

Provisoire

Réservé aux participants

02 septembre 2021

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-douzième session (première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3525^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 19 mai 2021, à 11 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_fr@un.org).



Présents :

Président : M. Hmoud

Membres : M. Cissé

M^{me} Escobar Hernández

M. Forteau

M^{me} Galvão Teles

M. Gómez-Robledo

M. Jalloh

M. Laraba

M^{me} Lehto

M. Murase

M. Nguyen

M. Ouazzani Chahdi

M. Park

M. Petrič

M. Rajput

M. Reinisch

M. Ruda Santolaria

M. Šturma

M. Tladi

Sir Michael Wood

M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 11 heures.

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

M. Zagaynov remercie la Rapporteuse spéciale d'avoir élaboré et présenté son huitième rapport (A/CN.4/739), qui soulève des questions complexes dont l'examen a suscité des opinions très diverses. Malheureusement, le désaccord au sujet du projet d'article 7 qui était devenu manifeste à la soixante-neuvième session de la Commission continue d'affecter les travaux sur le sujet et de nouvelles divergences d'opinions, notamment sur des questions fondamentales, se sont de plus fait jour.

M. Zagaynov rappelle que lors des précédentes sessions de la Commission, il avait fait valoir que les questions touchant la justice pénale internationale ne devaient pas être envisagées dans le cadre des travaux sur le sujet. Il partage donc l'opinion des membres de la Commission qui sont contre le projet d'article 18 proposé. La Commission s'était mise d'accord sur ce point dès le début de ses travaux sur le sujet, comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 11 et dans la note de bas de page 28 du rapport à l'examen ; le plan d'étude indiquait sans aucune ambiguïté que les travaux ne porteraient que sur l'immunité de la juridiction des États, et cette décision est reflétée au paragraphe 1) du projet d'article 1 et dans le commentaire y relatif. Or, en dépit de cette décision et de cet accord, la Commission se penche de nouveau sur certains aspects de la justice pénale internationale.

Dans ce contexte, la Rapporteuse spéciale évoque « l'interaction possible entre la juridiction pénale étrangère et la juridiction pénale internationale en ce qui concerne l'immunité », considérant qu'« il s'agit d'une interaction étroitement liée aux principes de responsabilité et de la lutte contre l'impunité des crimes de droit international ». Or les termes « immunité » et « impunité » ne sont pas synonymes et ne doivent pas être confondus. S'il est exact que « l'immunité de juridiction pénale étrangère ne saurait être traitée dans l'abstrait », la recherche d'un lien entre « le présent sujet et le phénomène de la juridiction pénale internationale » semble superflue, pour les raisons qui viennent d'être exposées.

Comme l'a souligné M. Petrič, les juridictions pénales internationales sont d'une nature juridique particulière et opèrent exclusivement dans le cadre de régimes juridiques spéciaux établis soit par des traités, comme le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, soit par des résolutions du Conseil de sécurité, et qui ne laissent donc aucune place à la codification ou au développement progressif du droit international.

Plusieurs membres de la Commission ont souligné que le projet d'article 18 proposé risquait d'être interprété comme indiquant qu'en cas de conflit entre les règles régissant les juridictions pénales internationales et les normes du droit international général concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, les premières prévaudront.

Comparer le texte proposé pour le projet d'article 18 et le projet d'article 1 et le commentaire y relatif est révélateur. Comme l'a souligné M. Murphy, aux termes du paragraphe 2) du projet d'article 1 le projet d'articles était « sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international ». Le commentaire du paragraphe 1) du projet d'article 1, sur lequel M. Reinisch a appelé l'attention, précise qu'« aucune des règles régissant l'immunité devant [les tribunaux pénaux internationaux] ne doit être affectée par le contenu du présent projet d'articles ». Le projet d'article 18 proposé dispose que « [l]e présent projet d'articles est sans préjudice des règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales ». Ces deux énoncés sont nettement différents. Le rapport à l'examen s'écarte du texte déjà adopté en ce qu'il ne mentionne plus l'« immunité » en relation avec le fonctionnement des juridictions pénales internationales. M. Zagaynov dit qu'il ne pense pas comme M. Reinisch que le libellé proposé soit préférable, s'agissant en particulier de l'immunité des représentants des États qui ne sont pas parties à l'accord international concerné. Un groupe d'États, dont chacun est individuellement lié par les règles du droit international général régissant l'immunité, ne saurait créer par voie d'accord une instance au sein de laquelle ces règles ne s'appliqueraient pas.

Le débat sur le libellé proposé a lieu alors que la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale a rendu, dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, une décision très contestable du point de vue du droit international général. M. Zagaynov se félicite donc que la Rapporteuse spéciale n'ait pas l'intention de commenter cette décision. Celle-ci est toutefois mentionnée dans le rapport et l'a été par presque tous les membres ayant pris la parole lors du débat en cours ; il faut espérer qu'elle ne sera pas mentionnée dans le commentaire. Le débat montre que la position que la Rapporteuse spéciale propose d'adopter tend à appuyer les conclusions et la logique de la Chambre d'appel, dont M. Zagaynov juge les arguments défectueux. Les normes du droit international général concernant l'immunité n'ont pas été modifiées dans leur application aux États qui ne sont pas parties au Statut de Rome. M. Zagaynov considère comme la Rapporteuse spéciale que, quoi qu'il en soit de la décision de la Chambre d'appel, les conclusions de celle-ci doivent, de toute manière, « être interprétées exclusivement dans le contexte des obligations que le Statut de Rome impose à ses États parties » et ne peuvent être extrapolées.

