



# Assemblée générale

Soixante-septième session

Documents officiels

Distr. générale  
3 janvier 2013  
Français  
Original : anglais

---

## Sixième Commission

### Compte rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance

Tenue au Siège, à New York, le lundi 5 novembre 2012, à 10 heures

*Président* : M. Chekkori (Vice-Président)..... (Maroc)

## Sommaire

Point 79 de l'ordre du jour: Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-quatrième sessions (*suite*)

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications. Celles-ci doivent porter la signature d'un membre de la délégation intéressée et être adressées, *dans un délai d'une semaine à compter de la date de publication*, au Chef de la Section d'édition des documents officiels, bureau DC2-750, 2 United Nations Plaza, et également être portées sur un exemplaire du compte rendu.

Les rectifications seront publiées après la clôture de la session, dans un fascicule distinct pour chaque commission.

12-57340 (F)



Merçi de recycler 



En l'absence de M. Sergeyev (Ukraine), M. Chekkori (Maroc), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 10h10.

**Point 79 de l'ordre du jour: Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-quatrième sessions (suite) (A/67/10)**

1. **M. Huth** (Allemagne) déclare, s'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, que sa délégation n'a pas d'idées préconçues quant au résultat éventuel des travaux de la Commission du droit international (CDI) sur le sujet mais qu'elle est convaincue que le point de départ doit être une analyse solide et approfondie de la pratique des États et plus précisément de l'*opinio juris*. Il rappelle la position de sa délégation, à savoir que la CDI doit fonder ses travaux sur la *lex lata*. Les règles de l'immunité sont essentiellement des règles du droit international coutumier du fait que, dans les domaines politiquement délicats de la délimitation des pouvoirs souverains de l'État et du respect mutuel entre les États, un État qui prétend exercer sa juridiction à l'égard des représentants d'un autre État risque d'empiéter sur les droits de ce dernier. Les règles de la *lex lata*, qui mettent en balance le droit souverain des États concernés, se sont révélées généralement acceptables et sont donc suivies, les États fondant leur comportement sur des règles coutumières acceptées afin de ne pas compromettre leurs relations mutuelles.

2. La délégation allemande souscrit à la plupart des questions identifiées aux paragraphes 71 à 77 du rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/654) et convient qu'un plan de travail détaillé permettra de mieux structurer les travaux de la CDI sur le sujet; toutefois, certains des aspects de ce plan appellent un examen plus approfondi. En particulier, l'analyse de l'immunité dans les systèmes de valeurs et de principes du droit international contemporain devrait reposer sur une *opinio juris* précisément identifiée et sur la pratique des États en la matière et non sur des considérations abstraites. On peut douter que cette analyse puisse être menée alors que les travaux viennent de commencer car elle risque de préjuger certains résultats. En ce qui concerne les « questions générales d'ordre méthodologique et conceptuel » mentionnées au paragraphe 72 du rapport préliminaire, il conviendrait d'examiner s'il faut faire une distinction conceptuelle entre l'immunité de la

juridiction civile étrangère et l'immunité de la juridiction pénale étrangère.

3. L'immunité n'entraîne pas inévitablement l'impunité. S'il est capital de combattre l'impunité, les États doivent exercer leur compétence à l'égard de leurs représentants si ces derniers sont soupçonnés d'avoir commis des infractions, et ils peuvent aussi lever leur immunité. Si ces mécanismes traditionnels ne fonctionnent pas, il y a toujours la possibilité de recourir aux juridictions internationales, même si la délégation allemande croit comprendre la position de la CDI, à savoir que la question de l'immunité de représentants de l'État de la compétence pénale internationale ne relève pas des travaux sur le sujet.

4. L'inscription au programme de travail à long terme de la CDI du sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier est une bonne chose. La délégation allemande fait pleinement sien et appuie l'objectif de l'étude par la CDI du droit international coutumier – donner des indications pratiques aux magistrats, avocats, diplomates et conseillers juridiques des gouvernements appelés à appliquer ce droit – et elle partage l'opinion des membres de la CDI qui préconise la modestie dans l'approche du sujet. Comme le droit international coutumier est un domaine trop important pour être étudié dans sa totalité, la CDI devrait axer ses travaux sur ses aspects pratiques et sur les juges ou juristes nationaux qui ont besoin de conseils. La délégation allemande entend suivre de près les travaux et est prête à les appuyer en fournissant à la CDI des informations sur la pratique allemande en la matière. Elle encourage les États et les organisations internationales à faire de même car l'analyse de la pratique des États est essentielle pour aboutir à des résultats concrètement utiles pour les praticiens du droit international.

5. S'agissant du sujet de l'application provisoire des traités, cette application, prévue à l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, est devenue plus fréquente au fil des ans, en particulier lorsque la longueur des procédures nationales de ratification empêche l'entrée en vigueur rapide d'un traité. La pratique est également fréquente pour les traités bilatéraux et les instruments multilatéraux. La délégation allemande croit comprendre que l'application provisoire d'un traité signifie que ses règles entreront en vigueur et régiront les relations entre les États qui négocient le traité ou entendent y devenir parties dans la mesure où cette application est

convenue. Les États peuvent décider de limiter l'étendue de l'application provisoire d'un traité, comme cela a été fait pour de nombreux traités conclus avec la participation de l'Allemagne. Dans de tels cas, l'étendue de l'application provisoire est décidée soit dans le traité lui-même soit dans l'instrument consacrant l'accord relatif à l'application provisoire.

6. Dans de nombreux pays, notamment en Allemagne, c'est le droit interne qui détermine la mesure dans laquelle l'application provisoire d'un traité peut être décidée ou mise en œuvre. Si l'application d'un traité appelle une modification de la législation interne d'un État participant aux négociations ou l'adoption de mesures législatives, l'application provisoire par cet État est impossible, au moins tant que la législation concernée n'a pas été modifiée ou adoptée. Il peut en être de même si le financement qu'exige l'application du traité doit être approuvé par le Parlement. Il est donc fréquent que les États limitent l'application provisoire d'un traité par référence à leur droit interne applicable, en indiquant clairement qu'ils peuvent ne pas être en mesure d'exécuter toutes les obligations conventionnelles. À défaut, ils peuvent décider que l'application provisoire du traité commencera à compter de la notification de l'accomplissement des procédures internes nécessaires.

7. L'application provisoire des traités n'est pas l'expression du consentement d'un État à être lié, pas plus qu'elle ne donne naissance à une obligation de formuler un tel consentement. Le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne dispose qu'un État qui décide qu'il n'a pas l'intention de devenir partie au traité – par exemple parce que le Parlement a refusé de le ratifier – peut mettre fin à son application provisoire. La question de savoir si et comment des États qui ont déjà consenti à être liés par un traité qui n'est pas encore entré en vigueur peuvent mettre fin à l'application provisoire de ce traité dépendra par contre du libellé de l'accord prévoyant cette application.

8. S'agissant des traités dans le temps, la délégation allemande se félicite de la décision de la CDI de modifier l'orientation de ses travaux, comme proposé par le Groupe d'étude, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), et de la nomination de la Rapporteuse spéciale chargée du sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». Elle attend avec intérêt le premier rapport de la Rapporteuse spéciale, qui rendra le travail précieux accompli jusqu'ici plus accessible

pour les États que lorsqu'il était mené dans le cadre du Groupe d'étude.

9. La délégation allemande accueille aussi avec satisfaction le travail accompli par le Groupe d'étude lors de la dernière session et en particulier la finalisation des conclusions préliminaires du Président du Groupe. La décision de modifier le titre et de limiter la portée du sujet aidera la CDI à se concentrer sur l'effet juridique des accords et de la pratique ultérieurs en ce qui concerne l'interprétation des traités et les questions connexes. La délégation allemande engage vivement les États et les organisations internationales à communiquer à la CDI des informations sur leur pratique à cet égard.

10. **M. Bonifaz** (Pérou) déclare, au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, que si sa délégation a exprimé son désaccord avec certaines des conclusions figurant dans les rapports du précédent Rapporteur spécial, la rigueur et la richesse de ces rapports n'en contribueront pas moins aux travaux futurs sur le sujet. L'enthousiasme de la nouvelle Rapporteuse spéciale et son attachement aux activités de la CDI portent déjà ses fruits comme le montre la présentation de son premier rapport, décrit comme « transitionnel ».

11. Il est important de recenser les aspects de fond du sujet avant de se pencher sur ses aspects opérationnels; la délégation péruvienne souscrit à l'approche par étapes proposée par la nouvelle Rapporteuse spéciale. À cet égard, le sujet de l'immunité devrait être envisagé tant du point de vue de la *lex lata* que de la *lex ferenda*; car séparer les deux approches risque d'aboutir à des incohérences systémiques étant donné le développement du sujet et ses liens étroits avec divers domaines du droit international. L'approche méthodologique consistant à distinguer entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* est opportune étant donné les caractéristiques particulières de chaque type d'immunité et leur développement en droit international. La délégation péruvienne convient également que le caractère fonctionnel de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est la clé de la reconnaissance de cette immunité.

12. Comme l'a noté la Rapporteuse spéciale, si l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a des conséquences sur le régime juridique applicable à la responsabilité

internationale individuelle, il a aussi des implications directes pour la responsabilité de l'État, et vice-versa. Il faut donc analyser plus avant ces implications pour éviter toute confusion dans l'application du régime pour chaque type de responsabilité.

13. En ce qui concerne les questions figurant au paragraphe 63 du rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/654), la délégation péruvienne estime que les membres de la « troïka » – le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères – doivent jouir de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Toutefois, étant donné la réalité des relations internationales, il est quelque peu artificiel de tracer une ligne excluant d'autres hauts responsables, comme le ministre du commerce international, alors que la raison d'être de l'immunité est son caractère fonctionnel. Établir une liste des représentants de l'État jouissant de l'immunité n'est pas la meilleure solution car les représentants concernés sont désignés différemment selon les États. Une approche restrictive, fondée sur la fonction du poste, devrait donc être adoptée. La CDI pourra vouloir analyser plus avant les critères susceptibles d'être utilisés pour recenser les représentants de l'État pouvant jouir de l'immunité en raison de leurs fonctions. Il faut aussi tenir compte du fait que la signification du terme « représentant » varie selon le régime juridique de chaque État. La délégation péruvienne souscrit donc à la proposition de la Rapporteuse spéciale tendant à ce que la CDI réexamine la question afin de mieux délimiter la portée du sujet. Il convient de souligner que les travaux de la CDI ne doivent pas donner naissance à des situations d'impunité, en particulier en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves.

