

Provisoire

Réservé aux participants

5 décembre 2024

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-quinzième session (deuxième partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3679^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 9 juillet 2024, à 10 heures

Sommaire

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

Organisation des travaux de la session (*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 anglaise de traduction (trad_sec_eng@un.org).



Présents :

Président : M. Vázquez-Bermúdez

Membres : M. Akande
M. Argüello Gómez
M. Asada
M. Cissé
M. Fathalla
M. Fife
M. Forteau
M. Galindo
M^{me} Galvão Teles
M. Grossman Guiloff
M. Jalloh
M. Laraba
M. Lee
M^{me} Mangklatanakul
M. Mavroyiannis
M. Nesi
M. Nguyen
M^{me} Okowa
M^{me} Oral
M^{me} Orosan
M. Ouazzani Chahdi
M. Oyarzábal
M. Paparinskis
M. Patel
M. Reinisch
M^{me} Ridings
M. Ruda Santolaria
M. Sall
M. Savadogo
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 10.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État
(point 3 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/775)

M^{me} Orosan, remerciant les deux précédents rapporteurs spéciaux d'avoir délimité les contours d'un sujet difficile, félicite l'actuel Rapporteur spécial de s'être efforcé, dans son premier rapport, de tenir compte des contributions reçues des membres et des points de vue exprimés par les États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale afin de dresser un tableau aussi précis que possible de l'*opinio juris* et de la pratique des États. Elle estime que cette approche est la bonne compte tenu du temps qui s'est écoulé depuis que la Commission a commencé ses travaux sur le sujet, des évolutions survenues au sein des juridictions nationales et de la cristallisation des points de vue des États, en particulier comme suite à la guerre totale que la Fédération de Russie a lancée contre l'Ukraine.

Il faut examiner attentivement le projet d'articles et les commentaires y relatifs afin de s'assurer qu'ils reflètent bien l'état actuel du droit, en particulier dans les domaines sensibles, sans conforter l'opinion que l'immunité est synonyme d'impunité. Au contraire, l'immunité est un obstacle procédural temporaire à l'exercice par un État de sa compétence et n'empêche ni la protection du droit violé ni l'engagement de la responsabilité des auteurs, qui sont différées, et non effacées, lorsqu'elle est invoquée. Comme la plupart des États l'ont fait observer, la difficulté consiste à trouver un équilibre entre le principe de l'égalité souveraine des États, qui justifie l'immunité à l'égard de l'exercice par un autre État de la juridiction pénale, et le principe de la responsabilité pour les crimes de droit international les plus graves, qui pourrait même justifier que l'immunité soit déclarée entièrement inapplicable. L'immunité absolue n'existe pas, ce qui signifie que des garanties procédurales doivent être établies pour éviter que des circonstances exceptionnelles soient invoquées abusivement au point que l'immunité serait vidée de son sens.

Pour renforcer l'équilibre entre immunité et responsabilité, il serait bon d'examiner, dans le cadre du sujet, les liens entre la responsabilité individuelle du représentant de l'État et la responsabilité de l'État qui invoque l'immunité au bénéfice du représentant ayant agi à son service. Cet examen serait particulièrement intéressant dans le contexte de l'immunité *ratione personae*, qui, lorsqu'elle bénéficie à un représentant qui a un mandat de longue durée, peut créer un sentiment d'impunité. En outre, il pourrait contribuer à clarifier la distinction entre le régime juridique applicable à la responsabilité de l'État et le régime juridique applicable à la responsabilité individuelle lorsque des actes *ultra vires* sont commis par un représentant de l'État. D'autres membres ont proposé une approche similaire.

En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 1, certains États ont dit qu'on pourrait définir plus précisément le champ d'application de la disposition en clarifiant la distinction entre immunité pénale et inviolabilité et en s'intéressant aux effets que le projet d'articles aurait sur d'autres formes de juridiction, comme les juridictions civile et administrative. Les éclaircissements que le Rapporteur spécial entend apporter dans les commentaires du projet d'articles au sujet du paradigme immunité/inviolabilité seront les bienvenus puisqu'actuellement, le texte – en particulier le commentaire du projet d'article 9 – ne fait qu'exclure l'inviolabilité du champ d'application du projet d'articles bien qu'il indique que les deux institutions distinctes que sont l'immunité et l'inviolabilité sont régulièrement envisagées en même temps. Il serait donc judicieux que la Commission aborde la question plus tôt et ajoute dans le commentaire du paragraphe 1 du projet d'article 1 des éléments clarifiant les effets du projet d'articles sur l'inviolabilité du représentant de l'État.

M^{me} Orosan n'est toujours pas convaincue qu'il soit nécessaire d'inclure des définitions dans le projet d'article 2, mais est ouverte à la discussion sur ce point. Modifier les commentaires pour clarifier des notions telles que l'« exercice de la juridiction pénale », par exemple, pourrait aider à déterminer quels éléments de la juridiction pénale ne peuvent pas être exercés en raison de l'obstacle procédural que constitue l'immunité. Toutefois, il ne semble pas nécessaire de préciser le lien entre le projet d'articles et l'immunité à l'égard de l'exercice d'autres types de juridiction puisque le projet d'article 1 énonce clairement que le champ d'application du projet d'articles est limité à l'immunité au regard de l'exercice de la juridiction pénale dans les relations interétatiques. La signification du terme « juridiction

pénale » est bien établie dans le droit des États et en droit international, ce qui devrait en soi suffire à distinguer cette juridiction des autres types de juridiction.

C'est à juste titre que le Rapporteur spécial propose d'étoffer le paragraphe 3 du projet d'article 1. Ainsi que plusieurs États l'ont fait observer, le paragraphe tel qu'adopté en première lecture ne couvre pas toutes les modalités possibles de création et de fonctionnement des tribunaux internationaux. Indépendamment des questions de terminologie, qui pourront être examinées par le Comité de rédaction, M^{me} Orosan est favorable à la suppression des mots « dans les relations entre les parties à ces accords » qui figurent à l'alinéa a) du paragraphe 3 tel que proposé. Comme la Suisse et plusieurs membres de la Commission l'ont souligné, ce membre de phrase remet en cause la compétence et le fonctionnement de la Cour pénale internationale. Il n'appartient pas à la Commission de remettre en question, même implicitement, l'indépendance dont cette juridiction ou toute autre juridiction jouit pour ce qui est de déterminer sa propre compétence dans une affaire donnée sur la base du traité qui l'institue. L'alinéa b) ajouté au paragraphe 3 est pertinent et judicieux, mais il serait préférable d'employer une formule plus générale telle que « tout instrument instituant une juridiction pénale » et de mentionner les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies à titre d'exemple. Cela permettrait de ne pas préjuger l'issue des débats concernant les méthodes et moyens qui peuvent être utilisés en droit international pour instituer des juridictions internationales chargées de juger les auteurs des crimes internationaux les plus graves. Cette question n'entre pas dans le champ du sujet.

De manière générale, M^{me} Orosan approuve la recommandation du Rapporteur spécial de ne pas modifier l'alinéa a) du projet d'article 2, mais on pourrait supprimer la référence aux « représentants en fonction » et aux « anciens représentants », la distinction étant couverte par les règles relatives à l'immunité *ratione materiae*. Une définition aussi précise ne devrait présenter un intérêt que pour déterminer les limites de l'exemption de l'exercice par un autre État de sa juridiction pénale. L'alinéa b) du paragraphe 2 devrait quant à lui être conservé, car il est pertinent pour l'application tant de l'immunité *ratione personae*, qui couvre aussi les actes privés, que de l'immunité *ratione materiae*, qui ne couvre que les actes accomplis à titre officiel.

Le projet d'article 3 reflète le droit international coutumier établi, qui limite l'immunité *ratione personae* au membres de la « troïka », c'est-à-dire les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Aucune évolution récente du droit international ne justifie d'étendre le bénéfice de l'immunité *ratione materiae* à d'autres catégories de représentants ; au contraire, les débats semblent indiquer que la tendance serait plutôt de limiter encore la liste des bénéficiaires de cette immunité. Par conséquent, le Rapporteur spécial a raison de ne pas vouloir modifier le projet d'article adopté en première lecture.

M^{me} Orosan est d'accord avec ceux qui estiment que le projet d'article 4 doit à peine être modifié, mais estime que, dans la version anglaise, il faudrait revenir non pas sur le paragraphe 3, mais sur le paragraphe 1, en remplaçant les mots « *term of office* » par une formule rendant mieux compte du fait que l'immunité *ratione personae* s'applique aussi longtemps que le bénéficiaire est en fonction. Le paragraphe 3 devrait être purement et simplement supprimé, car la question sur laquelle il porte est également traitée au paragraphe 3 du projet d'article 6, où elle a davantage sa place. L'organisation des projets d'article de la deuxième et de la troisième parties obéit à une logique qui mérite d'être préservée par souci de clarté, mais elle pourrait être examinée au sein du Comité de rédaction.