La Rapporteuse spéciale conclut qu'une disposition sur le règlement des différends opposant l'État du for et l'État du représentant peut être incluse dans le projet d'articles, et elle définit les questions sur lesquelles ces États peuvent être en désaccord comme « des divergences [...] au sujet de la détermination et de l'application de l'immunité ». M. Zagaynov propose que cette disposition soit examinée en même temps que la question de la forme du texte qui sera issu des travaux de la Commission. Les dispositions relatives au règlement des différends étant propres aux traités, les travaux devraient se poursuivre sur cette base.

Les travaux menés sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), qui sont mentionnés par la Rapporteuse spéciale dans son rapport, ne sont pas achevés et ne peuvent donc être considérés comme créant un précédent. M. Tladi, le Rapporteur spécial pour ce sujet, n'a pas exclu la possibilité de réviser la conclusion 21 pour tenir compte des réactions des États, tout en notant que l'expression « pratique recommandée » avait été utilisée dans le texte initial de cette conclusion.

S'agissant du projet d'article 17, certains membres de la Commission ont soulevé diverses questions, notamment celles de la signification du délai de six ou douze mois prévu au paragraphe 2 et de la différence entre les consultations et les négociations.

Pour ce qui est de la suspension de l'exercice de la compétence mentionnée au paragraphe 3) du projet d'article 17, la Cour internationale de Justice, ainsi que M. Forteau l'a rappelé à la 3521^e séance de la Commission, a rejeté des demandes présentées à cette fin par l'État du représentant. Apparemment, la Cour a considéré que l'exercice de la compétence était justifié.

Le projet d'article 17 concerne le règlement des « divergences [...] au sujet de la détermination et de l'application de l'immunité ». Le projet d'article relatif à la détermination de l'immunité situe chronologiquement cette étape après une série d'événements et d'actes qui comprennent notamment l'examen de la question de l'immunité par l'État du for, la notification à l'État du représentant, l'invocation de l'immunité, la renonciation à l'immunité et l'échange d'informations. M. Zagaynov dit qu'il aimerait savoir, comme M^{me} Galvão Teles l'a demandé à la 3524^e séance de la Commission, si le projet d'article 17 est censé s'appliquer également aux divergences survenant au sujet de ces étapes, avant la détermination de l'immunité, et s'applique au règlement des différends concernant tous les projets d'article ou seulement ceux de la quatrième partie. S'il ne s'applique qu'à ces derniers, on peut se demander si l'exclusion des deuxième et troisième parties, relatives à l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, y compris le projet d'article 7, au sujet duquel le désaccord entre les États est le plus marqué, est justifiée. Il serait utile au Comité de rédaction que la Rapporteuse spéciale fournisse des éclaircissements à cet égard.

Pour ce qui est des pratiques recommandées, M. Zagaynov dit qu'il partage pleinement les doutes exprimés par la Rapporteuse spéciale dans son rapport et qu'il approuve l'approche qu'elle propose.

La Commission ne pourra éliminer, ou au moins éviter d'aggraver, les désaccords existants que si ses membres n'insistent pas pour prendre à tout prix des décisions sur des questions au sujet desquelles il n'existe manifestement pas encore de consensus et les divergences d'opinions sont fondamentales. L'approche la plus responsable consisterait à laisser de côté l'examen de ces questions, y compris la disposition visant les juridictions pénales internationales.

M^{me} Oral, félicitant la Rapporteuse spéciale pour son huitième rapport et la présentation claire et instructive qu'elle en a faite, dit qu'il n'y a aucun doute qu'ainsi que le commentaire du projet d'article 1 l'explique, le projet d'articles concerne l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale des autres États. Elle pense toutefois comme la Rapporteuse spéciale 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 », et que le lien éventuel entre les deux niveaux de juridiction pénale ne peut être ignoré. Le projet d'article 18 doit être lu dans le contexte du principe de complémentarité consacré dans le Statut de Rome et de la nature parfois insaisissable des juridictions internes et internationales et des tribunaux « hybrides », comme l'a souligné M. Jalloh à la 3520^e séance de la Commission.

La décision de la Rapporteuse spéciale de ne pas analyser l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* est judicieuse ; bien que cette affaire ne puisse être ignorée, un équilibre adéquat a été réalisé dans le huitième rapport. Pour M^{me} Oral, l'objet du projet d'article 18 est d'indiquer que le projet d'articles ne s'applique pas aux régimes autonomes des juridictions pénales internationales. Cette clause « sans préjudice » garantit que le projet d'articles n'influencera pas ces régimes quant au fond et préservera la place qu'occupent à juste titre les juridictions pénales internationales, qui jouent un rôle critique dans la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux les plus graves. Le projet d'article 18 trace une ligne de démarcation nette entre les deux sphères et ne saurait en aucune manière être lu comme cautionnant la décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Al-Bashir* au sujet des États qui ne sont pas parties au Statut de Rome ou comme attestant que l'inapplicabilité de l'immunité *ratione personae* devant les juridictions internationales est une règle coutumière. L'analyse qu'a faite M^{me} Lehto à la 3524^e séance de la Commission a montré de manière très claire et convaincante pourquoi la clause « sans préjudice » du projet d'article 18 proposé ne risquait pas d'établir une sorte de hiérarchie.