14. Les travaux de la Commission sur la question de la portée et de l'application de la compétence universelle sont étroitement liés aux sujets de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*). La question de la compétence universelle a pour la première fois été inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée générale à sa soixante-quatrième session et a été examinée en profondeur pendant deux ans par le Groupe de travail de la Commission; la délégation péruvienne considère que le moment est maintenant venu de demander l'assistance de la CDI car le sujet nécessite des compétences juridiques que cette dernière peut fournir. Certains membres de la CDI ont déjà proposé que

celle-ci entreprenne une analyse de la compétence universelle étant donné la connexité de cette question avec d'autres sujets déjà inscrits à l'ordre du jour de la CDI. La délégation péruvienne engage donc vivement la Commission à recommander que la CDI se penche sur la question de la compétence universelle pour harmoniser ses travaux, ce qui serait aussi à l'avantage de la Commission.

15. **M<sup>me</sup> Maeng Sujin** (République de Corée) dit que comme l'indique la Rapporteuse spéciale, l'harmonisation entre la *lex lata* et la *lex ferenda* est cruciale en ce qui concerne le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qui est étroitement lié à des questions juridiques majeures comme le renforcement de l'état de droit et la lutte contre l'impunité. Étant donné le mandat de la CDI, promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification, la délégation de la République de Corée considère aussi qu'une approche déductive du sujet serait plus efficace qu'une approche inductive et que la CDI devrait recenser et développer les règles pertinentes sur la base de la pratique des États et de la jurisprudence nationale et internationale.

16. Si le précédent Rapporteur spécial avait noté que l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* avaient des conséquences juridiques différentes s'agissant du bénéficiaire de l'immunité, la nécessité d'invoquer celle-ci et sa levée, il n'en reste pas moins difficile de distinguer clairement entre les bénéficiaires des deux types d'immunité. De plus, si l'on élargit la portée de l'immunité *ratione personae* à certains autres « représentants de haut rang » au lieu de la limiter à la « troïka », il risque d'être difficile de déterminer qui exactement a droit à l'immunité, étant donné notamment la diversité des systèmes politiques nationaux. Des critères clairs permettant d'identifier les représentants concernés sont donc nécessaires. L'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, aux termes duquel les immunités accordées au ministre des affaires étrangères vise à permettre à celui-ci d'exercer efficacement ses fonctions au nom de l'État qu'il représente, peut être utile à cet égard.

17. En ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, il est important de définir l'expression « acte officiel » et d'examiner la relation entre les règles d'attribution en matière de responsabilité des États et les règles de

l'immunité des représentants de l'État pour déterminer si tel ou tel représentant agit à titre officiel, comme l'a proposé la Rapporteuse spéciale. Un examen approfondi de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* dans le droit de l'immunité de l'État serait également utile pour établir une liste des actes officiels.

18. Il faudrait, pour déterminer la portée des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, identifier le droit positif en analysant la pratique des États et les jurisprudences nationale et internationale pertinentes. S'il n'est pas possible d'identifier clairement le droit positif, il sera nécessaire, pour protéger les droits de l'homme et lutter contre l'impunité, de se demander s'il convient de reconnaître des limitations à l'immunité dans les cas de violation du *jus cogens* ou de crimes internationaux. Compte tenu des divergences de vues entre les États et les membres de la CDI en ce qui concerne la nécessité de prévoir des exceptions et le cas échéant l'étendue de telles exceptions, la délégation de la République de Corée demande à la CDI de faire preuve de prudence. Elle appuie la proposition de la Rapporteuse spéciale s'agissant des questions à analyser et espère que la CDI tiendra compte de tous les documents pertinents, y compris les rapports antérieurs et le mémorandum du Secrétariat (A/CN.4/596 et Corr.1), ainsi que des débats en son sein et à la Commission.

19. S'agissant de l'application provisoire des traités, il est nécessaire de clarifier le sens de l'expression « application provisoire » utilisée à l'article 25 de la Convention de Vienne. Si elle signifie qu'un traité entre en vigueur provisoirement en l'absence du consentement de l'État à être lié, il importe de se demander comment le régime de l'application provisoire peut être concilié avec les règles internationales fondées sur le consentement. Il faut aussi examiner la pratique des États quant à savoir comment une personne est habilitée à représenter un État aux fins d'exprimer le consentement de celui-ci à être lié par un traité « en attendant son entrée en vigueur », ainsi que les dispositions connexes, à savoir les articles 7, 8, 46 et 47 de la Convention. Par exemple, l'application provisoire de l'accord de libre-échange entre la République de Corée et l'Union européenne a exigé le consentement de l'Assemblée nationale de Corée, tout comme l'aurait exigé son entrée en vigueur. Comme l'accord a été provisoirement appliqué avec le consentement de

l'Assemblée, aucune mesure additionnelle n'a été prise en vue de son entrée en vigueur.

20. En ce qui concerne la relation entre les articles 18 et 25 de la Convention, ces deux articles s'appliquent à un traité en tant que régimes distincts avant son entrée en vigueur; en d'autres termes, l'obligation de s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur s'applique qu'il y ait ou non application provisoire. Si le traité lui-même prévoit une telle application, cette disposition sera protégée par l'article 18 de la Convention.

21. En ce qui concerne le sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier, il conviendrait de demander au Secrétariat d'élaborer un mémorandum sur la question, étant donné que le droit international coutumier conserve une fonction importante dans l'ordre juridique international. Quant au résultat final des travaux de la CDI sur le sujet, la délégation de la République de Corée pense avec la Rapporteuse spéciale qu'il devrait prendre la forme d'un ensemble de conclusions claires, concises et compréhensibles, accompagnées de commentaires, qui aideraient ceux qui n'ont pas de compétences particulières en droit international à déterminer si telle ou telle règle constitue une norme du droit international coutumier. Étant donné les diverses modalités de développement et de formation du droit international coutumier dans chaque domaine du droit international, et compte tenu de la pratique des États, il importe de décider à l'avance si la CDI doit rechercher une certaine uniformité dans le processus de formation et d'identification du droit international coutumier dans l'ensemble de l'ordre juridique international. La méthodologie utilisée pour recenser et évaluer la pratique des États doit également être examinée.

22. Le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) est intéressant en ce que son étude est susceptible de contribuer au renforcement de l'état de droit et à la lutte contre l'impunité. Toutefois, étant donné le résultat des débats de la CDI, le moment est venu de se demander si ce sujet relève bien de sa mission, la codification et le développement progressif du droit international. Quoi qu'il en soit, certaines questions de fond appellent des observations.

23. Il ne serait guère utile d'harmoniser les dispositions relatives à l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans tous les traités multilatéraux étant

donné l'incertitude sur le point de savoir si la pratique des États en la matière est cohérente, malgré la présence de la « formule de La Haye » dans les traités relatifs aux infractions contre l'aviation civile. Il ne serait pas non plus opportun que la CDI concentre son étude sur l'interprétation, l'application et la mise en œuvre de telle ou telle disposition relative à l'extradition ou aux poursuites si cette entreprise ne doit pas aboutir à l'identification de principes généraux du droit international. Quant à la proposition tendant à ce que la CDI axe ses travaux sur l'extradition ou les poursuites contre des personnes accusées des crimes de droit international les plus graves, de tels travaux seraient superflus car l'article 9 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité traite de la même question. Enfin, une analyse de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* serait utile parce que l'une des principales questions se posant en l'espèce consiste à déterminer si l'État avait exécuté son obligation conventionnelle ou coutumière d'extrader ou de poursuivre. Certains juges ont formulé des opinions individuelles niant l'existence d'une telle obligation coutumière en droit international général, même si l'avis de la Cour elle-même n'est pas totalement clair sur ce point.

24. Enfin, s'agissant du sujet des traités dans le temps, la délégation de la République de Corée appuie la décision de la CDI de nommer le Président du Groupe d'étude Rapporteur spécial pour le sujet, désormais intitulé « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » mais elle considère qu'il serait prématuré de commenter les six conclusions préliminaires additionnelles du Président du Groupe d'étude.

25. **M. Nikolaichik** (Biélorus) dit que sa délégation est favorable à l'élaboration rapide par la CDI d'un document recensant les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il demande à la CDI d'interpréter le titre du sujet littéralement pour en déterminer la portée et de codifier les règles régissant l'immunité des représentants de l'État devant les tribunaux des États étrangers. La CDI pourrait envisager des propositions *de lege ferenda* pour promouvoir le développement progressif des règles et éliminer les lacunes dans celles qui régissent le statut juridique international des représentants de l'État. Les

rapports de la Rapporteuse spéciale et de la CDI devraient distinguer clairement entre *lex lata* et *lex ferenda*.

26. L'immunité des représentants de l'État découle de celle de l'État, définie par les principes de l'égalité souveraine des États et de la non-ingérence dans leurs affaires intérieures, et elle est liée à leurs fonctions officielles. Certains représentants incarnent l'État dans les relations internationales et leur immunité est, en substance, celle de l'État. Les plus hauts représentants de l'État possèdent une immunité absolue (*ratione personae*) en vertu de leur statut puisque, outre qu'ils représentent l'État au plan international, ils accomplissent aussi des fonctions internes qui sont critiques pour la souveraineté de l'État. La position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* étaye cette opinion et exprime à l'évidence la *lex lata*.

27. L'identification de critères permettant d'accorder l'immunité *ratione personae* à des hauts représentants de l'État autres que les chefs d'État et de gouvernement et les ministres d'affaires étrangères présente des difficultés. Déterminer si l'immunité *ratione personae* des hauts représentants de l'État se transforme en une immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) une fois que les intéressés ont quitté leur poste, ce qui signifie que si les actes qu'ils ont accomplis à titre officiel échappent à la compétence des tribunaux étrangers, les actes accomplis à titre privé peuvent faire l'objet de poursuites pénales, est aussi une entreprise empreinte de contradictions; la Convention des Nations Unies sur les missions spéciales de 1969 et ses travaux préparatoires devraient fournir des indications à cet égard. La CDI devrait tenir compte aux fins de l'examen du sujet des positions et de la pratique des États, des organisations intergouvernementales et des juridictions internationales, de même que du droit conventionnel et du droit international coutumier. Elle devrait par contre accorder moins de poids aux positions adoptées par les publicistes et les instances non gouvernementales s'agissant d'identifier l'orientation possible d'un développement progressif du droit.

28. La délégation du Bélarus n'estime pas que la proposition tendant à ce que la question de l'immunité des représentants de l'État soit examinée dans le contexte des valeurs essentielles de la communauté internationale soit particulièrement productive car il serait prématuré de tenter de circonscrire ces valeurs, outre que cela détournerait la CDI de sa tâche. Les principes fondamentaux du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies sont réellement essentiels pour la coopération et les relations amicales entre États. L'immunité des représentants de l'État fait partie intégrante de la souveraineté et de l'immunité de l'État; ainsi, la question de savoir si les représentants de l'État, qu'ils soient toujours en fonctions ou non, peuvent faire l'objet de poursuites pénales devant les tribunaux étrangers doit être examinée à la lumière des règles applicables du droit international, du respect de la souveraineté de l'État et des règles sur la levée de l'immunité.

