

Passant au chapitre III sur les bonnes pratiques recommandées, M. Jalloh dit approuver les recommandations avisées de la Rapporteuse spéciale mais suggère d'y ajouter l'idée que les États doivent être conscients des effets, sur leurs relations internationales, des décisions qui concernent l'immunité des représentants étrangers. Il lui importe aussi de faire observer que c'est largement, sinon exclusivement sous l'angle de leur droit interne et non du droit international que les États appréhendent les effets de l'immunité sur la communauté internationale, et que des organes distincts, politiques et judiciaires entre autres, peuvent jouer un rôle en la matière.

M. Jalloh dit qu'il est favorable à la rédaction d'un guide sur des pratiques recommandées aux États. C'était déjà sa position en 2019 même si, à l'époque, il s'est inquiété de ce que la Commission puisse être considérée comme trop prescriptive si elle envisageait des scénarios déjà régis par les codes nationaux de procédure pénale. Ceci étant dit, pour autant que la Commission se montre très prudente, un projet de guide sur la pratique, non contraignant pour les États, serait très utile aux pouvoirs publics, tout particulièrement si la Commission devait recommander que, dans les États, les décisions relatives aux immunités soient prises au plus haut niveau possible et que des manuels soient élaborés à l'intention des autorités chargées de l'application des lois, dans le but d'aider celles-ci à régler toute difficulté pratique pouvant se poser lorsque l'immunité du représentant d'un État étranger est en jeu. La Commission pourrait même promouvoir l'idée, déjà mise en pratique aux États-Unis d'Amérique, de formations uniformes sur les obligations des États en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qui seraient dispensées aux autorités compétentes.

M. Jalloh dit qu'il s'oppose fermement à l'idée, avancée au paragraphe 58 du rapport, de transformer les projets d'articles 8 à 16 en une sorte de « guide pratique » semblable à

ceux que la Commission élabore dans le cadre d'autres sujets à l'examen. Une telle approche créerait inutilement la confusion et compromettrait le résultat final de travaux menés pendant plus de quinze ans et ayant déjà permis l'adoption de projets d'articles extrêmement importants sur une question épineuse du droit international jamais traitée jusqu'alors. Il pense comme la Rapporteuse spéciale que l'élaboration d'un tel guide retarderait inutilement les travaux de la Commission sur le sujet et juge impératif que celle-ci s'efforce vraiment d'achever la première lecture du projet d'articles à la session en cours.

Enfin, il tient à rappeler aux membres de la Commission que les travaux sur ce délicat sujet ont de nouveau, et sans surprise, suscité un vif intérêt de la part des États, de la doctrine et de la société civile au niveau mondial ; l'abondance de commentaires doctrinaux consacrés à l'immunité, ainsi que la déclaration sur l'immunité publiée par Amnesty International en avril 2021 le prouvent. En outre, plusieurs juridictions nationales ont récemment eu l'occasion de statuer sur l'immunité de représentants de l'État ; la décision rendue par la Cour fédérale de justice (Allemagne) sur la question de l'immunité fonctionnelle d'un représentant de l'État syrien et celle rendue par la Cour suprême de la Gambie au sujet de l'immunité fonctionnelle de Yankuba Touray, sont particulièrement intéressantes. Selon le professeur Claus Kress, qui a résumé en anglais la décision de la juridiction allemande, la Cour fédérale s'est expressément penchée sur les opinions, majoritaires comme minoritaires, exprimées au sein de la Commission sur l'état actuel du droit international des immunités. La Cour suprême gambienne n'a quant à elle pas mentionné les travaux de la Commission, mais sa décision illustre de quelle façon les juridictions d'un État peuvent examiner les obligations découlant du droit international conventionnel et coutumier lorsqu'elles interprètent les règlements internes relatifs à l'immunité fonctionnelle. La Rapporteuse spéciale et la Commission pourraient prendre ces décisions en considération, à tout le moins lorsqu'elles mettront à jour les parties pertinentes du commentaire.

M. Jalloh dit vouloir conclure en remerciant et félicitant encore une fois la Rapporteuse spéciale pour son travail impressionnant, ses efforts inlassables et son dévouement exceptionnel, grâce auxquels la Commission semble sur le point d'adopter en première lecture un projet d'articles complet sur le sujet à l'examen. Il approuve le renvoi du projet d'articles au Comité de rédaction.