M^{me} Orosan appuie les modifications que le Rapporteur spécial recommande d'apporter au projet d'article 5, mais suggère qu'il soit fait référence non pas uniquement au projet d'article 6, mais au projet d'articles dans son ensemble grâce à l'ajout d'une formule telle que « dans les conditions et dans les limites prévues par les présents projets d'article ». À cet égard, il convient de noter que dans le commentaire du projet d'article 5, il est fait mention du projet d'article 7, dont le projet d'article 5 tel qu'actuellement libellé ne vient pas modifier l'application. La suppression des mots « agissant à ce titre » proposée par le Rapporteur spécial est justifiée, car le projet d'article 6 précise quels sont les actes pour lesquels les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae*.

Les légères modifications qu'il est proposé d'apporter au paragraphe 3 du projet d'article 6 sont judicieuses en ce qu'elles aideront à dissiper tout doute quant à la signification du texte, mais d'autres modifications seraient également utiles. Premièrement, il faudrait répercuter dans le paragraphe 3 toute modification de la formule anglaise « *term of office* » qu'il aura été décidé d'apporter au paragraphe 1 du projet d'article 4. Deuxièmement, il faudrait ajouter à la fin du paragraphe 3, ainsi qu'à la fin du paragraphe 2, le membre de phrase « conformément aux règles pertinentes du droit international ». M^{me} Orosan est tout à fait d'accord pour supprimer le paragraphe 3 du projet d'article 4, mais estime cependant que les paragraphes du commentaire qui s'y rapportent pourraient être déplacés dans le commentaire du paragraphe 3 du projet d'article 6 moyennant les modifications linguistiques et logiques nécessaires.

M^{me} Orosan approuve le renvoi des projets d'articles 1 à 6 au Comité de rédaction pour examen et attend avec intérêt la révision des projets de commentaires promise par le Rapporteur spécial.

M. Ouazzani Chahdi dit que le premier rapport du Rapporteur spécial rend compte avec clarté et précision des points de vue des États sur le projet d'articles élaboré en 2022 par la précédente Rapporteuse spéciale. Dans son rapport, l'actuel Rapporteur spécial indique que toute modification du projet d'articles et des commentaires y relatifs doit être fondée sur les observations reçues des États et tenir compte, avant tout, de l'évolution du droit international depuis l'adoption du projet d'articles en première lecture. Cette manière de procéder est judicieuse, mais le Rapporteur spécial aurait peut-être pu prêter davantage attention aux évolutions les plus récentes étant donné que plusieurs États ont dit que le projet d'articles ne semblait pas être pleinement étayé par la pratique des États.

Dans leurs observations générales, les États se sont intéressés non seulement aux questions qui sont au cœur du sujet, mais aussi à la source du projet d'articles et à la forme que le résultat des travaux de la Commission devrait prendre. Il ressort clairement de ces observations que le sujet est depuis le début très sensible, la notion d'immunité juridictionnelle des États étant à la fois irritante et passionnante. Si ce sujet est sensible, c'est notamment parce que les États tiennent à ce que, dans ses travaux, la Commission trouve un équilibre entre deux impératifs, à savoir la stabilité des relations internationales, qui dépend du respect du principe de l'égalité souveraine des États et des règles internationales en matière d'immunité, et la lutte contre l'impunité pour les violations les plus graves du droit international, y compris le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. Si le premier de ces impératifs reflète le droit international classique, le second est caractéristique des évolutions du droit international depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Le fait que les États insistent pour que la Commission reflète cet équilibre dans ses travaux résulte des leçons tirées de la pratique internationale, en particulier dans le domaine de la justice pénale internationale, qu'elle soit administrée par les États dans l'exercice de leur compétence universelle ou au niveau international par la Cour pénale internationale. Dans un cas comme dans l'autre, la lutte contre l'impunité au niveau international, lorsqu'elle entraîne des restrictions de l'immunité des représentants des États, provoque des crises diplomatiques importantes. Bien que tous soutiennent le principe de la lutte contre l'impunité, il ressort des observations des États que si certains entendent soutenir l'évolution de la compétence pénale internationale, d'autres, comme l'Arabie saoudite et le Maroc, ne semblent pas ouverts à l'idée que leurs représentants soient soumis à la juridiction pénale étrangère.

S'agissant de la source du projet d'articles, il semble que les points de vue des États entrent dans trois grandes catégories. Un groupe d'États considère que les travaux de la Commission comprennent des éléments qui relèvent à la fois de la codification et du développement progressif du droit international, voire qui, selon les Émirats arabes unis, Israël, la Malaisie et le Royaume-Uni, sont des éléments de droit nouveau allant au-delà du développement progressif. Un deuxième groupe d'États, dont Singapour fait partie, estime que les travaux de la Commission relèvent presque entièrement du développement progressif et que certains de leurs éléments ne s'appuient pas sur une *opinio juris* solide. Un troisième groupe, composé des États nordiques, a adopté une position nouvelle, plus progressiste, qui n'est pas sans rappeler la doctrine de la « coutume nouvelle » élaborée par Georges Abi-Saab

en 1987. Ces États considèrent que le droit international coutumier est un droit dynamique qui s'est renouvelé ces dernières années sous l'effet des évolutions du droit international pénal. Pour eux, donc, le projet d'articles relève de la codification de ce droit international coutumier, comme le montre le passage des observations de la Norvège que le Rapporteur spécial cite au paragraphe 22 de son premier rapport.

Les États ont, en outre, des avis différents sur la forme que devrait prendre le résultat des travaux de la Commission. Ceux qui pensent que la pratique est insuffisante pour qu'il soit fait œuvre de codification ont demandé à la Commission de consacrer encore plus de temps au sujet. Certains, dont les Émirats arabes unis et la Fédération de Russie, sont d'avis que le projet d'articles ne peut pas servir de base à une convention internationale. Ceux qui voient dans le projet d'articles un mélange de droit international coutumier et de règles résultant du développement progressif proposent que le texte final soit scindé en un projet d'articles et un projet de directives ou que le projet d'articles serve de point de départ à la négociation d'un traité. À cet égard, M. Ouazzani Chahdi convient avec le Rapporteur spécial que le projet devrait se prêter à l'une ou l'autre de ces options et que la Commission devrait s'emparer de cette question.

En ce qui concerne le projet d'article 1, des États ont demandé qu'un travail de définition soit effectué afin que l'on distingue plus clairement des notions telles que l'immunité pénale et l'inviolabilité. D'autres ont souligné qu'il fallait faire la distinction entre la juridiction pénale et d'autres juridictions, et d'autres encore ont demandé que des précisions soient fournies concernant le terme « juridictions pénales internationales ». Dans ses recommandations relatives au projet d'article 1, le Rapporteur spécial se montre enclin à apporter des éclaircissements bien que la Commission ait précédemment décidé de ne pas définir ces notions. M. Ouazzani Chahdi pense qu'il n'est pas utile de fournir des définitions, mais qu'il pourrait être bon de préciser le lien entre ces notions sachant que l'inviolabilité et l'immunité de la responsabilité, dont jouit, par exemple, le chef de l'État, sont des notions qui existent dans divers systèmes juridiques, y compris dans les pays démocratiques, et qui peuvent intervenir sur le plan procédural en freinant la lutte contre l'impunité.

M. Ouazzani Chahdi approuve la proposition du Rapporteur spécial de ne pas modifier le texte du projet d'article 2, quand bien même, comme le Rapporteur spécial l'a souligné, certains États ont demandé plus de précisions sur le terme « représentant de l'État » et les questions liées à la nationalité du représentant, en particulier en cas de double nationalité. D'autre part, la Fédération de Russie et la France ont suggéré que ce terme soit traduit autrement en français. Contrairement au Rapporteur spécial, M. Ouazzani Chahdi ne souscrit pas à la proposition de remplacer « représentant de l'État » par « agent de l'État » : le premier terme est plus adapté au contexte, même si une variante du second est employée dans la résolution que l'Institut de droit international a adoptée en 2009 concernant l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux. Quant aux actes *ultra vires*, qui, comme il est clairement expliqué aux paragraphes 32 à 34 du commentaire du projet d'article 2, ne sont pas accomplis à titre officiel et ne sont donc pas couverts par l'immunité, ils devraient être mieux définis, ainsi que le Royaume-Uni l'a recommandé.