29. La question du lien entre l'invocation par un État de l'immunité et sa responsabilité du fait de son représentant, soulevée par la Rapporteuse spéciale, mérite d'être examinée plus avant. La CDI pourrait se pencher sur les actes non autorisés ou *ultra vires* des représentants de l'État, à condition que le caractère impératif des règles fondamentales régissant l'immunité des représentants de l'État ne soit pas remis en question. Toutefois, la délégation du Bélarus estime que la question a déjà été réglée dans son principe par la CDI dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

30. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), une analyse de l'application des traités internationaux pertinents, les difficultés qu'elle pose et la position adoptée par les États intéressés contribueraient à une meilleure compréhension du sujet. La CDI et le Groupe de travail devraient également mener une analyse systématique de la pratique des États pour déterminer si l'obligation a acquis le statut de règle coutumière indépendante de l'existence d'un traité. Il serait utile de savoir comment l'exercice de la compétence universelle en ce qui concerne certaines catégories d'infractions peut affecter la naissance de l'obligation d'extrader ou de poursuivre en tant que règle coutumière et si inversement cette obligation peut affecter l'exercice de la compétence universelle. La CDI pourrait étudier le

rôle de la compétence universelle à la lumière de l'obligation d'extrader ou de poursuivre sans attendre que la Commission ait achevé ses travaux sur le sujet.

31. En ce qui concerne l'application provisoire des traités, les articles 18 et 25 de la Convention de Vienne demeurent pertinents et n'appellent aucune révision fondamentale. La délégation du Bélarus souscrit à la décision de la CDI d'examiner les dispositions de la Convention concernant les réserves, l'application provisoire et la pratique ultérieure des États parties dans des documents non directifs résumant la pratique des États sans altérer la Convention. L'application provisoire des traités apporte une stabilité juridique aux relations entre États et contribue à éliminer des obstacles dans de nombreux domaines d'activité. Cette pratique a toutefois un inconvénient, à savoir qu'elle permet aux États de retarder l'expression de leur consentement à être liés par le traité, dont l'application provisoire n'engendre pas d'obligation juridiquement contraignante. Pour encourager les États à exprimer plus rapidement leur consentement, la CDI pourrait se demander s'il ne conviendrait pas que l'application provisoire étendue de certaines dispositions conventionnelles acquiert le statut de coutume internationale *de lege ferenda*.

32. En application de l'article 32 de la Loi du Bélarus sur les traités internationaux, un traité qui fait l'objet d'une application provisoire avant son entrée en vigueur doit être appliqué de la même manière qu'un traité déjà entré en vigueur à compter de la date de sa signature par le Bélarus. La délégation du Bélarus pense elle aussi que l'obligation de ne rien faire qui aille à l'encontre de l'objet et du but du traité avant l'entrée en vigueur de celui-ci, établie à l'article 18 de la Convention de Vienne, est indépendante de l'application provisoire du traité et parallèle à celle-ci. Les résultats des travaux de la CDI sur le sujet devraient envisager tous les moyens permettant d'accepter l'application provisoire des traités, les conditions préalables à cette application et les effets de sa cessation.

33. Il serait utile d'analyser les différentes théories quant à la nature du droit international coutumier afin de mieux comprendre le processus de formation de ce droit et d'orienter les activités de codification futures. La CDI devrait examiner plusieurs questions connexes: comment les règles du droit international coutumier se forment, quelles sources permettent de constater l'existence de telles règles et dans quelles mesures le

processus de formation de ces règles s'est modifié sous l'influence des technologies de l'information et de la communication, des décisions des juridictions internationales et de la pratique conventionnelle internationale. La CDI doit clairement énoncer les principaux éléments des règles coutumières du droit international, et procéder notamment à une analyse de la pratique internationale et de l'*opinio juris*. Elle doit aussi se pencher sur le recensement des sujets de droit dont la pratique peut être source de formation de règles coutumières sur la distinction entre règles générales, régionales et locales du droit international coutumier. Si l'élaboration d'une convention ne se justifie pas, le résultat des travaux de la CDI pourrait prendre la forme d'un ensemble de conclusions ou de directives que les praticiens pourraient utiliser pour identifier les règles du droit international coutumier. Le principal objectif des travaux de la CDI sur le sujet devrait être d'aider les États et les autres sujets de droit international à mieux comprendre et exécuter leurs obligations juridiques internationales.

34. Pour ce qui est des traités dans le temps, la délégation du Bélarus appuie la décision du Rapporteur spécial de synthétiser, dans son premier rapport, les trois rapports qu'il a présentés au Groupe d'étude en sa qualité de Président de celui-ci afin que les États et autres parties intéressées puissent examiner le sujet sur la base d'un document synthétique unique et débattre des six conclusions préliminaires du Président.

35. **M. Stuerchler Gonzenbach** (Suisse) dit qu'il est nécessaire, lorsque l'on examine le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, de mettre en balance la lutte contre l'impunité et la nécessité de préserver des relations harmonieuses entre les États. Les divergences d'opinions sur des questions telles que l'étendue de l'immunité de juridiction et les personnes habilitées à l'invoquer montrent l'ampleur du défi que doit relever la CDI.

36. En ce qui concerne la demande que celle-ci a adressée aux États en vue d'obtenir des informations sur leur législation et leur pratique, les tribunaux suisses ont souvent été appelés à statuer sur la portée de l'immunité de membres de missions diplomatiques, missions permanentes et postes consulaires ainsi que de fonctionnaires d'organisations internationales; il n'y a guère de jurisprudence en ce qui concerne d'autres représentants de l'État. Toutefois, le Tribunal pénal fédéral a récemment été appelé à décider si l'ex-ministre de la défense d'un autre État, qui se trouvait

en Suisse pour une brève visite privée, pouvait légitimement invoquer l'immunité de la juridiction pénale après qu'une plainte eut été introduite contre lui pour des crimes de guerre qu'il aurait commis plusieurs années auparavant, dans son État d'origine, alors qu'il était Ministre de la défense. Le Tribunal pénal fédéral, invoquant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a jugé qu'un ministre de la défense en exercice avait droit à l'immunité *ratione personae* au regard du droit international public, reconnaissant ainsi que cette immunité n'était pas limitée à la « troïka » et pouvait aussi protéger d'autres représentants de haut rang. Ce faisant, il a considéré qu'un certain degré d'immunité survivait à la cessation des fonctions officielles. Il a aussi toutefois conclu que certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* devaient être admises et que l'immunité résiduelle du représentant de l'État ne l'exonérait pas de son éventuelle responsabilité à raison de violations graves des droits de l'homme. Le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître l'immunité de juridiction dans l'affaire dont il était saisi et a conclu que l'évolution du droit international tendait à limiter la portée de l'immunité dans de telles situations.

37. Des vues divergentes se sont exprimées sur le sujet, mais il est dans l'intérêt de la communauté internationale – comme dans celui de la Suisse, aussi bien en tant qu'État hôte que dans le contexte de sa politique de bons offices – de trouver des solutions aux questions en suspens. Le représentant de la Suisse encourage la CDI à adopter une approche par étapes afin d'éviter les discussions, au stade actuel, qui opposent immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Pour le moment, la CDI devrait axer ses travaux sur la situation des représentants de l'État en fonctions sans se soucier de leur situation une fois qu'ils ont quitté ces fonctions. La première étape devrait consister à déterminer quels représentants bénéficient de l'immunité de juridiction étant entendu que seules seront examinées les catégories qui ne sont pas encore couvertes par des conventions internationales et qu'il peut y avoir des différences quant à l'étendue de l'immunité accordée aux divers représentants de l'État identifiés en tant que tels.

38. Une fois qu'on est parvenu à un accord sur ce point, l'étape suivante pourrait consister à distinguer entre visites officielles et visites privées. À cette fin, il serait utile de définir l'expression « visite officielle », dont on pourrait considérer qu'elle désigne toutes les

visites effectuées par un représentant de l'État à l'invitation ou avec l'autorisation du gouvernement d'un autre État, à quelque niveau que ce soit, étant entendu que la portée de l'immunité peut varier selon le rang du représentant concerné. Une telle définition devrait couvrir non seulement les visites officielles bilatérales mais aussi les réunions de plusieurs États ou organes étatiques tenues sur le territoire d'un État donné avec son consentement. À cet égard, l'article 18 de la Convention sur les missions spéciales, qui dispose que les missions spéciales peuvent se réunir sur le territoire d'un État tiers avec le consentement express de cet État, pourrait servir de point de départ aux travaux. Bien que cette Convention ne soit pas universellement reconnue et ne compte que 45 États parties, ses éléments les moins contestés peuvent être retenus; par exemple, certains éléments découlent de la règle *venire contra factum proprium*, selon laquelle il est incontestable qu'un État ne saurait inviter officiellement le représentant d'un autre État et arrêter l'intéressé lorsqu'il arrive sur son territoire.

39. Ayant arrêté les définitions des termes « représentant de l'État » et « visite officielle », la CDI pourrait examiner la mesure dans laquelle des immunités doivent être accordées aux représentants de l'État en visite officielle, en tenant compte du fait que l'étendue de l'immunité peut varier en fonction du rang du représentant concerné. Une fois qu'un large accord aura été réalisé sur ces questions, il devrait être possible d'examiner les questions qui demeurent, comme celles du statut des représentants de l'État en fonctions en visite privée et celles des représentants de l'État qui ont quitté leurs fonctions.

40. À la lumière de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* et de la décision susmentionnée du Tribunal pénal fédéral, la délégation suisse estime qu'une large immunité de juridiction devrait être accordée non seulement aux membres de la « troïka », mais aussi à certains autres représentants de haut rang appelés à voyager régulièrement dans l'exercice de leurs fonctions. Au stade actuel, la délégation suisse ne fera pas d'observations sur la question de savoir si ces représentants doivent jouir de la pleine immunité de juridiction ou si des exceptions doivent être autorisées. De même, si ces représentants devraient pouvoir invoquer un certain degré d'immunité résiduelle après avoir quitté leurs fonctions, il est prématuré de discuter de l'étendue de cette immunité.

41. Enfin, le représentant de la Suisse indique que la Semaine du droit international est une excellente occasion de dialogue entre la CDI et la Commission. Cette relation étant bien établie, il n'y a aucune raison que la CDI se réunisse à New York; il est essentiel de promouvoir le droit international et son développement non seulement de New York, mais aussi de Genève, qui accueille la CDI et est un centre important pour le développement du droit international.

42. **M. Redmond** (Irlande), après avoir indiqué qu'une déclaration plus détaillée sera mise à la disposition des délégations sur le portail PaperSmart, déclare que sa délégation espère que la CDI continuera d'accorder la priorité au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il approuve le plan de travail détaillé pour le quinquennat en cours présenté par la Rapporteuse spéciale sur le sujet et pense comme elle que, étant donné la multiplicité des questions, il convient d'adopter une approche par étapes, en examinant chaque groupe de questions tour à tour. Il se félicite aussi de l'intention de la Rapporteuse spéciale de continuer d'actualiser le memorandum établi par le Secrétariat (A/CN.4/596 et Corr.1).

