

Chapitre VI

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

53. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a désigné M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour ce sujet²⁸¹. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui lui a été communiquée à sa soixantième session (2008)²⁸².

54. Le Rapporteur spécial a soumis trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)²⁸³. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)²⁸⁴.

55. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a désigné M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission²⁸⁵. Elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport à sa soixante-cinquième session (2013), le troisième rapport à sa soixante-sixième session (2014), le quatrième rapport à sa soixante-septième session (2015), le cinquième rapport à ses soixante-huitième et soixante-neuvième sessions (2016 et 2017), le sixième rapport à ses soixante-dixième et soixante et onzième sessions (2018 et 2019) et le septième rapport à sa soixante et onzième session (2019)²⁸⁶. Sur la base des

²⁸¹ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 376]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66, du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I de son rapport [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257, et p. 199 à 209].

²⁸² *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat sur le sujet, voir le document A/CN.4/596 et Corr.1 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie).

²⁸³ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

²⁸⁴ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 151, par. 207; et *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 201, par. 343.

²⁸⁵ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 86, par. 266.

²⁸⁶ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/661 (deuxième rapport); *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673

projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports, la Commission a provisoirement adopté sept projets d'article et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 2, relatif aux définitions, est toujours en cours d'élaboration²⁸⁷.

B. Examen du sujet à la présente session

56. La Commission était saisie du huitième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/739), dans lequel celle-ci se penchait sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, la création d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant et la question des bonnes pratiques susceptibles de faciliter la résolution des problèmes concrets se posant lors de la détermination et de l'application de l'immunité et formulait, sur la base de son examen, des propositions de projets d'articles 17 et 18.

57. La Commission a examiné le huitième rapport à ses 3520^e, 3521^e et 3523^e à 3528^e séances, du 12 au 21 mai 2021.

(troisième rapport); *Annuaire... 2015*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport); *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/701 (cinquième rapport); *Annuaire... 2018*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/722 (sixième rapport); et *Annuaire... 2019*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/729 (septième rapport).

²⁸⁷ À sa 3174^e séance, le 7 juin 2013, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et, de sa 3193^e séance à sa 3196^e séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42 et suiv., par. 48 et 49]. À sa 3231^e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e et 5, et, de sa 3240^e séance à sa 3242^e séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 152 et suiv., par. 131 et 132]. À sa 3329^e séance, le 27 juillet 2016, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 f et 6, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont elle avait pris note à sa soixante-septième session, et, à ses 3345^e et 3346^e séances, le 11 août 2016, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 218 et 225 et suiv., par. 194, 195, 249 et 250]. À sa 3378^e séance, le 20 juillet 2017, la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 7 à l'issue d'un vote enregistré et, de sa 3387^e séance à sa 3389^e séance, les 3 et 4 août 2017, elle a adopté le commentaire y relatif [voir *Annuaire... 2017*, vol. II (2^e partie), p. 120 et 128 et suiv., par. 74, 76, 140 et 141]. À la 3501^e séance, le 6 août 2019, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport intérimaire du Comité de rédaction sur le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », contenant le projet d'article 8 *ante* provisoirement adopté par le Comité à la soixante et onzième session (A/CN.4/L.940). La Commission a pris note du rapport intérimaire, qui lui a été présenté pour information seulement [*Annuaire... 2019*, vol. II (2^e partie), p. 226, par. 125 et note 1438].

58. À l'issue du débat consacré au rapport et compte tenu des vues échangées et des propositions formulées par ses membres, la Commission a décidé, à sa 3528^e séance, le 21 mai 2021, de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 17 et 18 figurant dans le huitième rapport de la Rapporteuse spéciale.

59. À ses 3530^e et 3549^e séances, les 3 juin et 26 juillet 2021, la Commission a reçu et examiné les rapports du Comité de rédaction (A/CN.4/L.940²⁸⁸ et A/CN.4/L.953 et Add.1) et a provisoirement adopté les projets d'articles 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 et 12 (voir *infra* la section C.1).

60. À ses 3557^e à 3561^e séances, du 3 au 5 août 2021, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets d'articles 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 et 12 (voir *infra* la section C.2).

1. PRÉSENTATION DU HUITIÈME RAPPORT PAR LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

61. La Rapporteuse spéciale a rappelé que dans le septième rapport²⁸⁹, soumis à la Commission pour examen à sa soixante et onzième session, elle avait achevé l'analyse des questions inscrites au plan de travail soumis à la Commission en 2012. Dans le chapitre V, elle avait cependant appelé l'attention sur trois questions générales qui méritaient d'être examinées par la Commission avant que la première lecture soit menée à bien, à savoir le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, la possibilité de créer un mécanisme de règlement des différends et l'opportunité de recommander des bonnes pratiques dans le projet d'articles. Ces questions faisaient l'objet du huitième rapport.

62. La Rapporteuse spéciale a expliqué que le huitième rapport se composait d'une introduction et de quatre chapitres. L'introduction était consacrée à l'examen du sujet par la Commission; le chapitre I, au lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales; le chapitre II, à la question du règlement des différends et à la création proposée d'un mécanisme spécial à cette fin; le chapitre III, aux bonnes pratiques recommandées; et le chapitre IV, au programme de travail futur.

63. S'agissant des projets d'article que le Comité de rédaction devait encore examiner, la Rapporteuse spéciale a déclaré qu'elle avait tenu deux séries de consultations informelles avant le début de la session en cours afin de faire le point sur l'état d'avancement des travaux de la Commission et de formuler des propositions qui permettraient au Comité de rédaction d'avancer en dépit des difficultés liées à la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et compte tenu des méthodes de travail adoptées pour la session. Elle a remercié les membres qui avaient pris part aux consultations.

64. Concernant le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les

juridictions pénales internationales, la Rapporteuse spéciale a rappelé que, dans son sixième rapport, elle avait fait observer que l'incidence que l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international était susceptible d'avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État devrait être examinée dans un rapport ultérieur²⁹⁰. Dans son septième rapport, elle s'était toutefois abstenue de se pencher sur ce point, pour deux raisons. Premièrement, la question du lien entre l'immunité et l'obligation de coopérer avait été soulevée devant la Cour pénale internationale dans le cadre de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, toujours pendante au moment de l'établissement du rapport. Deuxièmement, au moment de l'achèvement du rapport, un des points inscrits à l'ordre du jour de l'Assemblée générale concernait l'opportunité de demander à la Cour internationale de Justice de rendre un avis consultatif sur la question de l'immunité des chefs d'État, en particulier eu égard à l'obligation de coopérer avec la Cour²⁹¹. Or la Rapporteuse spéciale a constaté que la demande d'avis consultatif semblait ne plus être d'actualité et que la Cour pénale internationale avait rendu son arrêt dans l'affaire susmentionnée le 6 mai 2019²⁹². La Commission pouvait donc se pencher sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales d'un point de vue général.

65. Les deux Rapporteurs spéciaux qui avaient travaillé sur le sujet à l'examen s'étaient penchés sur la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales. Cette question était étroitement liée au champ d'application du projet d'articles tel qu'il était défini dans le projet d'article 1 adopté par la Commission. En effet, si l'immunité devant les juridictions pénales internationales n'entraînait clairement pas dans le cadre du sujet, il était néanmoins indéniable que le débat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne pouvait se tenir *in abstracto*, sans tenir compte de l'existence de tribunaux pénaux internationaux créés pour statuer sur les crimes touchant la communauté internationale. Étant donné que les représentants de l'État pouvaient commettre des crimes internationaux et donc être poursuivis devant des juridictions pénales tant nationales qu'internationales, il semblait impossible de nier l'existence d'un lien entre le sujet à l'examen et la juridiction pénale internationale, deux questions qui, en outre, concernaient de près le principe de responsabilité et la lutte contre l'impunité des crimes de droit international, thèmes récurrents dans les débats de la Commission.

66. Deux questions s'étaient posées eu égard au lien existant entre les juridictions pénales internationales et le sujet à l'examen, la première concernant l'opportunité de prévoir une exception à l'immunité étant donné

²⁹⁰ A/CN.4/722 (voir *supra* la note 286), par. 43.

²⁹¹ Point 89 de l'ordre du jour, intitulé « Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur les effets des obligations imposées aux États par différentes sources de droit international en ce qui concerne l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et hauts fonctionnaires » (A/73/251 et Add.1).

²⁹² *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, arrêt rendu le 6 mai 2019 par la Chambre d'appel (ICC-02/05-01/09-397-Corr). Les décisions de la Cour pénale internationale sont disponibles sur le site Web de la Cour : www.icc-cpi.int.

²⁸⁸ Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante et onzième session (2019).

²⁸⁹ A/CN.4/729 (voir *supra* la note 286).

l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international et la seconde, la qualité pour agir des juridictions pénales internationales compte tenu de cette obligation. La première question avait été examinée en 2016 et 2017 par la Commission, qui avait décidé de ne pas retenir l'exception envisagée aux fins du projet d'article 7. La seconde avait été tranchée dans l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale dans le cadre de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, dont il ressort que l'État partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui donne suite à une demande d'assistance de la Cour aide celle-ci à exercer sa compétence au lieu d'exercer la sienne propre²⁹³.

67. La Rapporteuse spéciale a maintenu, comme elle l'avait dit à la soixante et onzième session et écrit dans son huitième rapport, qu'il n'était selon elle ni utile ni nécessaire que la Commission examine l'arrêt de la Cour pénale internationale aux fins de ses travaux. Cet arrêt devait être interprété dans le contexte du régime juridique particulier établi par le Statut de Rome et il ne semblait pas possible de l'appliquer au sujet à l'examen, qui était de portée générale et applicable à tout État susceptible de devoir faire face à la question de l'immunité de juridiction pénale.

68. La Rapporteuse spéciale a néanmoins estimé qu'il n'était pas raisonnable que la Commission examine un sujet présentant un lien avec les tribunaux pénaux internationaux sans tenir compte de l'existence de ces tribunaux. Bien que la portée du sujet soit limitée à l'immunité de juridiction pénale étrangère, plusieurs membres de la Commission et nombre d'États s'étaient dit d'avis que la Commission ne pouvait pas ignorer les avancées réalisées par la communauté internationale dans le domaine du droit pénal international et que ses travaux ne devaient pas porter atteinte aux règles établies dans ce domaine, tant sur le fond que sur le plan institutionnel, ni venir les modifier.

69. Le projet d'article 18²⁹⁴, proposé à la Commission pour examen, reflétait ces considérations. Il avait été rédigé sous la forme d'une clause «sans préjudice» permettant de garantir la séparation et l'indépendance des régimes applicables à l'immunité devant les juridictions pénales nationales et internationales et de préserver les normes spéciales régissant le fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux. Ayant constaté des similitudes entre ce projet d'article et le paragraphe 2 du projet d'article 1, également formulé sous la forme d'une clause «sans préjudice», la Rapporteuse spéciale a proposé que le projet d'article 18 devienne le paragraphe 3 du projet d'article 1.

70. Passant à la question du règlement des différends, la Rapporteuse spéciale a rappelé qu'elle avait indiqué dans son huitième rapport que les dispositions procédurales proposées dans ses sixième et septième rapports visaient à renforcer la confiance entre l'État du représentant et l'État du for et donc à faciliter le règlement des différends

pouvant survenir entre ces États s'agissant de déterminer ou d'appliquer l'immunité. Il était toutefois toujours possible qu'une divergence de positions juridiques entre les États concernés fasse naître un différend ne pouvant être réglé autrement que par les moyens pacifiques prévus par le droit international contemporain. La Rapporteuse spéciale était donc d'avis que le projet d'articles devait comporter une disposition portant expressément sur le règlement des différends.

71. Tout différend survenant entre l'État du for et l'État du représentant pouvait évidemment être soumis à un mécanisme de règlement accepté par les États, et cela s'était d'ailleurs déjà produit. Toutefois, dans bien des cas, il avait été recouru aux mécanismes traditionnels de règlement après coup et en dernier ressort pour rétablir la légalité internationale. Ces mécanismes n'avaient donc pas donné aux États la possibilité de régler le différend peu après son apparition et ainsi d'éviter de se trouver devant un fait accompli sur lequel il serait difficile de revenir par la suite.

72. Les systèmes de consultation et d'échange d'informations proposés dans les projets d'articles 15 et 13 (devenu le projet d'article 12) visaient tous deux à faciliter le règlement rapide des différends. Toutefois, il pourrait être judicieux de parer à l'éventualité où aucun des deux ne fonctionnerait en établissant un mécanisme permettant de soumettre le différend à une tierce partie neutre et impartiale. La Rapporteuse spéciale a expliqué que, pour être utile, le mécanisme en question devait s'articuler autour de deux principes fondamentaux, à savoir que : la soumission du différend à une tierce partie entraînerait la suspension de l'exercice de la compétence pénale par l'État du for et la décision prise par la tierce partie serait contraignante.

73. Dans la proposition qu'elle a soumise à la Commission, la Rapporteuse spéciale a opté pour le recours à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice afin d'éviter les longues négociations nécessaires à l'établissement d'un organe *ad hoc*. Elle a tenu compte du fait que ces deux dispositifs et leurs règles de procédure étaient bien connus des États. De surcroît, de par son statut de juridiction internationale «de droit commun», la Cour internationale de Justice serait particulièrement qualifiée pour se prononcer sur des questions complexes susceptibles de se poser dans des affaires relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère.

74. Faisant fond sur ces considérations, le projet d'article 17²⁹⁵ soumis à la Commission pour examen établis-

²⁹⁵ Le projet d'article proposé par la Rapporteuse spéciale dans son huitième rapport est libellé comme suit :

«*Projet d'article 17. Règlement des différends*

«1. Si, après consultations entre l'État du for et l'État du représentant, des divergences subsistent au sujet de la détermination et de l'application de l'immunité, les deux États s'efforcent de régler le différend par voie de négociations dans les meilleurs délais.

«2. Si un règlement négocié n'est pas conclu dans un délai raisonnable, n'excédant pas [6] [12] mois, l'État du for et l'État du représentant peuvent tous deux proposer de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice.

«3. Si le différend est soumis à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice, l'État du for suspend l'exercice de sa compétence jusqu'à ce que l'organe compétent ait rendu une décision définitive.»

²⁹³ *Al-Bashir* (voir *supra* la note 292), par. 4.

²⁹⁴ Le projet d'article proposé par la Rapporteuse spéciale dans son huitième rapport est libellé comme suit :

«*Projet d'article 18*

«Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales.»

sait un mécanisme de règlement des différends en trois étapes : consultations, négociations (étapes obligatoires) et recours à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice (étape supplémentaire facultative). Ce mécanisme, qui serait soumis aux normes générales régissant le règlement des différends en vigueur en droit international contemporain, serait utile aux États en ce qu'il leur permettrait de défendre leurs droits et intérêts respectifs et d'éviter les situations de fait accompli.

75. La Rapporteuse spéciale a constaté que la Commission avait fait figurer des dispositions sur le règlement des différends dans nombre de ses travaux récents, y compris dans des projets qui ne suivaient pas le modèle traditionnel du projet d'articles, comme le projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*)²⁹⁶. Elle a néanmoins reconnu que les mécanismes de règlement des différends étaient plus particulièrement associés aux instruments normatifs et que la Commission n'avait pas encore décidé si elle allait recommander à l'Assemblée générale que le projet d'articles devienne un traité. Cela étant, même dans la négative, le projet d'article 17 aurait toute sa place dans la quatrième partie du projet d'articles, consacrée aux dispositions et garanties procédurales.

76. La Rapporteuse spéciale a rappelé que, dans son septième rapport, elle avait mentionné la possibilité d'inclure dans le projet d'articles des références à des bonnes pratiques. En particulier, les États pourraient se voir recommander de faire en sorte que les décisions relatives à la détermination et à l'application de l'immunité soient prises par une autorité nationale de haut niveau et d'élaborer des instructions ou des manuels à l'intention des organes amenés à participer aux processus de détermination et d'application de l'immunité. La Rapporteuse spéciale a expliqué qu'elle avait envisagé cette possibilité après avoir constaté que, dans bon nombre de cas, les autorités nationales compétentes connaissaient mal les difficultés particulières soulevées par la question de l'immunité en droit international, la relation entre l'immunité et les principes fondamentaux du droit international et l'incidence que les décisions relatives à l'immunité d'un représentant étranger pouvaient avoir sur les relations internationales de l'État du for.

77. Pendant les débats de la soixante et onzième session, plusieurs membres de la Commission avaient abordé la question des bonnes pratiques, et la Rapporteuse spéciale a rappelé que les avis divergeaient sensiblement. D'aucuns avaient proposé de transformer la quatrième partie du projet d'articles en annexe consacrée aux bonnes pratiques recommandées aux États. La Rapporteuse spéciale a jugé que cette forme n'était pas appropriée. D'autres avaient estimé qu'il n'était pas utile d'inclure des bonnes pratiques dans le projet d'articles. Un troisième groupe encore était d'avis que la démarche serait au contraire utile, mais la rédaction de recommandations prendrait longtemps et retarderait l'achèvement des travaux de la Commission sur le sujet.