M^{me} Oral dit qu'elle est d'accord avec les membres de la Commission qui ont proposé de faire du projet d'article 18 un nouveau paragraphe 3 du projet d'article 1. Elle convient également que le mot « fonctionnement » devrait être réexaminé et que la proposition de M. Jalloh de remplacer le mot « règles » par l'expression « règles et pratiques », appuyée par certains membres, mérite d'être retenue. Il est regrettable que quelques membres souhaitent mettre fin au débat sur le projet d'article 18 ; un échange de vues vigoureux pourra avoir lieu au Comité de rédaction, où un compromis pourra être trouvé si nécessaire.

M^{me} Oral dit qu'elle est réservée au sujet du projet d'article 17. Si le projet d'articles était destiné à devenir une convention, une disposition sur le règlement des différends se justifierait, dès lors qu'elle n'est ni trop prescriptive ni trop détaillée. Eu égard à certains textes adoptés par la Commission par le passé, comme le projet d'articles de 1994 sur le droit des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, dont la disposition détaillée sur le règlement des différends a été substantiellement modifiée lors de l'adoption de la Convention correspondante, ou le projet de statut d'une cour criminelle internationale adopté en 1994, dans lequel le règlement des différends était mentionné dans un appendice et non dans une disposition du statut, un libellé plus général serait préférable.

Si en revanche le projet d'article 17 doit figurer dans les dispositions de sauvegarde figurant dans la quatrième partie, la clause devrait être directement rattachée à ces dispositions et transférée dans cette quatrième partie. Il serait ainsi clair qu'il ne s'agit pas d'une clause compromissoire générale mais de la dernière étape de la mise en œuvre des dispositions procédurales de sauvegarde, à l'issue de laquelle, si les mesures n'aboutissent pas, l'État concerné pourra engager la procédure de règlement des différends. Si telle est l'intention, la disposition relative au règlement des différends figurant dans les projets de

conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) pourrait servir de modèle. La conclusion 21 n'est pas censée être une clause compromissaire générale mais vise une situation particulière, à savoir celle où un État souhaite soulever une objection à l'invocation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) comme motif de nullité ou d'extinction d'une règle du droit international. C'est pourquoi elle figure parmi les obligations procédurales et ne constitue pas une disposition relative au règlement des différends autonome, comme l'a relevé M^{me} Galvão Teles à la 3524^e séance de la Commission, lorsqu'elle a proposé d'intituler le projet d'article 17 « Obligations procédurales » ou « Recommandation procédurale » aux fins du règlement des différends concernant la détermination de l'immunité.

Si le projet d'article 17 figure dans la quatrième partie, il pourrait prévoir un délai, ce que ne font généralement pas les dispositions conventionnelles relatives au règlement des différends. La présence d'une clause « sans préjudice » indiquerait que le projet d'article 17 n'est pas censé prévaloir sur les clauses de règlement des différends figurant dans des traités en vigueur, ce qui répondrait peut-être à la préoccupation exprimée par M. Forteau.

En ce qui concerne les bonnes pratiques, M^{me} Oral considère comme la Rapporteuse spéciale qu'étant donné le temps nécessaire pour établir un guide de bonnes pratiques, l'élaboration d'un tel guide empêcherait la Commission d'adopter le projet d'articles en première lecture à la session en cours et risque aussi de susciter de nouvelles controverses. Il faut donc se féliciter que la Rapporteuse spéciale considère qu'il n'est nul besoin de recommander des bonnes pratiques.

M^{me} Oral dit qu'elle appuie pleinement l'intention de la Rapporteuse spéciale d'achever la première lecture du projet d'articles à la session en cours et recommande de renvoyer les projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction.

M. Ruda Santolaria, parlant par liaison vidéo, félicite la Rapporteuse spéciale pour la persévérance dont elle a fait preuve dans ses travaux sur le sujet et la remercie d'avoir présenté son huitième rapport. Il considère lui aussi que les juridictions pénales internationales ont leurs propres régimes juridiques et qu'en conséquence aucune des règles régissant l'immunité devant ces juridictions ne sera affectée par les dispositions du projet d'articles à l'examen. Il existe toutefois un lien indéniable lorsque des représentants d'un État commettent des crimes internationaux pouvant faire l'objet de poursuites tant devant les tribunaux internes que devant les juridictions pénales internationales. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'empêcher qu'un crime choquant la conscience de l'humanité reste impuni.

Il n'aurait effectivement pas été approprié de mentionner cette question dans le projet d'article 7, relatif aux crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux représentants de l'État devant les tribunaux pénaux d'un autre État. Une comparaison entre ce projet d'article et l'article 27 du Statut de Rome montre clairement que les immunités et règles procédurales spéciales pouvant être associées à la qualité officielle d'une personne en droit interne ou international n'empêchent pas la Cour pénale internationale d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne, même s'il s'agit d'un chef d'État ou d'un chef de gouvernement faisant fonction de chef d'État. Comme la Cour pénale internationale peut exercer sa compétence même à l'égard des personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*, il semble approprié d'indiquer que le projet d'articles est « sans préjudice » des règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales, car il envisage une situation différente, à savoir celle où un représentant d'un État est traduit devant les tribunaux d'un autre État.