43. Le Parlement irlandais n'a pas adopté de loi sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Dans de tels cas, les tribunaux irlandais appliquent les règles pertinentes du droit international coutumier; toutefois, en pratique, la question de l'immunité ne s'est jamais posée dans le cadre de poursuites pénales exercées contre un chef d'État ou de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères ou autre représentant d'un État étranger. La seule fois où, à la connaissance de la délégation irlandaise, il a été demandé d'émettre un mandat d'arrêt contre un représentant d'un État étranger, à savoir un Vice Premier Ministre, la question de l'immunité n'a pas été examinée car la demande a été rejetée pour d'autres motifs.

44. Pour la délégation irlandaise, l'immunité des représentants des États étrangers n'a qu'un caractère procédural, et non un caractère substantiel, en ce qu'elle n'exonère pas le représentant de l'obligation de respecter les lois de l'État étranger dans lequel il se trouve. Si l'immunité *ratione personae* s'applique à la « troïka », il est important que la CDI clarifie la mesure dans laquelle elle s'applique aussi à d'autres personnes; à cet égard, il serait utile de disposer d'une définition internationalement acceptée du terme

« représentant de l'État ». Aux paragraphes 181 à 200 de son arrêt dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour internationale de Justice a insisté sur l'importance des aspects procéduraires de l'invocation de l'immunité des représentants de l'État étrangers et de la phase de la procédure précédant le procès. La CDI devrait aussi examiner attentivement les liens entre l'invocation de l'immunité à raison des actes du représentants d'un État et la responsabilité de l'État à raison de ces actes.

45. En ce qui concerne la méthodologie, la délégation irlandaise dit que pour maintenir la transparence il faut distinguer clairement entre la codification et le développement progressif. Si cette distinction n'est pas toujours claire, il convient néanmoins pour la délégation irlandaise d'axer initialement les travaux sur la *lex lata* avant d'examiner les propositions de développement progressif du droit; une telle approche sera conceptuellement claire et contribuera au maximum de transparence.

46. Si la distinction entre le droit de l'immunité et le droit régissant la compétence universelle doit assurément être maintenue, il est clair que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État soulève des préoccupations qui intéressent aussi l'exercice de la compétence universelle. La délégation irlandaise rappelle donc sa position, à savoir qu'il pourrait être fructueux de renvoyer cette dernière question à la CDI afin qu'elle procède à une analyse qui pourrait, si nécessaire, être suivie de nouveaux débats à la Commission.

47. S'agissant de l'application provisoire des traités, la délégation irlandaise souhaiterait que les questions recensées au paragraphe 151 du rapport de la CDI (A/67/10) soient explicitées et convient que la mesure dans laquelle la situation créée par l'application provisoire des traités est pertinente aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier devrait être examinée dans le cadre des travaux de la CDI sur ce dernier sujet qui, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, devraient porter à la fois sur la méthode permettant d'identifier l'existence d'une règle du droit international coutumier et sur les sources possibles de cette formation. La délégation irlandaise préfère comme le Rapporteur spécial que le *jus cogens* soit exclu de la présente étude tout en gardant la possibilité d'y revenir à un stade ultérieur; à de nombreux égards, le *jus cogens* est un sujet distinct,

qui présente ses propres difficultés, du point de vue de la formation, de la preuve et de la toponymie.

48. Il importe d'essayer d'aboutir à un résultat concret et utile aux niveaux international comme national. À cet égard, un ensemble de propositions ou de conclusions accompagnées de commentaires qui ne seraient pas indument prescriptives constituerait un résultat final approprié pour les travaux de la CDI sur le sujet. La délégation irlandaise est satisfaite du plan de travail ambitieux établi pour le quinquennat et attend avec intérêt le premier rapport de la Rapporteuse spéciale.

49. **M. Van Den Bogaard** (Pays-Bas) dit que le principal thème des débats sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est la relation entre le droit international de l'immunité et le droit pénal international. La CDI a contribué à la codification du droit de l'immunité en élaborant plusieurs conventions, dont la plus récente est la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Le droit pénal international, qui régit la responsabilité individuelle en cas de crimes internationaux, a considérablement évolué au cours des deux dernières décennies, grâce en particulier à la création de tribunaux internationaux et de la Cour pénale internationale. La CDI ne devrait pas envisager l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État isolément mais devrait tenir compte de ce qui a déjà été fait dans ces deux domaines du droit international, tant quant au fond qu'en matière terminologique, afin d'assurer la cohérence du droit international. Par exemple, en ce qui concerne les observations de la nouvelle Rapporteuse spéciale sur l'adéquation du terme « *official* » dans le texte anglais, l'expression « *representative of the State* », utilisée dans la Convention sur les immunités juridictionnelles et explicitée dans le commentaire de la CDI sur les projets d'articles sur le même sujet, serait plus adaptée.

50. Les opinions sont très diverses entre les États et même entre les divers tribunaux d'un même État, ainsi qu'entre les membres de la CDI, sur le point de savoir si les tribunaux internes doivent jouer un rôle s'agissant d'engager la responsabilité de représentants d'États étrangers ayant commis des crimes internationaux, ce afin d'éviter l'impunité, ou si ces représentants doivent jouir de l'immunité afin de pouvoir exercer leurs fonctions en tant que

représentants d'un État étranger. Étant donné cette diversité d'opinions, la délégation néerlandaise appuie les tentatives de clarification conceptuelle et méthodologique de la Rapporteuse spéciale. En prenant du recul et en envisageant les questions d'un point de vue plus large, la CDI pourrait mieux comprendre la *lex lata* et prendre des décisions mieux informées en matière de *lex ferenda*.

51. En ce qui concerne la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, l'article 16 de la Loi néerlandaise sur les crimes internationaux (2003) accorde l'immunité de poursuites pénales du chef de crimes internationaux à deux catégories de personnes et ne distingue pas entre les deux types d'immunité. Toutefois, le mémorandum explicatif qui accompagne cette loi indique que l'immunité *ratione personae* couvre à la fois les actes officiels et les actes privés. À défaut de cette immunité totale, les personnes ayant droit à l'immunité personnelle ne pourraient exercer leurs fonctions. Dans le même temps, le mémorandum explicatif indique que les règles du droit international sur l'immunité ont progressivement perdu de leur caractère absolu. Par exemple, on admet que les ex-chefs d'État et de gouvernement et ex-ministres des affaires étrangères ne jouissent plus de l'immunité pour les actes privés accomplis durant leurs fonctions.

52. La tendance à limiter l'immunité s'est poursuivie aux Pays-Bas ces dernières années. Par exemple, le Comité consultatif indépendant sur les questions de droit international public a, dans un rapport de 2011 sur l'immunité des représentants d'États étrangers, établi une distinction nette entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, concluant que cette dernière ne concernait pas les crimes internationaux commis dans l'exercice des fonctions officielles et que seules les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* avaient droit à la pleine immunité, notamment l'immunité de juridiction en cas de crimes internationaux. Le Gouvernement néerlandais a accepté ces conclusions.

53. Aux Pays-Bas, aucun critère permettant d'identifier les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* n'a été expressément établi. De manière générale, ceux qui jouissent de cette immunité au regard du droit international en jouissent dans l'ordre juridique néerlandais, comme l'indique l'article 16 de la Loi sur les crimes internationaux. Actuellement, jouissent de la pleine immunité de

juridiction pénale aux Pays-Bas les membres de la « troïka », les diplomates accrédités, les membres de missions officielles et les personnes auxquelles cette immunité a été accordée en vertu d'une convention applicable aux Pays-Bas. La délégation néerlandaise encourage vivement la CDI à éclaircir au maximum la question de la *lex lata* et faire preuve de courage en développant la *lex ferenda* selon les règles et principes existants dans les domaines pertinents du droit international. Elle appuie donc pleinement le plan de travail proposé par la Rapporteuse spéciale.

54. S'agissant de la formation et de l'identification du droit international coutumier, les États peuvent parfois souhaiter ne pas être trop précis quant aux règles qu'ils considèrent comme des règles coutumières ou quant à la manière dont ces règles ont acquis le caractère de droit coutumier; les débats sur la formation d'une règle de droit coutumier se tiennent normalement à huis clos et aucun éclaircissement n'est fourni sauf si la situation appelle une décision spécifique. La question de la formation et de l'identification du droit international coutumier n'en est pas moins une question fondamentale qui est au cœur du droit international et mérite à l'évidence d'être examinée par la CDI. Cette dernière étant consciente du fait que le sujet peut-être trop large, il faut espérer que l'entreprise sera bien gérée du point de vue de la durée et de l'échelle.

55. La délégation néerlandaise n'est pas sûre que la CDI doive se concentrer à ce point sur le rôle des tribunaux internes dans l'identification du droit coutumier car leur aptitude à se prononcer en la matière dépend du système juridique du pays concerné et de la possibilité pour ses tribunaux d'invoquer le droit international coutumier. Aux Pays-Bas par exemple, la jurisprudence établie peut dans certaines situations empêcher les tribunaux de tenir compte du droit coutumier. Ainsi, le rôle des tribunaux internes est plus étroitement lié aux paramètres définis par le droit interne que par ceux du droit international coutumier. De plus, les gouvernements ne sont pas nécessairement en mesure de présenter leurs vues sur le droit coutumier devant les tribunaux internes; le droit interne, y compris constitutionnel, interdit souvent à l'État d'intervenir dans une affaire opposant deux parties, et la possibilité de présenter des conclusions d'*amicus curiae* ou avis juridiques similaires n'existe pas toujours.

56. Une autre question soulevée par la CDI tient au fait que, bien que les règles de la formation du droit coutumier ne contiennent aucune prescription quant à la langue utilisée, l'évaluation des éléments attestant l'existence d'une règle coutumière tend en pratique à être axée sur une des langues officielles de l'ONU. La pratique ou l'*opinio juris* pertinentes peuvent toutefois s'exprimer dans de nombreuses langues et sont, d'un point de vue juridique, également pertinentes en ce qui concerne la formation du droit coutumier. Cette situation a à l'évidence un aspect financier; de nombreuses institutions gouvernementales ou établissements universitaires établissent des recueils bien organisés et utiles de la pratique étatique récente et si les États utilisant des langues autres que les langues officielles de l'ONU font parfois des efforts pour traduire la pratique pertinente, ils n'ont pas toujours les moyens financiers pour le faire. C'est pourquoi leur pratique n'est pas consignée ou n'est pas accessible. Il en est de même des décisions judiciaires rendues dans des langues autres que celles de l'ONU. La CDI devrait donc tenir compte de la langue utilisée dans l'expression de l'*opinio juris* et dans la présentation de la pratique, que ce soit dans le cadre de déclarations des États devant les tribunaux ou dans le cadre de recueils universitaires de la pratique officielle.