²⁹⁶ Le projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) adopté par la Commission en première lecture en 2019 et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2019*, vol. II (2^e partie), p. 110 et suiv., par. 56 et 57.

78. La Rapporteuse spéciale a fait observer qu'un seul État avait donné suite à la demande que la Commission avait formulée dans son rapport sur les travaux de sa soixante et onzième session en vue d'obtenir des informations sur « l'existence de manuels, directives, protocoles ou instructions opérationnelles destinés aux représentants et organes de l'État compétents pour prendre toute décision pouvant avoir des conséquences pour les représentants d'États étrangers et leur immunité de juridiction pénale sur le territoire de l'État du for²⁹⁷ ». L'État qui avait répondu avait fait savoir qu'il ne disposait d'aucune référence de ce type.

79. La Rapporteuse spéciale a expliqué, que compte tenu des observations exprimées, son huitième rapport ne contenait aucune proposition concrète concernant les recommandations de bonnes pratiques. Elle a toutefois précisé que cela n'empêchait pas d'inclure les bonnes pratiques recensées dans le projet d'articles, soit dans la quatrième partie, soit dans le commentaire général.

2. RÉSUMÉ DES DÉBATS

a) Observations d'ordre général

80. Les membres ont salué le travail considérable fourni par la Rapporteuse spéciale aux fins de l'établissement de son huitième rapport, qui était fouillé et exhaustif et traitait avec clarté et concision du lien entre le sujet à l'examen et les juridictions pénales internationales, de la possibilité d'ajouter au projet d'articles une disposition relative au règlement des différends et de l'opportunité de recommander des bonnes pratiques. Ils ont aussi remercié la Rapporteuse spéciale d'avoir organisé plusieurs séries de consultations informelles avant et pendant la session, notant que ces consultations avaient permis au Comité de rédaction d'avancer dans ses travaux à la session en cours.

81. Il a été rappelé que la Rapporteuse spéciale avait fini d'établir son plan de travail sur le sujet et que les questions supplémentaires avaient été traitées dans le huitième rapport. Plusieurs membres ont dit espérer que la Commission achève la première lecture soit à la session en cours, soit avant la fin du quinquennat. L'importance de donner aux États la possibilité de commenter un projet d'articles complet à l'issue de la première lecture a été soulignée. D'aucuns ont fait observer que le sujet était inscrit au programme de travail de la Commission depuis 2007, ce qui en faisait un des sujets gardés à l'examen le plus longtemps. Pour certains, le temps que la Commission avait consacré à la question témoignait de sa complexité et du caractère controversé de certains de ses aspects fondamentaux. À cet égard, il a été souligné que des États avaient engagé les membres de la Commission à se mettre d'accord sur la manière d'avancer sur le sujet. Dans cette perspective, plusieurs membres ont dit que la Commission devrait surmonter les divergences de vues de ses membres sur le projet d'article 7 avant d'achever sa première lecture. Enfin, il a été rappelé que la Commission devait se pencher sur la question de l'inviolabilité et sur les définitions contenues dans le projet d'article 2 (ancien projet d'article 3), toujours en cours d'élaboration.

²⁹⁷ Ibid., p. 22, par. 29.

b) *Observations particulières**Projet d'article 18*

82. Les membres sont convenus que les questions relatives à l'immunité devant les juridictions pénales internationales n'entraient pas dans le cadre du présent sujet. Plusieurs ont fait observer que l'immunité devant telle ou telle juridiction pénale internationale était régie par l'instrument portant statut de la juridiction en question. Néanmoins, certains ont estimé qu'il était important que le lien entre le présent sujet et les juridictions pénales internationales soit expressément abordé dans le projet d'articles. D'aucuns ont fait observer que les travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère avaient deux objectifs importants en commun avec les juridictions pénales internationales, à savoir la promotion de l'application du principe de responsabilité et la prévention de l'impunité pour les crimes de droit international les plus graves. Il a été souligné que les tribunaux pénaux internationaux devaient souvent s'appuyer sur les États pour exercer leur compétence. Plusieurs membres ont dit qu'il fallait s'abstenir de mettre en cause les règles établies en droit international, tant sur le fond que sur le plan institutionnel. L'importance de l'obligation faite aux États parties au Statut de Rome de coopérer avec la Cour pénale internationale et des obligations de coopérer mises à la charge des États par les résolutions du Conseil de sécurité 827 (1993), du 25 mai 1993, et 955 (1994), du 8 novembre 1994, a été tout particulièrement rappelée. De surcroît, certains ont fait observer que, par le passé, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, avait imposé à des États l'obligation «horizontale» de prêter concours aux enquêtes pénales menées par d'autres États. Cependant, plusieurs membres ont insisté sur le fait que le projet d'article devait être rédigé de manière à ce qu'il s'applique aussi bien aux États parties au Statut de Rome qu'aux autres États.

83. Plusieurs membres étaient en faveur de l'inclusion du projet d'article 18, estimant, comme la Rapporteuse spéciale, que l'adoption d'une clause «sans préjudice» était un bon moyen de traiter la question du lien entre le projet d'articles et les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales. On a considéré qu'il ressortait clairement du projet d'articles que celui-ci ne concernait pas les régimes autonomes des juridictions pénales internationales et ne s'y appliquait pas. Selon certains, le projet d'article 18 permettrait aux États d'être assurés que le projet d'articles n'avait aucune incidence sur les autres obligations qu'ils auraient pu accepter ou contracter auparavant. D'aucuns ont de surcroît fait observer que, dans ses travaux antérieurs, la Commission avait souvent eu recours à des clauses «sans préjudice», et que celles-ci avaient servi à délimiter la portée d'un sujet et non à créer des relations hiérarchiques.

84. Plusieurs autres membres étaient opposés à l'adoption du projet d'article 18. Selon une opinion, l'éventualité d'un chevauchement entre juridictions nationales et juridictions internationales ne suffisait pas à créer un lien entre ces institutions. D'aucuns étaient d'avis que le lien entre le sujet et les juridictions pénales internationales avait été clairement établi dans le paragraphe 1 du projet d'article 1 et le commentaire y relatif. En outre, plusieurs

membres estimaient que, s'il était adopté sans le projet d'article 18, le projet d'articles ne pourrait pas remettre en cause l'évolution du droit pénal international. Certains craignaient qu'une clause «sans préjudice» puisse être interprétée comme créant une relation hiérarchique entre les normes régissant les juridictions pénales internationales et le droit de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions nationales. Selon une opinion, faire prévaloir la compétence de la Cour pénale internationale sur celle des tribunaux nationaux serait contraire au principe de complémentarité. Certains ont insisté sur le fait qu'une disposition sur le lien entre le sujet à l'examen et les juridictions pénales internationales ne devait pas créer une exception à l'immunité qui n'existait pas en droit international coutumier. Plusieurs membres ont souligné que des États pouvaient mutuellement convenir de ne pas reconnaître certaines immunités, mais ne pouvaient pas étendre cette non-reconnaissance à d'autres États. En ce qui concerne les autorisations données par le Conseil de sécurité, il a été rappelé qu'il fallait porter une attention particulière au texte de ces autorisations pour en déterminer la teneur. D'aucuns ont fait observer que les instruments antérieurs relatifs à la compétence des juridictions nationales pour les crimes internationaux, y compris le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité²⁹⁸ et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, ne contenaient pas de clause «sans préjudice» similaire à celle envisagée dans le cadre du projet d'articles. En outre, plusieurs membres ont exprimé l'avis que la complexité de l'examen du projet d'article 18 pourrait retarder inutilement l'achèvement de la première lecture.

85. Plusieurs membres ont mentionné l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale concernant l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*²⁹⁹. Certains ont observé que cet arrêt reposait sur un raisonnement fautif et avait suscité la controverse, et qu'il importait donc que le libellé de la clause «sans préjudice» ne marque pas un quelconque accord avec cette décision et que le commentaire ne vienne pas établir un lien entre celle-ci et le projet d'article 18. Toutefois, certains membres n'étaient pas d'accord avec cette opinion. D'aucuns estimaient qu'il n'appartenait pas à la Commission de porter un jugement sur l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour au sujet d'une question que celle-ci était seule compétente pour examiner. En tout état de cause, dans l'ensemble, les membres sont convenus qu'il n'était ni nécessaire ni approprié que la Commission se penche sur l'arrêt dans le cadre de ses travaux sur le sujet.

86. Plusieurs propositions précises ont été faites concernant le texte du projet d'article 18. Pour tenir compte de l'existence de juridictions hybrides, ni entièrement nationales ni entièrement internationales, plusieurs membres ont appuyé une proposition tendant à ce que soient employés les termes «juridictions pénales internationalisées» plutôt que «juridictions pénales

²⁹⁸ Le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité adopté par la Commission en 2019 et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *ibid.*, p. 24 et suiv., par. 44 et 45.

²⁹⁹ *Al-Bashir* (voir *supra* la note 292).

internationales». Il a aussi été proposé de faire référence non seulement aux «règles», mais aussi aux «pratiques» régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales en s'inspirant du libellé des clauses de sauvegarde de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. D'aucuns ont appuyé l'inclusion d'une référence explicite aux obligations découlant des décisions du Conseil de sécurité. Certains membres se sont inquiétés du fait que la portée des règles visées par le projet d'article 18 était trop large ou, à tout le moins, n'était pas clairement définie. Il a été observé que la clause «sans préjudice» proposée dans le projet d'article 18 avait une portée plus large que le commentaire du projet d'article 1, car la première faisait référence au «fonctionnement» des juridictions pénales internationales et le second aux immunités devant ces dernières. Il a été proposé de préciser le texte de sorte qu'il se lise comme suit : «Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'applicabilité de l'immunité devant les juridictions pénales internationales au regard des instruments constitutifs desdites juridictions.» Une autre proposition consistait à faire référence aux obligations déjà faites aux États par le droit international. Faisant valoir qu'il n'existait pas d'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux, d'autres membres ont exprimé l'avis que le terme «juridiction» était plus approprié. D'aucuns ont souligné à cet égard que le texte devrait tenir compte du fait qu'il existait plusieurs juridictions de ce type. Pour certains, il était préférable d'adopter une clause disposant que le projet d'articles «ne traite pas» de la question des juridictions pénales internationales.

87. En ce qui concerne la question de savoir où devait figurer le texte proposé, plusieurs membres ont dit préférer qu'il devienne le nouveau paragraphe 3 du projet d'article 1. De l'avis de certains, la relation entre le projet d'article 18 et la clause «sans préjudice» figurant déjà au paragraphe 2 du projet d'article 1 serait ainsi mise en évidence. D'autres estimaient que l'une ou l'autre solution proposée serait acceptable. Il a été souligné que, en tout état de cause, les deux dispositions devraient être lues conjointement.

88. La Rapporteuse spéciale n'ayant pas proposé de titre pour le projet d'article 18, d'aucuns ont suggéré que, s'il restait un projet d'article à part entière, il s'intitule «Rapport avec les juridictions internationalisées». D'autres titres ont été suggérés, notamment «Clause "sans préjudice"», «Rapport avec les régimes conventionnels spécialisés», «Cas n'entrant pas dans le champ d'application du présent projet d'articles» et «Rapport entre le présent projet d'articles et les instruments établissant des juridictions pénales internationales».

Projet d'article 17 (Règlement des différends)

89. Plusieurs membres ont approuvé l'inclusion d'un projet d'article sur le règlement des différends. Certains ont fait observer qu'une clause de règlement des différends pourrait être considérée comme une garantie procédurale finale s'inscrivant dans le prolongement des projets d'articles 8 à 16. Les mécanismes procéduraux proposés dans le projet d'articles pourraient être considérés comme un tout destiné à concilier les intérêts de l'État

du for et ceux de l'État du représentant. L'inclusion d'une clause de règlement des différends pourrait être accueillie favorablement par les États, dont certains avaient envisagé de créer un mécanisme international pour régler les différends relatifs à l'immunité des représentants de l'État. En outre, plusieurs membres ont fait valoir que, sur le plan pratique, l'adoption d'une clause de règlement des différends en première lecture pourrait susciter des commentaires utiles de la part des États. Toutefois, certains ont exprimé l'avis que, de manière générale, il n'était pas opportun de faire figurer une clause de règlement des différends dans le projet d'articles. En particulier, les États pourraient hésiter à adhérer à un mécanisme qu'ils pourraient considérer comme limitant l'exercice de leur compétence pénale.

90. Plusieurs membres étaient d'avis que l'introduction d'une clause de règlement des différends serait pertinente seulement si le projet d'articles était destiné à devenir un traité, tandis que d'autres estimaient qu'elle le serait indépendamment de la nature du résultat final des travaux de la Commission. D'aucuns ont avancé que l'ajout d'une clause de ce type était opportun sachant qu'il n'était pas encore exclu que le projet d'articles devienne un traité. Plusieurs membres ont estimé qu'il fallait clarifier encore l'objectif visé par la disposition afin de trouver la formulation adéquate. De l'avis de certains membres, une clause compromissoire type serait plus appropriée si le projet d'articles devait devenir un traité. Par contre, si le projet d'articles n'était pas destiné à devenir un traité, une clause plus générale énonçant des recommandations d'ordre procédural serait plus indiquée.

91. Un certain nombre de membres étaient d'avis que les dispositions relatives au règlement des différends adoptées par la Commission dans ses travaux récents sur d'autres sujets pourraient servir de modèle. Ont été cités en particulier le projet de conclusion 21 du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) adopté en première lecture par la Commission en 2019 à sa soixante et onzième session³⁰⁰ et le projet d'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité adopté par la Commission à cette même session³⁰¹, le premier en tant que modèle possible de recommandations d'ordre procédural à l'intention des États, le second en tant qu'exemple de clause compromissoire bien conçue. Toutefois, plusieurs membres ont recommandé que les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, qui concernent les réserves aux clauses de règlement des différends, ne soient pas inclus dans le présent projet d'articles. Il a aussi été dit que le projet de conclusion 21 n'était pas un modèle approprié, car la Commission n'avait pas encore achevé ses travaux sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). D'aucuns ont rappelé que l'élaboration de ce projet de conclusion avait été motivée par la nature particulière des travaux préparatoires de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui n'entrait pas en ligne de compte dans le contexte du présent sujet.

³⁰⁰ *Annuaire... 2019*, vol. II (2^e partie), p. 149.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 102.

92. Plusieurs membres ont exprimé un avis sur les moyens de règlement des différends visés dans le projet d'article 17. Certains ont fait observer que seuls la négociation, l'arbitrage et le règlement judiciaire étaient mentionnés, à l'exclusion des autres moyens de règlement pacifique énoncés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Nombre de membres se sont dit favorables à ce que le projet d'article fasse référence à davantage de moyens de règlement des différends. De l'avis de certains, cela permettrait de mieux aligner la disposition sur la pratique des États. La partie XV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a été citée comme modèle possible.

93. Certains ont souligné qu'il importait de mettre en avant l'obligation que le paragraphe 3 de l'Article 2 et l'Article 33 de la Charte font aux États de régler leurs différends par des moyens pacifiques. Plusieurs membres ont insisté sur l'importance de la liberté laissée aux États dans le choix des moyens de règlement. Certains ont proposé que le projet d'article se voit ajouter un paragraphe faisant expressément référence à ce principe ou bien que celui-ci soit expliqué dans le commentaire. D'aucuns ont fait observer que le projet d'article 17 pouvait être considéré comme une expression de l'exercice de la liberté de choix des moyens donnée aux États plutôt que comme une atteinte à cette liberté.

94. En ce qui concerne le paragraphe 1, certains membres ont demandé des précisions sur la distinction entre consultations et négociations. Il a été proposé de modifier le paragraphe en y ajoutant «ou par tout autre moyen de leur choix» après «négociations». Il a aussi été suggéré de remplacer «dans les meilleurs délais» par «dès que possible» afin de laisser aux États une marge de manœuvre adéquate. Une autre possibilité, pour faciliter le règlement des différends, était d'assortir les consultations et les négociations de délais.

95. En ce qui concerne le paragraphe 2, d'aucuns ont dit qu'on ne comprenait pas au juste si le recours à un règlement par voie judiciaire ou arbitrale était censé être obligatoire. Certains membres étaient favorables à l'emploi de termes contraignants faisant du projet d'article 17 une clause compromissoire. D'autres, par contre, préféraient le libellé actuel. Il a été dit que, si la disposition était destinée à servir de rappel aux États, elle devrait être de nature générale. Certains membres ont fait valoir que l'inclusion d'un délai de six ou douze mois n'aurait de sens que si la disposition avait force obligatoire. Il a aussi été dit que, compte tenu du caractère sensible des différends relatifs à l'immunité, même un délai de six mois pourrait être trop long. Des éclaircissements ont été demandés quant à la possibilité de soumettre un différend à un règlement judiciaire ou arbitral avant l'expiration de la période de six ou douze mois, par exemple si on ne pouvait raisonnablement espérer que les négociations aboutissent. Plusieurs membres ont suggéré de faire aussi référence à d'autres instances judiciaires telles que, selon qu'il convenait, le Tribunal international du droit de la mer et la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Il a en outre été proposé d'ajouter la conciliation, la médiation et le recours aux bons offices à la liste des moyens disponibles. Un certain nombre de membres ont proposé que le projet d'article 17 précise quelles seraient les conséquences

si un État refusait l'invitation d'un autre État à régler un différend. Plusieurs membres ont déclaré que la création d'un nouvel organe permanent chargé de régler les différends relatifs à l'immunité n'était pas souhaitable.

