

Assemblée générale des Nations Unies

Sixième Commission

Observations du Grand-Duché de Luxembourg sur le projet d'articles de la Commission du droit international sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants d'Etat »

A sa 3584^e séance le 3 juin 2022, la Commission du droit international a adopté en première lecture le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Lors de sa 3609^e séance, le 3 août 2022, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet d'articles, ainsi que des commentaires y relatifs, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en leur demandant de soumettre ces commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 1^{er} décembre 2023.

Par la résolution 77/103, adoptée le 19 décembre 2022, l'Assemblée générale « *appelle également l'attention des États sur le fait qu'il importe qu'ils fassent parvenir à la Commission du droit international, le 1^{er} décembre 2023 au plus tard, leurs commentaires et observations sur le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* ».

En réponse à cette demande, le Grand-Duché de Luxembourg a l'honneur de communiquer à la Commission les observations qui suivent.

A titre liminaire, le Luxembourg soutient que le sujet revêt une importance fondamentale pour la poursuite des crimes de droit international car il traite de la relation entre ces crimes et l'immunité de poursuites à l'étranger. À cet égard, il note que la Commission a adopté le projet d'article 7, qui prévoit des exceptions à l'immunité *ratione materiae* (également connue sous le nom d'immunité fonctionnelle).

Le projet d'article 7 reflète fidèlement le droit international coutumier dans la mesure où il consacre la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Toutefois, le Luxembourg constate que le projet d'article 7, dans sa formulation actuelle, n'inclut pas le crime d'agression dans la liste des crimes auxquels l'immunité fonctionnelle ne s'applique pas.

Le Luxembourg concourt avec le commentaire du projet d'article 7 qui indique que la principale raison de l'inclusion des crimes pertinents dans le champ d'application de la disposition était qu'il s'agit des « *crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* » et qui sont inclus dans l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.¹ Cependant, en contradiction avec ce raisonnement, la Commission a décidé de ne pas inclure le crime d'agression dans la liste des crimes du projet d'article 7.

Lors de l'adoption provisoire du projet d'article 7 à la 3378^e séance de la Commission le 20 juillet 2017, cette dernière a justifié sa décision par l'absence de consensus de ses membres sur ce point.² Le commentaire de l'article 7 fait référence au « caractère politique » du crime d'agression, en affirmant notamment que, par sa nature de crime de dirigeants, le crime d'agression implique une

¹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 5, paragraphe premier, et préambule, quatrième alinéa.

² Commission du droit international, compte-rendu analytique de la 3378^e séance (20 juillet 2017), UN Doc. A/CN.4/SR.3378, aux points 16-17.

responsabilité de l'État. La conséquence serait que les tribunaux d'un État puissent se prononcer sur la question de savoir si un autre État a commis un acte d'agression, ce qui pourrait entraîner des répercussions pour les relations internationales. Par ailleurs, l'engagement de poursuites pour crime d'agression à l'encontre de représentants d'un État par les juridictions d'autres États porterait atteinte à l'égalité souveraine des États et au principe *par in parem imperium non habet*.³

Cependant, ces arguments n'expliquent pas de manière convaincante la distinction faite entre l'application de l'immunité fonctionnelle au crime d'agression et les autres crimes de droit international.

En premier lieu, la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard du crime d'agression a été activée en 2018, ce que la Commission a implicitement reconnu en supprimant l'argument susmentionné du commentaire du projet d'article 7 lors de l'adoption du projet d'articles en première lecture.⁴ Toutefois, aucune modification de la portée de la disposition n'a suivi l'activation de la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard du crime d'agression. Or, le fait de permettre l'application de l'immunité au crime d'agression tout en excluant son application aux crimes de génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité entraîne le risque de créer une différence de traitement injustifiée entre les crimes prévus à l'article 5 du Statut de Rome.⁵

En deuxième lieu, s'il est vrai que le crime d'agression comporte une dimension politique, la même affirmation peut être faite à propos de n'importe quel crime relevant du droit international. Ces crimes sont souvent, voire généralement, commis par des agents de l'État et, dans tous ces cas, la procédure comportera vraisemblablement une dimension politique. La Cour internationale de Justice a justement relevé dans sa jurisprudence de longue date que le simple fait qu'une question revête des aspects politiques ne suffit pas à lui ôter son caractère juridique.⁶ Il ressort ainsi de la jurisprudence constante de la Cour, qu'elle « *ne saurait refuser de répondre aux éléments juridiques d'une question qui, quels qu'en soient les aspects politiques, l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir, en la présente espèce, l'appréciation d'un acte au regard du droit international* ». ⁷ Le Luxembourg estime qu'un raisonnement analogue s'applique dans le présent contexte.

Enfin, quant à l'exigence particulière du crime d'agression en tant que « crime de dirigeants », elle implique que la commission de ce crime sera limitée aux « *personne[s] effectivement en mesure de*

³ Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-neuvième session (2017), UN Doc. A/72/10, Chapitre VII, p. 134.

⁴ Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-treizième session (2022), UN Doc. A/77/10, Chapitre VI, pp. 254-255.

⁵ Voir également le rapport du Comité consultatif néerlandais sur le droit international public n° 40, du 12 septembre 2022, « *Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities* », à la p. 12 : « *s'il est admis que le crime d'agression peut être poursuivi par d'autres États, [...] il ne semble pas y avoir de raison pour que ce crime soit traité différemment des autres crimes internationaux en ce qui concerne l'immunité* » (notre traduction).

⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996-1, pp. 233-234, paragraphe 13 ; *Avis consultatif relatif à la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, p. 415, paragraphe 27.

⁷ *Avis consultatif relatif à la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, p. 415, paragraphe 27 ; *Avis consultatif sur licéité de la menace ou l'emploi des armes nucléaires*, pp. 233-234, paragraphe 13 ; *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1947-1948, pp. 61-62 ; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, pp. 6-7 ; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 155.

contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État », ⁸ tels que les chefs d'État et autres représentants de l'État au plus haut niveau. Alors que cela signifie que la poursuite du crime d'agression par une juridiction pénale étrangère peut parfois être impossible en raison de l'application de l'immunité personnelle, cela n'explique pas pourquoi de tels actes, qui constituent l'un des crimes les plus graves à l'échelle internationale, ne peuvent faire l'objet de poursuites devant des juridictions étrangères, une fois que ces personnes n'exercent plus leurs fonctions.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que, contrairement à l'immunité personnelle, l'immunité fonctionnelle n'a pas de limite temporelle et protège les actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles contre les poursuites, même après que les personnes concernées ont cessé d'occuper une position de dirigeant d'un État.

Alors que la Commission n'a pas été en mesure de présenter des raisons convaincantes d'exclure le crime d'agression du champ d'application du projet d'article 7, il existe au contraire des arguments solides en faveur de la reconnaissance, en tant qu'élément du droit international coutumier existant, de la non-applicabilité de l'immunité fonctionnelle aux crimes relevant du droit international, y compris le crime d'agression.

Tout d'abord, reconnaître l'absence d'immunité *ratione materiae* pour le crime d'agression serait conforme aux fins qui sous-tendent l'incrimination d'un certain type de comportement directement en vertu du droit international et à la pratique concernant l'inapplicabilité de l'immunité à ces crimes. Depuis ses débuts, le droit pénal international prévoit l'absence d'immunités fonctionnelles pour tous les crimes relevant du droit international. L'article 7 de la Charte de Londres de 1945 stipule que « *la position officielle des défendeurs [...] ne doit pas être considérée comme les exonérant de leur responsabilité* », ce qui a été confirmé par le tribunal de Nuremberg.⁹ L'article 27 du Statut de Rome consacre également le défaut de pertinence de la qualité officielle pour l'exercice de la compétence pénale à l'égard de la personne concernée.

Le raisonnement qui sous-tend cette approche est que les individus sont investis de devoirs internationaux qui transcendent les obligations nationales d'obéissance imposées par l'État. Une personne ayant commis un crime international ne saurait se prévaloir de l'immunité au motif d'avoir agi en vertu de l'autorité de l'État, lorsque l'État, en autorisant l'action, sort de sa compétence au regard du droit international. Il serait pour le moins perplexe que le crime d'agression, considéré par le Tribunal de Nuremberg comme le « crime international suprême », échappe à ce raisonnement.

Le développement le plus récent qui s'insère dans l'ensemble des pratiques des États est constitué par les efforts de redevabilité concernant l'agression de la Russie contre l'Ukraine, et cette pratique des États est directement liée au crime d'agression. Durant l'année en cours, de nombreux États ont soutenu la création d'un tribunal spécial pour le crime d'agression contre l'Ukraine. Ils estiment ainsi, du moins implicitement, que les suspects ne bénéficieraient pas d'une immunité fonctionnelle devant un tel tribunal, quel que soit le modèle utilisé pour sa mise en place.

L'inclusion du crime d'agression dans la liste des crimes du projet d'article 7 serait également conforme aux travaux antérieurs de la Commission, qui a toujours rejeté l'application de l'immunité aux crimes de droit international et reconnu la non-pertinence de la position officielle pour la poursuite des crimes de droit international. Par conséquent, si la Commission choisit de maintenir sa

⁸ Article 8 *bis* du Statut de Rome, au paragraphe premier.

⁹ Tribunal militaire international, jugement du 1^{er} octobre 1946, *in*: The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, Part 22, London: His Majesty's Stationery Office (1946-1951), p. 422 (notre traduction).

décision d'omettre le crime d'agression du champ d'application du projet d'article 7 du projet d'articles sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, elle s'écarterait de sa position concernant l'inapplicabilité des immunités aux crimes de droit international, du moins en ce qui concerne le crime d'agression.

Dans ce contexte, il convient de noter également que l'absence du crime d'agression au paragraphe premier du projet d'article 7 est loin de recueillir le consensus au sein de la Commission. Suite à l'adoption provisoire du projet d'article 7, un nombre considérable de membres ont exprimé leurs préoccupations quant au fait que le crime d'agression n'avait pas été inclus parmi les crimes auxquels l'immunité fonctionnelle ne s'applique pas.¹⁰

En conclusion, alors que la Commission ait pour l'instant décidé de ne pas inclure le crime d'agression dans le champ d'application du projet d'article 7, le Luxembourg estime que ce point mérite d'être réexaminé, notamment à la lumière des observations écrites des États. Afin d'éviter une incohérence dans le traitement des crimes de droit international et de confirmer le principe de redevabilité pour tous les crimes de droit international, la Commission devrait confirmer l'inapplicabilité de l'immunité fonctionnelle dans les procédures relatives aux crimes de droit international, en englobant le crime d'agression.

¹⁰ Commission du droit international, compte-rendu analytique de la 3378^e séance (20 juillet 2017), UN Doc. A/CN.4/SR.3378, aux points 60 et suivants.