L'immunité *ratione personae*, envisagée au projet d'article 3 et reconnue aux membres de la troïka par le droit international coutumier, suscite actuellement un intérêt tout particulier puisque la Cour de cassation française doit rendre un arrêt concernant la validité du mandat d'arrêt visant le Président syrien, Bachar el-Assad. En 2015, la Cour a refusé le bénéfice de l'immunité *ratione personae* à un second vice-président d'un État étranger au motif que les fonctions de l'intéressé n'étaient pas celles d'un chef d'État, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères. De même, en 1961, la Cour d'appel de Paris a refusé d'accorder l'immunité à un ministre d'État saoudien au motif que celui-ci n'était pas ministre des affaires étrangères. Ces affaires jugées aux niveaux national et international militent contre l'élargissement de l'immunité *ratione personae* à d'autres personnes que les bénéficiaires actuels. Les commentaires et observations reçus révèlent des divergences de vues entre les États, dont plusieurs ont souscrit à l'idée que les membres de la troïka jouissent de l'immunité *ratione personae* et ont rappelé que cette dernière était bien établie en droit international coutumier. La très grande majorité des États qui ont formulé des observations sur le projet d'article 3 approuvent le libellé adopté en première lecture,

et M. Ouazzani Chahdi soutient donc la recommandation du Rapporteur spécial de ne pas modifier cette disposition.

Les États ont dans l'ensemble fait bon accueil au projet d'article 4, considérant qu'il reflétait le droit international coutumier. Certains, comme la Fédération de Russie, ont proposé que dans la version anglaise, la formule « *term of office* » soit remplacée par « *the fact of being in office* », mais le Rapporteur spécial estime que les précisions nécessaires peuvent être apportées dans le commentaire sans qu'il soit besoin de modifier le texte du projet d'article. Par contre, le Rapporteur spécial appuie la proposition de la France de remplacer le terme « extinction » de l'immunité par « cessation ». M. Ouazzani Chahdi appuie cette proposition ainsi que celle consistant à aborder l'articulation entre immunité *ratione personae* et inviolabilité dans le commentaire. Il partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le Comité de rédaction devrait examiner les propositions de la Norvège relatives à la structure générale du projet d'article et constate avec satisfaction que le Rapporteur spécial s'est dit ouvert à toute proposition de nature à simplifier le texte sans en altérer la teneur.

En ce qui concerne le projet d'article 5, M. Ouazzani Chahdi souscrit aux modifications proposées par le Rapporteur spécial. Pour ce qui est du projet d'article 6, il note que le Rapporteur spécial considère qu'il est nécessaire de confirmer dans le commentaire que l'immunité *ratione materiae* subsiste après l'extinction de l'immunité *ratione personae* des membres de la troïka et de préciser le type d'immunité visé au paragraphe 3 du projet d'article 6, est ouvert aux propositions concrètes visant à fusionner le paragraphe 3 du projet d'article 6 et le paragraphe 3 du projet d'article 4 afin d'éviter qu'ils fassent double emploi et entend soumettre la question à la Commission avant de formuler toute recommandation à cet égard. En conclusion, il appuie le renvoi des projets d'articles 1 à 6 au Comité de rédaction.

M^{me} Okowa dit que, dans son excellent premier rapport, le Rapporteur spécial fournit un résumé concis des questions de fond dont la Commission doit traiter et tient dûment compte des points de vue des nombreux États qui ont formulé des observations par écrit ou durant le débat à la Sixième Commission. Quel que soit le résultat final des travaux sur le sujet, la contribution des trois rapporteurs spéciaux au droit international aura été incontestable.

Il est très regrettable que les observations reçues des États, quoi que nombreuses, ne soient pas suffisamment représentatives. Seuls deux États d'Afrique ont soumis des commentaires, mais chacun sait que les États africains sont opposés depuis longtemps à ce qu'ils considèrent comme un exercice abusif de la juridiction pénale. Ils soutiennent depuis longtemps l'application de l'immunité *ratione personae* aux membres de la troïka et sont allés encore plus loin dans le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), qui n'est certes pas encore entré en vigueur, mais étend le bénéfice de l'immunité à d'autres fonctionnaires de haut rang.

Le Malawi, le Tchad, l'Afrique du Sud et le Kenya ont eu l'occasion de se prononcer sur la question et appuieraient de toutes façons l'application simultanée de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* aux membres de la troïka. Dans les observations qu'ils ont soumises à la Cour pénale internationale concernant leur refus d'arrêter Omar Al-Bashir, alors Président du Soudan, le Tchad et le Malawi ont souligné que les membres de la troïka bénéficiaient de l'immunité *ratione personae*. La Cour suprême d'appel de l'Afrique du Sud a invoqué le droit international coutumier pour distinguer l'invocabilité de l'immunité avant de conclure que les membres de la troïka jouissaient de l'immunité. La Cour d'appel du Kenya a suivi un raisonnement similaire puisqu'elle a conclu qu'en droit international coutumier, les deux formes d'immunité s'appliquaient à tous les membres de la troïka. En définitive, la crédibilité des travaux de la Commission dépend largement de la mesure dans laquelle ils reflètent la pratique des États, en particulier les États qui peuvent être considérés comme particulièrement concernés. Il faudrait par conséquent que la Commission examine d'office les points de vue exprimés par ces États dans des contextes autres que les consultations officielles.

En ce qui concerne les juridictions pénales internationales dont il est question au paragraphe 3 du projet d'article 1, le régime proposé est sans préjudice des régimes spéciaux applicables à ces juridictions, qui partent généralement du principe que ni l'immunité *ratione personae* ni l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquent aux actes relevant de leur compétence. Cette position est étayée par une jurisprudence constante depuis de nombreuses années, et la Commission a donc raison de se limiter à formuler une clause de réserve générale en ce qui concerne les questions relevant de la compétence de ces juridictions. Toutefois, comme MM. Jalloh et Reinisch l'ont signalé et comme l'Autriche l'a fait observer dans ses observations écrites, il serait judicieux d'inclure une définition largement conforme au droit international des termes « juridictions internationales », faute de quoi des juridictions qui n'y appartiennent pas pourraient être placées dans cette catégorie et les États pourraient faire fi de l'équilibre prudent que le régime proposé vise à établir entre égalité souveraine et immunité en instituant des juridictions n'étant que marginalement internationale. Il faudrait réfléchir aux caractéristiques qui rendent une juridiction suffisamment internationale aux fins de la réserve générale énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 1. Par exemple, faut-il que la juridiction agisse au nom de l'ensemble de la communauté internationale plutôt que d'un petit nombre d'États de même sensibilité ? Cette question se pose surtout dans le cadre des débats doctrinaux concernant l'opportunité de créer une juridiction hybride pour l'Ukraine et la question de savoir si pareille juridiction pourrait être considérée comme une juridiction internationale aux fins de l'application des règles relatives à l'immunité. La juridiction hybride qui n'est pas véritablement internationale devrait-elle être tenue, au même titre qu'une juridiction nationale, de respecter les restrictions structurelles à l'immunité personnelle et à l'immunité fonctionnelle prévues par le projet d'articles proposé ? Il serait utile de donner des éclaircissements supplémentaires sur ce point, soit dans le texte du projet d'articles, soit dans le commentaire.

Le Rapporteur spécial conclut à juste titre que seuls les actes officiels sont couverts par l'immunité *ratione materiae*. De manière générale, M^{me} Okowa approuve sa proposition de définition de la portée de cette immunité, mais une grande incertitude subsiste néanmoins sur le point de savoir non seulement quels actes peuvent être considérés comme des actes officiels accomplis dans l'exercice de l'autorité étatique, mais aussi quels sont les actes officiels pour lesquels les États ou les représentants de l'État peuvent invoquer l'immunité en vertu du droit international. Dans le cadre de ses travaux sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission s'est heurtée à un problème similaire et a adopté une distinction largement étayée par la pratique des États selon laquelle l'immunité s'applique uniquement pour les actes de puissance publique (*acta jure imperii*) à l'exclusion des autres actes accomplis par l'État (*acta jure gestionis*).

Il ressort des débats menés dans le cadre de ces travaux et de la jurisprudence des États qu'il n'existe pas de critères fiables pour déterminer, parmi les très nombreuses activités menées par les États, celles qui peuvent être considérées comme relevant de la puissance publique, et sont donc couvertes par l'immunité, et celles qui doivent être considérées comme ne relevant pas de la puissance publique, et ne sont donc pas couvertes par l'immunité. Des inquiétudes ont été exprimées quant au fait que, faute de critères clairs et fiables, un État du for pourrait abusivement caractériser un acte comme officiel ou non afin d'exercer sa juridiction ou au contraire de ne pas le faire. Il pourrait y avoir un manque de cohérence normative si la nature d'un acte était déterminée non pas en fonction d'un ensemble cohérent de critères dérivés du droit international, mais entièrement en fonction du contexte. En outre, il n'existe aucun consensus entre les États, pas même entre États idéologiquement proches, sur les limites et l'étendue de l'autorité étatique. La justice britannique a récemment dû faire face à cette question dans une affaire dans laquelle un chef d'État avait fait surveiller son épouse, dont il était séparé, par des services de renseignement, surveillance jugée pertinente dans le cadre d'une procédure de divorce. La décision rendue dans le procès contre l'ancien Président Donald Trump, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a jugé que tous les actes accomplis dans l'exercice du pouvoir exécutif étaient des actes officiels, indépendamment du motif ou de l'intention animant l'auteur, montre qu'il existe bel et bien un risque d'incohérence normative en l'absence d'indices ou de critères fixant de véritables orientations en la matière. S'il est vrai qu'il faut laisser une certaine latitude à l'État du for, la Commission est tenue d'orienter les États vers la cohérence normative en leur fournissant un ensemble de critères.

