

Provisoire

Réservé aux participants

23 février 2017

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3331^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 29 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

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

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@unog.ch).

GE.16-13433 (EXT)



* 1 6 1 3 4 3 3 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Comissário Afonso
Puis : M. Nolte (Vice-Président)
Membres : M. Caflisch
M. Candioti
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Gómez-Robledo
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M^{me} Jacobsson
M. Kamto
M. Kittichaisaree
M. Kolodkin
M. Laraba
M. McRae
M. Murase
M. Murphy
M. Niehaus
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Saboia
M. Singh
M. Šturma
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
M. Wisnumurti
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (point 3 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/701)

Le Président invite la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

M. Šturma, après avoir remercié la Rapporteuse spéciale pour son rapport, dit qu'étant donné que la Commission reprendra l'examen du sujet à sa soixante-neuvième session, ses observations ont un caractère préliminaire et visent à aider la Rapporteuse spéciale à élaborer son rapport suivant.

Le cinquième rapport contient de nombreuses références à la pratique des États, à la jurisprudence nationale et internationale et à la doctrine qui, bien qu'elles ne soient pas toutes directement liées aux conclusions de la Rapporteuse spéciale ou au projet d'article 7 qu'elle propose, permettent au moins de se faire une idée des limitations et exceptions à l'immunité des représentants de l'État.

S'agissant de la méthodologie, il convient de faire la distinction entre les exceptions à l'immunité devant les juridictions pénales internationales, d'une part, et les exceptions à l'immunité de la juridiction pénale étrangère, de l'autre. De même, il n'y a aucun lien direct entre les actions civiles et les poursuites pénales dans le contexte de l'immunité et de ses limitations. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, une tendance similaire se fait jour. Comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, « il existe une tendance croissante à admettre l'existence d'une règle ou exception spéciale en droit international public dans les affaires concernant des allégations de torture ». La Cour européenne, les tribunaux internes et d'autres organes attendent avec beaucoup d'intérêt le résultat des travaux de la Commission sur le sujet, et le rapport à l'examen en est d'autant plus important.

Il est utile de distinguer limitation et exception à l'immunité. La première concerne les actes accomplis par des représentants de l'État à titre officiel, la seconde des actes officiels qui ne bénéficient pas de l'immunité en ce qu'ils constituent des crimes graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble.

En ce qui concerne l'alinéa a) du paragraphe 1 du projet d'article 7, M. Šturma approuve l'inclusion du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dans la liste des crimes ne bénéficiant pas de l'immunité. Bien que les crimes de torture et de disparition forcée puissent relever de la catégorie générale des crimes contre l'humanité, l'existence de traités multilatéraux les réprimant spécifiquement justifie leur ajout à la liste. Par contre, M. Šturma s'opposerait à l'inclusion dans cette liste du crime d'agression, ce pour plusieurs raisons. Premièrement, ce crime est étroitement lié à la conduite d'un État et dépend de celle-ci, et son inclusion aurait donc des implications directes pour la souveraineté et l'immunité de cet État. Deuxièmement, si les Amendements de Kampala au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs à l'agression contiennent une définition de ce crime, la Cour n'est pas encore compétente pour en connaître. Troisièmement, ni le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ni le cinquième élément d'interprétation concernant les Amendements de Kampala n'autorisent d'exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 7, l'inapplicabilité de l'immunité aux crimes liés à la corruption s'apparente davantage à une limitation à l'immunité *ratione materiae* qu'à une exception. Dans la jurisprudence, les détournements de deniers publics et les crimes liés à la corruption sont le plus souvent considérés comme des actes privés qui, en tant que tels, ne bénéficient pas de l'immunité *ratione materiae*. En

ce qui concerne les traités, il est exact que le paragraphe 2 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la corruption établit l'obligation de réprimer les infractions commises par des agents publics étrangers. De surcroît, aux termes du paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention, chaque État partie est tenu de prendre les mesures nécessaires pour établir un équilibre approprié entre toutes immunités et tous privilèges de juridiction accordés à ses agents et la possibilité de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la Convention. Cette disposition vise toutefois les immunités en droit interne, non en droit international. On peut également se demander si d'autres infractions transnationales faisant l'objet de traités multilatéraux, comme la traite des êtres humains et le trafic de drogues, doivent figurer dans la liste des crimes ne bénéficiant pas de l'immunité. L'alinéa b) du paragraphe 1 devrait donc être réexaminé.

L'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui constituent le fondement principal de l'alinéa c) du paragraphe 1 du projet d'article 7, visent la juridiction civile et non la juridiction pénale. Il existe toutefois des exemples de pratique pertinente des États, par exemple l'affaire *Khurts Bat v. Investigating judge of the German Federal Court*. Dans la décision rendue dans cette affaire, la Haute Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles a cité l'affaire du *Rainbow Warrior* et le deuxième rapport sur l'immunité de M. Kolodkin, le précédent Rapporteur spécial. Il y a là pour la Commission une possibilité de contribuer au développement progressif du droit international.