57. Enfin, la délégation néerlandaise estime que le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international coutumier est une question importante et doit recevoir l'attention qu'elle mérite au stade actuel des travaux de la CDI. Il serait par exemple important d'établir si et dans quelle mesure la pratique de ces organisations doit être prise en compte pour déterminer l'existence d'une pratique large ou quasiment uniforme et si les organisations internationales peuvent, en faisant continuellement des objections, éviter d'être liées par des règles de droit coutumier. La CDI devrait aussi se demander si la pratique des organisations internationales et les avis juridiques qu'elles expriment doivent être attribués à l'organisation uniquement, en tant que personne morale distincte de ses membres, ou si sa pratique et ses opinions juridiques peuvent dans certaines circonstances être aussi attribuées à ses membres.

58. Le représentant des Pays-Bas indique que la version écrite de sa déclaration, qui contient aussi des observations sur l'application provisoire des traités, l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere*

*aut judicare*) et les traités dans le temps, est disponible sur le portail PaperSmart.

59. **M. Tchiloemba Tchitembo** (République du Congo) dit qu'étant donné le caractère juridiquement et politiquement délicat de même que transversal de la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il ne s'oppose pas à l'approche systémique proposée par la Rapporteuse spéciale pour l'étude des questions sur lesquelles il n'y a pas encore de consensus au sein de la CDI.

60. Comme indiqué au paragraphe 108 du rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-troisième session (A/66/10), l'immunité des représentants de l'État est la norme, établie dans de nombreux instruments internationaux, et c'est l'existence d'éventuelles exceptions qui doit être prouvée. Les représentants de l'État jouissent de l'immunité *ratione materiae* à raison des actes accomplis à titre officiel, qui sont attribuables à l'État comme au représentant concerné. Le critère d'attribution de la responsabilité de l'État pour fait illicite permet de déterminer si un agent jouit de l'immunité *ratione materiae*, et il n'y a aucune raison de faire de distinction à cet égard. C'est précisément en recourant au même critère d'attribution aux fins de la responsabilité de l'État et de l'immunité des représentants *ratione materiae* que la responsabilité de l'État de même que la responsabilité pénale individuelle du représentant seraient engagées pour le même comportement.

61. La position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* sur le caractère indissociable de l'immunité de l'État et de l'immunité des représentants de l'État est pertinente en ce qu'elle établit une règle de conduite utile. Les anciens représentants de l'État continuent de jouir de l'immunité *ratione materiae* pour les actes accomplis en leur qualité officielle pendant la durée de leurs fonctions mais non pour les actes accomplis avant le début et après la fin de celles-ci. Comme l'immunité *ratione materiae* est attachée à la fonction, elle a un caractère temporaire.

62. L'immunité *ratione personae* est accordée à la « troïka ». Elle est liée à l'exclusivité du statut officiel et des fonctions des personnes concernées et couvre les actes accomplis à titre officiel comme à titre privé pendant comme avant l'exercice des fonctions officielles. Étendre cette immunité à d'autres

représentants de l'État est une question très délicate car on risque de fragiliser l'exclusivité du statut officiel des membres de la « troïka ». L'opinion dominante dans la doctrine, et même dans la jurisprudence, est que l'immunité *ratione personae* est absolue et ne souffre aucune exception. La question des exceptions possibles ne se pose donc que pour l'immunité *ratione materiae* dans le contexte de la commission de crimes internationaux.

63. S'il est prématuré de discuter de la forme du résultat final des travaux de la CDI, la délégation de la République du Congo serait favorable à l'élaboration d'un instrument contraignant parce que le sujet a des ramifications politiques et un impact sur les relations internationales. De plus, elle estime qu'un tel instrument viendrait combler un vide juridique car cet aspect de l'immunité n'est pas codifié dans les instruments juridiques existants. Elle appuiera donc tous les efforts faits par la Rapporteuse spéciale et les membres de la CDI pour construire un consensus fort autour de l'équilibre à préserver et à conforter entre les valeurs de la communauté internationale d'une part et, de l'autre, les principes établis du droit international régissant divers aspects des immunités.

64. Pour la délégation de la République du Congo, les sources premières de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) résident dans les traités multilatéraux, par exemple l'article 7 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les débats en 2010 et les observations faites par les délégations à la Sixième Commission ont convaincu le Rapporteur spécial que le devoir de coopérer dans la lutte contre l'impunité est bien établi en tant que principe du droit international et est consacré dans de nombreux instruments internationaux, notamment aux articles 86 et 87 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Les dispositions du droit international sur l'obligation de coopérer constituent le fondement du paragraphe 1 de l'article 2 du projet d'articles sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre et le paragraphe 2 du même article dispose que les États appliquent le principe de l'alternative extrader ou poursuivre « dans tous les cas et toutes les circonstances où cela est approprié ». La délégation congolaise est cependant comme beaucoup d'autres consciente de la difficulté qu'il y a à prouver l'existence de l'obligation d'extrader ou de poursuivre en droit international coutumier.

65. Il importe d'établir un lien entre les résultats des débats antérieurs et les principales questions soulevées par le sujet que la CDI mentionne aux paragraphes 210 à 214 de son rapport (A/67/10). Sans préjuger les résultats de son analyse de ces questions, et eu égard à la pertinence de sa démarche, il est primordial que la CDI établisse des principes généraux et des règles claires qui constitueront le régime juridique de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, ainsi que les crimes graves pouvant donner lieu à extradition sans toutefois affaiblir le droit de chaque État de déterminer dans son droit interne les infractions susceptibles de donner lieu à extradition.

66. **M<sup>me</sup> Escobar Pacas** (El Salvador) déclare, en ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, que dans son rapport préliminaire (A/CN.4/654), la Rapporteuse spéciale a pris un bon départ en exposant l'évolution du droit international. Un aspect de cette évolution est que la notion d'immunité reposant sur l'idée que les représentants des États, pour des raisons de dignité et de droit au respect en tant qu'individu ne devaient pas être poursuivis devant les tribunaux étrangers a été remplacée par une immunité reposant sur la fonction. En d'autres termes, l'immunité ne se justifie que pour garantir l'exercice des fonctions étatiques critiques et non pour protéger les intérêts des individus exerçant ces fonctions. Telle est la position adoptée par l'Institut de droit international ainsi que par la CDI dans son commentaire des projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

67. La délégation salvadorienne pense donc avec la Rapporteuse spéciale que le caractère fonctionnel de l'immunité est un élément clé des travaux de la CDI sur le sujet, et qu'il doit être analysé à la lumière du droit international contemporain et, en particulier, des principes et des valeurs de la communauté internationale. Lors des débats à la CDI, on a dit que la question qui était au cœur du sujet était celle de savoir s'il fallait renforcer la valeur de l'immunité ou privilégier celle de la lutte contre l'impunité. Pour la délégation salvadorienne, l'immunité n'est pas une « valeur » car les valeurs ne constituent pas des règles juridiques générales ni des règles du droit international coutumier; il s'agit en fait d'éléments qui sous-tendent et orientent l'ordre juridique dans son ensemble. Tel n'est pas le cas de l'immunité, qui constitue uniquement une règle conventionnelle ayant des effets procéduraux pour un certain groupe d'individus.

68. Il est donc essentiel que la CDI maintienne une approche équilibrée de la question de l'immunité de juridiction pénale, qui facilite le fonctionnement adéquat des États et des relations internationales, sans affecter la responsabilité personnelle de ceux qui commettraient des crimes internationaux graves. Ainsi, il ne serait pas approprié d'établir une liste exhaustive de crimes justifiant des exceptions à l'immunité, et il serait plus utile d'examiner en profondeur la définition des « actes officiels » afin d'établir des critères généraux facilitant une approche systématique du sujet.

69. En ce qui concerne la demande d'information adressée aux États sur la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, la délégation salvadorienne rappelle les informations qu'elle a fournies à la CDI au début de 2012 et déclare qu'une étude de ces catégories ne devrait pas aboutir à reconnaître l'existence d'une immunité absolue. De plus, si les immunités protègent les représentants des États contre les poursuites, elles ne les exonèrent pas de l'obligation de respecter l'ordre juridique des États. La représentante d'El Salvador engage vivement la Rapporteuse spéciale à poursuivre son analyse du sujet en tenant compte du fait qu'il ne peut être abordé uniquement du point de vue de la *lex lata* ou de la *lex ferenda*, les deux aspects étant essentiels.

70. En ce qui concerne l'application provisoire des traités, la délégation salvadorienne appuie la proposition initiale du Rapporteur spécial de commencer par passer en revue les travaux accomplis par la CDI sur le sujet du droit des traités.

71. S'agissant du sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier, il importe d'élaborer une étude clarifiant le processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier et les effets de ces règles. À cette fin, il est essentiel de tenir compte de la jurisprudence internationale et de la pratique interne; la CDI doit toutefois également accorder une attention particulière aux systèmes juridiques des États, plus ou moins ouverts à la coutume comme source de droit.

72. Enfin, il convient de rappeler l'importance de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), fondée sur la nécessité d'empêcher que les crimes internationaux les plus graves, comme le génocide, la torture et les crimes de guerre, ne restent impunis. La délégation salvadorienne estime que l'incertitude apparente manifestée par la CDI en ce qui

concerne les travaux futurs sur le sujet peut être attribuée à une absence de systématisation et au fait qu'elle n'a pas fixé d'objectif spécifique plutôt qu'à la nature de l'obligation elle-même. En 2004, le Groupe de travail a indiqué que le sujet avait atteint un degré de maturité suffisant pour être codifié, voire développé progressivement sur la base, notamment, des besoins réels des États. La délégation salvadorienne considère que la situation n'a pas sensiblement changé depuis lors. L'arrêt rendu récemment par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* a confirmé tant la validité de l'obligation que la possibilité de désaccords sur la question.

73. La délégation salvadorienne considère que la possibilité d'étudier le sujet ne dépend pas de l'identification de l'obligation en tant que norme coutumière ou de principe de droit international puisque son existence est maintenant incontestable car elle a été reconnue dans divers traités internationaux. De plus, l'existence de ces instruments ne doit pas être considérée comme un obstacle à la poursuite de l'étude du sujet car, comme c'est le cas pour le sujet des réserves aux traités, la multiplicité des règles et des pratiques étatiques n'implique pas qu'il n'y a pas de problème d'interprétation, d'application et de mise en œuvre. La délégation salvadorienne engage donc la CDI à réévaluer ses objectifs en la matière et à établir un plan de travail identifiant systématiquement les questions à examiner. Elle attend avec un intérêt particulier le document de travail que doit établir le Président du Groupe de travail passant en revue les diverses perspectives en relation avec le sujet à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 20 juillet 2012 et de tous faits nouveaux intervenus depuis lors.

74. En ce qui concerne les traités dans le temps, la délégation salvadorienne appuie pleinement la décision de modifier l'orientation des travaux, qui donnera à la CDI la possibilité de définir plus précisément la portée du sujet, et elle se félicite de la nomination du Rapporteur spécial pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ».