96. Plusieurs membres ont dit qu'ils approuvaient le paragraphe 3 du projet d'article 17. Toutefois, certains ont exprimé des doutes au sujet de cette disposition. D'aucuns ont fait observer que les traités existants relatifs aux immunités ne prévoyaient pas la suspension des procédures internes en attendant le règlement du différend entre les États. Un membre a fait remarquer que suspendre une procédure interne en attendant que le différend soit réglé au niveau international serait particulièrement complaisant à l'égard de l'État du représentant. Certains membres se sont intéressés au fait que le projet d'article ne traitait pas de la situation du représentant de l'État dont l'immunité était en jeu. Il a été proposé que la disposition interdise la poursuite de la procédure pénale sans trancher la question du maintien en détention. Plusieurs membres ont suggéré que la question de la suspension soit traitée au cas par cas par la cour ou le tribunal arbitral, au titre des mesures conservatoires. Certains ont fait remarquer que, dans les affaires dans lesquelles elle avait été amenée à se pencher sur l'immunité des représentants de l'État, la Cour internationale de Justice n'avait pas ordonné de mesures conservatoires visant à suspendre les procédures internes. D'aucuns ont dit qu'il faudrait veiller à ce que le droit interne des États comporte des dispositions permettant de donner effet à une éventuelle décision de suspension. Plusieurs membres ont d'ailleurs suggéré que le projet d'article précise l'effet qu'une décision de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral aurait sur la procédure interne. En outre, il a été proposé que la clause de règlement des différends établisse une forme de procédure de renvoi préjudiciel permettant aux tribunaux nationaux de demander conseil à un mécanisme de règlement par tierce partie.

97. D'aucuns ont fait observer qu'il y avait un risque que, dans sa version actuelle, le projet d'article 17 interfère avec les clauses compromissoires existantes. Il a été proposé d'ajouter une clause «sans préjudice» pour parer à cette éventualité.

98. Certains étaient d'avis que le projet d'article devrait plutôt s'intituler «Obligations procédurales», car «Règlement des différends» laissait entendre que la disposition créait une obligation contraignante pour les États.

Bonnes pratiques recommandées

99. Dans l'ensemble, les membres sont convenus avec la Rapporteuse spéciale qu'il n'était pas nécessaire de formuler de nouvelles propositions concernant les bonnes pratiques recommandées. Si plusieurs étaient d'accord avec le principe de recenser les bonnes pratiques, certains étaient néanmoins d'avis que pareil recensement ne cadrerait pas avec la forme du projet d'articles. D'autres estimaient qu'un travail approfondi sur les bonnes pratiques recommandées retarderait inutilement l'achèvement de la première lecture du projet d'articles. De surcroît, d'aucuns ont fait observer qu'il pourrait être difficile d'élaborer un ensemble de bonnes pratiques s'appliquant facilement aux divers ordres juridiques nationaux. Plusieurs membres se

sont dits favorables à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'examiner les bonnes pratiques qui pouvaient d'ores et déjà être recensées à partir des projets d'articles déjà présentés à la Commission ou, plus vraisemblablement, des commentaires. Certains étaient d'avis que les bonnes pratiques recommandées par les États pourraient être déduites des commentaires formulés par ceux-ci et qu'il serait donc inutile que la Commission les mentionne expressément dans ses travaux.

3. CONCLUSIONS DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

100. La Rapporteuse spéciale a remercié les membres de la Commission de leurs observations sur son huitième rapport. Elle a estimé que les commentaires, observations, critiques et suggestions des membres contribueraient à l'avancement des travaux de la Commission.

101. Répondant d'abord aux préoccupations exprimées au sujet de l'état d'avancement des travaux sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a fait observer que plusieurs questions de fond étaient toujours à l'examen et qu'il faudrait redoubler d'efforts pour les trancher avant l'adoption du projet d'articles en première lecture. Elle a également fait observer que certains membres avaient mentionné, à cet égard, le projet d'article 7 sur les exceptions à l'immunité *ratione materiae*. Elle a néanmoins souligné que la Commission progressait diligemment compte tenu du caractère politiquement sensible du sujet et des difficultés d'ordre juridique qu'il soulevait, et ce, en grande partie grâce à un plan et à une méthode de travail qui avaient recueilli une large adhésion parmi ses membres pendant le quinquennat en cours et le précédent. Elle s'est dite convaincue que, mue par l'esprit de collégialité qui la caractérisait, la Commission parviendrait à régler les problèmes inhérents à tous travaux de développement progressif et de codification du droit international.

102. Concernant les résultats des travaux de la Commission sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a déclaré que la Commission avait élaboré un projet d'articles dans le but de proposer aux États un ensemble de règles générales applicables dans le domaine à l'examen, conformément à son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international. Elle ne voyait aucune raison, à ce stade, de donner une autre forme aux travaux entrepris, à plus forte raison sachant qu'ils avaient un caractère normatif, et elle était convaincue que la Commission partageait cet avis. Les travaux de la Commission sur le sujet prendraient donc la forme d'un projet d'articles, que la Commission décide ou non, en seconde lecture, de recommander à l'Assemblée générale qu'ils servent de base à l'adoption d'un éventuel traité. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, la nature de l'instrument en cours d'élaboration et la recommandation qui serait faite à l'Assemblée générale concernant la suite à lui donner étaient deux questions qui devaient rester distinctes.

103. Concernant le projet d'article 18, la Rapporteuse spéciale a fait observer que, quoiqu'elles exprimaient des opinions différentes, les déclarations des membres reflétaient l'importance de la question.

104. S'agissant de la portée du projet d'articles, la Rapporteuse spéciale a rappelé que certains membres estimaient

qu'il n'était pas nécessaire que la Commission examine le lien entre le sujet et les juridictions pénales internationales, car cette question n'entraînait pas dans le cadre du sujet. Toutefois, la majorité des membres s'étaient prononcés en faveur de l'examen de la question et du maintien du projet d'article 18. La Rapporteuse spéciale souscrivait à cette dernière approche et estimait qu'il serait difficile de justifier l'absence volontaire de référence à l'autonomie des régimes applicables aux tribunaux pénaux internationaux compte tenu de l'évolution du droit international. Cela était d'autant plus vrai compte tenu du nombre de cas dans lesquels la question de l'immunité devant une juridiction pénale étrangère avait été soulevée à l'égard de crimes relevant de la compétence des juridictions pénales internationales. Reconnaître l'existence du lien existant entre le sujet et ces juridictions et affirmer l'autonomie des régimes juridiques applicables à ces dernières ne viendrait pas altérer la portée du sujet et permettrait à la Commission d'éviter d'entrer dans le débat sur l'immunité devant les tribunaux pénaux nationaux et les juridictions pénales internationales.

105. La Rapporteuse spéciale a rappelé que certains membres avaient manifesté leur opposition au projet d'article 18 parce qu'ils considéraient qu'il se rapportait directement à l'arrêt rendu par la Cour pénale internationale concernant l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir* et craignaient qu'il soit interprété comme venant avaliser ou confirmer cette décision. Or elle estimait que ces préoccupations n'étaient pas justifiées. Si elle avait effectivement attendu que la Cour se prononce avant d'aborder la question du lien entre le sujet et les juridictions pénales internationales, elle s'était toujours réservé le droit de revenir sur ce point. Comme elle l'avait déjà indiqué en 2019, il n'était pas nécessaire que la Commission examine l'arrêt car celui-ci ne relevait pas du sujet à l'examen. C'est pourquoi, dans son huitième rapport, elle s'était bornée à rappeler les principales conclusions formulées par la Cour et à expliquer pourquoi la décision n'était pas pertinente aux fins des travaux de la Commission. La Rapporteuse spéciale a réaffirmé que, de son point de vue, le projet d'article 18 ne pouvait être considéré comme venant avaliser ou confirmer l'arrêt de la Cour et s'est dite persuadée que le Comité de rédaction tiendrait compte des préoccupations exprimées par les membres lorsqu'il examinerait le projet d'article.

106. Constatant que plusieurs membres avaient été interpellés par la formulation de la traduction anglaise du huitième rapport, dans lequel il est dit que l'accueil réservé à l'arrêt *has not been kind* (par. 23) (littéralement, «n'a pas été clément»), la Rapporteuse spéciale dit qu'à son avis, il aurait été préférable d'employer les termes *has been contentious* («a suscité des critiques»).

107. S'agissant de l'effet de la clause «sans préjudice» proposée, la Rapporteuse spéciale a pris note du fait que, pour certains, adopter le projet d'article 18 dans sa version actuelle reviendrait à dire que les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales sont hiérarchiquement supérieures à celles régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Or elle partageait l'avis selon lequel les normes conventionnelles régissant telle ou telle juridiction pénale internationale ne sont généralement applicables qu'aux États parties à la convention pertinente et ne pensait pas

que le projet d'article 18 porte atteinte de quelque manière que ce soit à ce principe. Elle a rappelé que la Commission avait fréquemment utilisé des clauses « sans préjudice » dans ses travaux sans considérer pour autant que ces clauses faisaient naître des relations hiérarchiques. La Rapporteuse spéciale était d'accord avec les membres qui estimaient que le projet d'article 18 faisait simplement la distinction entre des régimes juridiques différents dont il n'était pas question de remettre en cause la validité et les champs d'application respectifs.

108. La Rapporteuse spéciale a fait observer que les membres qui étaient en faveur de l'inclusion du projet d'article 18 étaient presque tous d'avis qu'il serait préférable que cette disposition devienne le paragraphe 3 du projet d'article 1 car, comme elle concernait de près la question de la portée du projet d'articles, elle pourrait venir compléter la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 2 du projet d'article 1. La Rapporteuse spéciale a exprimé son intention de faire des propositions à ce sujet au Comité de rédaction.

109. Concernant les propositions d'ordre rédactionnel faites par les membres, la Rapporteuse spéciale est revenue en particulier sur l'opportunité de faire référence aux juridictions pénales « internationalisées » plutôt qu'aux juridictions pénales « internationales », mais a estimé qu'il serait préférable que toutes ces propositions soient examinées par le Comité de rédaction.

110. S'agissant du projet d'article 17, la Rapporteuse spéciale a souligné que la proposition tendant à inclure un projet d'article consacré au règlement des différends avait été appuyée par la majorité des membres de la Commission. Cela étant, pour certains membres, ce type de disposition faisait sens si le résultat final des travaux de la Commission prenait la forme d'un traité, tandis que pour d'autres il pourrait être considéré comme s'inscrivant dans le prolongement des garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles et méritait donc de figurer dans celui-ci indépendamment du résultat final des travaux. C'est ce dernier point de vue qui avait inspiré l'élaboration du projet d'article 17, ce qui expliquait pourquoi celui-ci venait directement après les autres dispositions de la quatrième partie. Néanmoins, la Rapporteuse spéciale était d'accord pour dire que la forme finale des travaux de la Commission pourrait être pertinente pour ce qui était de la teneur du projet d'article 17. Une clause compromissoire traditionnelle serait peut-être plus appropriée pour un projet de traité, et une disposition ayant vocation à fournir des orientations aux États en matière de règlement des différends plus opportune si la Commission n'avait pas l'intention de proposer un traité. La Rapporteuse spéciale n'avait pas eu l'intention de faire du projet d'article une clause compromissoire, mais elle était disposée à étudier les observations et suggestions des membres dans le cadre du Comité de rédaction. Elle a par ailleurs rappelé que, quelle que soit la décision finale de la Commission quant à la nature de ses travaux sur le sujet, il serait utile d'inclure une clause sur le règlement des différends en première lecture afin que les États puissent donner leur avis sur la question.

111. La Rapporteuse spéciale a pris note des propositions tendant à ce que le projet d'article 17 mentionne aussi

d'autres moyens de règlement des différends ou d'autres instances judiciaires. Toutefois, elle estimait que le but de cette disposition était de fournir des orientations simples et utiles aux fins du règlement des différends et qu'il était évident que les États pouvaient recourir à d'autres solutions, qu'il n'était pas utile de toutes énumérer. Elle était ouverte à l'idée de mentionner tel ou tel autre moyen particulièrement pertinent compte tenu de l'objectif visé par le projet d'article ; cela étant, elle jugeait souhaitable, compte tenu de l'approche générale du projet d'articles, de ne pas citer d'autres instances judiciaires que la Cour internationale de Justice. En outre, elle a expliqué que, pour respecter le principe du libre choix des moyens de règlement, il était opportun de ne faire que généralement référence à l'arbitrage, même s'il était évident d'après le contexte que l'arbitrage considéré était l'arbitrage inter-étatique. Elle a de surcroît pris note de l'avis exprimé par certains membres selon lequel il ne serait pas utile de créer un organe spécialisé.

112. En réponse à une question soulevée au cours du débat, la Rapporteuse spéciale a expliqué que le mécanisme de règlement des différends qu'elle proposait s'articulait autour de trois étapes : consultations, négociations et règlement judiciaire ou arbitral. Notant que les consultations et les négociations pouvaient comporter des éléments communs, elle a précisé que les négociations se distinguaient par leur caractère plus formel et par l'objectif de trouver une solution bilatérale. Elle a pris note des points soulevés par les membres concernant la suspension de l'exercice de la compétence nationale dans le cas où les États concernés décidaient de soumettre un différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. Toutefois, elle a expliqué que cette disposition était destinée à protéger l'État du représentant contre des poursuites abusives ou à motivation politique. Elle a fait observer qu'il faudrait mettre dûment en balance les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant afin d'éviter de créer un fait accompli qui pourrait priver le premier du droit d'exercer sa compétence pénale ou le second du droit d'invoquer l'immunité. Par ailleurs, elle a estimé que la question des effets juridiques de l'issue d'une procédure de règlement des différends sur l'ordre juridique de l'État du for était importante et méritait d'être examinée par le Comité de rédaction, de même que les conséquences pratiques qui pourraient découler du caractère facultatif du recours à la Cour internationale de Justice ou à l'arbitrage.

113. La Rapporteuse spéciale a constaté que les membres de la Commission avaient été presque unanimes à soutenir sa proposition de ne pas inclure une disposition sur les bonnes pratiques dans le projet d'articles. Comme l'avaient suggéré certains membres, elle comptait donner des exemples de bonnes pratiques dans le commentaire qu'elle soumettrait à la Commission.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE

114. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier. Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.

2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier 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.

Article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

e) on entend par «représentant de l'État» tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;

f) «acte accompli à titre officiel» s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.

DEUXIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE**

Article 3. Bénéficiaires de l'immunité ratione personae

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 4. Portée de l'immunité ratione personae

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.

2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.

3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

TROISIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE**

Article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 6. Portée de l'immunité ratione materiae

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité ratione materiae ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

- a) crime de génocide ;
- b) crimes contre l'humanité ;
- c) crimes de guerre ;
- d) crime d'apartheid ;
- e) torture ;
- f) disparitions forcées.

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

QUATRIÈME PARTIE**

Article 8 ante. Application de la quatrième partie

Les dispositions et garanties procédurales de la présente partie s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'article.

Article 8. Examen de la question de l'immunité par l'État du for

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale, elles examinent sans délai la question de l'immunité.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, les autorités compétentes de l'État du for examinent toujours la question de l'immunité :

- a) avant d'engager des poursuites pénales ;
- b) avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, y compris celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international.

Article 9. Notification à l'État du représentant

1. Avant que les autorités compétentes de l'État du for n'engagent des poursuites pénales ou ne prennent des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, l'État du for notifie cette circonstance à l'État du représentant. Les États envisagent de prévoir les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

2. La notification comprend, *inter alia*, l'identité du représentant, les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer la juridiction.

3. La notification est faite par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

Article 10. Invocation de l'immunité

1. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant lorsque l'État a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant. L'immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais.

* Les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles sont examinées dans la quatrième partie.

** La Commission n'a pas encore adopté le titre de cette partie.

2. L'immunité est invoquée par écrit, en indiquant l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.

3. L'immunité peut être invoquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. Les autorités devant lesquelles l'immunité est invoquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de ce fait.

Article 11. Renonciation à l'immunité

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.

2. La renonciation doit toujours être expresse et par écrit.

3. La renonciation à l'immunité peut être communiquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. Les autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité.

5. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

*Article 12 [13]^{***}. Demandes d'informations*

1. L'État du for peut demander à l'État du représentant toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider si l'immunité s'applique ou non.