La teneur du paragraphe 2 du projet d'article 7 est appropriée et étayée par la pratique des États et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. M. Šturma dit qu'il comprend ceux qui craignent que l'existence d'exceptions à l'immunité des représentants de l'État crée des possibilités d'abus ; il serait donc opportun que dans son rapport suivant la Rapporteuse spéciale se penche sur les règles et garanties procédurales. M. Šturma exprime l'espoir qu'à sa soixante-neuvième session la Commission pourra adopter un projet d'article réussissant à concilier les exceptions et les règles procédurales.

M. Nolte (premier Vice-Président) prend la présidence.

M. Singh remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport très fouillé, qui passe en revue la pratique des États telle qu'elle est reflétée dans les traités et les législations nationales ainsi que dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, de la Cour européenne des droits de l'homme, des juridictions pénales internationales et des tribunaux internes. Il existe toutefois de nombreux documents très utiles sur les questions envisagées dans le cinquième rapport que la Rapporteuse spéciale mentionne mais n'examine pas en détail, notamment les trois rapports du précédent Rapporteur spécial sur le sujet, le Mémoire du Secrétariat (A/CN.4/596), les deux présentations de leurs rapports faites par les rapporteurs spéciaux en plénière et les débats de la Commission et de la Sixième Commission. Comme le reconnaît la Rapporteuse spéciale elle-même, son cinquième rapport doit être lu à la lumière des autres éléments pertinents.

Dans la section I.B de son rapport, la Rapporteuse spéciale résume de manière quelque peu partielle l'examen déjà effectué par la Commission des exceptions à l'immunité des représentants de l'État et, en particulier, les rapports du précédent Rapporteur spécial, sans indiquer que de profonds désaccords se sont fait jour à la Commission sur d'importants éléments de ces rapports.

La section II, dans laquelle la Rapporteuse spéciale se penche sur la pratique sans avoir d'objectif clair et précis, est suivie, dans les sections suivantes, par un examen des questions méthodologiques et conceptuelles et d'affaires dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas, ce qui ramène le lecteur à une analyse de la pratique des États. Il aurait été plus utile que la Rapporteuse spéciale synthétise ses analyses de la pratique pertinente des

États en relation avec chaque exception proposée dans une même section, plutôt que d'éparpiller ses analyses dans l'ensemble du rapport. Il aurait aussi été utile qu'elle explique son raisonnement plus en détail, en particulier lorsqu'elle aboutit à des conclusions différentes de celles formulées par le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sur le sujet.

La Rapporteuse spéciale, après avoir examiné la distinction théorique existant, selon elle, entre les « limitations » et les « exceptions », déclare que cette distinction n'existe guère dans la pratique, qu'il n'est pas nécessaire de la maintenir aux fins du projet d'articles et que les limitations et les exceptions relèvent de la notion générale de « non-applicabilité » de l'immunité. M. Singh n'est pas certain que cette approche soit la bonne. La Rapporteuse spéciale fait valoir que les États utilisent les deux termes de manière équivoque et que certaines conventions, notamment la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ne font pas la distinction. S'il est exact que la troisième partie de cette convention est intitulée « Procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité », il convient de noter que la Convention ne concerne que les questions civiles et commerciales et reflète la pratique des États qui veut que ceux-ci ne peuvent invoquer l'immunité de juridiction étrangère à raison de leurs actes commerciaux.

La Rapporteuse spéciale insiste sur la question de l'impunité à de nombreuses reprises dans son rapport. Comme l'a souligné M. Huang à la séance précédente, cette question a été examinée exhaustivement par la Commission et il est clair qu'elle ne relève pas du sujet à l'examen, qui concerne uniquement sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et en aucune manière la juridiction de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes graves réprimés dans le Statut de Rome ni celle que leurs actes constitutifs respectifs confèrent aux autres juridictions internationales. En outre, l'immunité de juridiction pénale des États n'exonère pas les représentants de l'État soupçonnés de crime de leur responsabilité. Comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant le *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, ces représentants peuvent, par exemple, faire l'objet de poursuites devant les tribunaux internes, voire leur immunité levée, ou encore faire l'objet de poursuites une fois qu'ils ont quitté leurs fonctions ou devant des juridictions pénales internationales.