75. M. Li Linlin (Chine) félicite M<sup>me</sup> Concepción Escobar Hernandez de sa nomination comme Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État; elle est

ainsi la première femme rapporteuse spéciale. La délégation chinoise souscrit à l'approche ciblée qu'elle propose mais estime, étant donné la complexité d'un sujet politiquement délicat, que la CDI devrait s'attacher essentiellement à passer en revue la pratique existante et les règles pertinentes du droit international coutumier et non se hâter d'élaborer des règles. De plus, les travaux devraient se limiter à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et non porter sur la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction des institutions de la justice pénale internationale.

76. L'immunité est une question procédurale. Bien que la communauté internationale ait érigé le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité en crimes internationaux, le droit international coutumier ne reconnaît aucune exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le fait que la justice procédurale consacrée dans l'immunité ne peut être sacrifiée au nom de la justice substantielle de la lutte contre l'impunité est une condition sine qua non de l'état de droit.

77. L'immunité des représentants de l'État n'est pas nécessairement liée à l'illicéité de certains actes; la gravité du crime n'affecte pas son caractère officiel. De plus, l'immunité de juridiction n'exonère pas les représentants de l'État de leurs obligations substantielles et les règles de l'immunité n'entraînent pas la commission de crimes internationaux pas plus qu'elle ne contribue à l'impunité. Les mesures proposées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, comme la levée de l'immunité et l'engagement de poursuites dans le pays d'origine par des tribunaux internationaux ou une fois que les représentants concernés ont quitté leurs fonctions, peuvent être utilisées pour traduire les représentants concernés en justice tout en maintenant les règles de l'immunité.

78. Outre les chefs d'État et de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, l'immunité *ratione personae* devrait être accordée aux présidents de parlement, vice-premiers ministres et ministres du fait qu'ils participent de plus en plus aux affaires internationales en tant que représentants de l'État, une opinion indirectement confirmée par l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. La CDI devrait suivre cette tendance et donner des orientations aux juridictions internes s'agissant de décider au cas par

cas si tel ou tel représentant peut prétendre à l'immunité *ratione personae*.

79. Enfin, la délégation chinoise estime que la CDI devrait poursuivre ses travaux sur le sujet et s'efforcer de les achever dans le cadre du quinquennat en cours.

80. **M. Serpa Soares** (Portugal) déclare, au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qu'il faut réaliser un équilibre entre la souveraineté de l'État, les droits de l'individu et la nécessité de lutter contre l'impunité pour les crimes graves au regard du droit international. Bien que le statut de la CDI semble établir une démarcation entre codification et développement progressif, les travaux sur un sujet spécifique peuvent combiner l'une et l'autre, même s'il peut être difficile de les distinguer dans certains cas.

81. On constate, en droit international, une tendance générale à limiter l'immunité devant les tribunaux internes. Comme l'a noté la Cour internationale de Justice en l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, de nombreux États ont limité l'immunité qu'ils revendiquent pour eux-mêmes et accordent aux autres États en ce qui concerne les *acta jure gestionis* – qui peuvent comprendre des actes délictueux – tout en la maintenant en ce qui concerne les *acta jure imperii*. La délégation portugaise souscrit à de nombreux égards à l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade: les immunités sont une prérogative ou un privilège qui doivent être interprétés et appliqués dans le contexte de l'évolution actuelle du droit international en ce qui concerne les valeurs fondamentales de l'humanité. De plus, les immunités doivent être considérées comme éminemment fonctionnelles.

82. La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* est pertinente aux fins de l'analyse mais ne doit pas être surestimée. L'une comme l'autre visent à préserver les principes et intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. L'objet de l'immunité *ratione personae* est de préserver la stabilité des relations internationales lorsqu'un représentant présente un haut degré d'identification immédiate avec l'État dans son ensemble; c'est pourquoi cette immunité doit être accordée aux membres de la « troïka ». Il y a suffisamment d'arguments juridiques pour étayer l'idée que même les ministres des affaires étrangères jouissent de l'immunité *de lege lata*, comme l'illustre

l'affaire du *Mandat d'arrêt*, car ils ont le pouvoir d'exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité. Le Gouvernement portugais n'exclut pas la possibilité que d'autres hauts représentants de l'État puissent aussi jouir de l'immunité *ratione personae*; toutefois, étant donné les différences entre les systèmes de gouvernement et les cadres constitutionnels, ils peuvent ne pas satisfaire aux critères d'identification immédiate avec l'État dans son ensemble.

83. L'attribution d'une responsabilité à l'État à raison d'un fait illicite peut être un critère utile pour déterminer si un représentant de l'État jouit de l'immunité *ratione materiae*. Lorsqu'elle procédera à cette détermination, la CDI devra décider si elle doit recourir au critère de « contrôle effectif » appliqué par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)* ou au critère de « contrôle général » adopté par la Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Le Procureur c. Duško Tadić*, que la jurisprudence et la pratique semblent préférer.

84. Lorsqu'elle envisage d'éventuelles exceptions à l'immunité, la CDI devra déterminer quels actes un État exerçant sa juridiction ne peut accomplir du fait de l'immunité d'un représentant. À cet égard, elle pourra souhaiter envisager le critère utilisé dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, selon lequel tous les actes soumettant le représentant à un acte d'autorité contraignant sont réputés être exclus. La délégation portugaise ne souscrit pas à l'idée que l'immunité *ratione personae* est absolue ou que l'immunité *ratione materiae* ne peut être levée automatiquement dans certains cas, pas plus qu'elle ne partage l'opinion selon laquelle les États ont une obligation morale de lever l'immunité de leurs représentants dans tous les cas, comme l'Institut de droit international semble l'avoir indiqué dans sa résolution de 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et des personnes agissant au nom de l'État en cas de crimes internationaux. Il existe une tendance en droit international qui étaye l'existence d'exceptions à l'immunité ou, peut-être plus exactement, l'absence d'immunité dans certains cas. C'est pourquoi, d'un point de vue méthodologique, postuler une règle générale d'immunité risque de déformer les conclusions de la CDI. Les sanctions établies pour les violations du droit international, en

particulier des normes du *jus cogens*, ne peuvent être écartées dans tous les cas.

85. Que les exceptions à l'immunité relèvent ou non de la *lex lata*, la délégation portugaise considère que l'immunité doit être levée pour les crimes de droit international les plus graves, même lorsqu'ils sont commis à titre officiel. De plus, comme le stipule l'article 7 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la qualité officielle de quiconque commet un tel crime, même s'il agit en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine. Le représentant du Portugal engage la CDI à poursuivre ses travaux sur le sujet dans le cadre d'une approche axée sur les valeurs conforme au droit international contemporain, sans craindre de développer progressivement ce droit. La notion traditionnelle de souveraineté et le nouvel humanisme juridique ne sont pas les deux faces d'une même pièce, ce dernier est plus précieux. En ce qui concerne le résultat des travaux, il se félicite de la proposition de la Rapporteuse spéciale d'élaborer un projet d'articles accompagnés de commentaires.

86. La décision de la CDI d'inscrire le sujet de l'application provisoire des traités à son programme de travail reflète la nécessité croissante d'étudier le droit international classique dans un monde en évolution constante. Quelle que soit la justification de l'application provisoire d'un traité donné – par exemple, l'urgence qu'il y a à appliquer ou l'opportunité de sa teneur – cette application doit prendre fin dans un délai raisonnable.

87. Lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, le régime de l'application provisoire a suscité des controverses pour être finalement adopté en tant qu'article 25 de cette convention, et la manière dont un traité peut être applicable alors qu'il n'est pas encore en vigueur et n'a pas fait l'objet d'un examen démocratique n'est toujours pas claire. En l'affaire *Yukos c. La Fédération de Russie*, la Cour permanente d'arbitrage a reconnu que l'application provisoire d'un traité était contraignante et exécutoire une fois qu'un signataire l'avait acceptée, la non-exécution risquant d'engager la responsabilité internationale. Des clauses devraient donc être rédigées avec soin pour donner aux signataires la possibilité d'exprimer ou de ne pas exprimer leur consentement. Si un État ou une organisation internationale qui accède à un traité ne

peut être dispensé de son obligation d'appliquer provisoirement cet instrument, son droit interne risque de compromettre sa participation au traité, au préjudice de toutes les parties à celui-ci. Ainsi, le traité peut être fermé à la signature sans jamais entrer en vigueur.

88. Bien que l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur consacrée à l'article 18 de la Convention de Vienne et l'application provisoire des traités aient le même champ d'application *ratione temporis*, elles donnent naissance à des régimes juridiques différents et doivent être traitées comme tels.

89. Également pertinente est la situation créée par l'application provisoire des traités aux fins d'identifier les règles de droit international coutumier: cette application de normes conventionnelles de fond dénote l'existence d'une pratique répétée et d'une *opinio juris*, cette dernière voyant dans certains cas le jour avant la première. L'intention du signataire d'appliquer de telles normes à titre provisoire atteste sa conviction que ces normes sont obligatoires. Toutefois, bien qu'elle soit pertinente, la question n'entre pas dans le cadre du présent sujet; peut-être la CDI pourrait-elle l'examiner dans le cadre du sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier.

90. Étant donné les différences importantes existant dans le droit interne et la pratique des États en ce qui concerne l'acceptation de l'application provisoire d'un traité, la CDI devrait adopter une approche générale afin de respecter la diversité des solutions disponibles; l'adoption de l'approche juridique d'un État au lieu de celle de tel autre risque d'être extrêmement controversée. Au Portugal, la pratique repose sur une interprétation restrictive du paragraphe 2 de l'article 8 de la Constitution portugaise, qui n'autorise pas l'application provisoire d'un traité.

91. S'il demeure prématuré de décider de la forme que doit prendre le résultat final des travaux sur le sujet, la délégation portugaise pense elle aussi que la CDI ne doit pas viser à modifier la Convention de Vienne et qu'il n'y a aucune possibilité de développement progressif. Comme la tâche confiée à la CDI consiste à clarifier le régime juridique de l'application provisoire des traités, l'élaboration de directives accompagnées de clauses types pourrait être le résultat optimal de ses travaux.

92. La délégation portugaise se réjouit de l'inscription du sujet de la formation et de

l'identification du droit international coutumier au programme de travail de la CDI et convient qu'il risque d'être difficile d'identifier les normes du droit international coutumier et leur processus de formation; les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* dont a connu la Cour internationale de Justice peuvent être des exemples à prendre en considération. La CDI devrait adopter une large approche du sujet. L'ensemble de la jurisprudence pertinente devrait être évaluée de manière critique et non comme une révélation définitive du droit positif; de fait, la délégation portugaise entretient des réserves quant à la cohérence des décisions judiciaires. En doctrine, les différentes écoles de pensée sont également pertinentes. La pratique à analyser doit être la pratique contemporaine, en tenant compte des contextes culturels des différentes régions du monde. La *Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général* de l'Association de droit international et l'étude du droit international coutumier humanitaire effectuée par le Comité international de la Croix-Rouge devraient aussi être utiles.