2. L'État du représentant peut demander à l'État du for toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider de l'invocation de, ou de la renonciation à, l'immunité.

3. Les informations peuvent être demandées par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États concernés, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. L'État requis examine toute demande d'informations de bonne foi.

ANNEXE

LISTE DES TRAITÉS VISÉS AU PARAGRAPHE 2 DU PROJET D'ARTICLE 7

Crime de génocide

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, article 6 ;

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948, article II.

Crimes contre l'humanité

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, article 7.

Crimes de guerre

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, article 8, paragraphe 2.

Crime d'apartheid

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973, article II.

^{***} Le numéro entre crochets est celui que la Rapporteuse spéciale avait initialement attribué au projet d'article dans son rapport.

Torture

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, du 20 décembre 2006, article 2.

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS PROVISOIREMENT ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA SOIXANTE-DOUZIÈME SESSION

115. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Article 8 ante. Application de la quatrième partie

Les dispositions et garanties procédurales de la présente partie s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'article.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 *ante* est le premier des articles de la quatrième partie du projet d'articles. Il a vocation à définir le champ d'application de la quatrième partie par rapport aux deuxième et troisième parties, qui traitent respectivement de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* du représentant de l'État, ancien ou en fonction, à l'égard de la juridiction pénale étrangère. En faisant référence à la relation entre, d'une part, la quatrième partie et, d'autre part, les deuxième et troisième parties, le projet d'article reflète la notion d'équilibre mise en avant dans les précédents travaux de la Commission, notamment les titres des deuxième et troisième parties, assortis d'une note de bas de page indiquant que la Commission examinerait les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session³⁰².

2) La quatrième partie fait partie intégrante du projet d'articles et les dispositions qui y figurent sont donc appelées à s'appliquer de manière générale au reste du projet d'articles. Toutefois, son champ d'application a suscité des divergences de vues chez les membres de la Commission, notamment en ce qui concerne sa relation avec le projet d'article 7 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-neuvième session (2017).

³⁰² Cette note a été insérée à la soixante-neuvième session de la Commission (2017), à l'occasion de l'adoption provisoire du projet d'article 7. Voir *Annuaire... 2017*, vol. II (2^e partie), p. 129. Voir, en particulier, le paragraphe 9 du commentaire du projet d'article 7, dans lequel on peut lire que « pour montrer l'importance que la Commission accorde aux questions de procédure dans le contexte du sujet à l'examen, il a été décidé d'insérer dans le texte actuel du projet d'articles une note de bas de page rédigée dans les termes ci-après : "La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session" » (ibid., p. 133).

3) De l'avis de certains membres, les dispositions et garanties procédurales contenues dans la quatrième partie ne s'appliquaient que pour les actes susceptibles d'être couverts par l'immunité, ce qui n'était de toute évidence pas le cas des crimes visés au projet d'article 7, qui dispose expressément que l'immunité *ratione materiae* «ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants». À l'inverse, plusieurs membres étaient en faveur d'une interprétation plus large du projet d'articles proposé par la Rapporteuse spéciale et estimaient que les dispositions et garanties procédurales devaient jouer un rôle même dans les situations dans lesquelles le projet d'article 7 trouvait à s'appliquer.

4) Compte tenu de cette divergence de vues, la Commission a provisoirement adopté le projet d'article 8 *ante*, qui prévoit expressément que toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles «s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'article». Le projet d'article 8 *ante* ne préjuge pas et est sans préjudice de l'adoption de toutes autres dispositions et garanties procédurales, ni de la question de savoir si des garanties particulières s'appliquent à l'égard du projet d'article 7.

5) En insérant le membre de phrase «y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'article», la Commission confirme que la quatrième partie s'applique également, dans son intégralité, au projet d'article 7. C'est ce qui ressort, en particulier, de la référence à la détermination de l'immunité, qui s'entend comme le processus visant à décider si celle-ci s'applique ou non et qui fait l'objet du projet d'article 13, en attente d'examen par le Comité de rédaction. Pour déterminer l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae*, il faut tenir compte à la fois des éléments normatifs définis dans les projets d'articles 4, 5 et 6, provisoirement adoptés par la Commission, et des exceptions énoncées dans le projet d'article 7. En outre, le projet d'article 8 *ante* veut que toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie soient respectées lorsqu'il s'agit de déterminer si telle ou telle situation relève d'une exception.

6) La Commission a examiné la proposition tendant à ce que le projet d'article 8 *ante* fasse expressément référence au projet d'article 7 et vienne ainsi confirmer que celui-ci est soumis aux dispositions et garanties énoncées dans la quatrième partie, mais ne l'a pas retenue, préférant s'exprimer de manière plus générale et plus neutre en employant la formule «la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'article».

7) La quatrième partie s'applique «à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger». L'expression «procédure pénale» est utilisée dans le projet d'article 8 *ante* pour désigner, au sens large, les différentes mesures pouvant être prises par l'État du for aux fins de l'exercice de sa juridiction pénale. Compte tenu des différences pratiques qui existent entre les systèmes et traditions juridiques des États, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser la nature des mesures en question,

qui peuvent être prises tant par le pouvoir exécutif que par les juges et les procureurs. En tout état de cause, il conviendra de se pencher sur l'emploi de l'expression «procédure pénale» lors du dernier examen du projet d'articles avant son adoption en première lecture, notamment pour garantir l'interprétation et l'utilisation cohérentes et systématiques, dans l'ensemble du projet d'articles, de cette expression et des termes «exercice de la juridiction pénale». Cet examen devra être effectué une fois que la Commission se sera prononcée sur la définition de la notion de «juridiction pénale», qui n'a pas encore été examinée par le Comité de rédaction.

8) L'expression «contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction» employée dans le projet d'article 8 *ante* est destinée à indiquer qu'il doit exister un lien entre le représentant de l'État étranger et la procédure pénale susceptible d'être engagée dans l'État du for dans le contexte de laquelle l'immunité pourrait s'appliquer. Le fait qu'il est précisé que le représentant peut être «ancien» ou «en fonction» ne vient pas modifier la portée temporelle de l'immunité de juridiction pénale, car, comme la Commission l'a souligné dans le commentaire de l'alinéa *e* du projet d'article 2, cet élément ne change rien à la définition du terme «représentant» et «[l]a portée temporelle de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* est traitée dans d'autres projets d'article³⁰³». L'expression «ancien ou en fonction» doit donc être comprise à la lumière des dispositions du projet d'article 4, en ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, et du projet d'article 6, en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*. Par ailleurs, il conviendra de se pencher sur la formule «représentant d'un État étranger» avant l'adoption du projet d'articles en première lecture afin de décider s'il convient d'utiliser systématiquement cette expression ou plutôt l'expression «représentant d'un autre État», employée dans d'autres projets d'article.

Article 8. Examen de la question de l'immunité par l'État du for

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale, elles examinent sans délai la question de l'immunité.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, les autorités compétentes de l'État du for examinent toujours la question de l'immunité :

a) avant d'engager des poursuites pénales ;

b) avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, y compris celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 porte sur l'obligation faite aux autorités de l'État du for d'examiner la question de

³⁰³ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 154, paragraphe 12 du commentaire de l'alinéa *e* du projet d'article 2.

l'immunité de juridiction pénale lorsqu'elles entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur un représentant d'un autre État. Par «[e]xamen de la question de l'immunité», on entend les mesures nécessaires pour déterminer si un acte accompli par les autorités de l'État du for et relevant de l'exercice de la juridiction pénale de celui-ci peut ou non affecter l'immunité de juridiction pénale des représentants d'un autre État. L'«examen» de la question de l'immunité est donc un acte préparatoire marquant le début d'un processus qui prend fin avec la détermination de l'application ou non de l'immunité. Néanmoins, quoi qu'étroitement liées, l'«examen» et la «détermination» de l'immunité sont deux notions distinctes. La «détermination de l'immunité» fera l'objet d'un projet d'article à part qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction.

2) Le projet d'article 8 comporte deux paragraphes, qui définissent une règle générale (par. 1) et une règle particulière, applicable à des situations précises (par. 2). L'une et l'autre règle posent que l'obligation d'examiner la question de l'immunité incombe aux «autorités compétentes» de l'État du for. La Commission a décidé de ne pas préciser quels organes de l'État entrent dans cette catégorie, car cela dépend du moment où la question de l'immunité se pose ainsi que de l'ordonnancement juridique de l'État du for. Les organes compétents pouvant différer d'un ordonnancement juridique à un autre, il a été jugé préférable d'employer une terminologie recouvrant différents types d'organes, y compris les organes exécutifs, la police, le ministère public et les tribunaux. La question de la détermination des organes de l'État qui entrent dans la catégorie des «autorités compétentes» aux fins du projet d'article doit être examinée au cas par cas.

3) La règle générale énoncée au paragraphe 1 veut que les autorités compétentes de l'État du for «examinent sans délai la question de l'immunité» lorsqu'elles «ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale».

4) La Commission a estimé plus opportun d'employer l'expression «représentant d'un autre État» que l'expression «représentant étranger». La formule est utilisée comme équivalent de «représentant d'un État étranger», que l'on retrouve dans le projet d'article 8 *ante*, et de «représentant de l'État», expression utilisée (au pluriel) dans l'intitulé du sujet et dont la définition figure à l'alinéa *e* du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission. Elle désigne donc tout représentant de l'État, quel que soit son rang, qu'il soit couvert par l'immunité *ratione personae* ou par l'immunité *ratione materiae* et qu'il soit en fonction ou ait cessé de l'être au moment où la question de l'immunité doit être examinée. Il s'ensuit qu'elle doit s'entendre comme désignant tout représentant susceptible de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère selon les dispositions des deuxième et troisième parties du projet d'articles.

5) L'obligation d'examiner la question de l'immunité ne naît que lorsqu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de la juridiction pénale de l'État du for. Dans le texte de la règle générale, la Commission a employé l'expression «exercice de [la] juridiction pénale», qu'elle a préférée à «poursuites pénales»,

formule proposée par la Rapporteuse spéciale et jugée trop restrictive. L'expression «exercice de la juridiction pénale» a également été employée dans les projets d'articles 3, 5 et 7, sans toutefois que sa portée soit définie dans les commentaires y relatifs. Il convient de préciser que la notion de «juridiction pénale», envisagée pour la première fois dans le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale³⁰⁴, n'a pas encore été examinée par le Comité de rédaction. En tout état de cause, et sous réserve de la définition des termes «juridiction pénale» qui sera adoptée en temps voulu par la Commission, aux fins du projet d'article 8, on entendra par «exercice de la juridiction pénale» les actes pouvant être accomplis par les autorités compétentes de l'État du for et susceptibles d'être nécessaires pour conclure, le cas échéant, à la responsabilité pénale d'un ou de plusieurs individus. Ces actes peuvent être de différentes natures et ne sont pas l'apanage des autorités judiciaires; ils peuvent aussi prendre la forme de mesures prises par le gouvernement ou par les services de police, de mesures d'enquête ou d'instruction, ou de poursuites.

6) Toutefois, les actes qui peuvent participer de l'«exercice de la juridiction pénale» au sens strict ne déclenchent pas tous l'obligation d'examiner la question de l'immunité. Cette obligation ne naît que lorsque le représentant d'un autre État peut «être visé» par un acte de ce type. Ainsi qu'il ressort des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³⁰⁵ et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*³⁰⁶, un acte de procédure pénale n'a d'incidence sur l'immunité du représentant étranger que s'il fait obstacle à l'exercice des fonctions de l'intéressé en lui imposant des obligations. Ainsi, l'ouverture d'une enquête préliminaire ou la mise en mouvement de l'action publique non seulement sur la matérialité présumée de l'infraction, mais aussi, précisément, contre un individu donné, si elles ne mettent pas à sa charge quelque obligation conformément au droit interne applicable, ne peuvent être considérées comme une violation de l'immunité. En outre, l'État du for peut, à tout le moins, commencer à recueillir des éléments de preuve (témoignages, documents et autres preuves matérielles) en appliquant des mesures ne présentant pas de caractère contraignant pour le représentant étranger.

7) La règle générale énoncée au paragraphe 1 met l'accent sur le moment auquel les autorités compétentes de l'État du for doivent se pencher sur la question de l'immunité, qui doit être examinée rapidement faute de quoi l'efficacité du mécanisme même de l'immunité pourrait être compromise. Si les traités qui régissent les différentes formes d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne prévoient pas de règles particulières en la matière, la Cour internationale de Justice a expressément rappelé que la question de l'immunité devait être tranchée dans les plus brefs délais *in limine*

³⁰⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 45 à 47, par. 36 à 42.

³⁰⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 22, par. 54 et 55.

³⁰⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, aux pages 236 et 237, par. 170 et 171.

*litis*³⁰⁷. Dans ce contexte, la Commission a jugé nécessaire d'indiquer expressément quand l'examen de la question de l'immunité devait être entrepris, à savoir «[l]orsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale». L'emploi de la formule «[l]orsque [...] ont connaissance», qui s'apparente à celle utilisée par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international³⁰⁸, a vocation à souligner que la question de l'immunité doit être examinée dès que possible et qu'il n'est pas nécessaire d'attendre qu'une procédure judiciaire ait été engagée. Cet impératif est confirmé par l'emploi de l'expression «sans délai», variante de celle retenue dans les articles 36 et 37 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

8) Le paragraphe 2 du projet d'article 8 énonce une règle particulière qui s'applique dans deux cas précis dans lesquels les autorités compétentes de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité. Cette règle est énoncée sous la forme d'une clause «sans préjudice», l'objectif étant de préserver l'applicabilité de la règle générale exposée au paragraphe 1. L'expression «sans préjudice» vient souligner que cette règle générale s'applique en toutes circonstances et ne peut être entravée ou compromise par la règle particulière énoncée au paragraphe 2, destinée à appeler l'attention des autorités compétentes de l'État du for sur le fait que, si elles ne l'ont pas déjà fait en application de la règle générale, elles sont tenues d'examiner la question de l'immunité avant de prendre l'une ou l'autre des mesures énoncées dans ce paragraphe. L'emploi de l'adverbe «toujours» vient renforcer ce point.

9) En application de la règle particulière énoncée au paragraphe 2, la question de l'immunité doit toujours être examinée «avant d'engager des poursuites pénales» (al. a) et «avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État» (al. b). La Commission

³⁰⁷ La Cour internationale de Justice s'est penchée sur cette question dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, dans laquelle elle était amenée à se prononcer sur l'applicabilité des privilèges et immunités contenus dans la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies dans le cadre des poursuites engagées en Malaisie contre le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats à la suite de propos qu'il avait tenus lors d'une interview. Dans ce contexte, à la demande du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a rendu un avis consultatif dans lequel elle a dit que «les questions d'immunité [étaient] des questions préliminaires qui [devaient] être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis*» et que «[c'était] là un principe de droit procédural généralement reconnu», qui avait pour finalité qu'on ne devait pas «priv[er] de sa raison d'être la règle relative à l'immunité». En conséquence, elle a conclu par quatorze voix contre une «[q]ue les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis*» (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999, p. 62, en particulier p. 88, par. 63, et p. 90, par. 67 2 b).

³⁰⁸ L'article 6 de la résolution de l'Institut de droit international dispose que «[l]es autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité leur est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit» [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 746, disponible sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante : www.idi-ii.org, «Résolutions»].

a choisi ces deux cas de figure parce qu'elle estime qu'ils concernent tous deux des actes qui auraient nécessairement une incidence sur le représentant d'un autre État et qui, le cas échéant, pourraient porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'intéressé. L'utilisation de l'adverbe «avant» vient renforcer le principe selon lequel l'immunité doit toujours être examinée à titre préliminaire, *in limine litis*.

10) L'expression «poursuites pénales» désigne le stade initial de la procédure judiciaire visant à déterminer la responsabilité pénale d'un individu, en l'occurrence un représentant d'un autre État. Elle doit être distinguée de l'expression «exercice de la juridiction pénale» qui, comme on l'a vu plus haut, est d'acception plus large. La Commission a préféré utiliser l'expression «engager des poursuites pénales» plutôt que les termes «mettre en accusation», «mettre en examen» ou «inculper» ou les expressions «ouverture du procès» ou «début de la procédure», dont elle considère qu'ils peuvent avoir des significations distinctes d'un ordre juridique à un autre. Elle a décidé d'employer une terminologie générale pouvant couvrir n'importe lequel des actes qui, dans le droit interne de l'État du for, déclenchent l'ouverture d'une procédure pénale. Le fait que la question de l'immunité doive toujours être examinée au moment de l'«engagement de poursuites pénales» est conforme à la pratique et à la jurisprudence internationales. Toutefois, cela n'empêche pas qu'elle soit aussi examinée ultérieurement, y compris en appel, si besoin est.