En ce qui concerne l'alinéa a) du paragraphe 1 du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale affirme, aux paragraphes 181 à 189 de son rapport, que la non-applicabilité de l'immunité aux « principaux » crimes que sont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées reflète une règle existante du droit international coutumier, ou qu'il existe au moins une « tendance majoritaire » en faveur d'une telle règle. M. Singh dit qu'il ne peut accepter cette conclusion. La pratique invoquée n'établit pas l'existence d'une pratique générale consacrant une telle exception à l'immunité, et il est loin d'exister des preuves suffisantes de l'acceptation de cette exception comme étant le droit (*opinio juris*). M. Singh souscrit aux conclusions auxquelles aboutit le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, à savoir qu'il n'existe pas de norme coutumière ni de tendance en faveur de l'établissement d'une telle norme en droit international contemporain qui permette d'affirmer qu'il existe des exceptions à l'immunité, mise à part l'exception concernant le dommage causé directement dans l'État du for lorsque cet État n'a pas consenti à l'accomplissement d'un acte ou à la présence du représentant étranger sur son territoire, et que des restrictions à l'immunité, même *de lege ferenda*, ne sont pas souhaitables, car elles risquent de compromettre la stabilité des relations internationales. Le précédent Rapporteur spécial a également dénoncé les effets qu'auraient de telles exceptions sur la lutte contre l'impunité.

La Rapporteuse spéciale semble affirmer que certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* prévues dans des traités font déjà partie du droit international coutumier. Il n'existe toutefois aucune preuve d'une pratique générale ou d'une *opinio juris* en ce sens. L'analyse figurant aux paragraphes 181 à 189 du rapport est contestable, tant du point de vue de la méthodologie que des prétendues preuves sur lesquelles elle repose.

La Rapporteuse spéciale présente ses arguments en faveur de l'existence d'une norme coutumière reconnaissant une limitation ou exception à l'immunité dans le cas des crimes internationaux au paragraphe 184 de son rapport. Elle affirme qu'en dépit de la diversité des positions adoptées par les tribunaux internes, il existe une tendance en faveur de cette exception. Pour M. Singh, même si une telle tendance existe, elle ne constitue pas une pratique générale. De plus, cette affirmation est difficile à concilier avec le paragraphe 220 du rapport, dans lequel la Rapporteuse spéciale souligne qu'il y a très peu de décisions de juridictions nationales refusant l'immunité à raison de la commission de l'un quelconque des crimes internationaux établis.

La Rapporteuse spéciale soutient également que les législations nationales ont progressivement consacré cette exception. Pourtant, aux paragraphes 42 et 44 de son rapport, elle déclare que l'immunité des représentants de l'État n'est pas expressément réglémentée dans la législation de la plupart des États. La seule législation pertinente qu'elle cite est celle de l'Espagne et, peut-être, de la Belgique et des Pays-Bas. La législation d'application adoptée par les États parties au Statut de Rome, généralement aux seules fins du Statut, ne relève toutefois pas du sujet.

La Rapporteuse spéciale semble également suggérer que la conclusion de traités réprimant certains actes ou prévoyant la responsabilité pénale individuelle est également une pratique pertinente des États aux fins du présent sujet. Cela n'est pas exact. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a jugé que « si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves [avaient] mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur [avaient] fait par suite l'obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne port[ait] en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier ».

Au paragraphe 67 de son rapport, la Rapporteuse spéciale fait valoir que les conclusions de la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* ont une portée limitée, tout en accordant beaucoup plus de poids à des observations figurant dans des opinions individuelles et dissidentes. À cet égard, il est nécessaire d'avoir à l'esprit l'appel à la prudence lancé par le Président de la Cour, le juge Abraham, lors de sa visite à la Commission à la session en cours, qui a déclaré que les opinions individuelles ou dissidentes clarifiaient non la position de la Cour mais celle des juges concernés et n'indiquaient pas nécessairement la position que prendrait tel ou tel juge dans une affaire ultérieure et que, même si les juges contestaient un précédent lorsqu'il était adopté, ils pouvaient se considérer comme liés par celui-ci et, dans une affaire ultérieure, adopter l'opinion majoritaire de la Cour par souci de cohérence judiciaire.

En outre, aux paragraphes 185 et 186 de son rapport, la Rapporteuse spéciale passe en revue les « arguments critiques » des publicistes en ce qui concerne l'existence d'une règle de droit international coutumier sur la non-applicabilité de l'immunité à certains crimes. Si elle affirme avoir mené une évaluation « nuancée » de ces arguments, il est difficile de dire dans quelle mesure cela est exact, car son analyse ne contient pas de renvois aux éléments pertinents.