En ce qui concerne le projet d'article 18, M. Ruda Santolaria approuve le texte proposé par la Rapporteuse spéciale mais estime qu'il serait plus logique d'incorporer cette disposition au projet d'article 1, en tant que nouveau paragraphe 3. Ainsi, le paragraphe 1 du projet d'article 1 définirait le champ d'application du projet d'articles et les paragraphes 2 et 3 prendraient la forme de clauses « sans préjudice », de telle manière que le projet d'articles serait sans préjudice de l'immunité de juridiction pénale prévue par des règles particulières du droit international, notamment celle dont jouissent les personnes liées aux missions diplomatiques, aux postes consulaires, aux missions spéciales, aux organisations

internationales et aux forces militaires des États, de même que par les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales.

S'agissant du projet d'article 17, M. Ruda Santolaria dit qu'il souscrit à l'idée que si un différend entre l'État du for et l'État du représentant au sujet de la détermination et de l'application de l'immunité ne peut être réglé par des consultations, il doit faire l'objet de négociations ; si celles-ci échouent, l'un ou l'autre État peut proposer de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice, auquel cas l'État du for devra suspendre l'exercice de sa compétence jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue.

En ce qui concerne les bonnes pratiques recommandées, comme celles tendant à ce que les décisions relatives à l'immunité soient prises par les autorités nationales au plus haut niveau possible et à ce que les États élaborent des manuels ou des guides sur les situations dans lesquelles des représentants d'États étrangers pouvant jouir de l'immunité sont impliqués, il n'est pas nécessaire d'élaborer un projet d'articles ou une annexe sur ces questions. Elles peuvent être envisagées dans le commentaire général du projet d'articles.

M. Ruda Santolaria recommande le renvoi au Comité de rédaction des projets d'article proposés à l'annexe IV du rapport à l'examen.

M. Šturma, remerciant la Rapporteuse spéciale pour son rapport, un document concis, bien structuré et d'une lecture agréable, dit qu'il est convaincu que la Commission pourra surmonter les derniers obstacles et adopter l'ensemble du projet d'articles en première lecture.

Il est compréhensible que le rapport traite du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, car la Rapporteuse spéciale a depuis longtemps annoncé son intention d'examiner cette question. Comme elle l'indique, la Commission n'a pas à prendre position sur la décision rendue par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, et les conclusions de la Chambre d'appel concernent exclusivement le régime juridique spécial établi par le Statut de Rome et sont sans rapport direct avec le sujet à l'examen.

M. Šturma dit qu'il est d'accord avec les membres de la Commission qui ont mis en garde contre toute interprétation de la clause « sans préjudice » du projet d'article 18, ou du commentaire relatif à celui-ci, comme cautionnant la décision de la Chambre d'appel dans cette affaire, une décision qui a suscité « de vives critiques » de la part de certains États et auteurs, comme l'indique la Rapporteuse spéciale. Dans le même temps, quelque problématique que puisse être cette décision, il ne s'agit que d'une décision particulière de la Cour pénale internationale. Les critiques légitimes visant une décision ne sauraient remettre en question les avancées majeures du droit pénal international qui sont intrinsèquement liées à la création et au fonctionnement des juridictions pénales internationales. De plus, les juridictions pénales internationales et nationales ont aussi des relations systémiques, comme l'atteste le principe de complémentarité.

Rien ne s'oppose donc à l'inclusion d'une clause « sans préjudice » dans le projet d'articles, dès lors que celle qui est proposée est reformulée et incorporée au projet d'article 1 en tant que nouveau paragraphe 3, afin qu'elle ne soit pas préjudiciable au projet d'articles. Cette clause ne peut pas et ne doit pas être un moyen de contourner des règles autres que celles codifiées et développées dans le projet d'articles. D'une part, il est clair que celui-ci concerne l'immunité des représentants de l'État de la seule juridiction pénale des autres États, c'est-à-dire les relations horizontales entre les États, et non les relations entre les États et les tribunaux internationaux. D'autre part, la compétence de la Cour pénale internationale et des autres juridictions internationales et internationalisées est régie par des règles spéciales qui limitent davantage les immunités que les règles coutumières sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Certes, ces règles spéciales ne lient que les États qui sont parties au Statut de Rome ou aux statuts ou actes constitutifs des autres juridictions internationales. On peut donc dire que le projet d'articles est sans préjudice de la compétence des juridictions pénales internationales. M. Šturma dit que comme l'a proposé M. Reinisch, c'est bien le terme « compétence » qu'il convient d'utiliser. En outre, l'argument avancé par M. Jalloh en faveur de l'ajout du terme « juridictions internationalisées » est convaincant. Comme le montre le jugement rendu par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone dans

l'affaire *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, ces tribunaux doivent être considérés comme des juridictions internationales.