93. Le fait que, par définition, l'*opinio juris* soit subjective ne la rend pas moins essentielle à la formation du droit international coutumier; de fait, en son absence, il n'y aurait que la pratique, qui en elle-même ne fonde pas une norme juridique. La CDI devrait donc, lorsqu'elle étudiera cet élément, être dénuée de toute angoisse postmoderne au sujet des « mystères de la subjectivité ». Si la conviction que le fait de ne pas suivre une certaine pratique engage la responsabilité internationale est un bon indicateur de l'existence de l'*opinio juris*, l'opinion selon laquelle une pratique réitérée implique cette existence est une présomption *juris tantum* dénuée de fondements scientifiques crédibles. La délégation portugaise ne peut donc souscrire à l'opinion exprimée par l'Association de droit international, à savoir qu'en fait l'élément subjectif n'est pas généralement un ingrédient nécessaire dans la formation du droit international coutumier.

94. Bien que les deux aspects du sujet – formation et identification – soient importants, l'accent soit être mis en particulier sur le premier. En décrivant le processus de formation du droit coutumier, la CDI sera mieux à même de définir une méthode lui permettant d'identifier les normes actuelles et futures du droit international coutumier.

95. En ce qui concerne les questions à examiner identifiées par la CDI, la délégation portugaise souhaite qu'en fasse partie la « coutume sauvage » ou les cas dans lesquels la formation du droit coutumier a son origine dans un besoin de droit; dans de tels cas, l'*opinio juris* précède la pratique réitérée. Invoquant les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* et d'autres décisions judiciaires, le représentant du Portugal encourage la CDI à utiliser ses compétences pour éclaircir ce domaine nébuleux du droit international coutumier.

96. Enfin, la CDI devra examiner le *jus cogens*, non en lui-même mais en tant qu'expression de normes impératives qui a sa source dans le droit international coutumier. Le résultat final des travaux de la CDI sur le sujet devrait prendre la forme d'un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires. Une exposition plus détaillée de la position du Portugal sur le sujet examiné par la CDI est disponible sur le portail PaperSmart.

97. **M. Buchwald** (États-Unis d'Amérique) déclare, au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qu'il croit comprendre que la CDI ne demande pas aux États des renseignements sur leur droit et leur pratique concernant l'immunité des diplomates, des agents consulaires, des agents des organisations internationales et des membres des missions spéciales; il limitera donc ses observations aux représentants de l'État n'entrant pas dans ces catégories. Dans la pratique des États-Unis, d'une manière générale, seuls les membres de la « troïka » jouissent de l'immunité *ratione personae*; toutefois, une instance pénale n'a jamais été engagée aux États-Unis contre un chef d'État ou de gouvernement ou ministre des affaires étrangères étranger. Dans la mesure où des informations sur les procès civils peuvent être pertinentes en matière pénale, le Gouvernement des États-Unis est prêt à donner des exemples de tribunaux internes ayant reconnu l'immunité en cause. On trouvera des observations supplémentaires sur le sujet dans la déclaration intégrale du représentant des États-Unis, disponible via le portail PaperSmart.

98. Pour la délégation des États-Unis, l'application provisoire des traités signifie que les États conviennent d'appliquer un traité ou certaines de ses dispositions comme juridiquement contraignants avant l'entrée en vigueur de l'instrument et qu'il est plus facile de mettre fin à l'obligation d'appliquer ce traité ou ses

dispositions durant la période d'application provisoire qu'une fois que l'instrument est entré en vigueur. Le représentant des États-Unis espère que le résultat des travaux de la CDI comprendra une déclaration claire en ce sens. Quant à savoir si les États doivent donner notification avant de mettre fin à l'application provisoire, il faut faire preuve de prudence s'agissant de proposer une règle qui risquerait d'aller à l'encontre du libellé clair utilisé à l'article 25 de la Convention de Vienne, qui ne prévoit aucune restriction de ce type. Il est par ailleurs préférable de décider ultérieurement de la forme finale que devrait prendre le résultat des travaux de la CDI sur le sujet.

99. La délégation des États-Unis se félicite de la décision de la CDI d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail à long terme. La note du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/653) constitue une excellente feuille de route pour les travaux de la CDI qui met en lumière un certain nombre de questions non résolues. Le résultat des travaux ne doit pas être indument prescriptif. La délégation des États-Unis est en train d'examiner la pratique des États-Unis dans les domaines liés au sujet à la lumière de la demande d'information adressée par la CDI aux États.

100. Les États-Unis sont parties à plusieurs conventions internationales qui contiennent l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et considèrent que ces dispositions constituent un aspect intégral et essentiel de l'action collective visant à empêcher les terroristes de trouver refuge où que ce soit et à prévenir l'impunité pour des crimes comme le génocide, les crimes de guerre et la torture. Toutefois, sur la base de la pratique des États-Unis et d'autres États, la délégation des États-Unis demeure convaincue qu'il n'existe aucune norme du droit international coutumier obligeant un État à extrader ou à poursuivre. Les États ne contractent une telle obligation qu'en devenant parties à un instrument juridique international obligatoire contenant des dispositions détaillées identifiant une infraction spécifique et établissant une forme spécifique de l'obligation dans ce contexte.

101. L'obligation d'extrader ou de poursuivre n'est pas uniforme dans tous les régimes conventionnels, comme cela ressort des travaux menés à ce jour par la CDI. De plus, si nombre de ces régimes sont largement appliqués, ils ne sont aucunement universels et chacun comporte un certain nombre d'exceptions majeures. La

pratique des États décrite dans les rapports de la CDI se limite largement à l'application d'obligations conventionnelles, dont le Rapporteur spécial a reconnu qu'elles variaient considérablement dans leur portée, leur contenu et leur formulation. Il n'est donc pas possible d'extraire une norme coutumière des régimes conventionnels existants ou de la pratique qui y est associée.

102. En ce qui concerne le sujet des traités dans le temps, la délégation des États-Unis appuie les objectifs plus spécifiques adoptés avec la nomination du Rapporteur spécial sur le sujet des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Elle se félicite de l'accent mis, dans le rapport le plus récent du Groupe d'étude, sur le fait que, aux fins de l'article 31 de la Convention de Vienne, les accords et la pratique ultérieurs doivent refléter un accord entre les parties ou une pratique des parties à un traité donné quant à l'application de ce traité. Il importe que la CDI réalise un équilibre approprié lorsqu'elle tire des conclusions générales de traités particuliers; il est particulièrement important d'être prudent lorsque l'on extrapole ces conclusions à partir de précédents limités. Enfin, la délégation des États-Unis serait curieuse de savoir comment les États font face aux questions juridiques que soulève au plan interne l'évolution des interprétations des accords internationaux sur la base de la pratique ultérieure lorsque des organes législatifs ont participé à l'approbation de ces accords avant leur ratification.

103. Les clauses de la nation la plus favorisée sont des dispositions de caractère conventionnel et diffèrent considérablement dans leur structure, leur portée et leur libellé; de plus, elles ne se prêtent pas à une approche uniforme parce qu'elles dépendent d'autres dispositions des accords dans lesquels on les trouve. Le représentant des États-Unis pense donc avec le Groupe d'étude qu'élaborer des outils permettant d'interpréter ou de réviser les projets d'articles de 1978 sur les clauses de la nation la plus favorisée ne constituerait pas un résultat approprié. Il encourage le Groupe à poursuivre l'étude de la jurisprudence actuelle, étude qui pourrait constituer une ressource utile pour les gouvernements et les praticiens, et il souhaiterait savoir quels domaines autres que le commerce et les investissements le Groupe entend examiner.

104. **M. Czapliński** (Pologne), se référant au sujet reformulé des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, se félicite des

conclusions préliminaires adoptées par le Groupe d'étude en 2011 et 2012 et de la décision récente de suivre une approche plus ciblée. Il est indispensable de faire preuve de souplesse, et le contenu normatif des futures directives devrait maintenir un équilibre entre le principe *pacta sunt servanda* et l'ajustement nécessaire des dispositions conventionnelles face à l'évolution du monde contemporain. L'examen des décisions des tribunaux internes – éléments essentiels de la pratique des États – devrait être prioritaire et les résultats en être reflétés dans les rapports futurs sur le sujet.

105. La délégation polonaise se félicite de la décision de la CDI d'inscrire le sujet de l'application provisoire des traités à son programme de travail et attend avec intérêt l'élaboration de directives susceptibles d'aider les États dans l'application de l'article 25 de la Convention de Vienne. Ces directives devraient être aussi applicables aux traités entre États et organisations internationales et entre organisations internationales. L'application provisoire d'un traité est utile, en particulier lorsque les questions dont il traite présentent un caractère d'urgence.

106. La souplesse est un élément essentiel de l'application provisoire des traités et elle doit être préservée et analysée. Si la Convention de Vienne s'est révélée être un instrument extrêmement utile, il pourrait être souhaitable d'en revoir les dispositions à la lumière de la pratique accumulée depuis plus de 30 ans qu'elle est entrée en vigueur; une telle entreprise serait extrêmement opportune compte tenu des travaux menés récemment par la CDI sur le droit des traités et autres sources du droit international.

107. Le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) demeure pertinent étant donné la nécessité de lutter contre l'impunité s'agissant des crimes les plus graves au regard du droit international. Il faut espérer que l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* contribuera positivement à la poursuite des travaux.

108. S'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la CDI devrait s'efforcer de préserver l'équilibre entre, d'une part, les règles relatives à l'immunité des représentants de l'État et les autres principes du droit international et, d'autre part, la nécessité de punir les auteurs de crimes graves.

109. À ce jour, les travaux de la CDI sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée ont été principalement axés sur le droit des investissements; pour la délégation polonaise, la question devrait être placée dans un cadre normatif plus large. Des directives présenteraient un intérêt concret étant donné le manque de cohérence de la jurisprudence en la matière.

110. La délégation polonaise se félicite de l'inscription du sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier au programme de travail à long terme de la CDI. Le droit international coutumier joue un rôle important dans la pratique judiciaire internationale et interne et est un des fondements des décisions des politiques étrangères des gouvernements. L'identification et l'application de ce droit sont toutefois loin d'être uniformes, car souvent les organismes responsables de l'application des lois invoquent des règles coutumières sans vérifier la pratique des États ni l'existence d'une *opinio juris*. L'élaboration d'un ensemble de règles régissant le droit international coutumier est donc souhaitable; de telles règles, destinées aux praticiens, devraient prendre la forme d'un projet de convention.

111. Selon l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et la jurisprudence internationale bien établie, deux éléments – la pratique et l'*opinio juris* – sont nécessaires à la formation du droit international coutumier; la pratique est fondamentale pour la formation de la coutume tout comme l'*opinio juris* pour l'application des règles coutumières. Ces deux éléments étant de plus en plus difficiles à distinguer, la CDI devrait examiner l'un et l'autre et, plus précisément, se demander quels éléments doivent être pris en considération pour identifier la pratique des États, et comment déterminer l'*opinio juris*. La question de savoir si celle-ci peut être déduite des résolutions des organes des organisations internationales, notamment l'Assemblée générale, est une question particulièrement importante tant politiquement que juridiquement.