Aux paragraphes 187 à 189 de son rapport, la Rapporteuse spéciale déclare que les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, généralement citées comme faisant autorité, visent directement l'immunité de

l'État et, lorsqu'elles visent l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, elles sont de portée limitée, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, parce qu'elles concernent exclusivement l'immunité *ratione personae*. Elle considère que les décisions des tribunaux nationaux, les normes internes et les autres types de déclarations des États sont peu nombreuses et manquent parfois d'homogénéité et d'uniformité mais qu'elles n'en présentent pas moins davantage d'intérêt, et elle conclut qu'il ne semble en aucun cas possible de nier l'existence d'une tendance claire témoignant de l'émergence d'une coutume. Selon elle, donc, la commission de crimes internationaux peut actuellement être considérée comme une limitation ou exception, fondée sur une norme du droit international coutumier, à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

La Rapporteuse spéciale s'efforce d'étayer l'exception qu'elle propose dans une section concernant ce qu'elle qualifie de fondement « systémique » de l'exception. Le fait qu'elle ait jugé nécessaire de se livrer à une telle analyse, et les termes qu'elle utilise au paragraphe 190 de son rapport, donnent à penser qu'elle n'est pas totalement convaincue de l'existence d'une norme de droit international coutumier malgré ce qu'elle affirme plus haut dans son rapport.

S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 7, M. Singh ne voit aucune raison de consacrer un alinéa distinct aux crimes liés à la corruption en tant qu'exception ou limitation à l'immunité de juridiction pénale étrangère. La Rapporteuse spéciale semble considérer que la corruption emporte généralement limitation de l'immunité ; mais, comme il n'est pas toujours facile de distinguer les actes officiels des actes privés et de corruption, on peut aussi considérer qu'il s'agit d'une exception à l'immunité. Si les crimes liés à la corruption sont considérés comme une limitation à l'immunité, on voit mal pourquoi ils ne sont pas envisagés au paragraphe 1 du projet d'article 6. Si, par contre, ils doivent être considérés comme une exception, il est alors nécessaire d'identifier les fondements de cette exception, que ce soit en droit international coutumier ou en droit conventionnel, ou au moins d'avancer des arguments convaincants à l'appui d'une nouvelle exception conventionnelle.

Quoi qu'il en soit, aucune des conventions citées par la Rapporteuse spéciale concernant la corruption en tant qu'infraction distincte ne confirme que les crimes liés à la corruption doivent être considérés comme fondant une limitation ou une exception à l'immunité. Ces conventions disposent au contraire que ces crimes doivent faire l'objet de poursuites par l'État lésé et que, si le procès a lieu à l'étranger, l'État lésé doit lever l'immunité des représentants concernés.

S'agissant de la pratique des tribunaux internes, l'analyse de la Rapporteuse spéciale est incorrecte et partielle. Un examen plus approfondi des décisions judiciaires citées comme exemples d'affaires dans lesquelles les tribunaux internes ont généralement refusé l'immunité à des représentants de l'État accusés de corruption montre que ces décisions n'étaient pas les positions de la Rapporteuse spéciale. De plus, l'affaire *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, dans laquelle un tribunal suisse a accordé l'immunité, n'est mentionnée que dans une note de bas de page.

S'agissant de l'alinéa c) du paragraphe 1 du projet d'article 7, la Commission devra, avant d'envisager une éventuelle exception territoriale, analyser certaines questions plus avant. Il semble être généralement admis que, lorsqu'un représentant étranger est accusé d'avoir commis un crime grave sur le territoire d'un État et que cet État n'a pas consenti à l'activité qui a abouti au crime ou, plus généralement, à la présence du représentant étranger sur son territoire, celui-ci n'a pas droit à l'immunité. Telle a été la position adoptée par M. Kolodkin, ainsi que par la justice anglaise dans l'affaire *Khurts Bat*.

Le projet d'article proposé est toutefois muet en ce qui concerne les activités militaires, généralement considérées comme n'entrant pas dans le champ d'application de l'exception territoriale. En l'absence de preuves claires de l'existence d'une pratique des États dans un sens différent, il serait peu judicieux d'adopter une disposition rédigée en termes absolus et qui s'appliquerait à tous les types d'activités menées par des représentants d'États étrangers sur le territoire de l'État du for. Particulièrement pertinente à cet égard est l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a jugé qu'un État continuait de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsqu'étaient en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées, même lorsque les actes en question avaient eu lieu sur le territoire de l'État du for. Même si la Cour a expressément déclaré que ses conclusions étaient sans préjudice de la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, le raisonnement suivi dans cet arrêt est particulièrement pertinent aux fins des travaux de la Commission. Bien que la Rapporteuse spéciale semble être du même avis, l'analyse qui figure dans son rapport n'est pas reflétée dans le projet d'article proposé.