**M. Tladi** dit qu'il tient à remercier la Rapporteuse spéciale pour son rapport qui est à la fois particulièrement clair, bien argumenté et réfléchi, et qui reste concis malgré l'ampleur des questions qu'il couvre. Se disant moins ambitieux que M. Jalloh, il espère qu'un projet d'articles complet pourra être adopté pendant le quinquennat en cours et il approuve le renvoi des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction. Certains aspects du libellé du projet d'article 18 le préoccupent mais une reformulation soignée devrait permettre de lever ses inquiétudes.

M. Tladi rappelle, afin de replacer ses préoccupations dans leur contexte, qu'il s'est dès le début montré assez progressiste à l'égard de ce très important sujet, parfois même plus que la Rapporteuse spéciale elle-même. Concernant le projet d'article 3 sur la portée de l'immunité *ratione personae*, avec M. Petrič et d'autres, il a soutenu en vain que le bénéfice de cette immunité devait être limité aux chefs d'État, tandis qu'en ce qui concerne le projet d'article 7, il s'est dit favorable à l'inclusion d'exceptions à l'immunité. Il veut expliquer par ce rappel que, s'il approuve l'érosion des immunités en tant que proposition normative, celle-ci doit se faire dans le respect des principes fondamentaux et du cadre du droit international. En d'autres termes, lorsque des arguments juridiques et des possibilités raisonnables permettent de limiter les immunités, il convient d'en tirer parti, et, dans le contexte du rapport entre l'actuel projet d'articles et les règles régissant les juridictions pénales internationales, les États peuvent décider de ne pas reconnaître d'immunités dans leurs relations mutuelles. Au vu de la pratique ultérieure, on pourrait raisonnablement avancer, mais non sans mal, que l'article 27 du Statut de Rome a eu pour effet de mettre fin aux immunités entre les parties au Statut. M. Tladi dit qu'il souscrit pleinement à cet argument raisonnable, quoiqu'assez délicat à soutenir. En revanche, l'idée que les parties à un système conventionnel puissent étendre l'application de ces mêmes règles à des États non parties est inacceptable. Or, c'est précisément sur cette idée que la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale se fonde dans l'arrêt qu'elle a rendu sur l'appel formé par la Jordanie dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir*.

Au paragraphe 23 du rapport, la Rapporteuse spéciale affirme qu'il ne serait pas utile que la Commission « examine » l'arrêt de la Chambre d'appel ou « procède à une appréciation » de celui-ci. De fait, si la Commission devait procéder à l'examen ou à l'appréciation de cet arrêt, ceux-ci pourraient bien révéler que les conclusions de la Cour n'ont d'autre fondement que la fantaisie des juges. Pas un seul élément d'autorité ne vient étayer la conclusion de la Cour selon laquelle l'interprétation créative mais raisonnable de l'article 27 du Statut de Rome, qui permet de considérer qu'il s'applique aux relations entre États parties, vaudrait également pour les relations entre États parties et États non parties. Pas un seul élément, à l'exception évidemment de l'opinion explicative de 198 pages jointe à l'arrêt, mais quiconque espérerait trouver dans cette longue dissertation des arguments d'autorité en faveur de la thèse défendue serait déçu. L'opinion explicative traite de la question de l'immunité devant les juridictions internationales et retrace l'histoire de cette immunité, mais elle ne donne aucun élément de fond susceptible d'étayer l'improbable conclusion selon laquelle les règles régissant l'immunité devant les juridictions internationales sont également applicables aux décisions prises dans l'ordre interne pour donner effet à la compétence de la Cour pénale internationale. La Chambre d'appel n'explique nullement, ni dans l'arrêt lui-même, ni dans l'opinion explicative, comment elle conçoit la formation ou la détermination du droit international coutumier ou l'interprétation correcte du Statut.

M. Tladi dit que la Rapporteuse spéciale a donc fait preuve de sagesse en décidant de ne pas chercher à apprécier un arrêt si mal fondé, en particulier à cause de la portée de la conclusion qu'il énonce, et qui montre bien que quantité et qualité ne vont pas toujours de pair – un point que lui-même a maintes fois tenté de faire valoir devant la Commission. La Rapporteuse spéciale affirme à juste titre que cet arrêt « a suscité de vives critiques de la part de différents auteurs de doctrine et de certains États » ; il suppose qu'il s'agit là d'un euphémisme pour dire que les critiques ont été implacables. Toutefois, elle a aussi fait justement remarquer que tout n'était pas inexact dans cet arrêt. Ainsi, il est vrai que les règles du droit international relatives aux immunités diffèrent selon qu'elles s'appliquent devant des juridictions nationales ou devant des juridictions internationales. De ce fait, une légère réserve s'impose en ce qui concerne l'alinéa b) du paragraphe 24 du rapport : ce n'est pas tant que les chefs d'État ne bénéficient pas de l'immunité devant les juridictions internationales, mais plutôt que l'immunité dont ils bénéficient dépend de l'instrument régissant la juridiction concernée.