En ce qui concerne le règlement des différends, il est notoire que la Commission laisse généralement aux États le soin de formuler les clauses de règlement des différends lorsqu'ils décident d'élaborer une convention sur la base d'un projet d'articles qu'elle a adopté. La Commission a toutefois fait figurer de telles clauses dans deux textes issus de ses travaux récents, à savoir le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et les projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Ces dispositions sont différentes l'une de l'autre parce que leurs objectifs sont différents. Dans le cadre du sujet à l'examen, on ne sait pas encore si, à l'instar du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, le projet d'articles est destiné à servir de base à une convention. Dans les projets de conclusion sur le *jus cogens*, des obligations procédurales ont été énoncées – dans la conclusion 21 – pour que le texte ne contrevienne pas aux obligations procédurales énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, un risque qui n'existe pas en l'espèce.

Le projet d'article 17 a son utilité, mais il devrait être remanié par le Comité de rédaction. Il peut être interprété comme la continuation des dispositions et garanties procédurales figurant à la quatrième partie du projet d'articles. De ce point de vue, le paragraphe 1 est utile et ne pose aucune difficulté. Le paragraphe 2 est en revanche problématique. Dans son libellé actuel, il ne constitue pas réellement une clause compromissoire, car la formule « peuvent tous deux proposer » n'a valeur que de recommandation, et il ne faut pas, au stade actuel, le transformer en une telle clause. Aucun délai ne devrait donc être prévu. Peut-être cette disposition devrait-elle être encore plus générale et viser également d'autres moyens de règlement que l'arbitrage et la saisine de la Cour internationale de Justice. Le paragraphe 3 risque d'avoir des conséquences fortuites, comme l'ont expliqué M. Forteau et M. Reinisch, aux observations desquelles M. Šturma dit qu'il souscrit pleinement.

Enfin, s'agissant de recommander des bonnes pratiques, de telles recommandations peuvent être utiles si les États y donnent suite, mais peut-être à cet égard le mieux est-il l'ennemi du bien. En effet, si la Commission décide de recommander des bonnes pratiques, il lui faudra beaucoup de temps pour les définir, ce qui signifie qu'elle ne pourra mener à bien à la session en cours la première lecture du projet d'articles sur ce qui est un sujet très important.

En conclusion, M. Šturma recommande de renvoyer les projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction, compte tenu de toutes les observations faites en plénière. Il espère que son esprit collégial permettra à la Commission d'adopter le projet d'articles et les commentaires y relatifs en première lecture.

M. Cissé félicite la Rapporteuse spéciale pour son excellent huitième rapport, un document de qualité et remarquablement concis.

En ce qui concerne le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et les juridictions pénales internationales, le paragraphe 1 du projet d'article 1 indique clairement que le projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale des autres États. C'est donc à juste titre que les juridictions pénales internationales sont exclues des travaux sur le sujet, qui concernent les intérêts concurrents de deux États, l'État du for et l'État du représentant.

Toutefois, bien que le rapport ne porte que sur le rôle des tribunaux pénaux des États, la Commission ne doit pas perdre de vue les liens, parfois évidents, qui existent entre les juridictions pénales nationales et internationales, puisqu'en certaines occasions elles sont tenues de coopérer. Tel est le cas, par exemple, lorsque la question de l'immunité se pose en ce qui concerne des actes accomplis à titre officiel par un représentant de l'État, ou lorsque les actes en cause sont des crimes internationaux parmi les plus graves.

La longueur des arguments formulés au chapitre I du rapport à l'examen n'ôte rien à leur pertinence s'agissant de justifier la clause « sans préjudice » du projet d'article 18. M. Cissé appuie l'adoption de ce projet d'article mais estime que c'est la compétence des juridictions pénales internationales, et non leur fonctionnement, qui doit être visée. La clause

« sans préjudice » devrait donc viser les règles régissant « les compétences des juridictions pénales internationales ». M. Cissé souligne que c'est à dessein qu'il utilise le mot « compétences » au pluriel car, outre la Cour pénale internationale, des tribunaux pénaux ad hoc peuvent aussi être appelés à examiner des questions d'immunité en lien avec des crimes internationaux.

S'agissant du règlement des différends, une clause de règlement des différends semble appropriée dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Si l'État du for et l'État du représentant ne peuvent régler un différend par la diplomatie, ils devraient être tenus de recourir aux mécanismes de règlement supranationaux conformément aux règles et principes du droit international, par exemple aux moyens de règlement prévus au Chapitre VI, relatif au règlement pacifique des différends, de la Charte des Nations Unies, notamment au règlement judiciaire par la Cour internationale de Justice ou une instance arbitrale. Devraient également être visées les juridictions régionales, sous-régionales et continentales.

Bien qu'il appuie la proposition de la Rapporteuse spéciale de faire figurer dans le projet d'articles une clause relative au règlement des différends, M. Cissé considère que cette clause devrait être aussi large et souple que possible et laisser aux États le choix de l'instance la plus appropriée pour régler leur différend, un objectif qui peut être réalisé au moyen de clauses compromissaires, comme l'a noté M^{me} Lehto. Plusieurs membres de la Commission, dont M. Forteau et M. Park, ont souligné le caractère prescriptif du projet d'article. La disposition relative au règlement des différends figurant dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer pourrait servir de modèle. Le projet d'article 17 doit donc être remanié afin d'offrir aux États un choix plus large de moyens de règlement.