Le projet d'article 6 repose sur le postulat que le droit international permet d'établir une distinction entre les actes officiels et les actes non officiels, mais l'établissement de cette distinction est laissé à la discrétion de l'État du for, qui n'est pas toujours la même. La Commission pourrait lever les incertitudes implicites dans la formulation du projet d'article en donnant des orientations, sous la forme de critères indicatifs ou d'une liste non exhaustive d'actes officiels, sur la manière de déterminer si tel ou tel acte est ou non un acte accompli à titre officiel au sens du projet d'article 2, afin d'éviter que le droit en la matière devienne un maquis de décisions sans cohésion aucune. Chacun sait que, dans le contexte des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la sécurité juridique est assurée par des lois qui donnent une liste indicative des actes réputés être des actes de puissance publique et identifient les actes qui n'en sont pas. De même, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, donne des indications permettant de déterminer quels actes doivent être considérés comme des actes commerciaux, et donc non couverts par l'immunité, et quels actes doivent être considérés comme des actes de puissance publique, et donc couverts par l'immunité.

Le projet d'article 5 dispose que les représentants de l'État « agissant à ce titre » – formule qui a suscité un grand débat – bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère. La plupart des actes susceptibles de déclencher l'exercice de la juridiction pénale étrangère sont accomplis *ultra vires* et contreviennent au droit interne. L'exclusion des actes *ultra vires* conduirait invariablement soit à ce que les exceptions prennent le pas sur la règle soit à ce que la règle n'ait plus de sens. Dans les faits, cela reviendrait à supprimer l'immunité dans presque tous les cas. Il n'y a dans la pratique guère d'éléments venant étayer la conclusion selon laquelle un comportement officiel doit être licite pour que l'immunité soit applicable. Dans l'affaire Trump, la Cour suprême des États-Unis a dit clairement que l'ancien président bénéficiait de l'immunité pour les actes qu'il avait commis à l'intérieur du périmètre externe de ses responsabilités officielles, même si, en l'espèce, les actes en question violaient une loi d'application générale, et quels que soient les motifs de ces actes.

Les tribunaux britanniques saisis d'affaires concernant des transfèrements extrajudiciaires par les États-Unis d'Amérique et leurs alliés ont très majoritairement considéré que les détentions illégales et les traitements inhumains et dégradants reprochés à des représentants étrangers étaient des actes de puissance publique et que les allégations formulées auraient pu être contestées sur le fondement des doctrines de l'immunité de l'État ou de l'acte de gouvernement, quand bien même les actes étaient illégaux et les représentants impliqués n'avaient pas agi conformément au droit interne. Autrement dit, même si les actes en cause ont été qualifiés d'*ultra vires*, ils ont été considérés comme des actes de puissance publique.

En outre, la formule « agissant à ce titre » met à mal la règle acceptée depuis longtemps en droit de la responsabilité de l'État selon laquelle les actes *ultra vires* sont attribuables à l'État sous réserve qu'ils aient ostensiblement été accomplis avec l'autorité de l'État en question. Le Rapporteur spécial devrait envisager d'aligner le projet d'article 5 sur les règles de l'attribution en droit de la responsabilité de l'État et de supprimer la formule « agissant à ce titre ».

Comme la Commission n'a pas encore décidé du sort à réserver au résultat de ses travaux, le Rapporteur spécial a invité les membres à formuler des observations sur ce point. M^{me} Okowa préférerait que la Commission recommande à l'Assemblée générale de porter le projet d'articles à l'attention des États en général et d'en favoriser la plus large diffusion possible. Selon elle, la pratique des États concernant nombre des questions abordées demeure insuffisante et il est peu probable que le large soutien nécessaire à la négociation d'un traité soit recueilli. La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui résulte des travaux de la Commission sur ce sujet, n'est pas encore entrée en vigueur en dépit du fait qu'au moment de son adoption, en 2004, la pratique des États dans ce domaine s'était largement cristallisée et que les travaux de la Commission ont depuis été en grande partie incorporés dans les législations nationales. À l'heure actuelle, la question de l'immunité est politiquement très délicate et il serait probablement plus productif que la Commission attende de voir comment les choses évoluent, quoi qu'à long terme,

la sécurité et de la prévisibilité seraient davantage garanties par un projet de traité. M^{me} Okowa recommande de renvoyer les six projets d'article au Comité de rédaction.

M. Lee, félicitant le Rapporteur spécial de son premier rapport clair et concis, dit qu'il faudrait probablement, en seconde lecture, adopter une approche plus proactive que celle proposée par le Rapporteur spécial, pour plusieurs raisons. Premièrement, depuis que l'essentiel des travaux de la Commission sur les dispositions de fond du projet d'articles a été achevé, en 2017, la pratique des États sur le sujet s'est considérablement élargie et plusieurs décisions judiciaires nationales ont été adoptées. Le commentaire du projet d'articles adopté en 2022 fait certes référence à quelques décisions judiciaires rendues après 2017, mais on pourrait apporter un éclairage supplémentaire sur le sujet en examinant plus largement et de manière plus approfondie les évolutions qui se sont produites depuis 2017, notamment la sentence arbitrale rendue en 2020 dans l'affaire relative à l'*Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, dans laquelle la Cour permanente d'arbitrage s'est penchée sur la question centrale de l'immunité des représentants de l'État.

Deuxièmement, le projet d'articles adopté en première lecture et les commentaires y relatifs semblent présenter certaines incohérences qu'il convient de corriger. Par exemple, dans le commentaire du projet d'article 7, la Commission a été plutôt neutre sur la question de savoir si les crimes énumérés dans ce projet d'article devaient être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel », et le paragraphe 14 du commentaire de ce projet d'article permet deux interprétations. La Commission y dit qu'elle n'a pas jugé nécessaire de trancher en faveur de l'une ou l'autre interprétation et constate simplement que certains tribunaux nationaux considèrent ces crimes comme une limitation à l'immunité et d'autres comme une exception à celle-ci. Par contre, dans son commentaire du projet d'article 2, la Commission a manifestement privilégié la deuxième interprétation en se référant au principe « un acte, deux responsabilités » (double attribution).

Troisièmement, d'après les observations des États sur le projet d'articles adopté en première lecture, celui-ci présente des lacunes, parmi lesquelles l'absence de définition des termes « immunité » ou « juridiction pénale étrangère », qu'un certain nombre d'États ont relevée.

Quatrièmement, alors que le projet d'articles est censé porter sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, les notions d'immunité de juridiction civile et d'immunité de juridiction pénale y sont par endroits confondues. Bon nombre des citations figurant dans les commentaires du projet d'articles adopté en première lecture ont trait à la première. La décision rendue dans l'affaire de l'*Enrica Lexie* et, en particulier, l'opinion dissidente du juge Robinson et l'opinion concordante et dissidente du juge Rao, montrent que l'amalgame est facile à faire. Il est évident que confondre les deux régimes d'immunité, qui diffèrent l'un de l'autre à divers égards, nuira aux travaux menés sur ce sujet ô combien délicat sur le plan politique.

La Commission devrait envisager de ne pas s'en tenir à sa pratique récente consistant à achever la seconde lecture en un an et se donner le temps d'examiner la substance du projet de manière plus approfondie. M. Lee estime que le Rapporteur spécial a bien fait de choisir d'étaler la seconde lecture du projet d'articles à l'examen sur une période de deux ans, car la Commission pourra ainsi élaborer un texte convaincant sur un sujet sensible et complexe, et il approuve pleinement la proposition de donner à la Commission la possibilité de revoir les projets d'article adoptés en première lecture de manière à examiner le projet d'articles dans sa globalité.

En ce qui concerne le projet d'article 1, M. Lee pense, comme le Rapporteur spécial, que les paragraphes 1 et 2 devraient demeurer tels qu'ils ont été adoptés en première lecture. En ce qui concerne le paragraphe 3, les réserves exprimées par la Suisse à l'égard du membre de phrase « dans les relations entre les parties à ces accords » méritent d'être examinées attentivement. Le libellé du paragraphe peut sembler anodin sachant que le principe *pacta tertiis* est un principe fondamental du droit des traités, mais étant donné que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a des incidences sur les relations avec les États non parties, ce membre de phrase risque d'aller à l'encontre de l'objectif même du paragraphe 3 de l'article 1, qui est d'introduire une clause « sans préjudice », et M. Lee est donc favorable à sa suppression.