M. Tladi dit qu'il approuve la teneur du paragraphe 27 du rapport, si toutefois elle signifie que la Commission doit adopter une interprétation restrictive de l'arrêt rendu dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir*, en considérant qu'il concerne les obligations des États parties entre eux. Il suppose que c'est en ce sens qu'il faut entendre le membre de phrase « exclusivement dans le contexte des obligations que le Statut de Rome impose à ses États parties ». Il considère qu'en effet, les obligations visées ne peuvent avoir d'effet que sur d'autres États ayant souscrit aux mêmes obligations. Cependant, ce membre de phrase pourrait signifier tout autre chose, à savoir qu'en vertu du Statut de Rome, les États parties peuvent souscrire à des obligations qui leur permettraient de s'affranchir en toute légalité de celles auxquelles ils sont tenus à l'égard d'États non parties, en violation de l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. M. Tladi dit que, si c'est là le sens que la Rapporteuse spéciale a voulu donner au paragraphe 27, il est, avec respect mais très vivement en désaccord.

En ce qui concerne le lien entre ces arguments et le projet d'article 18, dans lequel il est dit que le projet d'articles est sans préjudice des règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales, il accepte sans réserve cette proposition, pourvu qu'elle signifie que, de l'avis de la Commission, les États parties à un traité de droit pénal international peuvent établir entre eux le régime d'immunités qu'ils souhaitent. Le projet d'article 18 pourrait cependant aussi s'entendre comme s'appliquant non seulement aux relations des États parties entre eux, mais plus largement aux relations entre États parties et États tiers. Si c'est en ce sens que la Rapporteuse spéciale parle des « règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales », ce projet d'article reviendrait *de facto* à avaliser un arrêt si mal fondé que la Rapporteuse spéciale a jugé plus sage d'en éviter l'appréciation ou l'examen, et une position dont elle a admis, par euphémisme, qu'elle avait « suscité de vives critiques ». Selon M. Tladi, ce serait là une clause « sans préjudice » plutôt

préjudiciable, et les arguments éloquentes de M. Jalloh n'ont pas suffi à le convaincre du contraire.

Pour M. Tladi, il serait préférable de supprimer complètement le projet d'article 18. Toutefois, constatant que la Rapporteuse spéciale souhaite faire figurer une telle disposition dans le projet d'articles et supposant qu'elle sera soutenue en cela par de nombreux membres de la Commission, il propose plutôt d'en remanier le texte. Premièrement, puisque le projet d'article premier contient déjà une clause « sans préjudice », il propose d'y insérer le texte du projet d'article 18. Deuxièmement, parce qu'il importe d'éviter toute ambiguïté, le texte modifié devrait indiquer clairement que l'article vise les règles conventionnelles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales en matière d'immunité. Il ne devrait pas pouvoir s'interpréter de manière à permettre au régime conventionnel lui-même de nuire au projet d'articles. M. Tladi propose donc le texte suivant, qui lui paraît équilibré : « Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'applicabilité d'immunités devant les juridictions pénales internationales en vertu des instruments constituants pertinents établissant ces juridictions » (« *The present draft articles are without prejudice to the applicability of immunity before international criminal tribunals under the relevant constituent instruments establishing such international criminal tribunals* ». Il fait toutefois remarquer que même ce libellé pourrait donner lieu à des interprétations erronées, comme l'a fait l'article 27 du Statut de Rome.

Troisièmement, vu comment la Rapporteuse spéciale présente l'arrêt rendu dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir*, le commentaire ne devrait en aucune manière suggérer que le libellé du projet d'article 18 s'en inspire. L'affaire peut être mentionnée ailleurs dans le commentaire, mais certainement pas dans cette partie, si ce n'est pour signaler que l'arrêt en question a suscité de vives critiques.