Le paragraphe 2 du projet d'article 7, qui dispose que les éventuelles exceptions ne s'appliquent pas aux personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* aussi longtemps qu'elles jouissent de cette immunité, reflète la pratique existante et ne devrait pas être controversé. Toutefois, compte tenu des observations qu'il vient de faire, M. Singh n'est pas favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

M. Tladi, se référant à la déclaration de M. Singh, dit qu'il ne faut pas considérer la « législation d'application » adoptée par les États parties au Statut de Rome comme dénuée de pertinence : par exemple, la législation d'application de l'Afrique du Sud ne concerne pas seulement les procédures devant la Cour pénale internationale, comme l'atteste une affaire importante récente, dans laquelle la Cour constitutionnelle a finalement jugé que les autorités sud-africaines étaient tenues d'enquêter sur les allégations d'actes de torture qui auraient été commis au Zimbabwe – une affaire dont n'est pas saisie la Cour pénale internationale. Il est donc important de considérer avec une certaine prudence la question de la pratique découlant du Statut de Rome ou relative à celui-ci. Cette pratique peut très bien être pertinente, mais il faut examiner les circonstances de chaque espèce ; sa pertinence est de toute manière réduite du fait qu'elle relève de l'application d'un traité particulier.

Une autre raison d'envisager avec prudence la pratique relative au Statut de Rome est que les juges de la Section préliminaire de la Cour pénale internationale n'ont pas toujours interprété de manière cohérente le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome et sa relation avec l'article 27 du même texte. La Commission devrait donc s'abstenir de prendre des positions définitives au sujet des règles relatives aux immunités découlant de cette relation particulière.

En ce qui concerne notamment les affaires sud-africaines mentionnées à la séance précédente, il est intéressant de noter que l'exécutif et les tribunaux n'étaient pas d'accord sur le point de savoir s'il existait des exceptions à l'immunité *ratione personae* en droit international coutumier. Si les tribunaux ont jugé qu'il existait des exceptions en droit interne, elles ont à leur grand regret estimé qu'il n'y en existait pas en droit international.

M. Murphy dit que, pour donner effet au Statut de Rome, certains pays, par exemple l'Afrique du Sud, vont au-delà de ce que requiert le Statut. Toutefois, comme indiqué dans le rapport de la Rapporteuse spéciale, c'est essentiellement pour assurer la coopération avec la Cour pénale internationale que la non-applicabilité de l'immunité est mentionnée dans les lois d'application de nombreux autres pays. C'est pourquoi il a compris que M. Singh voulait souligner que la Commission devait simplement être

prudente s'agissant d'affirmer que les législations d'application étayaient l'existence de telle ou telle tendance.

M. Kamto dit que la Commission doit faire preuve de prudence lorsqu'elle traite du sujet des immunités. Il appuie lui aussi vigoureusement le deuxième rapport de M. Kolodkin sur le sujet et, à cet égard, regrette l'affirmation trop générale de la Rapporteuse spéciale qui, dans son rapport, qualifie de minorité les membres de la Commission qui soutiennent qu'il n'y a pas d'exceptions à l'immunité. Il souscrit à l'observation selon laquelle il est peu judicieux de placer les opinions individuelles ou dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice sur le même plan que les décisions de la Cour, comme le fait la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport. De plus, il importe d'étudier avec soin si les immunités constituent une règle procédurale uniquement pour l'immunité *ratione personae*, comme la Rapporteuse spéciale tente de le démontrer dans son rapport, ou si elles sont aussi applicables à l'immunité *ratione materiae*.

M. Kamto dit qu'il ne souscrit pas aux arguments avancés contre l'inclusion du crime d'agression dans la liste des crimes ne bénéficiant pas de l'immunité. Il n'est pas logique de considérer que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ont leur place dans cette liste mais que le crime d'agression n'y a pas la sienne, alors qu'il est manifestement la cause desdits crimes. De plus, si la Commission décidait d'exclure le crime d'agression, elle adresserait un message déplorable à la communauté internationale, car depuis des années les États s'efforcent précisément de faire figurer ce crime dans cette liste, en particulier dans le cadre de la Conférence d'examen de Kampala. Il est difficile de comprendre qu'un chef d'État puisse être accusé d'avoir commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité mais jouisse de l'immunité lorsqu'il commet un acte d'agression.

M. Kamto dit qu'il souscrit aux observations de M. Šturma concernant les crimes liés à la corruption. S'ils doivent faire l'objet d'une limitation ou d'une exception à l'immunité, il est difficile de ne pas traiter de la même manière d'autres types de criminalité transnationale organisée, comme la traite des êtres humains. Certes, la corruption est un problème grave qu'on ne saurait méconnaître, mais tous les crimes graves ne peuvent être traités de la même manière. Si la Commission admet l'existence d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, elle devra décider à raison de quels crimes ces exceptions sont applicables. Actuellement, aucun autre crime que ceux visés à l'article 5 du Statut de Rome ne semble relever de ces exceptions.