M. Cissé dit que si le paragraphe 1 du projet d'article 17 donne un semblant de réponse à la préoccupation qui est la sienne, les paragraphes 2 et 3 sont trop détaillés et prescriptifs et risquent pour cette raison de rendre l'application du projet d'article quelque peu difficile.

S'agissant des bonnes pratiques recommandées, M. Cissé dit qu'il comprend pleinement l'utilité pratique et théorique pour les États d'un guide de bonnes pratiques, mais doute qu'il soit souhaitable d'élaborer un tel guide dans le cadre du sujet à l'examen. Si le texte qui sera finalement issu des travaux de la Commission est un projet de convention, la prudence commande à la Commission de s'en tenir à l'établissement de projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Si la Commission insiste pour élaborer un guide de bonnes pratiques, elle doit prendre garde à ne pas créer de conflits d'interprétation entre ce guide et le projet d'articles. Ce faisant, elle gagnera en temps et en efficacité.

La question de savoir si la Commission doit élaborer un guide de bonnes pratiques amène à se demander quelle serait la portée juridique des pratiques ainsi recommandées, même si la Commission souligne que ce guide ne fait qu'accompagner le projet d'articles, qui est, lui, appelé à prendre la forme d'un traité, ce qui est tout le contraire d'un guide ou d'un manuel. Le secrétariat de la Commission pourrait peut-être se charger de ce projet, comme l'a fait le secrétariat de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer lorsqu'il a élaboré le *Manuel sur la délimitation des frontières maritimes* et le *Manuel de formation à l'établissement du tracé des limites extérieures du plateau continental au-delà des 200 milles marins et à la formulation des demandes adressées à la Commission des limites du plateau continental*.

Enfin, M. Cissé remercie de nouveau la Rapporteuse spéciale pour sa patience, sa détermination et la souplesse dont elle a fait preuve pour guider les travaux de la Commission sur le sujet. Il recommande le renvoi du rapport et des projets d'articles 17 et 18 au Comité de rédaction.

Le Président, parlant en tant que membre de la Commission, remercie la Rapporteuse spéciale pour son huitième rapport. Comme les rapports précédents, il s'agit d'un document complet et exhaustif dans son analyse et dans les arguments avancés. Il rend compte des diverses perspectives juridiques qui ont façonné le contenu des projets d'article proposés. La Rapporteuse spéciale a présenté une évaluation honnête et objective des questions sous-jacentes, notamment le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des

représentants de l'État et les juridictions pénales internationales et l'intérêt d'une disposition relative au règlement des différends.

Le Président rappelle que depuis des années, il appuie l'objectif de la Commission d'achever ses travaux sur le sujet en élaborant un texte susceptible d'être adopté par l'Assemblée générale. Depuis son inscription au programme de travail de la Commission en 2007, le sujet a été longuement examiné tant à la Commission qu'à la Sixième Commission, ainsi que par la doctrine et les partisans de la justice pénale internationale. Certaines questions touchant des règles de fond en matière d'immunité demeurent controversées, mais l'adoption de règles procédurales devrait atténuer ces désaccords. Le texte qui sera issu des travaux doit respecter les autres règles du droit international, notamment le principe de l'égalité souveraine, et ne pas entraver l'action que mène la communauté internationale pour lutter contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux. Cet objectif n'est pas indûment ambitieux, et il faut espérer que la Commission pourra adopter le projet d'articles en première lecture à la session en cours ou à la session suivante.

Plusieurs projets d'article n'ont pas encore été adoptés par le Comité de rédaction, notamment ceux relatifs aux définitions et aux dispositions et garanties procédurales. Il conviendrait d'en accélérer l'examen, compte tenu du temps limité dont dispose la Commission à la session en cours en raison de la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19). Les articles restants devront être examinés plus avant, en 2021 ou en 2022, pour que le Comité de rédaction puisse en arrêter le libellé.

En ce qui concerne l'application du projet d'article 7, des garanties procédurales sont nécessaires pour empêcher que les exceptions à l'immunité *ratione materiae* fassent l'objet d'abus et pour prévenir les poursuites politiquement motivées. Or le projet d'article 8 *ante* ne réalise pas cet objectif. Le Président engage donc la Commission à envisager d'élaborer une disposition prévoyant que l'invocation de l'immunité *ratione materiae* suspend l'exercice de la juridiction pénale étrangère tout en garantissant que l'État du représentant n'abuse pas de cette procédure.

La forme finale du projet d'articles est également un élément important pour que les travaux soient couronnés de succès. Si en général la Commission ne se prononce à cet égard qu'en seconde lecture, lorsqu'elle formule une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale, elle devrait se mettre rapidement d'accord sur ce point en ce qui concerne le sujet à l'examen. L'une des principales questions controversées au sein de la Commission est celle du fondement juridique des exceptions à l'immunité *ratione materiae* prévues au projet d'article 7. S'il est peu probable que les membres modifient leur position sur cette question, une décision recommandant que le texte final du projet d'articles prenne la forme d'une convention aiderait la Commission à parvenir à un consensus. Le commentaire devrait refléter la pratique existante et l'évolution du droit international sur la question des limites de l'immunité *ratione materiae*. Il appartiendra alors aux États et à leurs tribunaux de décider de ce qu'ils entendent faire du projet d'articles et des règles qu'il contient.