Bien que le Rapporteur spécial estime que le projet d'article 2, consacré aux définitions, devrait demeurer tel qu'adopté en première lecture, il pourrait vouloir réexaminer la question compte tenu de certaines considérations. Plusieurs États ont trouvé que cette disposition était lacunaire et ont demandé à la Commission de définir les termes « immunité » et « juridiction pénale ». La réaction de la Commission a été plutôt faible. À cet égard, il convient de noter que, sans expressément aborder la question des définitions, la Commission fournit des éléments définitoires dans plusieurs projets d'article. Par exemple, au paragraphe 2 du projet d'article 9 et au paragraphe 4 du projet d'article 14, elle mentionne deux éléments caractéristiques de la notion de juridiction pénale : les poursuites pénales et les mesures coercitives. Dans le contexte des mesures coercitives, elle mentionne également la notion d'invulnérabilité. Les deux définitions données dans le projet d'article 2 gagneraient à être plus cohérentes, plus claires et plus logiques. Bien qu'elles aient vocation à s'appliquer au projet d'articles dans son ensemble, elles n'ont pas le même champ d'application. La première est valable pour le projet d'articles dans son ensemble, tandis que la seconde trouve à s'appliquer essentiellement dans la troisième partie.

Une question importante et difficile qui concerne le projet d'articles dans son ensemble est celle de la relation entre, d'une part, l'attribution d'un acte à l'État et, d'autre part, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en particulier l'immunité *ratione materiae*. C'est en fait la question de la relation entre les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le projet d'articles à l'examen. Certains membres de la Commission ont souligné le lien étroit entre les deux sujets, faisant observer qu'il faudrait renforcer autant que possible la cohérence terminologique. Cette suggestion mérite d'être examinée attentivement, mais il ne faut pas perdre de vue les différences qui existent entre les deux sujets.

Premièrement, il y a une différence subtile, mais importante entre leurs champs d'application. Deuxièmement, les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite traitent de l'attribution d'un fait à un État, généralement sans distinguer entre les actes à caractère civil et les actes à caractère criminel. À l'inverse, la Commission ne s'intéresse à présent qu'aux actes criminels accomplis à titre officiel. Troisièmement, les articles de 2001 et le projet d'articles à l'examen, bien qu'étroitement liés, s'inscrivent dans des paysages normatifs différents, comme le montre le fait que les mots « *ultra vires* » n'ont pas le même sens à l'article 7 des premiers et dans la troisième partie du second. Ces différences font qu'il n'est pas possible d'importer en bloc des règles d'un corpus d'articles à l'autre.

En ce qui concerne l'alinéa a) du projet d'article 2, M. Lee est favorable à la suppression du membre de phrase « et comprend à la fois les représentants en fonction et les anciens représentants ». Ce membre de phrase concernant essentiellement à l'immunité *ratione materiae*, il ne paraît pas nécessaire de l'inclure dans la définition du terme « représentant de l'État », qui a vocation à s'appliquer au projet d'articles dans son ensemble. Il est vrai que, dans les projets d'articles 12 et 14, le terme « représentant de l'État » inclut les anciens représentants de l'État, mais si ces dispositions sont lues conjointement avec le projet d'article 6, entre autres, il n'y a guère de doute possible. À l'alinéa b) du projet d'article 2, l'expression « autorité étatique » est appropriée dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Si elle est remplacée par l'expression « autorité souveraine », la portée de l'immunité *ratione materiae* sera réduite aux actes *jure imperii*. Comme l'Italie l'a avancé dans l'affaire de l'*Enrica Lexie* et comme la Commission l'a déjà affirmé, peu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de « commercial » ou d'« *acta jure gestionis* ».

Les projets d'article 3 et 4, sous leur forme actuelle, semblent quelque peu tronqués en ce qu'ils visent uniquement les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Il faudrait qu'ils renvoient à d'autres parties du projet d'articles. En outre, il convient de réfléchir à la réponse à apporter aux États qui ont fait observer qu'en limitant le champ d'application personnel de l'immunité *ratione personae* à la trioka, le projet d'article 3 était peut-être trop restrictif. La Commission pourrait renvoyer au paragraphe 2 du projet d'article 1, qui précise que l'immunité *ratione personae* peut aussi s'appliquer à des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État. S'il est

bien établi en droit international coutumier que l'immunité *ratione personae* ne bénéficie qu'aux membres de la *troïka*, on peut toutefois se demander si les États ont interdiction de l'accorder à d'autres personnes. Étant donné que la Cour internationale de Justice elle-même a utilisé les mots « telles que » dans ce contexte, la Commission pourrait faire preuve de plus de souplesse et inclure une clause de sauvegarde, qui pourrait par exemple contenir les mots « à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les États ». S'agissant du projet d'article 4, M. Lee appuie les modifications proposées par le Rapporteur spécial.

Quatre cas de figure sont possibles en ce qui concerne l'articulation entre l'attribution d'un acte à un État et l'immunité *ratione materiae*. Premièrement, un acte est *intra vires* et n'entre pas dans la catégorie des crimes énumérés au projet d'article 7, auquel cas il est attribué à l'État et l'immunité *ratione materiae* s'applique à son égard. Cette interprétation a été suivie par le tribunal arbitral saisi de l'affaire de l'*Enrica Lexie* c'est celle que le projet d'article 5, qui énonce une règle générale à propos de l'immunité *ratione materiae*, vise à exprimer. Deuxièmement, un acte est *ultra vires*, mais peut-être attribué à l'État, auquel cas la question se pose de savoir est si l'immunité *ratione materiae* s'applique. Troisièmement, l'acte participe des crimes que la Commission appelle « grande corruption » dans le commentaire, lesquels, d'après le commentaire du projet d'article 7, ne sauraient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel. Quatrièmement, l'acte est parmi les crimes de droit international visés au projet d'article 7, qui supposent soit la participation d'un agent de l'État, soit le consentement de l'appareil d'État, et est par conséquent attribuable à l'État sans pour autant être couvert par l'immunité *ratione materiae* en raison de son extrême gravité.

Puisque le premier des quatre cas de figure englobe en principe la plupart des actes accomplis par les représentants de l'État, on peut conclure qu'en règle générale, un acte accompli à titre officiel par un représentant de l'État est couvert par l'immunité *ratione materiae*, et c'est l'idée que le projet d'article 5 adopté en première lecture est censé véhiculer. Ce projet d'article prévoit deux conditions : l'acte doit être accompli par un représentant de l'État et il doit être accompli à titre officiel.

Il ressort des quatre cas de figure susmentionnés que les actes attribuables à l'État du représentant ne sont pas tous couverts par l'immunité *ratione materiae*. C'est d'autant plus important qu'avant 1945, il était traditionnellement admis que les crimes de droit international visés au projet d'article 7 n'étaient pas punissables précisément parce qu'ils étaient considérés comme des actes de l'État du représentant. Afin de prévenir l'impunité et d'éviter que les représentants de l'État qui ont commis des crimes de droit international échappent à leurs responsabilités, il faut indiquer clairement que certains actes criminels, quand bien même ils sont attribuables à l'État, ne sont pas couverts par l'immunité *ratione materiae*. Si on souscrit à une telle approche, on peut difficilement appuyer la fusion des projets d'articles 5 et 6.

M. Lee appuie la proposition du Rapporteur spécial de supprimer la formule « agissant à ce titre », qui est trop large et, comme les États-Unis d'Amérique l'ont souligné, crée l'incertitude quant aux critères à appliquer pour déterminer les actes couverts par l'immunité *ratione materiae*. Cependant, le membre de phrase que le Rapporteur spécial propose d'insérer, à savoir « conformément au projet d'article 6 », est trop restrictif. Le projet d'article 5 doit à la fois énoncer la règle générale relative à l'immunité *ratione materiae* pour les actes accomplis à titre officiel par les représentants de l'État et indiquer qu'il existe des exceptions à cette règle, notamment celles énumérées au projet d'article 7. Il pourrait, par exemple, être reformulé comme suit : « Un représentant de l'État qui accomplit un acte à titre officiel bénéficie de l'immunité *ratione materiae* conformément aux dispositions du projet d'articles et sous réserve des exceptions prévues au projet d'article 7. ».

M. Lee est favorable à ce qu'on conserve les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 6. Il est disposé à accepter qu'on conserve aussi le paragraphe 3, mais préférerait que ce paragraphe soit déplacé dans le commentaire, ce qui rendrait le projet d'article 6 plus clair et plus concis.

En ce qui concerne la forme à donner au résultat des travaux de la Commission sur le sujet, M. Lee est disposé à accepter l'une ou l'autre des deux options mentionnées dans le premier rapport. Il préférerait que la Commission prenne rapidement une décision à cet égard,

car elle aurait ainsi une meilleure idée de l'orientation à donner à ses travaux. Il est favorable au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

M. Akande se félicite que le Rapporteur spécial ait décidé de consacrer plus d'une session à la seconde lecture du projet d'articles sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Selon lui, à l'issue de ses travaux sur le sujet, la Commission devrait recommander à l'Assemblée générale que le projet d'articles serve de base à la négociation d'un traité. De grandes parties du projet d'articles réaffirment des règles de droit international coutumier, et il ne faudrait pas que cette recommandation donne l'impression de remettre en cause cette conclusion. Cela étant, les garanties procédurales contenues dans la quatrième partie, qui représentent une bonne part du projet dans son ensemble, ne pourront prendre effet que si elles figurent dans un traité.