112. Bien qu'importantes, les études théoriques sur les fondements du droit coutumier, les principes généraux du droit et les normes impératives du droit international et leur relation avec le droit international coutumier ne devraient pas être examinées par la CDI, au moins durant les phases initiales de ses travaux; elles ne concernent pas directement le sujet à l'examen et risquent de prolonger inutilement les travaux. Il

n'est pas non plus souhaitable d'examiner les origines de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il serait par contre utile de réfléchir à la question de la force obligatoire du droit coutumier pour les nouveaux États, qui n'ont pas participé à la formation de la coutume. Il est bien établi en droit international et dans la pratique des États que les nouveaux États sont liés par le droit coutumier en vigueur au moment de leur création. La délégation polonaise ne souscrit pas à la théorie de la « table rase » et estime qu'il convient de promouvoir la clarté et la certitude dans l'ordre juridique international, mais elle pense qu'une certaine souplesse en ce qui concerne des normes particulières, comme celle dont bénéficie un objecteur de conscience, pourrait être accordée aux nouveaux États dans des situations exceptionnelles. Par souci de clarté et de certitude, la délégation polonaise rejette toute approche différenciée du droit coutumier; toutes les normes juridiques internationales devraient être soumises aux mêmes critères en ce qui concerne leur nature, leur origine et leur force obligatoire. La fragmentation du droit international amènerait la destruction de l'ordre juridique et serait donc contraire aux intérêts de la communauté internationale.

113. **M<sup>me</sup> Miculescu** (Roumanie), renvoyant les délégations à la version complète de sa déclaration publiée sur le portail PaperSmart, dit que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État devrait être examinée avec celui de l'immunité de l'État car l'une et l'autre sont fondées sur la souveraineté de l'État et sont souvent invoquées simultanément. La CDI devrait aussi tenir compte de ses efforts de codification antérieurs, en particulier de l'élaboration de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, des projets d'articles sur les relations consulaires, des projets d'articles sur les missions spéciales et de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Il faut assurer la protection des droits de l'homme et lutter contre l'impunité. La délégation roumaine se félicite de l'approche ciblée adoptée par la Rapporteuse spéciale et attend avec intérêt les projets d'articles qu'elle présentera.

114. La délégation roumaine convient que l'examen du sujet de l'application provisoire des traités devrait prendre comme point de départ les travaux menés par la CDI sur le sujet du droit des traités ainsi que les travaux préparatoires des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne. Il serait préférable de décider à

un stade ultérieur de la forme que devra prendre le résultat final des travaux sur le sujet.

115. La délégation roumaine espère que les travaux de la CDI sur la formation et l'identification du droit international coutumier aboutiront à l'élaboration d'un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires qui, pour être utiles concrètement, devront identifier et clarifier les règles pertinentes. À cette fin, le Rapporteur spécial devrait axer son analyse sur la pratique des États, sur les travaux déjà menés par la CDI et sur les arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice.

116. Il y a un lien étroit entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et la compétence universelle. Bien qu'il soit important de mener à bien les travaux entrepris par la Sixième Commission sur la compétence universelle, ces travaux ne devraient pas empêcher la CDI d'analyser cette relation à la lumière du rôle de l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans le cadre de la justice pénale internationale.

117. S'agissant du sujet des traités dans le temps, la délégation roumaine se félicite du débat approfondi qui a eu lieu au Groupe d'étude sur les deuxième et troisième rapports du Président de celui-ci, ainsi que de la décision de modifier l'orientation du sujet. Elle estime également que le premier rapport du Rapporteur spécial devrait porter sur la signification juridique des accords et de la pratique ultérieurs aux fins de l'interprétation des traités conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne. S'il importe de préserver une certaine souplesse, il faut faire davantage d'efforts pour élaborer des conclusions et des directives de caractère normatif.

118. S'agissant de la nation la plus favorisée, la délégation roumaine se félicite des travaux menés par le Groupe d'étude pour identifier les questions pertinentes et formuler des propositions visant à éviter une fragmentation du droit international. Elle se félicite aussi des débats qui ont eu lieu au sein du Groupe d'étude et de l'élaboration de deux documents de travail mettant en lumière les diverses approches interprétatives, en premier lieu dans les décisions arbitrales. Elle espère que la CDI progressera encore dans l'élaboration d'un document final susceptible de renforcer la stabilité et la certitude du droit de l'investissement. Les recommandations et clauses types qui seront élaborées devraient s'inscrire dans le cadre

plus large du droit international général; les travaux antérieurs de la CDI sur le sujet et l'évolution survenue en la matière au sein des organisations internationales devraient aussi être pris en considération.

119. Enfin, la délégation roumaine se félicite de la décision de créer un Groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour le présent quinquennat.

120. **M<sup>me</sup> Dwarika** (Afrique du Sud) dit qu'elle se félicite de l'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans son rapport préliminaire, qui recense comme il convient les principales questions qui se posent en la matière. Cette immunité de juridiction a des fondements historiques solides en droit international et est un élément essentiel du principe de la souveraineté de l'État et de la conduite des relations internationales; il s'agit toutefois d'un sujet dynamique et en évolution, comme le montre la création de la Cour pénale internationale. La CDI devrait donc mettre suffisamment l'accent sur le développement progressif du droit international dans la mesure où il intéresse le sujet. La délégation sud-africaine souhaiterait disposer d'une analyse approfondie des tendances qui se font jour en matière d'immunité dans le droit international contemporain.

121. Il faut réfléchir davantage à la portée des immunités, tant *ratione materiae* que *ratione personae*. La CDI devrait clarifier la portée et l'étendue de l'immunité *ratione personae* des membres de la « troïka » et se demander s'il y aurait intérêt à en restreindre l'application à d'autres représentants de l'État. La représentante de l'Afrique du Sud indique qu'en réponse à la demande de la CDI, son gouvernement communiquera des informations spécifiques sur les conséquences juridiques dans son droit interne de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*.

122. L'Afrique du Sud s'efforce de mettre en balance la nécessité de lutter contre l'impunité et celle de protéger les droits de l'homme en adoptant des instruments comme la Loi de 2002 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Rappelant l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, qui a trait à l'immunité de l'État, la délégation sud-africaine encourage la CDI à se demander si la commission de

crimes internationaux graves engageant la responsabilité pénale individuelle peut donner naissance à des dérogations à l'immunité. Comme la portée du sujet est limitée à la responsabilité pénale individuelle, la CDI devrait aussi réfléchir à la définition d'un « acte officiel » et à la possibilité de dérogation à l'immunité *ratione materiae* lorsqu'un tel acte est contraire à une norme du *jus cogens*.

123. Il est utile d'étudier à la fois les questions de fond et de procédure car clarifier ces dernières pourrait permettre de faire des progrès dans l'étude de l'ensemble du sujet. Il serait souhaitable que la CDI examine la relation entre la nature de certains crimes graves et les circonstances dans lesquelles un État peut être réputé avoir implicitement levé l'immunité. La délégation sud-africaine souscrit au calendrier proposé pour l'élaboration d'un projet d'articles.

124. La délégation sud-africaine souscrit à la décision d'inscrire le sujet de l'application provisoire des traités au programme de travail à long terme de la CDI. Sur la base des travaux préparatoires de l'article 25 de la Convention de Vienne et de sentences arbitrales récentes concernant l'application provisoire, il est clair que les États qui conviennent d'appliquer un traité provisoirement sont tenus d'appliquer ses dispositions pertinentes de la même manière que s'il était entré en vigueur, sous réserve des conditions énoncées dans la clause d'application provisoire.

125. La Constitution sud-africaine prévoit deux procédures distinctes par lesquelles l'État peut être lié par un accord international, selon la nature de ce dernier: les accords de caractère technique, administratif ou exécutif doivent être approuvés par l'exécutif et sont considérés comme contraignants dès leur signature, alors que tous les autres accords doivent être d'abord approuvés par le Parlement. La relation entre l'application provisoire des traités et le droit interne, en particulier lorsque l'approbation du Parlement est requise pour qu'un accord international lie l'État, demeure une question majeure. Des orientations de la Commission en ce qui concerne l'importance juridique de l'application provisoire et l'effet juridique de sa cessation seraient utiles s'agissant de déterminer l'étendue des obligations découlant des traités appliqués provisoirement.

126. S'agissant de la formation et de l'identification du droit international coutumier, la délégation sud-africaine souscrit à la proposition du Rapporteur

spécial d'axer les travaux sur les aspects concrets et non sur les aspects théoriques du sujet afin d'élaborer un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires à l'intention des praticiens. Le droit international coutumier conserve sa validité malgré les incohérences qui lui sont souvent associées; de plus, la souplesse qui est la sienne doit être considérée comme une force et non comme une faiblesse. La délégation sud-africaine ne s'attend donc pas à ce que la CDI réécrive les règles du droit international coutumier ou produise un projet de convention.

127. Elle encourage les gouvernements à communiquer des informations sur les décisions judiciaires nationales, régionales ou sous-régionales susceptibles de donner des indications sur la formation du droit international coutumier. Aux termes de la Constitution sud-africaine, le droit international coutumier est automatiquement incorporé au droit interne du pays sauf s'il est incompatible avec la Constitution ou une loi votée par le Parlement. En pratique, des décisions importantes de la Cour constitutionnelle sud-africaine, y compris dans une affaire de peine capitale, ont invoqué le droit international coutumier. La délégation sud-africaine suivra avec intérêt la poursuite des travaux sur le sujet et communiquera davantage d'informations à la CDI par écrit.

128. Pour ce qui est de la clause de la nation la plus favorisée, la délégation sud-africaine souscrit à l'objectif général défini par le Groupe d'étude, à savoir limiter la fragmentation du droit international et souligner qu'il importe d'améliorer la cohérence des décisions arbitrales en matière de droit de l'investissement, en particulier en relation avec les clauses de la nation la plus favorisée. Elle se félicite en particulier de la proposition de la CDI de faire figurer des recommandations sur le sujet dans le rapport du Groupe d'étude, notamment des directives et des clauses types le cas échéant.

129. Sauf disposition expresse, une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité n'est pas réputée comprendre les dispositions procédurales d'un autre traité. Malheureusement, plusieurs sentences arbitrales rendues en matière d'investissement en ont jugé différemment. Le Gouvernement sud-africain est préoccupé par les interprétations divergentes de telles clauses par les différents tribunaux arbitraux car ce manque apparent de cohérence est source d'incertitude juridique pour ceux qui sont chargés de négocier les

traités d'investissement bilatéraux; les clauses en question devraient être formulées de manière à n'énoncer que les droits que les États parties sont prêts à s'accorder réciproquement, et donc à accorder à leurs investisseurs. La représentante de l'Afrique du Sud espère que les travaux de la CDI sur le sujet clarifieront la question et finiront par améliorer la prévisibilité dans l'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée par les instances de règlement des différends.

*La séance est levée à 13 h 5.*