Il importe que la Commission, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, ne complique pas les relations entre les États. Si elle déclare qu'il existe des exceptions sans clairement les identifier et les définir, ceux-ci pourraient être enclins à invoquer des exceptions à l'immunité pour poursuivre les dirigeants d'autres États présents sur leur territoire pour la seule raison qu'ils ont intérêt à le faire, et les nations les plus puissantes, ou même des États d'égale puissance, pourraient ainsi créer le chaos en décidant d'invoquer de telles exceptions à leur profit.

M. Saboia appuie les observations de M. Kamto concernant le crime d'agression. Bien qu'il ait précédemment déclaré que le moment n'était pas encore venu d'ajouter la corruption à la liste des crimes à raison desquels l'immunité ne pouvait être invoquée, il convient que la question mérite d'être examinée de manière plus approfondie.

M. Candiotti dit que les critiques de M. Singh concernant le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale semblent reposer sur le seul fait qu'il n'existerait pas de règle coutumière justifiant l'existence de crimes à raison desquels l'immunité de juridiction pénale étrangère ne peut être invoquée. En réponse à la déclaration de M. Kamto, il souligne que le mandat de la Commission est d'abord de développer progressivement le droit puis de le codifier. La Commission a toujours fait l'un et l'autre dans le cadre de ses travaux.

M. Hmoud félicite la Rapporteuse spéciale pour son rapport équilibré sur une question qui a des conséquences à la fois juridiques et politiques, à savoir les exceptions et limitations à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Comme ce rapport repose sur une analyse approfondie et exhaustive de la pratique des États et d'une abondante jurisprudence, il aidera les États et autres acteurs concernés à appliquer, en matière d'immunités, un régime bien défini qui tienne compte des intérêts légitimes en présence. L'orateur indique qu'étant donné la longueur et le degré de détail du rapport, ses observations n'auront qu'un caractère préliminaire.

Il ressort clairement de la Charte des Nations Unies que les principes du droit international tels que la protection des droits de l'homme fondamentaux, l'égalité souveraine des États, la justice et le respect des obligations découlant du droit international, y compris la non-agression et le respect de l'intégrité territoriale, ne s'excluent pas mutuellement mais se complètent et doivent toujours être appliqués et interprétés de manière à assurer autant que possible leur pleine réalisation. Depuis la fin des années 1940, ces principes fondamentaux et le règlement pacifique des différends ont largement contribué à une réduction des tensions internationales et ont ainsi contribué à éviter les guerres. On peut dire de même de la lutte contre l'impunité et de la consolidation de la primauté du droit pénal international et de la justice pénale. La mise en œuvre de la responsabilité ne doit pas être considérée comme une ingérence dans les affaires intérieures des États, une violation de leur souveraineté ni un moyen de défier la volonté de leur peuple. Au contraire, l'impunité et l'injustice nourrissent les tensions au niveau mondial et sapent les principes juridiques fondamentaux sur lesquels reposent les relations interétatiques.

La Commission doit donc, dans ses travaux sur le sujet à l'examen, réaliser, entre des intérêts légitimes très divers, un équilibre que la Rapporteuse spéciale a réussi à mettre en œuvre dans son cinquième rapport. Si un État a le droit de protéger sa souveraineté, d'exercer sa juridiction dans les limites du droit international et de ne pas être soumis à la juridiction d'un autre État, le droit international ne le laisse pas complètement libre d'empêcher un autre État d'exercer sa juridiction quand celui-ci a un intérêt légitime à le faire. En matière civile, le droit international a remplacé la notion d'immunité absolue de l'État par celle d'immunité restreinte dans le cadre de litiges de nature commerciale, concernant la responsabilité civile ou le droit du travail et de l'emploi. Cette évolution est reflétée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant les *Immunités juridictionnelles de l'État*, qui distingue lui aussi les *acta jure imperii* des *acta jure gestionis*. Les États ne commettent pas d'infractions, même si leur responsabilité civile peut être engagée à raison de la violation de certaines normes par leurs représentants, dont la responsabilité pénale peut être engagée. Incriminer le représentant n'est pas synonyme d'incriminer l'État. Cette différence a déjà été reconnue par le Tribunal militaire international de Nuremberg lorsqu'il a jugé que « [c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international ». La création de juridictions pénales internationales a été rendue possible par cette distinction entre la responsabilité de l'État et celle de l'individu et entre l'immunité de l'État et celle de l'individu.

On constate néanmoins une tendance préoccupante à remettre en question la légitimité du système de justice internationale. À l'évidence, il existe toujours des intérêts politiques, et des arguments spécieux invoquant des injustices effectivement commises pour affaiblir la justice pénale internationale, ou qui défendent l'immunité des représentants de l'État pour promouvoir leur impunité, sont de nouveau avancés. Il faut, à titre de politique juridique générale, préserver l'intérêt qu'a la communauté internationale dans son ensemble à se protéger contre les crimes les plus graves et les violations du *jus cogens*. Il faut donc tenir compte de la nécessité de préserver les intérêts légitimes, notamment d'assurer le respect de l'obligation de coopérer des juridictions nationales et internationales. L'objectif

ultime de la Commission doit donc être, pour cette raison, de parvenir à un équilibre entre les droits des États et les droits des individus tout en donnant effet aux normes du *jus cogens*.