M. Tladi dit qu'il n'a pas de position bien arrêtée au sujet du projet d'article 17, qui lui pose pourtant problème à divers égards. La première question qui se pose, qui est aussi la plus importante, est celle de savoir si sur le plan théorique le projet d'articles devrait comprendre ou non une clause de règlement des différends. La Rapporteuse spéciale a certes rappelé que le projet de conclusions sur le sujet des « Normes impératives du droit international général », pour lequel lui-même est Rapporteur spécial, contient une disposition sur le règlement des différends (projet de conclusion 21), mais la situation est différente pour deux raisons. Premièrement, les caractéristiques particulières du *jus cogens* rendent le projet de conclusion 21 indispensable : sa teneur et sa nécessité découlent du contenu même du *jus cogens* et du fait que les États avaient accepté l'article 53 de la Convention de Vienne, convaincus qu'il serait appuyé par une disposition prévoyant le règlement des différends. Deuxièmement, telle qu'il l'avait proposée et qu'il la comprend encore, la procédure prévue au projet de conclusion 21 a valeur de recommandation. Le Comité de rédaction l'a transformée en ce qui semble être une véritable clause de règlement des différends, mais face à la virulence des commentaires formulés par les États à la Sixième Commission et des observations écrites reçues à ce jour, la Commission devra probablement reconsidérer cette décision. Dire que la Sixième Commission n'a pas fait bon accueil au projet de conclusion 21 est un euphémisme.

Aucune acceptation conditionnelle ne pesant sur le projet d'article 17, comme c'était le cas avec l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, M. Tladi dit qu'il ne voit pas bien pourquoi la Commission irait dans ce sens. Selon lui, le projet d'article 17 devrait uniquement figurer dans le projet d'articles si la Commission soumettait un traité à l'examen des États, comme elle l'a fait dans le cadre du sujet des « Crimes contre l'humanité ». Cela étant dit, si la Commission décidait de proposer l'élaboration d'un traité, elle devrait retravailler le projet d'article 7 pour y inclure l'immunité *ratione personae*. En d'autres termes, il serait nécessaire d'indiquer que, dans le cas où l'instrument proposé serait adopté sous la forme d'un traité et pour les États qui deviendraient parties à ce traité, l'immunité ne s'appliquerait en aucun cas à l'égard des crimes énumérés et les États parties pourraient appliquer l'immunité de la manière qu'ils souhaitent. Si le projet d'articles n'est pas appelé à devenir un traité, ses dispositions pourraient être prises moins sérieusement, et même s'il l'est, ces dispositions s'appliqueraient uniquement aux relations entre les parties à ce traité. La Rapporteuse spéciale devrait sérieusement réfléchir à ces différents points.

M. Tladi dit qu'il s'interroge également sur le sens du projet d'article 17 proposé. Dans sa version actuelle, celui-ci ne semble pas apporter une plus-value significative au texte. Son paragraphe 1 ne pose aucun problème mais, dans son paragraphe 2, le membre de phrase « n'excédant pas [6] [12] mois » est ambigu. Signifie-t-il qu'à l'issue de la période de six ou douze mois, les parties peuvent ne pas convenir de soumettre la question à la Cour internationale de Justice ou que, si les parties ont décidé de saisir la Cour avant l'expiration du délai, l'accord devient caduc ? La mention d'un délai n'a en principe de sens que si une clause compromissoire obligatoire est également adoptée ; dans le cas présent, celle-ci pourrait prévoir, par exemple, que si après l'expiration du délai les parties n'ont pas trouvé de solution amiable, chacune peut porter le litige devant la Cour internationale de Justice. On ne comprend pas bien non plus si les États concernés peuvent choisir un autre mécanisme de règlement ou si le projet d'article 17 entend l'empêcher. M. Jalloh a soulevé certains de ces points, mais les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans le projet d'article 17 diffèrent de celles qu'il a mentionnées en lien avec la question de la compétence universelle, car dans ce dernier cas les États africains proposent un mécanisme obligatoire alors que dans le projet d'article 17, rien n'est obligatoire.

M. Tladi dit qu'il ne s'opposera pas à l'adoption du projet d'article 17, même dans sa version actuelle. Il tient simplement à signaler qu'il n'est pas sûr de comprendre le sens de cette disposition et que celle-ci ne devrait contenir aucun délai, sauf si la Commission souhaite adopter une clause compromissoire obligatoire. En tout état de cause, pour le cas où la Commission souhaite conserver une disposition relative au règlement des différends, il conviendrait de simplifier le projet d'article 17. De très nombreux libellés sont possibles, M. Tladi propose le suivant : « Si les parties ne sont pas en mesure de parvenir à un accord dans un délai raisonnable, chacune peut, sous réserve de l'accord de l'autre partie, saisir de la question ... » (« *If the parties are not able to reach agreement within a reasonable period of time, then either Party may, subject to the agreement of the other Party, submit the matter to adjudication...* »). Si, comme il est probable, une forte pression s'exerce au sein de la Commission pour que cet article soit conservé, celui-ci devrait être remanié, compte tenu des questions qu'il a soulevées. En tout état de cause, il approuve le renvoi des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction.

*La séance est levée à 12 h 40.*