11) L'expression «mesures coercitives visant un représentant d'un autre État» désigne les actes des autorités compétentes de l'État du for qui visent le représentant et peuvent être accomplis à tout moment dans le contexte de l'exercice de la juridiction pénale, que des poursuites pénales aient ou non été engagées. Il s'agit essentiellement de mesures individuelles pouvant concerner, notamment, la liberté de circulation du représentant, sa comparution en justice en tant que témoin ou son extradition vers un État tiers. Ces mesures ne supposent pas nécessairement que des «poursuites pénales contre le représentant» aient été engagées, mais peuvent participer de l'«exercice de la juridiction pénale». Étant donné qu'elles peuvent différer d'un ordre juridique interne à un autre, il a été jugé préférable d'utiliser la formule générale «mesures coercitives» plutôt que l'expression «acte d'autorité» employée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, cette décision étant inspirée du raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*³⁰⁹.

12) Dans la pratique, une des mesures coercitives les plus fréquentes est le placement en détention du représentant. La nécessité d'examiner la question de l'immunité avant d'ordonner un placement en détention a été rappelée dans l'affaire *Charles Taylor* par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dont la Chambre d'appel a déclaré ce qui suit dans sa décision du 31 mai 2004 : «Exiger d'un chef d'État en exercice qu'il se soumette à une incarcération

³⁰⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 305), p. 22, par. 54 ; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 306), p. 236 et 237, par. 170.

avant de pouvoir invoquer son immunité va totalement à l'encontre de l'objectif même du principe de l'immunité souveraine et suppose en outre que, indépendamment des questions de fond, ce principe souffre des exceptions devant être déterminées après que la demande d'immunité a été examinée au fond³¹⁰. » La Commission a donc jugé nécessaire de se pencher sur cette question dans le contexte de l'examen de l'immunité.

13) À cet égard, il convient de préciser que la portée du projet d'articles est limitée à l'immunité de juridiction pénale étrangère et ne couvre donc pas la question de l'inviolabilité. Cependant, si l'immunité de juridiction et l'inviolabilité sont deux notions distinctes qui ne sont pas interchangeables, force est de constater que toutes deux sont envisagées en même temps dans divers traités internationaux, comme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui dispose que « [l]a personne de l'agent diplomatique est inviolable [et i]l ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention » (art. 29)³¹¹ et qu'« [a]ucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique » (art. 31, par. 3)³¹². De même, on peut citer la résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international (art. 1 et 4)³¹³.

14) Par ailleurs, la Commission a tenu compte du fait que le placement en détention d'un représentant d'un autre État pouvait, dans certaines circonstances, avoir des conséquences sur l'immunité de juridiction. C'est pourquoi la dernière phrase de l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article mentionne, parmi les mesures coercitives, « celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international ». Le membre de phrase « dont le représentant peut jouir conformément au droit international » appelle l'attention sur le fait que les représentants d'un autre État ne jouissent pas tous de l'inviolabilité du seul fait de leur fonction.

Article 9. Notification à l'État du représentant

1. Avant que les autorités compétentes de l'État du for n'engagent des poursuites pénales ou ne prennent des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, l'État du for notifie cette circonstance à l'État du représentant. Les États envisagent de prévoir les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

³¹⁰ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, affaire SCSL-2003-01-I, décision relative à l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, par. 30. Le texte de la décision est disponible sur le site Web du Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone, à l'adresse suivante : <https://rscl.org>, « *The SCSL* », puis « *Cases* ».

³¹¹ Dans le même ordre d'idées, voir la Convention sur les missions spéciales, art. 29 ; et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 28 et 58. Pour des termes plus nuancés, voir la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 41, par. 1 et 2.

³¹² Dans le même ordre d'idées, voir la Convention sur les missions spéciales, art. 31 ; et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 30 et art. 60, par. 2.

³¹³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 308), p. 744 et 746.

2. La notification comprend, *inter alia*, l'identité du représentant, les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer la juridiction.

3. La notification est faite par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 porte sur la notification que l'État du for doit adresser à un autre État pour l'informer de son intention d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants.

2) Étant donné qu'il est généralement admis que l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État dans l'intérêt de ce dernier, c'est à l'État, et non au représentant, qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer, et aussi de prendre toute décision sur la forme et les moyens à employer pour revendiquer l'immunité de son représentant. Néanmoins, pour pouvoir exercer ces prérogatives, l'État doit avoir connaissance du fait que les autorités d'un autre État entendent exercer leur juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants.

3) La Commission a constaté que les instruments conventionnels qui prévoient une forme d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne contiennent aucune règle imposant à l'État du for l'obligation de notifier à l'État du représentant qu'il entend exercer sa juridiction pénale à l'égard de celui-ci, à la seule exception de l'article 42 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires³¹⁴. En outre, elle a tenu compte du fait que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens part du principe que l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence à l'égard d'un autre État doit nécessairement être notifiée et, à cette fin, régit dans son article 22 les moyens par lesquels « [l]a signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée ». Si cette disposition s'inscrit dans un contexte différent de celles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère, il n'en demeure pas moins que la signification ou la notification de la demande est le préalable à l'invocation de l'immunité, raison pour laquelle l'article susmentionné peut être pris en compte *mutatis mutandis* aux fins du projet d'article. Forte de ces considérations, la Commission a décidé d'inscrire la notification parmi les garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles.

³¹⁴ L'article 42 de la Convention est rédigé dans les termes suivants : « En cas d'arrestation, de détention préventive d'un membre du personnel consulaire ou de poursuite pénale engagée contre lui, l'État de résidence est tenu d'en prévenir au plus tôt le chef de poste consulaire. Si ce dernier est lui-même visé par l'une de ces mesures, l'État de résidence doit en informer l'État d'envoi par la voie diplomatique. » La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention sur les missions spéciales ne contiennent aucune disposition similaire.

4) La notification est indispensable si on veut que l'État du représentant soit dûment informé de l'intention de l'État du for d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants et, par conséquent, puisse décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. En outre, la notification facilite l'ouverture d'un dialogue entre l'État du for et l'État du représentant et, à ce titre, devient une condition fondamentale pour garantir la bonne détermination et la bonne application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. La Commission considère donc la notification comme une des garanties procédurales définies dans la quatrième partie du projet d'articles. Les notions de « notification » et de « consultations » ne doivent pas être confondues, car les consultations ont lieu à un stade ultérieur et sont envisagées dans le projet d'article 15, qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction.

5) Le projet d'article 9 comporte trois paragraphes qui traitent, respectivement, du moment auquel la notification doit avoir lieu, du contenu de la notification et des moyens par lesquels elle peut être exprimée.

6) Le paragraphe 1 porte sur le moment auquel la notification doit avoir lieu. Compte tenu de l'objectif qu'elle poursuit, la notification doit être rapide, car ce n'est qu'ainsi qu'elle déploie tous ses effets. Cependant, force est de constater qu'elle peut avoir des effets indésirables sur l'exercice par l'État du for de sa juridiction pénale, en particulier sur les actes qui interviennent au début d'une procédure. Il a donc été jugé nécessaire de trouver un équilibre entre, d'une part, l'obligation de notifier l'État du représentant et, d'autre part, le droit de l'État du for de mener des activités qui relèvent de l'exercice de sa juridiction pénale, qui peuvent concerner plusieurs sujets et plusieurs faits et dont l'exécution n'a pas nécessairement d'incidence sur le représentant d'un autre État. Dans ce souci, deux échéances primordiales ont été fixées : a) l'engagement de poursuites pénales ; b) la prise de mesures coercitives visant un représentant d'un autre État. La notification doit avoir lieu avant que l'une quelconque de ces deux circonstances ne se réalise. Le paragraphe 1 du projet d'article a donc été harmonisé avec les alinéas a et b du paragraphe 2 du projet d'article 8, de sorte que l'État du représentant doive être notifié en même temps que les autorités compétentes de l'État du for sont amenées à examiner la question de l'immunité, si elles ne l'ont pas fait auparavant. Les expressions « poursuites pénales » et « mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » doivent donc être comprises dans le sens où elles sont entendues dans le commentaire du projet d'article 8.

7) L'expression « représentant d'un autre État » est employée dans le projet d'article comme synonyme de « représentant de l'État » et doit donc être entendue au sens de l'alinéa e du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission. Comme il est dit dans le commentaire de ce projet d'article, l'emploi de l'expression « représentant de l'État » n'a pas d'incidence sur la portée temporelle de l'immunité³¹⁵, qui est soumise aux règles particulières applicables à l'immunité *ratione*

personae et à l'immunité *ratione materiae*³¹⁶. Le commentaire du projet d'article 2 est pertinent aussi aux fins du projet d'article 9, et on considérera donc comme « représentant d'un autre État » tout représentant d'un autre État qui peut jouir de l'immunité prévue par les deuxième et troisième parties du projet d'articles. Ainsi, l'expression « représentant d'un autre État » peut désigner aussi bien un représentant en fonctions au moment où l'État du for entend exercer sa juridiction pénale qu'un ancien représentant, dès lors que l'intéressé peut bénéficier d'une forme d'immunité.

8) La seconde phrase du paragraphe 1 s'adresse aux États et part du constat qu'il peut arriver que l'ordonnement juridique d'un État ne prévoient aucune procédure permettant l'échange d'informations entre le pouvoir exécutif, les juges et le parquet³¹⁷. Dans ce cas, le respect de l'obligation de notifier à l'État du représentant que des poursuites pénales ont été engagées ou que des mesures coercitives ont été prises contre l'un de ses représentants peut se trouver considérablement entravé, surtout si l'on tient compte du fait que, en pratique, les communications relatives à la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant d'un autre État ont souvent lieu par la voie diplomatique. La Commission a donc jugé nécessaire d'appeler l'attention des États sur ce problème en insérant la dernière phrase du paragraphe 1. Toutefois, étant donné la diversité des ordres et des pratiques juridiques internes, il a été décidé d'utiliser une formulation non prescriptive permettant aux États de déterminer s'il existe ou non dans leur ordre juridique une procédure d'échange d'informations et, le cas échéant, de décider s'il y a lieu d'adopter pareille procédure. Le verbe « envisagent » est employé à cette fin.

9) Le paragraphe 2 porte sur le contenu de la notification. Étant donné l'objectif de la notification, ce contenu peut varier selon les cas, mais il doit néanmoins comporter des informations suffisantes pour permettre à l'État du représentant de se faire une opinion sur l'opportunité d'invoquer l'immunité de son représentant ou, au contraire, d'y renoncer. Après avoir débattu de la question de savoir si ce paragraphe devait ou non être inclus dans le projet d'article, la Commission a finalement choisi de le conserver, car il permet de s'assurer que l'État du for fournira à l'État du représentant un minimum d'informations utiles. Néanmoins, elle a souhaité laisser une marge d'appréciation à l'État du for, eu égard au fait que les ordres et pratiques juridiques internes peuvent régir différemment la communication de certains éléments d'information et qu'il se peut que tel ou tel renseignement soit à la disposition du procureur ou des juges uniquement. Elle entend ainsi mettre en balance, dans le paragraphe 2, la reconnaissance à l'État du for d'une marge d'appréciation suffisante dans l'exercice de sa juridiction pénale et la nécessité de fournir à l'État du représentant des informations suffisantes. C'est pourquoi elle a fait précéder de l'adverbe latin « *inter alia* » la liste des éléments

³¹⁶ Voir le projet d'article 4, paragraphes 1 et 3 (immunité *ratione personae*), et le projet d'article 6, paragraphes 2 et 3 (immunité *ratione materiae*).

³¹⁷ Voir l'analyse qui est faite de ce problème dans le septième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/729) [note 286 *supra*], par. 121 à 126.

³¹⁵ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 154, paragraphe 12 du commentaire de l'alinéa e du projet d'article 2.

d'information qui doivent en tout état de cause figurer dans la notification visée dans le projet d'article 9.

10) Trois types d'informations doivent nécessairement figurer dans la notification, à savoir : a) l'identité du représentant, b) les motifs de l'exercice de la juridiction pénale, et c) l'autorité compétente pour exercer la juridiction. L'identité du représentant doit indispensablement être communiquée si on veut que l'État du représentant puisse déterminer si l'intéressé est effectivement un de ses représentants et décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. En ce qui concerne les informations de fond à notifier à l'État du représentant, la Commission a estimé qu'il ne suffisait pas de les limiter aux «actes commis par [le représentant] sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale», comme la Rapporteuse spéciale l'avait initialement proposé. Elle a donc retenu l'expression «motifs de l'exercice de la juridiction pénale» qui, en raison de sa formulation plus générale, permet d'inclure dans la notification non seulement des éléments factuels relatifs au comportement du représentant, mais aussi des informations sur la législation de l'État du for sur laquelle l'exercice de la juridiction est fondé. Enfin, la Commission a jugé opportun d'inclure dans la liste des informations de base des indications sur l'autorité compétente pour exercer la juridiction dans le cas particulier visé par la notification. Ce choix se justifie par l'intérêt que l'État du représentant peut avoir à savoir quels organes sont chargés de décider s'il y a lieu d'engager des poursuites pénales ou de prendre des mesures coercitives afin de communiquer avec eux et de faire valoir tel ou tel argument, selon qu'il convient. Compte tenu du fait que, d'un ordonnancement juridique à l'autre, les organes compétents pour exercer la juridiction pénale et examiner la question de l'immunité peuvent être différents, le terme générique «autorité compétente» a été retenu, qui peut désigner aussi bien les juges, les procureurs et les policiers que d'autres autorités de l'État du for. L'emploi de ce terme au singulier s'explique par le fait que l'autorité en question aura déjà été identifiée en ce qui concerne le cas visé par la notification, même s'il n'est pas exclu que la compétence puisse relever de plusieurs autorités.

11) Le paragraphe 3 traite des moyens de communication que l'État du for peut utiliser pour adresser la notification à l'État du représentant. Cette question n'a été abordée dans aucun des traités internationaux qui régissent une forme d'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Cela étant, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens définit les moyens par lesquels la signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée, disposant au paragraphe 1 de son article 22 que la signification ou notification «est effectuée : a) [c]onformément à toute convention internationale applicable liant l'État du for et l'État concerné ; ou b) [c]onformément à tout arrangement particulier en matière de signification ou de notification intervenu entre le demandeur et l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas ; ou c) [e]n l'absence d'une telle convention ou d'un tel arrangement particulier : i) [p]ar communication adressée par les voies diplomatiques au Ministère des affaires étrangères de l'État concerné ; ou ii) [p]ar tout autre moyen accepté par l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas».

12) La Commission ayant jugé utile d'indiquer dans le projet d'article les moyens de communication que l'État du for peut utiliser pour adresser la notification, elle explique au paragraphe 3 que l'État peut employer «la voie diplomatique» ou «l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États».

13) La communication par la voie diplomatique est la plus souvent utilisée lorsque la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État se pose. Cela s'explique dans une large mesure par le fait que la question – sensible – de l'application de l'immunité à tel ou tel représentant d'un autre État est une «affaire officielle» et, par conséquent, entraîne l'application du paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques³¹⁸. Si la «voie diplomatique» est mentionnée en premier, c'est donc pour souligner que ce moyen de notification est le plus courant dans la pratique. L'expression «par la voie diplomatique» reprend la formulation figurant à l'alinéa c i du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui a déjà été employée par la Commission dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité³¹⁹. Sachant que les versions officielles de la Convention ne contiennent pas toutes la même expression, il a été décidé que, dans chaque langue, le projet d'article 9 reproduirait les termes initialement employés dans la Convention.

14) Il a été tenu compte du fait que, outre la «voie diplomatique», les États peuvent utiliser divers moyens de communication aux fins de la notification, dont certains sont mentionnés à l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. C'est pourquoi le membre de phrase «l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin» a été ajouté au paragraphe 3. Les États ont donc deux options parmi lesquelles il leur appartient de choisir dans chaque cas, cette alternative pouvant être reflétée tant dans les traités internationaux de portée générale que dans d'autres accords conclus par les États concernés. Le mode de communication entre les États pouvant être régi par des instruments traitant de questions très diverses, l'expression «à cette fin» a été insérée pour souligner que, en tout état de cause, seuls les accords pertinents pouvant trouver à s'appliquer aux questions de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État sont visés. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que les accords en question doivent expressément porter sur l'immunité ou régir la question de la notification de l'immunité. Enfin, on retiendra que le membre de phrase «acceptés [...] par les deux États» renvoie à l'obligation selon laquelle tant l'État du for que l'État du représentant doivent avoir accepté les autres moyens de communication.

³¹⁸ Ledit article dispose que «[t]outes les affaires officielles traitées avec l'État accréditaire, confiées à la mission par l'État accréditant, doivent être traitées avec le Ministère des Affaires étrangères de l'État accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu».

³¹⁹ Le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité adopté par la Commission en 2019 et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2019*, vol. II (2^e partie), p. 24 et suiv., par. 44 et 45.