Dans au moins deux affaires concernant la responsabilité pénale et l'immunité d'agents de l'État, la Cour internationale de Justice aurait pu déclarer que le seul type d'immunité existant en droit international était l'immunité de l'État, mais elle ne l'a pas fait. Les représentants de l'État jouissent de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère. M. Hmoud pense comme la Rapporteuse spéciale qu'il ne semble pas exister en droit international coutumier de limitations ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae* des membres la troïka, parce qu'un État ne pourrait plus fonctionner et sa souveraineté serait compromise si un autre État pouvait exercer sa juridiction pénale à l'égard de son chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères. Même si ces personnes commettent un acte violent le *jus cogens*, elles doivent bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère aussi longtemps qu'elles sont en fonctions et une réparation doit être recherchée par d'autres moyens, y compris, éventuellement, des poursuites au plan international.

Si un État doit pouvoir exercer sa compétence légitime dans les limites du droit international coutumier à l'égard des représentants étrangers ayant commis une infraction nonobstant leur immunité *ratione materiae*, des garanties procédurales doivent être en place pour éviter les simulacres de procès ou les poursuites politiquement motivées. Le projet d'article 6, sur la portée de l'immunité *ratione materiae*, reflète la règle coutumière qui veut qu'un représentant de l'État jouisse de l'immunité de juridiction pénale étrangère uniquement à raison des actes accomplis dans l'exercice de l'autorité de l'État. Savoir si un acte a été « accompli à titre officiel » n'est toutefois pas toujours évident. La pratique montre que cette règle est difficile à mettre en œuvre, que les États et les tribunaux ont des positions divergentes sur cette question et que les représentants de l'État ne peuvent se voir accorder l'immunité à raison de tous les actes accomplis à titre officiel. De plus, cette règle exige, pour l'exercice de la compétence, que l'État du for et ses tribunaux déterminent l'étendue des pouvoirs officiels de la personne en cause. Les commentaires du projet d'article devraient donc aider les États du for à procéder à cette détermination sur la base de critères objectifs, conformément à la procédure applicable.

Par le passé, les tribunaux ont exercé leur compétence pour connaître d'actes pouvant être considérés comme accomplis à titre officiel lorsque ces actes touchaient spécialement l'État du for. Une infraction qui cause un préjudice corporel sur le territoire d'un État ou qui cause un préjudice aux ressortissants ou aux intérêts nationaux d'un État hors de son territoire peut être considérée comme entrant dans cette catégorie ; certaines infractions ne sont donc pas couvertes par l'immunité *ratione materiae*, mais là encore des garanties procédurales doivent être en place pour éviter les poursuites politiquement motivées. M. Hmoud pense donc avec la Rapporteuse spéciale que l'« exception territoriale » doit figurer dans le projet d'article 7, bien qu'il préférerait ne pas utiliser ce terme qui a une connotation de droit civil, alors que le projet d'articles concerne l'exercice de la juridiction pénale.

L'immunité *ratione materiae* ne devrait pas s'appliquer à la corruption, que les actes en cause soient ou non commis à titre officiel.

S'agissant des crimes internationaux et des violations de normes du *jus cogens*, M. Hmoud appelle l'attention sur le fait que, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice ne s'est pas penchée sur la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. L'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire ne doit donc pas être interprété comme établissant l'existence d'un droit coutumier à l'immunité *ratione materiae* de l'exercice de la juridiction pénale à raison de toutes les violations par un représentant étranger des normes du *jus cogens*. Par contre, si le droit d'un État

d'exercer ses fonctions souveraines risquait d'être entravé par l'exercice par l'État du for de sa juridiction à l'égard de ses représentants, ses intérêts légitimes devraient, sous certaines conditions, être protégés contre cet exercice même lorsque son représentant a violé une norme du *jus cogens*. L'une de ces conditions est effectivement l'existence d'une autre instance devant laquelle le représentant peut faire l'objet de poursuites. Toutefois, comme l'application des règles de fond du *jus cogens* prévaut sur celle des règles de l'immunité *ratione materiae* des représentants étrangers, ces dernières doivent être écartées lorsque leur application aboutirait à l'impunité à raison de violations de normes du *jus cogens*. De plus, il est bien établi en droit international coutumier que dans de tels cas la qualité officielle de l'auteur de l'infraction est sans pertinence du point de vue de la responsabilité pénale individuelle comme de l'immunité.