Les questions qui ont été soulevées au sujet du paragraphe 1 du projet d'article 1 concernant la définition de l'immunité, l'articulation entre immunité et inviolabilité et le sens des termes « exercice de la juridiction pénale » devraient être abordées dans le commentaire. Il n'est pas nécessaire de définir précisément ces notions, mais la Commission devrait dans le commentaire indiquer que, aux fins du droit international, la juridiction pénale s'étend à toutes les infractions commises contre une communauté nationale ou la communauté internationale qui peuvent donner lieu à l'imposition d'une peine, et déterminer quels types d'actes doivent être considérés comme relevant de l'« exercice de » la juridiction pénale et quels types d'actes doivent être considérés comme n'en relevant pas. Elle devrait examiner, par exemple, si l'ouverture d'une enquête ou l'audition de témoins potentiels entrent dans le cadre de l'exercice de la juridiction pénale ou si celui-ci ne commence que lorsque l'action publique est mise en mouvement ou des mesures coercitives sont prises contre le représentant de l'État. S'agissant de l'articulation entre immunité et inviolabilité, il faudrait préciser dans le commentaire que les actes portant atteinte à l'invocabilité d'un représentant de l'État concernent l'immunité du représentant au sens du projet d'articles lorsqu'ils sont accomplis dans le cadre de l'établissement de la responsabilité pénale (par exemple, lorsqu'un représentant est arrêté à la suite d'une mise en examen), mais n'entrent pas dans le champ d'application du sujet lorsqu'ils ne relèvent pas de l'exercice de la juridiction pénale (par exemple, lorsque des personnes ayant normalement droit à l'immunité sont détenues pour des raisons de sécurité pendant un conflit armé).

M. Akande approuve pleinement la teneur du paragraphe 2 du projet d'article 1, disposition importante qui confirme qu'une personne peut jouir de l'immunité qui découle de règles spéciales du droit international même si elle ne bénéficie pas de l'immunité au titre du projet d'articles. L'immunité accordée dans le cadre des missions spéciales, en particulier, devrait toujours être prise en considération dans le débat sur la détermination des bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. Affirmer que, de manière générale, seuls les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, autrement dit la « troïka », bénéficient de cette immunité n'exclut pas que d'autres hauts fonctionnaires puissent bénéficier – et, dans bien des cas, bénéficient – de l'immunité *ratione personae* lorsqu'ils sont en mission officielle à l'étranger.

Au paragraphe 2 du projet d'article 1 et dans le commentaire, les références à l'immunité dont jouissent les personnes attachées aux forces armées d'un État sont inutilement limitées, ce qui est regrettable, et ne tiennent pas compte du fait que le droit international reconnaît depuis longtemps que les règles relatives à l'immunité des représentants de l'État applicables entre États belligérants sont différentes de celles qui s'appliquent en temps de paix. De fait, la nécessité du régime de l'immunité des combattants prévu par le droit des conflits armés, selon lequel un État belligérant ne peut pas poursuivre les combattants d'un belligérant adverse pour des actes de guerre licites, s'explique uniquement parce que la règle de l'immunité *ratione materiae* valable en temps de paix n'est pas applicable entre les belligérants. Dans ses observations sur le projet d'articles adopté en première lecture, la Fédération de Russie a proposé que l'immunité accordée aux combattants soit prise en considération.

De même, il n'est nullement établi que l'immunité *ratione personae* s'applique entre États belligérants dans les situations de conflit. La pratique suivie pendant la Seconde Guerre mondiale indique que les États sont en droit d'exercer leur juridiction pénale à l'égard des dirigeants d'un État agresseur. Ainsi qu'il ressort de la publication *Histoire de la Commission*

des Nations Unies pour les crimes de guerre et développement du droit de la guerre, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre s'est notamment fondée, pour exclure l'immunité des dirigeants des puissances de l'Axe poursuivis, sur l'argument selon lequel

« [...] l'immunité était un principe accepté en temps de paix, pour des raisons d'opportunité et de courtoisie indispensables aux relations pacifiques entre les nations, mais [...] cessait d'exister en temps de guerre et ne pouvait être conservée au bénéfice de l'agresseur. La pratique consistant à placer et maintenir en détention des chefs d'État et d'autres administrateurs de l'État, comme cela a été le cas de Napoléon I^{er}, de Napoléon III, du Roi Léopold de Belgique et de Rudolf Hess, a également été invoquée pour prouver que l'immunité n'existait pas en temps de guerre ». [traduction non officielle]

Par conséquent, il conviendrait d'indiquer, soit dans le paragraphe 2 du projet d'article 1, soit dans le commentaire y relatif, que le projet d'articles est sans préjudice des règles spéciales qui s'appliquent entre États belligérants. On retiendra que le paragraphe 2 du projet d'article 1 ne fournit pas une liste exhaustive des règles spéciales du droit international relatives à l'immunité.

M. Akande appuie les modifications qu'il est proposé d'apporter au paragraphe 3 du projet d'article 1. Il importe de préciser que les règles générales relatives à l'immunité énoncées dans le projet d'articles sont sans préjudice des droits et obligations que les États assument ou qui leur sont imposés en ce qui concerne les juridictions pénales internationales, y compris pour ce qui est de savoir si un État peut arrêter des représentants d'un autre État à la demande d'une juridiction pénale internationale. Il importe également d'établir que si les règles générales énoncées dans le projet d'articles excluent normalement pareil exercice de la juridiction pénale, des traités peuvent l'autoriser ou même l'exiger, de sorte qu'il peut être dérogé au projet d'articles.

Le paragraphe 3 de l'article 1 sera d'une importance primordiale si le projet d'articles sert effectivement de base à un traité, car, selon l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsque des traités successifs portent sur la même matière, le traité postérieur l'emporte sauf s'il précise qu'il est subordonné au traité antérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité. Si le projet d'articles devient un traité, le paragraphe 3 du projet d'article 1 indiquera clairement que ce traité ne l'emporte pas sur les règles relatives au fonctionnement des juridictions pénales internationales dont les États ont pu convenir et dont il pourrait différer et préservera l'effet des traités qui autorisent les États à procéder à l'arrestation de représentants d'un État à la demande d'une juridiction pénale internationale.

Comme ce type d'arrestation peut être autorisé ou requis par décision contraignante d'une organisation internationale compétente, M. Akande approuve l'ajout de l'alinéa b) proposé par le Rapporteur spécial. Si on peut arguer que, même dans les cas couverts par l'alinéa b), les droits et obligations découlent *in fine* d'un traité, comme la Charte des Nations Unies, il est utile de faire référence dans le projet d'article à l'instrument qui crée expressément l'obligation. En ce qui concerne les questions soulevées en plénière sur la formulation de l'alinéa b), M. Akande estime qu'il ne faut pas mentionner expressément le Conseil de sécurité, quand bien même à l'heure actuelle les exemples de résolutions contraignantes pertinentes sont des résolutions du Conseil, parce qu'il ne peut pas être exclu qu'une autre organisation internationale institue une juridiction internationale pour juger les États soumis à sa compétence.

L'emploi du mot « instituant » restreint trop la portée de l'alinéa b), car les droits et obligations pertinents peuvent découler de résolutions qui concernent tant l'institution que le fonctionnement d'une juridiction. Par exemple, il a été admis, notamment par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale saisie de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, qu'une résolution par laquelle le Conseil de sécurité défère une situation à la Cour peut avoir pour effet d'exclure l'immunité *ratione personae* entre un État cherchant à exécuter un mandat d'arrêt délivré par la Cour et l'État du représentant visé par le mandat. On pourrait modifier l'alinéa b) de sorte qu'il parle « de décisions qui sont prises par une

organisation internationale compétente à propos des juridictions internationales et qui lient les États concernés ».

M. Akande est fermement convaincu qu'il ne faut pas supprimer les mots « dans les relations entre les parties à ces accords » figurant dans l'alinéa a) proposé par le Rapporteur spécial. Premièrement, un traité ne peut créer d'obligations que pour ses parties – c'est un principe fondamental du droit des traités. On pourrait penser que c'est précisément parce qu'ils expriment un principe fondamental du droit des traités que ces mots peuvent être supprimés, mais il convient de garder à l'esprit que le principe a, dans les faits, été remis en question. La véritable question est celle de savoir si les États parties à un traité instituant une juridiction internationale ont le droit ou l'obligation d'arrêter les représentants d'États qui ne sont pas parties au traité alors que, sans celui-ci, l'immunité aurait joué. Tout droit ou obligation de ce type découlant de l'existence du traité ne pourrait valoir que dans les relations entre les parties au traité. On pourrait admettre qu'il existe une règle permettant aux États parties à un traité instituant une juridiction internationale d'arrêter les représentants d'États non parties à ce traité, mais la règle ne pourrait pas découler du traité lui-même. Elle devrait être prévue ailleurs et n'entrerait pas dans le cadre du paragraphe 3 du projet d'article 1. Deuxièmement, si, après avoir inséré les mots « dans les relations entre les parties à ces accords » dans le paragraphe 3 du projet d'article 1, la Commission décide à présent de les supprimer, elle pourrait donner l'impression qu'elle soutient l'idée que les traités peuvent créer des droits et des obligations dans les relations entre les parties et les non-parties. L'objectif du projet d'article est la clarté et non la concision, et il vaut donc mieux être clair que concis.