15) Aux termes de la dernière phrase du paragraphe 3, les autres moyens de communication acceptés «à cette fin» par les deux États «peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables». L'utilisation de ce moyen de communication, qui avait été suggéré par la Rapporteuse spéciale dans sa proposition initiale, a suscité de vifs débats au cours desquels ont été soulevées des questions liées à la notion même de «traité de coopération et d'entraide judiciaire internationale» et au fait que les traités de ce type ne sont pas destinés à régir la question de l'immunité et que, compte tenu du type d'autorités de l'État susceptibles d'émettre et de recevoir des notifications en vertu de ces traités, les ministères des affaires étrangères et d'autres organes chargés des relations internationales pourraient être exclus de la procédure de notification visée au projet d'article 9. Toutefois, la Commission a décidé de continuer de faire référence à ce moyen de communication entre les États, sachant qu'il a parfois été utilisé par les États et qu'il peut faciliter la notification.

16) Aux fins du projet d'article, l'expression «traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales» s'entend des instruments conclus dans le but de faciliter la coopération et l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États, instruments qui peuvent être de nature multilatérale ou bilatérale. Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera, parmi les instruments multilatéraux, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et les deux protocoles additionnels y relatifs, la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, la Convention européenne d'extradition et les quatre protocoles additionnels y relatifs, la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, la Convention interaméricaine sur l'extradition, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, la Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales³²⁰, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, la Convention d'extradition entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, la Convention de Minsk sur l'entraide judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale, et la Convention de Chisinau sur l'entraide judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale. En ce qui concerne les traités bilatéraux, ils sont trop nombreux pour qu'on puisse en dresser la liste dans le présent commentaire, néanmoins, on citera quelques traités types qui ont été élaborés dans le cadre de diverses organisations internationales et qui constituent le fondement de nombreux autres accords bilatéraux, notamment le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale³²¹, le Traité type sur le transfert des poursuites pénales³²² et le

Traité type d'extradition³²³. Tous contiennent des dispositions relatives aux moyens de communication entre États susceptibles d'être utilisés aux fins de la notification visée au projet d'article 9.

17) Les moyens de communication prévus dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire internationales sont définis, dans le projet d'article 9, comme une sous-catégorie des «autres moyens de communication», et leur utilisation est subordonnée à la condition qu'ils soient prévus dans les accords «applicables», c'est-à-dire les accords auxquels l'État du for et l'État du représentant sont tous deux parties et qui établissent un mécanisme susceptible d'être efficace dans les situations dans lesquelles se posent des questions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

18) En tout état de cause, on retiendra que le paragraphe 3 du projet d'article 9 n'impose pas aux États d'autres exigences concernant les moyens de communication que celles déjà établies dans les traités applicables.

19) Enfin, pour ce qui est de la forme de la notification, les membres de la Commission ont exprimé des divergences de vues sur la question de savoir si la notification devait être adressée par écrit, soulignant qu'il fallait tant éviter les abus de la procédure de notification que tenir compte de la souplesse qu'exige parfois l'acte de notification lui-même. En définitive, il n'a pas été jugé nécessaire de prévoir expressément que la notification prenne une forme écrite. Si cette forme est certes jugée préférable, la Commission n'a pas souhaité exclure d'autres possibilités, compte tenu notamment du fait que la notification, en particulier lorsqu'elle a lieu par la voie diplomatique, s'effectue souvent d'abord de manière orale avant d'être écrite, quelle qu'en soit la forme (note verbale, lettre ou autre).

Article 10. Invocation de l'immunité

1. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant lorsque l'État a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant. L'immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais.

2. L'immunité est invoquée par écrit, en indiquant l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.

3. L'immunité peut être invoquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. Les autorités devant lesquelles l'immunité est invoquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de ce fait.

³²⁰ *Journal officiel de l'Union européenne*, L 328, 15 décembre 2009, p. 42.

³²¹ Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, résolution 45/117 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1990, annexe (modifié ultérieurement par la résolution 53/112 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1998, annexe I).

³²² Traité type sur le transfert des poursuites pénales, résolution 45/118 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1990, annexe.

³²³ Traité type d'extradition, résolution 45/116 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1990, annexe (modifié ultérieurement par la résolution 52/88 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1997, annexe).

Commentaire

1) Le projet d'article 10 aborde deux aspects de la question de l'invocation de l'immunité : d'une part, le droit qui est reconnu à l'État du représentant d'invoquer l'immunité ; d'autre part, la procédure applicable en ce qui concerne le moment où l'immunité peut être invoquée, les renseignements à fournir pour l'invoquer et les moyens de communication qui peuvent être utilisés à cette fin. En outre, il précise qu'il faut informer les autorités compétentes de l'État du for que l'immunité a été invoquée. Toutefois, il ne traite pas des effets de l'invocation, qui sont abordés plus loin. C'est pourquoi le texte adopté par la Commission n'inclut ni le paragraphe 6 initialement proposé par la Rapporteuse spéciale concernant l'examen d'office de la question de l'immunité³²⁴ ni la proposition d'un membre du Comité de rédaction concernant l'éventuel effet suspensif de l'invocation de l'immunité.

2) Le paragraphe 1 du projet d'article 10 reprend les paragraphes 1 et 2 du projet d'article initialement proposé par la Rapporteuse spéciale. Son libellé part du constat que l'État du représentant est en droit d'invoquer l'immunité de ses représentants lorsqu'un autre État cherche à exercer sa compétence pénale à leur égard. Bien que les traités qui régissent les différentes formes d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne mentionnent pas expressément l'invocation de l'immunité ni le droit de l'État du représentant à cet égard, l'invocation de l'immunité des représentants de l'État est une pratique courante réputée couverte par le droit international. L'invocation de l'immunité sert une double fonction : d'une part, elle permet à l'État du représentant de demander le respect de l'immunité ; d'autre part, elle permet à l'État qui entend exercer sa compétence d'avoir connaissance de cette circonstance et de tenir compte des informations fournies par l'État du représentant dans le cadre de la détermination de l'immunité.

3) Le droit d'invoquer l'immunité est la prérogative de l'État du représentant. Cela se justifie aisément par le fait que l'immunité a pour but de préserver la souveraineté de l'État du représentant, raison pour laquelle elle est reconnue au bénéfice de l'État et non de la personne intéressée³²⁵. Il appartient par conséquent à l'État lui-même,

³²⁴ Le paragraphe 6 du projet d'article 10 initialement proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport était libellé comme suit : « En tout état de cause, les organes compétents pour apprécier l'immunité se prononcent d'office sur son application à l'égard des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, que l'État du représentant invoque ou non cette immunité » [A/CN.4/729 (voir *supra* la note 286), par. 69].

³²⁵ Cette façon d'envisager la question ne prête pas à controverse et est reflétée dans divers traités, par exemple dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont le quatrième alinéa du préambule dispose que « le but [des] privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des États ». Des formulations presque identiques figurent dans les préambules de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (cinquième alinéa), de la Convention sur les missions spéciales (septième alinéa) et de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (sixième alinéa). L'Institut de droit international a exprimé une opinion analogue dans le préambule de sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, où il est dit qu'un traitement particulier doit être accordé au chef d'État ou de gouvernement, en tant que représentant

et non à ses représentants, d'invoquer l'immunité et de prendre toutes les décisions qui s'imposent à cet égard. En tout état de cause, l'exercice du droit d'invoquer l'immunité a un caractère facultatif, ce qui explique l'emploi de la formulation « [l']État peut invoquer l'immunité de son représentant ».

4) C'est l'État du représentant qui a le pouvoir d'invoquer l'immunité ; toutefois, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont compétentes pour prendre les décisions relatives à l'invocation ni quelles autorités sont compétentes pour signifier que l'immunité est invoquée. Cette détermination dépend du droit interne, étant entendu que font nécessairement partie des autorités compétentes celles qui sont chargées des relations internationales en vertu du droit international. Toutefois, il n'est pas pour autant exclu que l'immunité puisse être invoquée par une personne que l'État a expressément mandatée à cette fin, en particulier dans le cadre d'une procédure pénale.

5) L'invocation de l'immunité doit donc être comprise comme un acte officiel par lequel l'État du représentant fait savoir à l'État qui entend exercer sa compétence pénale que la personne visée est son représentant et que, selon lui, il bénéficie de l'immunité, avec les conséquences qui pourraient en découler. Partant, plus l'invocation intervient tôt, plus elle est utile, c'est pourquoi il est précisé que l'État du représentant peut invoquer l'immunité « lorsqu'[il] a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant ». Les termes « un autre État » ont été jugés préférables aux termes « l'État du for », car ils ont une portée plus large et plus générale, d'autant que l'immunité peut être invoquée avant qu'une procédure pénale, au sens strict de l'expression, soit engagée. Le membre de phrase « lorsque l'État a connaissance » fait écho au libellé du projet d'article 8. En ce qui concerne comment l'État du représentant peut arriver à avoir connaissance de la situation, la Commission a tenu compte, tout d'abord, de la relation entre la notification et l'invocation. La notification vise entre autres à faire savoir à l'État du représentant que les autorités compétentes de l'État du for ont l'intention d'exercer leur compétence pénale. C'est par conséquent le meilleur moyen pour l'État du représentant d'être informé de la situation. Toutefois, l'intention n'étant pas d'exclure la possibilité que l'État du représentant soit informé autrement, que ce soit par son représentant lui-même ou par une quelconque autre source, il n'est pas précisé que la notification visée au projet d'article 9 est l'acte qui détermine quand l'immunité peut être invoquée.

6) Le paragraphe 1 prévoit la possibilité pour l'État du représentant d'invoquer l'immunité lorsqu'il a connaissance

de cet État, « non pas dans son intérêt personnel, mais parce qu'il lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et assumer ses responsabilités de manière indépendante et efficace, dans l'intérêt bien compris tant de l'État concerné que de la communauté internationale dans son ensemble » [Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 69 (voir *supra* la note 308), p. 742, troisième alinéa]. C'est également le cas des deux Rapporteurs spéciaux qui ont traité ce sujet au sein de la Commission [voir *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 417 et suiv., en particulier p. 424, par. 19 ; *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646, p. 231 et suiv., en particulier p. 236, par. 15 ; et *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 39 et suiv., en particulier p. 48, par. 49].

que la compétence pénale d'un autre État «pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant». L'alternative proposée tient compte du fait que l'État du représentant peut parfois n'avoir connaissance que tardivement des poursuites engagées contre son représentant et que cela ne doit pas pour autant le priver de son droit d'invoquer l'immunité, surtout si des actes relevant de l'exercice de la compétence pénale de l'autre État et susceptibles d'avoir une incidence sur le représentant ont déjà été accomplis.

7) La dernière phrase du paragraphe 1 dispose que «[l']immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais». L'expression «dans les meilleurs délais» reflète le fait que l'État du représentant a divers éléments (juridiques et politiques) à prendre en considération pour décider d'invoquer ou non l'immunité et, le cas échéant, déterminer la portée de l'invocation. Étant donné que, selon le cas, l'État du représentant peut avoir besoin de plus ou moins de temps pour prendre sa décision, cette expression a été préférée aux expressions «dès que possible» ou «dans un délai raisonnable», qui peuvent être ambiguës. En outre, l'expression «dans les meilleurs délais» appelle l'attention sur l'importance d'invoquer l'immunité rapidement.

8) Quoiqu'il en soit, il convient de rappeler que, si l'invocation de l'immunité est une garantie pour l'État du représentant, qui a donc tout intérêt à entreprendre la démarche «dans les meilleurs délais», rien n'empêche l'État en question d'invoquer l'immunité au moment de son choix. C'est cette souplesse que traduit l'emploi du mot «peut». Par ailleurs, l'invocation de l'immunité sera licite, indépendamment du fait que ses effets peuvent varier.

9) Le paragraphe 2 est consacré à la forme sous laquelle l'immunité doit être invoquée et aux renseignements à fournir pour l'invoquer. Compte tenu du fait que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant est appelée à jouer un rôle dans la détermination de l'immunité et peut empêcher l'État du for d'exercer sa compétence, la Commission a estimé que l'invocation devait se faire par écrit, peu importe la forme du document, et qu'il fallait préciser l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.

10) L'expression «le poste qu'il occupe» renvoie à la qualité, au rang ou au niveau du représentant (par exemple, chef d'État, ministre des affaires étrangères ou conseiller juridique). En tout état de cause, il convient de rappeler que l'indication du poste occupé par le représentant ne saurait en aucun cas être interprétée comme excluant les représentants de rang inférieur du champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère, car, comme l'a indiqué la Commission elle-même, «la notion de "représentant de l'État" est fondée uniquement sur le fait que la personne en question représente l'État ou exerce des fonctions étatiques, [de sorte que] le rang hiérarchique occupé n'est pas pertinent aux seules fins de la définition³²⁶».

11) La Commission a estimé qu'il n'était pas opportun de faire obligation à l'État du représentant d'indiquer le type d'immunité invoquée (*ratione personae* ou *ratione materiae*), sauf à lui imposer des conditions excessivement

techniques. L'État du for peut s'appuyer sur les informations relatives au poste occupé par le représentant et sur les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée pour déterminer si les règles applicables sont celles énoncées dans la deuxième ou dans la troisième partie du projet d'articles.

12) Le paragraphe 3 énumère les voies par lesquelles l'immunité peut être invoquée. Il est libellé suivant le modèle du paragraphe 3 du projet d'article 9, et on se référera au commentaire de cette disposition pour une explication du sens à lui donner. On retiendra toutefois que la Commission a apporté quelques modifications d'ordre rédactionnel au paragraphe 3 du projet d'article 10 en vue de l'adapter au contexte particulier de l'invocation de l'immunité. En particulier, elle a préféré employer la formulation «[l']immunité peut être invoquée» plutôt que les termes «est invoquée» afin de souligner qu'il n'est pas exclu que l'immunité de juridiction pénale du représentant soit invoquée par d'autres voies, notamment dans le cadre d'une procédure pénale engagée devant les tribunaux conformément au droit de l'État du for.

13) Le paragraphe 4 a vocation à garantir que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant est portée à la connaissance des autorités de l'autre État qui sont compétentes pour envisager ou déterminer l'applicabilité de l'immunité. L'objectif est d'éviter que la démarche soit dénuée d'effet simplement parce qu'elle n'a pas été faite devant les autorités chargées d'examiner et de trancher la question de l'immunité. Ce paragraphe reflète le principe selon lequel l'obligation d'examiner et de trancher la question de l'immunité incombe à l'État, qui doit prendre les mesures nécessaires pour se conformer à cette obligation, et constitue donc une garantie procédurale tant pour l'État du représentant que pour l'État qui entend exercer sa compétence pénale. Toutefois, compte tenu de la diversité des ordres et des pratiques juridiques internes ainsi que de la nécessité de respecter le principe d'auto-organisation, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont chargées de notifier l'invocation de l'immunité ni quelles autorités doivent être notifiées. En toute logique, il est entendu qu'il s'agit dans les deux cas d'autorités de l'État qui entend exercer ou a exercé sa compétence pénale à l'égard d'un représentant d'un autre État et que l'expression «toute autre autorité concernée» désigne les autorités compétentes pour participer à l'examen ou à la détermination de l'immunité. Dans un cas comme dans l'autre, il peut s'agir du pouvoir exécutif, du pouvoir judiciaire ou du ministère public, ou encore des services de police.

Article 11. Renonciation à l'immunité

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.

2. La renonciation doit toujours être expresse et par écrit.

3. La renonciation à l'immunité peut être communiquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

³²⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 155, paragraphe 14 du commentaire de l'alinéa e du projet d'article 2.

4. Les autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité.

5. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

Commentaire

1) Dans le projet d'article 11, deux aspects de la renonciation à l'immunité sont envisagés : d'une part, le droit qui est reconnu à l'État du représentant de renoncer à l'immunité ; d'autre part, la procédure applicable en ce qui concerne la forme de la renonciation et les moyens à employer pour la communiquer. Il est en outre précisé que la renonciation doit être communiquée aux autorités compétentes de l'État du for. Bien que la structure du projet d'article 11 soit calquée sur celle du projet d'article 10, la teneur de ces deux dispositions n'est pas identique, l'invocation de l'immunité et la renonciation à celle-ci étant des mécanismes distincts qui ne sauraient être confondus.

2) Contrairement à l'invocation, la renonciation à l'immunité de juridiction a été examinée de manière approfondie par la Commission dans plusieurs projets d'article antérieurs³²⁷, et elle est abordée dans les traités internationaux qui, sur la base de ces projets d'article, régissent diverses formes d'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient certains représentants de l'État, en particulier la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 32), la Convention de Vienne sur les relations consulaires (art. 45), la Convention sur les missions spéciales (art. 41) et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 31). La question de la renonciation a également été examinée dans les projets de codification des règles relatives à l'immunité qui ont été menés dans un cadre privé, en particulier dans les résolutions adoptées par l'Institut de droit

³²⁷ La Commission a examiné la question de la renonciation à l'immunité de certains représentants de l'État dans le cadre de ses travaux sur les relations diplomatiques, les relations consulaires, les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales. L'article 30 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques était libellé comme suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents diplomatiques. 2. Au criminel, la renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 102). L'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires disposait : « *Renonciation aux immunités*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'égard d'un membre du consulat aux immunités prévues aux articles 41, 43 et 44. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire... 1961*, vol. II, document A/4843, p. 123). L'article 41 du projet d'articles sur les missions spéciales était ainsi libellé : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses représentants dans la mission spéciale, des membres du personnel diplomatique de celle-ci et des autres personnes qui bénéficient de l'immunité conformément aux articles 36 à 40. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire... 1967*, vol. II, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.1, p. 402). Enfin, l'article 31 du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales prévoyait ce qui suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction du chef de mission, des membres du personnel diplomatique de la mission et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 36. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 322).

international en 2001 et 2009³²⁸. Quant à la renonciation à l'immunité de l'État, elle est abordée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens³²⁹ ainsi que dans des lois nationales relatives à l'immunité des États³³⁰.