La Rapporteuse spéciale a démontré dans son rapport que le droit international justifiait l'énoncé dans le projet d'articles de la Commission d'exceptions et de limitations à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes internationaux ou de violations du *jus cogens*. Dans le même temps, les garanties nécessaires doivent être en place pour que l'État du représentant ne fasse pas l'objet d'un exercice illicite de sa juridiction par l'État du for dans le cadre d'un simulacre de procès ou de poursuites politiquement motivées. Les fonctions souveraines de l'État du représentant ne doivent pas subir d'atteintes et doivent être prises en considération par le tribunal lorsqu'il décide d'accorder ou non l'immunité. Dans le même temps, l'application effective des normes du *jus cogens* doit être l'objectif ultime lorsque l'on met en balance les intérêts légitimes.

S'agissant du projet d'article 7, M. Hmoud dit que le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées ont bien leur place dans la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, car ces crimes préoccupent la communauté internationale dans son ensemble. Il pense comme M. Murase et M. Kittichaisaree que l'agression devrait aussi figurer dans cette liste, car elle constitue une violation des normes du *jus cogens*. Étant donné la distinction entre un acte d'agression commis par un État et le crime d'agression commis par un individu, le projet d'articles devrait contenir une clause sans préjudice, de manière à ne pas porter atteinte à l'autorité des organes de l'Organisation des Nations Unies. L'orateur dit qu'il est également favorable à l'inclusion du crime d'apartheid, dont l'interdiction est une norme impérative du droit international.

En conclusion, il recommande le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

M. McRae félicite la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport, fruit de recherches approfondies, qui constitue un effort louable pour concilier les opinions divergentes exprimées au sein de la Commission sur la question des exceptions à l'immunité. La Rapporteuse spéciale propose une approche réfléchie des infractions auxquelles les exceptions à l'immunité s'appliqueraient et des personnes qui jouissent de l'immunité sans exception, à savoir les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. Ce faisant, elle a indiqué avec beaucoup de franchise que ce qu'elle proposait ne correspondait pas au droit international positif, mais qu'elle relevait une tendance et invitait la Commission à jouer son rôle dans la poursuite de cette tendance. Elle ne propose pas que la Commission souscrive à l'opinion de ceux qui considèrent que, comme la pratique des États relevant du droit international coutumier ne consacre pas d'exceptions à l'immunité, la Commission ne doit pas le faire non plus.

La Rapporteuse spéciale reconnaît qu'accorder ou refuser l'immunité aux représentants d'États étrangers accusés de crimes internationaux graves risque d'avoir un impact sur la capacité des États de conduire leurs activités internationales sans entraves. M. McRae dit que les questions que lui-même se pose à cet égard sont celles de savoir si les exceptions à l'immunité peuvent avoir des implications pour la lutte contre l'impunité, s'il existe des éléments attestant que les cas relativement rares dans lesquels des représentants

étrangers ont été accusés de crimes graves avaient effectivement entravé la conduite des affaires internationales et quel type de garanties procédurales rendrait les exceptions à l'immunité plus acceptables lorsque des représentants d'États étrangers font l'objet de poursuites.

Il se demande si, dans sa composition future, la Commission s'en tiendra à ce dont les États sont convenus comme critère pour ses travaux. Considérera-t-elle que son rôle est avant tout d'identifier la *lex lata* ou que le développement progressif du droit international *de lege ferenda* fait partie intégrante de ce rôle et n'est ni distinct de la codification ni moins important que celle-ci ? Fera-t-elle sienne la tendance en gestation identifiée par la Rapporteuse spéciale ou cherchera-t-elle à y mettre fin ? M. McRae dit qu'il observera avec intérêt de quel côté de l'histoire la nouvelle Commission voudra se placer.

M. Petrič dit qu'il convient pleinement avec M. McRae que la Commission doit faire montre de davantage d'ambition. L'idée que seuls les membres de la troïka jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère est fondée sur ce que l'on considérerait comme la pratique internationale sur la base d'une décision adoptée il y a de nombreuses années par la Cour internationale de Justice, avec de nombreuses opinions dissidentes, mais elle ne tient pas compte de la réalité du monde contemporain, dans lequel les ministres de la défense et des finances peuvent exercer davantage de fonctions que les ministres des affaires étrangères.

M. Kittichaisaree demande à la Rapporteuse spéciale si elle a l'intention de présenter un sixième rapport en 2017.

M^{me} Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale) dit qu'en 2017 elle a l'intention de présenter un sixième rapport, consacré aux aspects procéduraux et aux garanties procédurales des droits des représentants de l'État assujettis à la juridiction pénale étrangère, car il peut être profitable pour la Commission d'examiner ces questions parallèlement à celle des exceptions et limitations à l'immunité.

La séance est levée à 11 h 40 pour permettre au Comité de rédaction sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés de se réunir.