Tant le droit de l'État du for d'exercer sa compétence pénale que le droit de l'État du représentant de ne pas être assujéti à une juridiction illicite doivent être respectés. Cela découle du principe de l'égalité souveraine, auquel le projet d'articles doit adhérer, et adhère effectivement. Ces intérêts juridiques, ainsi que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à lutter contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux, doivent être mis en balance.

Au chapitre I du rapport à l'examen, sur le lien entre le projet d'articles et les juridictions pénales internationales, la Rapporteuse spéciale explique les raisons ayant motivé sa décision d'analyser la question et de proposer un projet d'article sur ce lien, à savoir le projet d'article 18. La principale raison qu'elle avance est l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale sur l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Le Procureur d. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, qui est examiné longuement dans le rapport. Toutefois, au paragraphe 23 de celui-ci, la Rapporteuse spéciale fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que la Commission examine la décision de la Chambre d'appel, indiquant que l'appréciation portée sur cette décision n'a pas été indulgente ("*has not been kind*"). En réalité, face aux vives critiques dont cette décision a fait l'objet, la Cour, prenant une initiative

sans précédent, a publié un document intitulé “*Questions and answers*” (« Questions et réponses ») pour expliquer sa décision. Le Président indique que comme Sir Michael Wood et M. Murphy, il était parmi les conseils de la Jordanie en appel, et il convient qu’il n’est nul besoin d’examiner la décision en question excepté en tant que préalable à l’examen du projet d’article 18 proposé. À cet égard, il souscrit à l’analyse de cette décision qu’a faite M. Tladi, et à la conclusion selon laquelle cet arrêt ne doit pas être mentionné dans le commentaire qui pourra être élaboré sur la question du lien avec les juridictions pénales internationales.

Le Président dit qu’il tient néanmoins à souligner que la décision rendue sur l’appel interjeté par la Jordanie contient de sérieuses erreurs sur des aspects majeurs du droit applicable, en particulier parce qu’elle conclut qu’en droit international coutumier, les chefs d’État en fonction ne jouissent pas de l’immunité de juridiction pénale étrangère lorsque cette juridiction s’exerce « au nom » (“*on behalf of*”) d’un tribunal international. Cette conclusion est très problématique, car elle ne repose ni sur la pratique ni sur une doctrine juridique solide. Certains l’ont qualifiée de fiction juridique ; elle a été proposée par un auteur, reprise par le Procureur puis adoptée par la Cour alors qu’elle n’a aucun fondement en droit international. Selon la Chambre d’appel, il n’y aurait ni pratique étatique ni *opinio juris* qui étaye l’existence, en droit international coutumier, d’une immunité des chefs d’État vis-à-vis d’une juridiction internationale. La Chambre déclare de plus que ce point est « pertinent » (“*relevant*”) en ce qui concerne la relation horizontale entre les États, lorsqu’un État est prié par une juridiction internationale d’arrêter et de lui remettre le chef d’État d’un autre État. Elle considère de plus que lorsqu’un État exécute un mandat d’arrêt à la demande d’une juridiction internationale, il n’exerce pas sa propre compétence mais celle de la juridiction internationale et, en outre, que les juridictions internationales agissent au nom de la communauté internationale.

Un exemple de la pertinence de cette question s’agissant du débat de la Commission sur le projet d’article 18 est fourni par le raisonnement de la Chambre. Si deux États souhaitent engager des poursuites contre un chef d’État ou représentant de haut rang en fonction qui jouit de l’immunité de juridiction pénale étrangère, ils peuvent convenir de créer une juridiction internationale pour le faire. Cette juridiction pourra délivrer un mandat d’arrêt à l’encontre du représentant concerné. Parce qu’ils agissent au nom d’une juridiction internationale, les deux États seront alors libérés de leur obligation de droit international coutumier de respecter l’immunité de ce représentant. Si l’on suit le raisonnement de la Chambre d’appel, ces États seraient simplement des « agents » ou « mandataires » de la juridiction internationale et n’exerceraient pas leur propre compétence mais celle de la juridiction internationale. Aucune immunité horizontale n’existe puisque le représentant ne jouit pas de l’immunité devant la juridiction internationale.

La lutte contre l’impunité des auteurs de crimes internationaux est un objectif de la communauté internationale, mais une telle logique en ce qui concerne l’absence d’immunité en droit international coutumier risque d’avoir l’effet opposé et de compromettre la lutte contre l’impunité et la primauté du droit international. En effet, les États hésiteront à appuyer des institutions qui visent à porter atteinte à leurs droits souverains et obligations juridiques mutuelles.

C’est dans ce contexte que la Commission doit examiner avec soin la clause « sans préjudice » du projet d’article 18. Le Président dit qu’il souscrit à l’observation que fait la Rapporteuse spéciale au paragraphe 13 de son rapport, à savoir que l’immunité de juridiction pénale étrangère ne saurait être traitée dans l’abstrait, indépendamment des « nouvelles » réalités que représentent les juridictions pénales internationales créées pour réprimer les crimes internationaux. Le raisonnement de la Chambre d’appel ne fournit toutefois pas une base convaincante en faveur de l’inclusion d’une clause « sans préjudice » sur le lien entre le projet d’articles et les juridictions pénales internationales.