Comme à l'alinéa b), l'emploi du mot « instituant » restreint trop la portée de l'alinéa a). Il faudrait remplacer les mots « traités instituant » par la formule « traités relatifs à l'institution ou au fonctionnement ».

Étant donné que, selon certains auteurs, il existe une distinction juridique entre les « juridictions pénales internationales », les « tribunaux internationalisés » et les « tribunaux hybrides » et que cette distinction a une certaine importance pour la question de l'immunité, la Commission devrait préciser que le terme « juridictions pénales internationales » désigne simplement les juridictions qui ne relèvent pas de la juridiction pénale nationale d'un État. M. Akande soutient la proposition du Rapporteur spécial de réorganiser le paragraphe 3 du projet d'article 1 en deux alinéas, car elle rend le texte plus clair et plus précis.

Étant donné qu'une clause définitionnelle se rapporte à un traité dans son ensemble, M. Akande préférerait que l'examen du projet d'article 2 soit reporté jusqu'à ce que la Commission dispose du texte intégral du projet d'articles, car elle pourra alors déterminer quels termes doivent être définis et quels effets auront les définitions contenues dans le projet d'article 2. Sans préjudice de la question de savoir si la Commission doit s'attacher à définir d'autres termes dans le projet d'article 2, il approuve la définition du « représentant de l'État » contenue à l'alinéa a). Celle-ci ne doit pas être incorporée au projet d'article 6, car elle ne concerne pas uniquement, ni principalement, l'immunité *ratione materiae*, qui est l'objet du projet d'article 6. De fait, la définition du « représentant de l'État » est pertinente pour le projet d'article 1 et pour la quatrième partie, où le terme est employé dans un certain nombre de dispositions. D'autre part, la définition doit continuer de mentionner les représentants en fonction et les anciens représentants parce que le projet d'article 1 et la quatrième partie font référence à ces deux catégories de représentants. Toutefois, étant donné que les termes « représentant » et « représentant de l'État » sont utilisés de manière interchangeable dans la quatrième partie, le début de la définition devrait être reformulé comme suit : « en ce qui concerne les personnes, les termes « représentant » ou « représentant de l'État » désignent [...] ».

M. Akande approuve la définition de l'« acte accompli à titre officiel » figurant à l'alinéa b) et souscrit à la recommandation du Rapporteur spécial d'aborder la question de l'articulation entre l'attribution et l'immunité des représentants de l'État, notamment pour les actes *ultra vires*, dans le commentaire. Selon lui, on ne saurait suggérer que, du simple fait que tel ou tel acte a été accompli *ultra vires*, il n'a pas été accompli à titre officiel et n'est donc pas couvert par l'immunité. En tout état de cause, pour trancher, il faut savoir ce que recouvre l'expression « *ultra vires* ». Si l'acte *ultra vires* est simplement un acte accompli en violation du droit national ou international, son illégalité ne le fait pas sortir du champ

d'application de l'immunité. En effet, d'ordinaire, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas question des crimes internationaux visés au projet d'article 7, le but même du régime de l'immunité est d'empêcher la détermination de l'illégalité de l'acte en question. L'immunité exclut une telle détermination au regard du droit international – sous réserve du projet d'article 7 –, au regard du droit interne de l'État du for et, a fortiori, au regard du droit interne de l'État du représentant.

Le régime de l'immunité et le régime de l'attribution en droit de la responsabilité de l'État se correspondent en ce qui concerne les actes *ultra vires*. L'article 7 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite indique que la personne agit à titre officiel même si elle outrepassa sa compétence ou contrevient aux instructions. Il s'agit donc de déterminer quand un acte illégal au regard du droit interne de l'État du représentant est, ou au contraire n'est pas, un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique. La réponse dépend de la finalité de l'acte et des moyens mis en œuvre pour l'accomplir. Un acte accompli à des fins liées aux politiques de l'État, par opposition à des fins purement personnelles, et grâce à l'appareil d'État – c'est-à-dire au nom de la loi – devrait être considéré comme un acte officiel. Un représentant corrompu qui détourne de l'argent à son profit n'agit pas à titre officiel, contrairement à un policier qui, dans le cadre d'une opération antiémeute, ne respecte pas les procédures nationales relatives au recours aux armes létales.

M. Akande appuie le projet d'article 3 tel qu'adopté en première lecture. L'immunité *ratione personae* ne devrait pas être étendue à d'autres personnes que les membres de la troïka. Les tenants de la thèse contraire devraient garder deux choses à l'esprit. Premièrement, comme le projet d'articles est sans préjudice des règles relatives à l'immunité des missions spéciales, les hauts fonctionnaires de l'État qui ne font pas partie de la troïka bénéficient en réalité de l'immunité *ratione personae* lorsqu'ils sont en mission officielle à l'étranger ou en mission spéciale, et la seule question est de savoir s'ils en bénéficient aussi lorsqu'ils se trouvent en visite privée à l'étranger. Deuxièmement, étendre cette immunité à tous les membres de la troïka en visite privée à l'étranger va déjà très loin. S'il est vrai que, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la Cour internationale de Justice a placé le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères dans la même catégorie que le chef de l'État, elle n'a fait état d'aucune pratique étayant la proposition selon laquelle tous trois bénéficient de l'immunité de juridiction pénale lorsqu'ils se trouvent en visite privée à l'étranger. Dans le cours intitulé « *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers* » qu'il a donné en 1994 à l'Académie de droit international de La Haye, Sir Arthur Watts a dit :

« S'il est tout à fait possible qu'un chef d'État en visite privée dans un autre État jouisse de certains privilèges et immunités, il est beaucoup moins probable qu'il en aille de même pour les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Si l'État hôte peut leur accorder un traitement spécial, c'est probablement davantage par courtoisie et par respect pour ces personnes de rang élevé que parce qu'il est convaincu qu'un tel traitement est exigé par le droit international. ». [traduction non officielle]

Les réactions suscitées par l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* justifient à présent le contenu du projet d'article 3, mais il n'y a pas lieu d'aller plus loin.

La formule « *term of office* » employée aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article 4 dans la version anglaise prête à confusion, car elle pourrait être comprise comme ne désignant que les mandats qui ont une durée déterminée. Il serait peut-être plus facile de clarifier ce point dans le texte du projet d'article lui-même, plutôt que dans le commentaire, en employant la formule utilisée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, à savoir, en français, « durant l'exercice de leurs fonctions », ainsi que M. Oyarzábal l'a suggéré.

Il n'est pas nécessaire de conserver à la fois le paragraphe 3 du projet d'article 4 et le paragraphe 3 du projet d'article 6, qui traitent en grande partie de la même question. M. Akande a une préférence pour le libellé du paragraphe 3 du projet d'article 4. Le paragraphe 3 du projet d'article 6 ne traite que de l'immunité *ratione materiae* dont bénéficient les membres de la troïka pour les actes accomplis pendant la durée de leur mandat,

tandis que le paragraphe 3 du projet d'article 4, qui dispose que l'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application de l'immunité *ratione materiae*, couvre les actes accomplis tant pendant la durée de leur mandat qu'après la fin de celui-ci. M. Akande préfère toutefois le libellé du paragraphe du projet d'article 4 adopté en première lecture. Il ne voit aucun avantage à supprimer les mots « des règles du droit international relatives à » et convient avec M. Forteau que, sans eux, le projet d'article risque de donner à penser que l'immunité *ratione materiae* s'applique systématiquement.

Il faudrait fusionner les projets d'articles 5 et 6, le projet d'article 5 faisant double emploi avec le paragraphe 1 du projet d'article 6. Il n'y a aucune raison de conserver deux dispositions simplement pour préserver la symétrie avec les dispositions relatives à l'immunité *ratione personae*. En fait, le défaut de symétrie pourrait être préférable, car il refléterait le fait que les deux régimes sont distincts. Le paragraphe 3 du projet d'article 6 devrait être supprimé pour les raisons susmentionnées.

M. Fife dit que la Commission devrait se demander quels sont les besoins pratiques d'un juge d'une juridiction nationale qui, dans le cadre d'une affaire touchant à la juridiction pénale étrangère, cherche à déterminer aussi clairement que possible les règles pertinentes. Dans cette optique, il serait préférable que le texte issu de ses travaux prenne la forme d'un projet d'articles et que la Commission se concentre sur la valeur ajoutée de ses travaux sur le sujet. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit de codifier un grand corpus de règles juridiques. Compte tenu du temps écoulé depuis la première lecture, la Commission a de bonnes raisons d'adopter plusieurs des suggestions formulées par les États.