3) La renonciation à l'immunité par l'État du représentant est un acte officiel par lequel l'État concerné renonce à son droit de revendiquer l'immunité, qui n'est donc plus susceptible d'empêcher les tribunaux de l'État du for d'exercer leur compétence. En cas de renonciation, rien ne sert donc d'examiner la question de l'application de l'immunité et des limites et exceptions à celle-ci. La Cour internationale de Justice l'a confirmé dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dans lequel elle a dit que les représentants « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger

³²⁸ L'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international est libellé comme suit : « 1. Le chef d'État ne jouit plus de l'inviolabilité, de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son État y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine. Il appartient au droit national de l'État intéressé de déterminer l'organe compétent pour décider de cette renonciation. 2. La renonciation devrait être décidée lorsque le chef d'État est suspecté d'avoir commis des infractions particulièrement graves ou lorsque l'exercice de ses fonctions ne paraît pas compromis par les décisions que les autorités du for seraient appelées à prendre. » [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 308), p. 748]. Quant à l'article 8 de cette résolution, il dispose : « 1. Les États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes. 2. Si la dérogation n'est pas explicite, il convient de présumer qu'il n'est pas dérogé à l'inviolabilité et aux immunités visées au paragraphe précédent ; l'existence et l'étendue de cette dérogation doivent être établies sans ambiguïté par toutes voies de droit. » (*ibid.*). Cette approche n'a pas changé comme suite à l'adoption, en 2009, de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, qui introduit malgré tout un élément nouveau puisqu'elle dispose, au paragraphe 3 de son article II, que « [I]es États devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsqu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis des crimes internationaux ». Cette recommandation vient compléter les dispositions du paragraphe 2 de l'article II, qui dispose que « [c]onformément au droit international conventionnel et coutumier, les États ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate auxquelles ont droit les victimes des crimes visés par la présente » [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I-II (session de Naples, 2009), p. 229 ; également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org, « Résolutions »].

³²⁹ Il faut cependant tenir compte du fait que, dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, la renonciation à l'immunité n'est abordée qu'indirectement, par l'énumération d'une série de cas de figure dans lesquels l'État étranger est automatiquement réputé avoir consenti à l'exercice de la compétence des tribunaux de l'État du for. Voir, à ce propos, les articles 7 et 8 de la Convention.

³³⁰ Voir États-Unis d'Amérique, loi de 1976 relative aux immunités souveraines étrangères, art. 1605, al. a 1) ; 1610, al. a 1), b 1) et d 1) ; et 1611, al. b 1) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3 ; Australie, loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, art. 10, 3 et 6 ; Canada, loi de 1985 sur l'immunité des États, art. 4, par. 2 ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9 et 10 ; Japon, loi de 2009 établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, art. 6 ; et Espagne, loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, art. 5, 6 et 8.

si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité³³¹ ».

4) Le paragraphe 1 du projet d'article 11 affirme le droit de l'État du représentant de renoncer à l'immunité. Il reprend, à quelques nuances près, le libellé du paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques en disposant que « [l']État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants ». L'accent est mis sur le titulaire du droit à la renonciation, à savoir l'État du représentant et non le représentant lui-même, conséquence logique du fait que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est destinée à protéger les droits et intérêts de l'État du représentant. Seul l'État du représentant peut donc renoncer à l'immunité et consentir à l'exercice de la juridiction pénale d'un autre État à l'égard de l'un de ses représentants. Le terme « peut » a été employé pour souligner que la renonciation est un droit, et non une obligation. La Commission s'est ainsi conformée à sa pratique antérieure, sachant que, dans les différents projets d'article traitant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, elle avait estimé qu'il n'existait pas d'obligation de renoncer à l'immunité.

5) S'il est établi que le pouvoir de renoncer à l'immunité appartient à l'État du représentant, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont compétentes pour prendre les décisions relatives à la renonciation à l'immunité ni quelles autorités sont compétentes pour communiquer la renonciation. Les conventions et les lois internes précitées ne régissent pas précisément cette question, se bornant à mentionner l'État en des termes abstraits³³². La Commission elle-même a considéré dans des travaux antérieurs qu'il était préférable de ne pas préciser quels organes de l'État sont habilités à renoncer à l'immunité³³³. En outre, la pratique des États en la matière est rare

³³¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 305), p. 25, par. 61.

³³² Certaines lois nationales font exception et prévoient que la renonciation est communiquée par le chef de la mission. Voir Royaume-Uni, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2.7; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4.7; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4.6; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3.6; et Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9, al. c.

³³³ Dans le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, la Commission avait déjà jugé préférable de laisser à l'appréciation des États la question de savoir quels organes seraient compétents pour renoncer à l'immunité des agents diplomatiques. C'est ainsi que, dans le texte du projet d'article 30 adopté en seconde lecture, elle avait décidé de modifier le libellé du paragraphe 2 en supprimant le membre de phrase « et émaner du gouvernement de l'État accréditant », qui figurait à la fin de ce paragraphe tel qu'il avait été adopté en première lecture. La Commission explique cette décision de la manière suivante : « La Commission a décidé d'éliminer le membre de phrase "et émaner du gouvernement de l'État accréditant". Ces mots ont été supprimés parce qu'ils donnaient lieu à un malentendu car on pouvait comprendre que la communication relative à la renonciation devrait effectivement émaner du gouvernement de l'État accréditant. Or, comme on l'a fait observer, le chef de la mission est le représentant de son gouvernement, et, quand il communique une renonciation à l'immunité, les tribunaux de l'État accréditaire doivent l'accepter comme une déclaration du gouvernement de l'État accréditant. Dans le nouveau texte, la question du pouvoir du chef de la mission de faire la déclaration est laissée de côté. C'est une question interne qui ne concerne que l'État accréditant et le chef de la mission. » (*Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 102 et 103, paragraphe 2 du commentaire de l'article 30). Dans le

et peu concluante³³⁴. La question de savoir quelles sont les autorités compétentes pour renoncer à l'immunité dépend du droit interne, étant entendu que font nécessairement partie des autorités compétentes celles qui sont chargées des relations internationales en vertu du droit international. Toutefois, il n'est pas pour autant exclu que l'immunité puisse être invoquée par une personne que l'État a expressément mandatée à cette fin, en particulier dans le cadre d'une procédure pénale.

6) Contrairement à ce qui a été décidé pour le projet d'article 10, qui concerne l'invocation, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'introduire un élément temporel dans ce projet d'article, la renonciation pouvant intervenir à tout moment.

7) Le paragraphe 2 traite des modalités de la renonciation, qui « doit toujours être expresse et par écrit ». Il est libellé sur le modèle du paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, aux termes duquel « [l]a renonciation doit toujours être expresse », et du paragraphe 2 de l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui dispose que « [l]a renonciation doit toujours être expresse, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article [demande reconventionnelle], et doit être communiquée par écrit à l'État de résidence ». La règle selon laquelle la renonciation doit être « expresse et par écrit » vient renforcer le principe de la sécurité juridique.

8) La Commission a systématiquement estimé dans ses travaux antérieurs que la renonciation devait être expresse³³⁵, et les traités internationaux pertinents³³⁶ et des lois internes³³⁷ partent du même principe. Elle n'a

même ordre d'idées, la Commission a déclaré ce qui suit au sujet du projet d'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires : « Le texte de l'article ne répond pas à la question de savoir par quelle voie la renonciation à l'immunité doit se faire. Il est à présumer que, dans le cas où le chef de poste consulaire est visé par cette mesure, la déclaration portant la renonciation à l'immunité doit se faire par la voie diplomatique. Si la renonciation concerne un autre membre du consulat, cette déclaration peut être faite par le chef du poste consulaire dont il s'agit. » (*Annuaire... 1961*, vol. II, document A/4843, p. 123, paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 45).

³³⁴ Aux États-Unis, par exemple, la renonciation a été formulée par le Ministre haïtien de la justice en l'affaire *Paul v. Avril* (tribunal de district du district sud de la Floride, jugement du 14 janvier 1993, 812 F. Supp. 207), et, en Belgique, par le Ministre tchadien de la justice en l'affaire *Hissène Habré* (cour d'appel de Dakar, arrêt du 4 juillet 2000, et Cour de cassation, arrêt du 20 mars 2001, *International Law Reports*, vol. 125, p. 571 et 577). En Suisse, dans l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal fédéral, arrêt du 2 novembre 1989, ATF 115 Ib 496), les tribunaux n'ont pas cherché à savoir quels ministères étaient compétents; ils ont simplement estimé qu'il suffisait qu'il s'agisse d'organes du Gouvernement et ont donc accepté une communication transmise par la Mission diplomatique des Philippines.

³³⁵ Voir *supra* la note 327.

³³⁶ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 32, par. 2; la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 45, par. 2; la Convention sur les missions spéciales, art. 41, par. 2; et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 31, par. 2.

³³⁷ Ainsi, la loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne prévoit en son article 27 la renonciation expresse à l'immunité du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères.

donc pas retenu le paragraphe 4 du projet d'article initialement proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport, qui était formulé ainsi : « Par renonciation expresse, on entend une renonciation pouvant se déduire de manière claire et sans équivoque d'un traité international auquel sont parties l'État du for et l'État du représentant³³⁸ ». En effet, si les membres de la Commission étaient dans l'ensemble d'avis que la renonciation à l'immunité pouvait être expressément prévue dans un traité³³⁹, certains ont critiqué l'emploi de la formule « pouvant se déduire », estimant qu'elle traduisait la reconnaissance d'une forme de renonciation implicite.

9) La possibilité que la renonciation à l'immunité puisse découler d'obligations mises à la charge des États par des dispositions conventionnelles a été envisagée, en particulier, dans l'affaire *Pinochet (n° 3)*³⁴⁰, mais la Chambre des lords n'a pas fondé sa décision sur cette considération. Elle a aussi été envisagée, quoique sous un angle différent, dans le contexte de l'interprétation des articles 27 et 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et de l'obligation des États parties de coopérer avec la Cour. La Commission a toutefois estimé qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants lui permettant de conclure que l'existence d'obligations conventionnelles pouvait être automatiquement considérée, de façon générale, comme une renonciation à l'immunité des représentants de l'État, d'autant que la Cour internationale de Justice a conclu ce qui suit dans l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* : « C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions³⁴¹ ».

10) En plus d'être expresse, la renonciation à l'immunité doit être formulée par écrit. Cette règle n'a toutefois aucune incidence sur la forme sous laquelle l'acte de renonciation doit être présenté, qui dépend non seulement de la volonté de l'État du représentant, mais aussi du moyen employé pour communiquer la renonciation, voire du cadre dans lequel celle-ci est formulée. Ainsi, rien n'empêche de communiquer la renonciation par note verbale, lettre, ou autre document écrit sans caractère

diplomatique adressé aux autorités de l'État du for, au moyen d'un acte ou document de procédure, ou par n'importe quel autre document exprimant de façon expresse, claire et manifeste la volonté de l'État de renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de son représentant.

11) Enfin, il convient de souligner que, contrairement à la démarche qu'elle a suivie aux fins du projet d'article 10, paragraphe 2, la Commission n'a pas jugé nécessaire dans le projet d'article 11 de faire expressément référence au contenu de l'acte de renonciation. Si les avis des membres étaient partagés à ce sujet, il a finalement été jugé préférable de laisser une certaine latitude à l'État du représentant. Le membre de phrase « elle doit désigner le représentant dont l'immunité est levée et, le cas échéant, les actes visés » qui figurait dans la proposition initiale de la Rapporteuse spéciale a donc été supprimé. En tout état de cause, la Commission tient à souligner que le contenu de l'acte de renonciation doit être suffisamment clair pour que l'État aux autorités duquel il a été soumis puisse en déterminer la portée sans ambiguïté³⁴². Il est donc entendu que l'État du représentant doit donner le nom du représentant dont il renonce à l'immunité et, s'il y a lieu, préciser la portée qu'il entend concrètement donner à la renonciation, en particulier lorsqu'il souhaite non pas renoncer entièrement à l'immunité, mais limiter celle-ci à certains actes ou bien en exclure certains actes qu'aurait commis le représentant. Lorsque la renonciation à l'immunité a une portée limitée, l'État du représentant peut invoquer l'immunité à l'égard des actes non visés par la renonciation, c'est-à-dire à l'égard de faits qui sont distincts de ceux qui ont motivé la renonciation ou dont il a eu connaissance après celle-ci et pour lesquels les autorités de l'autre État entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur le représentant.

³⁴² On trouvera ci-après trois exemples de déclaration claire de renonciation cités dans l'étude du Secrétariat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État [A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 282), par. 252 et 253]. En l'affaire *Paul v. Avril*, le Ministre haïtien de la justice a déclaré : « Prosper Avril, ex-général de corps d'armée haïtien et ancien Président du Gouvernement militaire de la République d'Haïti, ne bénéficie d'absolument aucune forme d'immunité, que ce soit celle d'un souverain, d'un chef d'État, d'un ancien chef d'État, qu'elle soit diplomatique, consulaire ou testimoniale, ou que ce soit toute autre immunité, de juridiction ou de poursuite, d'exécution des décisions de justice et de comparaison avant et après jugement » [Paul v. Avril (voir *supra* la note 334), p. 211]. En l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos*, la renonciation adressée par les Philippines était libellée comme suit : « le gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité (1) d'État, (2) de chef d'État ou (3) diplomatique, dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international [...] Cette renonciation s'étend à la poursuite de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'affaire mentionnée ci-dessus (enquête conduite dans le district méridional de l'État de New York), ainsi qu'à tout acte criminel ou à toute autre affaire connexe dans lesquels ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité » [Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (voir *supra* la note 334), p. 502]. En l'affaire *Hissein Habré*, jugée à Bruxelles, le Ministère de la justice du Tchad a renoncé expressément à l'immunité en ces termes : « La conférence nationale souveraine tenue à N'Djamena du 15 janvier au 7 avril 1993 avait officiellement levé toute immunité de juridiction à M. Hissein Habré. Cette position a été confortée par la loi n° 010/PR/95 du 9 juin 1995 accordant l'amnistie aux détenus et exilés politiques et aux personnes en opposition armée, à l'exclusion de "l'ex-Président de la République, Hissein Habré, ses co-auteurs et/ou complices". Dès lors, il est clair que M. Hissein Habré ne peut prétendre à une quelconque immunité de la part des autorités tchadiennes et ce, depuis la fin de la conférence nationale souveraine. » (lettre adressée par le Ministre de la justice du Tchad au juge d'instruction de l'arrondissement de Bruxelles, 7 octobre 2002).

³³⁸ A/CN.4/729 (voir *supra* la note 286), par. 103.

³³⁹ L'Institut de droit international s'était exprimé en ce sens dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, dont le paragraphe 1 de l'article 8 dispose que « [l]es États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes » [Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 69 (voir *supra* la note 308), p. 748].

³⁴⁰ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (n° 3)*, Royaume-Uni, Chambre des lords, décision du 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147; voir aussi *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 135.

³⁴¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 305), p. 24 et 25, par. 59.

12) Le paragraphe 3 traite des moyens par lesquels l'État du représentant peut communiquer la renonciation à l'immunité dont bénéficie son représentant. Ce paragraphe, semblable au paragraphe 3 du projet d'article 10, reprend pour l'essentiel la formulation de celui-ci, à ceci près que le verbe « communiquer » y est employé à des fins d'harmonisation avec le texte de l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Compte tenu des similitudes qui existent entre le paragraphe 3 qui fait l'objet du présent commentaire et le paragraphe 3 du projet d'article 10, on se reportera au commentaire de ce dernier pour ce qui est de savoir quelles autorités de l'État du représentant sont compétentes pour décider de la renonciation à l'immunité et pour communiquer celle-ci. En particulier, on retiendra que la forme verbale « peut » s'agissant des moyens de communication a été employée afin de laisser la possibilité de communiquer la renonciation à l'immunité directement aux tribunaux de l'État du for.

13) Le paragraphe 4 dispose que « [l]es autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité ». Ce paragraphe est le pendant du paragraphe 4 du projet d'article 10, auquel on a simplement apporté des modifications rédactionnelles. Étant donné que les deux paragraphes obéissent à la même logique et ont la même finalité, les commentaires du projet d'article 10 ayant trait à cette question s'appliquent également au paragraphe 4 du projet d'article 11.