Si l’objet de cette clause est de résoudre les conflits potentiels entre les obligations conventionnelles des États et le projet d’articles, c’est la règle générale régissant la hiérarchie des obligations internationales qui s’applique : les obligations conventionnelles prévalent entre les États parties. Ainsi, une clause « sans préjudice » n’est pas nécessaire. Mais si l’idée est de faire prévaloir ces obligations conventionnelles sur le projet d’articles même dans les relations entre États parties et États non parties ou entre États non parties, lorsque le droit international préserve l’immunité du représentant, une telle disposition nuirait aux relations

pacifiques entre les États. Lorsque la Commission a adopté les projets d'articles 3 et 4, elle n'a pas prévu d'exceptions à l'immunité *ratione personae*. Cela signifie qu'en droit international coutumier, un chef d'État en fonction, par exemple, jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'État du for, même si celui-ci est débiteur d'autres obligations conventionnelles envers des États tiers et leurs représentants. Une disposition sur le lien avec la juridiction internationale ne doit pas avoir pour effet fortuit de créer une exception qui n'existe pas en droit international coutumier. Or la clause « sans préjudice » proposée par la Rapporteuse spéciale n'évite pas cet écueil. Le Président dit qu'il ne voit pas non plus comment, en l'absence de cette clause, le projet d'articles compromettrait « les résultats obtenus dans le domaine du droit pénal international tant sur le plan du fond que sur le plan institutionnel », comme l'affirme le paragraphe 14 du rapport à l'examen, ou affaiblirait l'obligation conventionnelle des États parties de coopérer avec les tribunaux internationaux. Le sujet concerne l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. S'il avait porté sur la juridiction pénale nationale, la Commission aurait pu examiner la relation entre celle-ci et la juridiction pénale internationale. Toutefois, en l'espèce, les deux questions sont distinctes et doivent le demeurer, à moins que la Commission souhaite ouvrir un débat sur la responsabilité pénale internationale et les juridictions pénales internationales.

Le Président dit que comme M. Petrič, il hésite, pour ne pas dire plus, à accepter le libellé du projet d'article 18. Si une disposition sur cette question est adoptée, elle doit indiquer uniquement que le projet d'articles ne traite pas des immunités devant les juridictions pénales internationales.

Le Président souligne que quoi qu'il en soit, pour les raisons qu'il vient d'exposer et celles invoquées par d'autres membres de la Commission, le commentaire du projet d'articles ne devrait pas mentionner la décision rendue sur l'appel de la Jordanie. La Cour pénale internationale est une institution cruciale dans la lutte que mène la communauté internationale contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux et il serait préférable pour elle que le commentaire ne mentionne pas cette décision controversée. Pour le Président, l'explication figurant dans le commentaire du paragraphe 1 du projet d'article 1 en ce qui concerne les tribunaux pénaux internationaux est suffisante, et il ne s'opposera pas à ce que ce point soit développé si la Rapporteuse spéciale le juge utile.

Le Président dit qu'il appuie l'adoption d'un projet d'article sur le règlement des différends. Si la Commission peut attendre la seconde lecture pour prendre une décision finale sur la question, elle devrait néanmoins proposer une disposition sur le règlement des différends au stade de la première lecture afin de solliciter les réactions des États à cet égard. Étant donné l'importance des garanties et obligations procédurales en ce qui concerne l'application de l'immunité et les exceptions à celle-ci prévues dans le projet d'articles, la question du règlement des différends se pose nécessairement. Si l'État du for exerce sa compétence pénale et si l'État du représentant s'y oppose, un mécanisme efficace est nécessaire pour garantir le règlement pacifique du différend. Peuvent susciter des différends non seulement les exceptions à l'immunité *ratione materiae* mais aussi l'exercice de toute forme de compétence pénale auquel l'État du représentant s'oppose. Des arguments pertinents ont été avancés par d'autres membres de la Commission en faveur d'un libellé qui soit plus vigoureux et prescriptif sans porter atteinte aux obligations qu'imposent aux États les mécanismes de règlement existants. Un lien doit également exister entre l'exercice de la compétence pénale et l'invocation de l'immunité d'une part, et les consultations et la procédure de règlement des différends prévues au projet d'article 17 d'autre part. De plus, des délais devraient être fixés tant pour les consultations que pour les négociations. Enfin, le Président rappelle qu'il a déjà souligné que conférer un effet suspensif à la procédure de règlement des différends améliorerait considérablement les chances que le projet d'articles soit largement, voire universellement, accepté.

Le Président dit qu'il pense comme la Rapporteuse spéciale qu'il n'est ni nécessaire ni possible de recommander des bonnes pratiques dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet. La pratique dans ce domaine est très diverse, et il serait difficile d'en déduire un ensemble de bonnes pratiques universellement applicables.

En conclusion, le Président remercie de nouveau la Rapporteuse spéciale pour son excellent rapport. Il recommande en outre le renvoi du projet d'article 17 au Comité de rédaction. S'agissant du projet d'article 18, il indique qu'il attendra que la Rapporteuse spéciale ait résumé le débat mais qu'il appuiera sa décision de renvoyer cette disposition au Comité de rédaction étant entendu que celui-ci reformulera la clause « sans préjudice » proposée.

La séance est levée à 12 h 15.