M. Paparinskis dit que la position adoptée dans le projet d'articles adopté en première lecture sur la question soulevée par M. Akande concernant la mesure dans laquelle l'inviolabilité relève du sujet n'est pas claire. L'inviolabilité est mentionnée dans les projets d'articles 9 et 14, mais il est indiqué au paragraphe 13 du commentaire du projet d'article 9 qu'elle n'entre pas dans le champ d'application du projet d'articles. Les États ont soulevé plusieurs questions à ce sujet. M. Paparinskis partage l'avis de M. Akande selon lequel l'inviolabilité relève du sujet lorsqu'elle touche à des questions liées à la juridiction pénale.

La Commission pourrait traiter de l'inviolabilité suivant une approche maximaliste ou une approche minimaliste. Dans le premier cas, elle préciserait comment elle entend l'inviolabilité – soit en la définissant, soit en s'arrêtant sur ce point dans le commentaire de la première partie ou dans les observations d'ordre général –, approfondirait les questions relatives à l'inviolabilité soulevées dans la quatrième partie et se pencherait sur des questions pratiques comme celle de savoir si l'inviolabilité s'applique dans les cas couverts par l'immunité *ratione materiae*. Le commentaire adopté en première lecture ne tranche manifestement pas cette question. Les Pays-Bas ont affirmé que l'inviolabilité ne s'appliquait pas dans ces cas, mais la dernière phrase du paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 43 du projet d'articles de la Commission relatifs aux relations consulaires suggère le contraire. Dans le cas où elle suivrait une approche minimaliste, la Commission se contenterait d'inclure une clause « sans préjudice » pour qu'il soit clair pour les États que les règles relatives à l'immunité ne sont pas les seules règles pertinentes aux fins de l'exercice de la juridiction pénale. Le projet d'articles adopté en première lecture semble être un entre-deux peu satisfaisant entre ces deux approches.

M. Paparinskis pense, comme M. Akande, que la Commission aura peut-être une vue plus complète des questions relatives à l'inviolabilité l'année suivante, lorsqu'elle aura l'ensemble des projets d'article à l'examen. Elle devrait donc peut-être reporter l'examen de ces questions à l'année suivante. Toutefois, étant donné qu'elles soulèvent également des questions de politique générale, le Rapporteur spécial devrait peut-être tenir des consultations informelles à ce sujet.

M. Forteau dit qu'au lieu de se demander si, dans l'abstrait, les actes *ultra vires* sont ou non des actes officiels, la Commission devrait se poser la question de savoir si, dans la pratique, des tribunaux nationaux ont accordé l'immunité de juridiction pénale lorsque de tels actes étaient en cause. C'est probablement parce que la pratique est largement inexistante que la Commission n'a pas adopté une position tranchée sur cette question durant la première lecture du projet d'articles. Si la Commission souhaite revenir, en seconde lecture, sur la

question de savoir si les actes *ultra vires* doivent être qualifiés d'actes officiels, elle doit examiner la pratique nationale pertinente en la matière.

M. Akande dit que, s'il est difficile d'examiner la pratique, c'est parce que l'existence d'une pratique pertinente dépend de la manière dont les tribunaux examinent une question donnée. Par exemple, si un tribunal estime que la légalité ou l'illégalité des actes d'un représentant de l'État sont illégaux est pertinente aux fins de l'immunité, il se penchera sur la question, ce qui constituera une preuve de cette pratique. Par contre, si le tribunal considère que l'illégalité de ces actes n'est pas pertinente, il n'examinera pas la question et il n'y aura pas de preuve de la pratique.

M. Jalloh dit qu'il saurait gré à M. Akande d'expliquer plus en détail les conséquences qu'a selon lui sur le paragraphe 3 du projet d'article 1 le fait que, dans le cadre de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, la Cour a dit que la Jordanie, en tant qu'État partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, était tenue en application du droit international de se conformer à ses décisions, y compris celle concernant l'arrestation du Président du Soudan, État non partie au Statut de Rome. Le Soudan s'est trouvé soumis à la juridiction de la Cour sur le fondement d'une décision du Conseil de sécurité. On peut imaginer des cas dans lesquels, à l'avenir, un État non partie au Statut de Rome serait tenu par une décision du Conseil de sécurité d'exécuter les mandats d'arrêt émis par la Cour, quand bien même certains États considèrent que le droit international coutumier ne leur permet pas d'arrêter un représentant étranger en exercice. Le risque, c'est qu'en prenant position sur la question et en conservant le paragraphe 3 du projet d'article 1, la Commission fasse pencher la balance en ce sens. Il convient de noter que ce paragraphe a été ajouté alors que la première lecture était déjà bien avancée et n'a pas fait l'objet d'un débat approfondi au sein de la Commission.

M^{me} Ridings dit qu'il est important d'examiner la pratique des États dans les cas où l'immunité n'a pas été invoquée au motif que les représentants de l'État avaient commis un acte légal, comme dans l'affaire *R. c. Mafart et Prieur* (l'affaire du *Rainbow Warrior*). La Commission devrait procéder à un examen plus détaillé de la pratique des États pour recenser les pratiques pertinentes, ainsi que M. Forteau l'a suggéré.

M^{me} Okowa dit que, dans différentes affaires concernant des représentants du Royaume-Uni qui s'étaient rendus complices de transfèrements extrajudiciaires par les États-Unis d'Amérique et leurs alliés, les tribunaux britanniques ont jugé que si les représentants étrangers qui avaient violé le droit étranger en accomplissant les actes en cause avaient comparu devant un tribunal britannique, ils auraient pu bénéficier de l'immunité, nonobstant l'illégalité de leur comportement au regard du droit étranger. Le Rapporteur spécial souhaitera peut-être se pencher sur ces affaires.

M. Akande dit que, dans le cadre de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, la Chambre d'appel a fondé sa conclusion – à savoir qu'un État partie au Statut de Rome a l'obligation d'arrêter le chef de l'État d'un État qui n'y est pas partie –, sur une règle de droit international coutumier qu'elle a estimé entrer en jeu dans les cas où une juridiction internationale existante demandait à un État d'arrêter un représentant d'un autre État, alors que, selon lui, aucune règle de ce type n'existe. La Chambre d'appel n'a pas, à sa connaissance, fondé sa conclusion sur le Statut de Rome.

Le paragraphe 3 du projet d'article 1 traite des droits et obligations des parties à un traité, lesquels, selon le droit des traités, ne peuvent exister qu'entre les parties. Il est important de le préciser, car l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que le traité postérieur l'emporte. Ainsi, si le projet d'articles devient un traité, il primera le Statut de Rome entre les parties, puisque le Statut de Rome est également un traité. Le paragraphe 3 du projet d'article 1 est important en ce qu'il renverra aux traités antérieurs relatifs au fonctionnement des juridictions internationales et indiquera que ce sont les dispositions de ces traités qui l'emportent.

Organisation des travaux de la session (point 1 de l'ordre du jour) (*suite*)

Le Président dit qu'une note du Secrétariat (A/CN.4/776) concernant le siège rendu vacant par la démission de M. Huang a été publiée sur la page Web de la Commission. Afin qu'il y ait un délai raisonnable entre la date de la démission et celle de l'élection au siège

vacant et que le membre nouvellement élu ait suffisamment de temps pour se préparer à la session suivante de la Commission, le Bureau a recommandé que la Commission organise l'élection le 31 juillet 2024 et qu'elle l'annonce sa page Web.

M. Grossman Guiloff dit qu'il aimerait savoir si la lettre de démission de M. Huang peut être communiquée aux membres de la Commission et si une lettre sera adressée à ce dernier pour le remercier de toutes ses années passées au service de la Commission. Il aimerait également savoir s'il est déjà arrivé que la Commission ait à pourvoir un siège devenu vacant de manière inopinée et, dans l'affirmative, si elle suit la même procédure que par le passé.

Le Président dit que la lettre de démission sera communiquée aux membres. Le Bureau est convenu que le Président devait écrire à M. Huang pour accuser réception de sa lettre de démission et le remercier, au nom de la Commission, de la contribution qu'il a apportée au développement progressif et à la codification du droit international en sa qualité de membre de la Commission.

M. Llewellyn (Secrétaire de la Commission) dit que la Commission peut, conformément à son statut, tenir une élection en cas de vacance inopinée. À sa connaissance, la dernière fois qu'un membre a démissionné au cours d'une session, c'était en 2008. Sir Ian Brownlie avait démissionné avec effet au début de la deuxième partie de la session. La Commission avait élu Sir Michael Wood pour le remplacer à la fin de la session, ce qui est la procédure que le Bureau propose actuellement de suivre.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite tenir une élection le 31 juillet 2024 afin de pourvoir le siège devenu vacant et annoncer l'élection sur sa page Web.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.