14) Aux termes du paragraphe 5, « [l]a renonciation à l'immunité est irrévocable ». Cette disposition repose sur le constat que la renonciation produit des effets qui perdurent et que, une fois qu'elle intervient, l'immunité cesse de faire obstacle à l'exercice de la juridiction pénale des autorités de l'État du for. Force est donc de conclure que, compte tenu de ses effets et de sa nature, la renonciation n'est pas révoquable, car, dans le cas contraire, elle serait vidée de tout son sens. Cela étant, le paragraphe 5 du présent projet d'article a fait l'objet d'un débat entre les membres de la Commission.

15) Ce débat a porté non pas sur les motifs justifiant l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité, mais sur les possibles exceptions à l'irrévocabilité. On retiendra en premier lieu que, de manière générale, les membres de la Commission s'accordent à penser que le paragraphe 5, dans sa version actuelle, pose une règle générale qui est une expression du principe de la bonne foi et qui répond à la nécessité de garantir la sécurité juridique. Cela étant, certains sont d'avis que cette règle pourrait faire l'objet de certaines exceptions, notamment lorsque, ultérieurement à la renonciation, surviennent des faits nouveaux dont l'État du représentant n'avait pas connaissance ; lorsqu'il est constaté dans une affaire dans laquelle l'État du for exerce sa juridiction que les règles fondamentales relatives au droit à un procès équitable n'ont pas été respectées ; et lorsque se produisent des circonstances exceptionnelles, par exemple un changement de gouvernement ou un changement dans l'ordonnancement juridique, susceptibles de conduire à une situation dans laquelle le droit à un procès équitable n'est plus garanti dans l'État entendant exercer sa juridiction pénale.

16) Ces considérations ont donné lieu à un débat sur l'utilité et l'opportunité d'introduire le paragraphe 5 dans le projet d'article 11. Certains membres se sont dits favorables à sa suppression, d'autant que ni les traités pertinents ni le droit interne des États ne faisaient expressément référence à l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité, et que la pratique en la matière était peu abondante³⁴³. D'autres ont jugé utile de conserver le paragraphe pour des raisons de sécurité juridique et parce que la Commission elle-même, faisant référence à la renonciation à l'immunité dans son projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, avait déclaré ceci : « Il va de soi que le procès, quelle que soit l'instance où il se déroule, est considéré comme un tout et que l'exception d'immunité ne saurait être invoquée en appel s'il y a eu renonciation, expresse ou tacite, en première instance³⁴⁴ ». D'autres membres encore ont cependant fait observer qu'on ne saurait déduire de cette déclaration que la renonciation à l'immunité était irrévocable.

17) Dans le souci de tenir compte de la question des exceptions à l'irrévocabilité de la renonciation, certains membres de la Commission ont proposé d'introduire dans le paragraphe 5 des expressions de sauvegarde du type « sauf dans des circonstances exceptionnelles » ou « en principe », estimant qu'elles permettraient de reconnaître que la renonciation peut être révoquée dans des circonstances particulières telles celles mentionnées précédemment. D'autres étaient au contraire d'avis que l'introduction de ces formules compliquerait encore l'interprétation du paragraphe 5 et qu'il était donc préférable de ne pas modifier le libellé de ce paragraphe si on décidait finalement de le conserver dans le projet d'article 11. À ce sujet, d'aucuns ont exprimé l'avis que, en fin de compte, la renonciation à l'immunité était un acte unilatéral de l'État dont la portée devrait être définie à la lumière des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés par la Commission en 2006, en particulier le principe 10³⁴⁵. Enfin, d'aucuns ont souligné

³⁴³ Concernant la renonciation à l'immunité et la soumission de l'État étranger à la juridiction de l'État du for, voir : États-Unis, loi de 1976 relative aux immunités souveraines étrangères, art. 1605, al. a 1) ; 1610, al. a 1), b 1) et d 1) ; et 1611, al. b 1) ; Royaume-Uni, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3 ; Australie, loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, art. 10 ; Canada, loi de 1985 sur l'immunité des États, art. 4 ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9 et 10 ; Japon, loi de 2009 établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, art. 5 et 6 ; Espagne, loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, art. 5 à 8. Seules les lois australienne et espagnole prévoient l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité. Aux termes de la loi australienne de 1985 relative aux immunités des États étrangers, « le consentement d'un État étranger à renoncer à l'immunité conformément aux dispositions du présent article emporte la renonciation, qui ne peut être révoquée que si l'accord le permet » (art. 10, par. 5). La loi organique 16/2015 de l'Espagne, quant à elle, dispose que « le consentement de l'État étranger visé aux articles 5 et 6 ne peut être révoqué une fois l'action publique mise en mouvement » (art. 8, sur la renonciation à l'immunité).

³⁴⁴ *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 103, paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 30.

³⁴⁵ Le principe 10 est libellé comme suit : « Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne

qu'il était difficile de définir les circonstances exceptionnelles pouvant justifier la révocation de la renonciation à l'immunité, quoi qu'il ait été réaffirmé qu'on pouvait citer, parmi celles-ci, le changement de gouvernement ou d'ordonnancement juridique de nature à porter atteinte au respect des droits de l'homme du représentant et de son droit à un procès équitable. Par ailleurs, certains ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de considérer comme des circonstances exceptionnelles la survenance de faits nouveaux qui n'étaient pas connus au moment de la renonciation ou l'exercice de la juridiction de l'État du for à l'égard de faits autres que ceux visés par la renonciation, faisant valoir que ces cas de figure participaient non pas de circonstances exceptionnelles, mais de circonstances à l'égard desquelles l'État du représentant n'a pas formulé de renonciation et qui pourraient donc être couvertes par l'immunité en vertu des règles générales énoncées dans le projet d'articles.

18) Compte tenu du débat résumé dans les paragraphes précédents et de la pratique qu'elle suit généralement lorsque, comme c'est le cas ici, il existe des divergences d'opinions entre ses membres au stade de la première lecture du projet d'articles, la Commission a décidé de conserver le paragraphe 5 du projet d'article 11 afin que les États aient dûment connaissance des échanges qui ont eu lieu et puissent formuler des observations.

Article 12 [13]. Demandes d'informations*

1. L'État du for peut demander à l'État du représentant toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider si l'immunité s'applique ou non.

2. L'État du représentant peut demander à l'État du for toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider de l'invocation de, ou de la renonciation à, l'immunité.

3. Les informations peuvent être demandées par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États concernés, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. L'État requis examine toute demande d'informations de bonne foi.

Commentaire

1) Le projet d'article 12 prévoit la possibilité pour l'État du for et pour l'État du représentant de s'adresser mutuellement des demandes d'informations. C'est la dernière disposition procédurale de la quatrième partie du projet d'articles avant celle consacrée à la détermination

saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération : a) Les termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation ; b) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations ; c) La mesure dans laquelle il y a eu un changement fondamental des circonstances» [Annuaire... 2006, vol. II (2^e partie), p. 174].

* Le numéro entre crochets est celui que la Rapporteuse spéciale avait initialement attribué au projet d'article dans son rapport.

de l'immunité, qui fait l'objet du projet d'article 13 et que le Comité de rédaction n'a pas encore examinée. Le projet d'article 12 se compose de quatre paragraphes qui concernent le droit des États intéressés de demander des informations (par. 1 et 2), la procédure à suivre pour demander des informations (par. 3) et l'optique dans laquelle l'État requis « examine » les demandes d'informations (par. 4).

2) Les paragraphes 1 et 2 prévoient que tant l'État du for que l'État du représentant peuvent formuler des demandes d'informations. Si la Commission estime que les demandes d'informations de l'un et l'autre État s'inscrivent dans la même logique, elle a néanmoins jugé préférable, dans un souci de clarté, de leur consacrer des paragraphes distincts. On notera que les deux paragraphes sont construits sur le même modèle, à cette différence près que l'objectif final de la demande n'est pas le même selon que l'auteur est l'État du for ou l'État du représentant, l'objectif du premier étant de « décider si l'immunité s'applique ou non » et celui du second, de « décider de l'invocation de, ou de la renonciation à, l'immunité ».

3) Les demandes d'informations visées aux paragraphes 1 et 2 s'inscrivent dans le processus que doit suivre l'État concerné, qu'il s'agisse de l'État du for (examen et détermination de l'immunité) ou de l'État du représentant (invocation de l'immunité ou renonciation à celle-ci), pour se prononcer sur la question de l'immunité. C'est cette logique qui a présidé à l'emploi de l'expression « aux fins de décider » dans les deux paragraphes, l'idée étant de mettre en avant le fait que, dans un cas comme dans l'autre, la décision sera prise à l'issue d'un processus pouvant nécessiter l'accomplissement de divers actes et se décomposer en différentes étapes.

4) Aux fins de l'adoption du projet d'article 12, la Commission a tenu compte du fait que, pour déterminer si l'immunité s'applique ou non, l'État du for doit disposer d'informations sur le représentant (nom, qualité au sein de l'État, autorité dont il est investi, etc.) et sur le lien qui existe entre l'État du représentant et les actes du représentant qui, le cas échéant, pourraient justifier l'exercice de la juridiction pénale. Pour prendre une décision au sujet de l'immunité (en particulier dans le cas de l'immunité *ratione materiae*), l'État du for a besoin de ces informations, dont il se peut que seul l'État du représentant ait connaissance. Parallèlement, pour décider d'invoquer l'immunité ou de renoncer à celle-ci, l'État du représentant peut avoir besoin d'obtenir des informations sur la législation interne et les organes compétents de l'État du for ou l'état d'avancement de la procédure engagée par celui-ci. Le projet d'article 12 vise à faciliter l'accès à ces informations.

5) Il se peut tout à fait que l'État du for ou l'État du représentant détienne déjà les informations visées au paragraphe précédent, surtout si, préalablement à la demande d'informations, les dispositions prévues par les projets d'articles 9 (notification), 10 (invocation) et 11 (renonciation) ont été appliquées. En effet, dans le cadre de l'application de ces dispositions, l'État du for et l'État du représentant se seront certainement communiqué des informations. Toutefois, on ne saurait exclure la possibilité que, dans certains cas, les informations reçues

ne suffisent pas pour atteindre les objectifs susmentionnés. Partant, et particulièrement dans ce cas de figure, les demandes d'informations sont un instrument utile, et même nécessaire, pour garantir le bon fonctionnement de l'immunité, d'autant qu'elles contribuent à renforcer la coopération entre les États intéressés et à établir un climat de confiance mutuelle. Le dispositif de demande d'informations prévu au projet d'article 12 constitue donc une garantie procédurale pour les deux États.

6) La demande d'informations peut porter sur n'importe quel élément que l'État requérant juge utile pour lui permettre de prendre une décision quant à l'immunité. Les éléments que les États peuvent prendre en considération aux fins de décider si l'immunité s'applique, ou de décider d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer, sont à ce point divers qu'il est impossible d'en dresser une liste exhaustive. La Commission a préféré les termes «toute information qu'il estime pertinente», à la formule «l'information nécessaire», l'adjectif «nécessaire» pouvant être restrictif et catégorique, particulièrement en anglais. À l'inverse, l'emploi du mot «pertinente» permet de reconnaître à l'État requérant (qu'il s'agisse de l'État du for ou de l'État du représentant) le droit de décider au cas par cas des informations qu'il souhaite demander, conformément aux dispositions de divers instruments internationaux³⁴⁶.

7) Le paragraphe 3 traite des voies par lesquelles les informations peuvent être demandées. Il est construit sur le même modèle que le paragraphe 3 des projets d'articles 9, 10 et 11, dont le libellé est reproduit *mutatis mutandis*, de sorte que les commentaires déjà formulés au sujet de ces projets d'article s'appliquent également au paragraphe 3.

8) La Commission tient toutefois à appeler l'attention sur le fait qu'elle a décidé que le projet d'article 12 ne contiendrait pas de paragraphe similaire au paragraphe 4 des projets d'articles 10 et 11 consacré à la communication interne entre les autorités de l'État du for ou de l'État du représentant. En effet, les demandes visées au projet d'article 12 concernent en réalité des informations qui, dans bien des cas, viendront compléter ou étoffer celles que détient déjà l'État du for ou l'État du représentant et qui sont donc en principe amenées à être fournies à un stade plus avancé de la procédure. Partant, il y a tout lieu de penser que l'autorité décisionnaire de chacun des deux États est déjà connue de l'autre État, et il n'est pas nécessaire d'introduire ce type de clause de sauvegarde. En tout état de cause, si la demande d'informations intervient tôt dans l'examen de la question de l'immunité, il n'y a aucune raison que le principe de l'obligation de communication entre les autorités compétentes de l'État concerné ne s'applique pas.

9) Le paragraphe 4 remplace les paragraphes 4 et 5 initialement proposés par la Rapporteuse spéciale, qui indiquaient les motifs pouvant justifier le rejet d'une demande et les conditions auxquelles pouvaient être soumises tant les demandes d'informations que la communication

d'informations, en particulier en ce qui concerne la confidentialité³⁴⁷. La Commission a jugé préférable d'introduire dans le projet d'article 12 un paragraphe plus simple dans lequel est uniquement énoncé le principe en vertu duquel toute demande d'informations doit être examinée de bonne foi par l'État requis, qu'il s'agisse de l'État du for ou de l'État du représentant. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, le texte initialement proposé, qui énumérait les motifs de rejet autorisés, pouvait être interprété *a contrario* comme exprimant une obligation de communiquer les informations demandées; or il n'existe pas en droit international d'obligation de cette nature hormis les obligations particulières qui peuvent être énoncées dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire ou dans d'autres instruments. Deuxièmement, le dispositif prévu risquait d'être incompatible avec les mécanismes de demande et d'échange d'informations établis par les accords de coopération et d'entraide judiciaire, qui – en tout état de cause – seraient applicables entre les États parties. Troisièmement, la règle de confidentialité instaurée pourrait aller à l'encontre des normes nationales régissant la confidentialité. Et, dernier point, mais non le moindre, le projet d'article 12 a vocation à favoriser la coopération et l'échange d'informations entre l'État du for et l'État du représentant; or cet objectif pourrait être compromis ou remis en question si le projet d'article énumérait expressément des motifs de rejet et imposait l'obligation de respecter certaines conditions.

10) La Commission estime toutefois que les raisons qui précèdent ne justifient pas qu'on laisse de côté la question des critères que les États devraient appliquer aux fins de l'examen des demandes d'informations. Elle a donc retenu une formule exprimant en termes simples que l'État requis est tenu d'examiner de bonne foi toute demande qui lui est adressée. Le terme «État requis» fait partie d'une terminologie que les États connaissent bien puisque c'est celle qui est communément utilisée dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire.

11) Au paragraphe 4, le membre de phrase «examine [...] de bonne foi» renvoie à l'obligation générale qui incombe aux États d'agir de bonne foi dans leurs relations avec des tiers. Par la force des choses, la portée de cette obligation ne peut pas être définie dans l'absolu et doit l'être au cas par cas. Ce membre de phrase doit être envisagé dans le contexte du projet d'article, c'est-à-dire dans le cadre de la définition d'un instrument de procédure propre à favoriser la coopération entre l'État du for et l'État du représentant pour que l'un et l'autre puissent se forger valablement une opinion leur permettant de prendre les décisions visées aux paragraphes 1 et 2. Par conséquent, les termes «examine [...] de bonne foi» doivent être compris comme énonçant deux prescriptions conjointes: d'une part, l'obligation d'examiner la demande et, d'autre part, le fait que l'examen doit avoir pour but d'aider l'autre État à prendre en toute connaissance de cause une décision informée sur l'applicabilité de l'immunité ou la question de savoir s'il souhaite invoquer l'immunité ou y renoncer. Ainsi, la formule «examine [...] de bonne foi» renvoie à une obligation de moyens et non à une obligation de résultat.

³⁴⁶ Voir, par exemple, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 3; la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 7; la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 1, par. 1 et 2; et le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 321 *supra*), art. 1, par. 2.

³⁴⁷ Voir le septième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/729) [note 286 *supra*], annexe II.

12) L'État requis doit prendre ces éléments comme point de départ de l'examen de toute demande d'informations, mais rien ne l'empêche de tenir compte aussi, dans sa décision, d'autres facteurs ou circonstances, notamment les considérations liées au respect de sa souveraineté, de l'ordre public, de la sécurité et des intérêts publics essentiels. Cela étant, la Commission n'a pas jugé nécessaire de mentionner expressément ces éléments dans le projet d'article 12, estimant que l'État requis avait toute latitude pour fonder sa décision sur tel motif plutôt que tel autre.

13) La Commission n'a pas jugé nécessaire de faire expressément référence, au paragraphe 4, à la possibilité de soumettre la communication des informations demandées à certaines conditions. Toutefois, rien n'empêche l'État requis d'envisager d'imposer des conditions à l'examen « de bonne foi » d'une demande d'informations, en particulier si cela facilite ou favorise la communication des informations demandées.