



Assemblée générale

Soixante-sixième session

Documents officiels

Distr. générale
16 mars 2012
Français
Original : anglais

Sixième Commission

Compte rendu analytique de la 26^e séance

Tenue au Siège, à New York, le mardi 1^{er} novembre 2011, à 10 heures

Président : M. Petr Válek (République tchèque)

Sommaire

Point 81 de l'ordre du jour: Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (*suite*)

Point 143 de l'ordre du jour: L'administration de la justice à l'Organisation des Nations Unies (*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.

11-57439X (F)



Merci de recycler

En l'absence de M. Salinas-Burgos (Chili), M. Petr Válek (République tchèque), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 10 h 5.

Point 81 de l'ordre du jour: Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (suite) (A/66/10 et Add.1¹)

1. **Le Président** invite le Secrétaire de la Commission à rendre compte des mesures prises par le Secrétaire général en application du paragraphe 7 de la résolution 65/26, dans lequel l'Assemblée le priait de s'employer à trouver des solutions concrètes pour soutenir le travail des rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international (CDI).

2. **M. Mikulka** (Secrétaire de la Commission), prenant la parole en sa qualité de Directeur de la Division de la codification, rappelle que le Secrétaire général a déjà présenté deux rapports soulignant l'importance des rapporteurs spéciaux pour le travail de la CDI et donnant un aperçu de l'assistance fournie à la CDI et à ses rapporteurs spéciaux par la Division de la codification (A/64/283 et A/65/186). Les informations contenues dans ces rapports demeurent valides. Durant l'année écoulée, le Secrétariat a continué d'apporter une assistance aux rapporteurs spéciaux chargés des sujets examinés par la CDI à sa soixante-troisième session.

3. Dans les deux rapports susvisés, le Secrétaire général reconnaissait les difficultés auxquelles les rapporteurs spéciaux devaient faire face et rappelait que par le passé, l'Assemblée avait reconnu le rôle unique qu'ils jouaient, en particulier en leur faisant verser à titre exceptionnel des subventions de recherche et des indemnités spéciales. Ces versements n'étaient pas conçus pour rémunérer les services de rapporteurs spéciaux mais visaient à reconnaître, de manière symbolique, leur contribution précieuse aux travaux de la CDI. Celle-ci a à maintes reprises appelé l'attention sur l'impact de la résolution 56/272 de l'Assemblée générale, dans laquelle l'Assemblée a décidé de fixer à 1 dollar par an tous les honoraires payables à titre exceptionnel aux membres de la CDI, y compris les rapporteurs spéciaux. La CDI a de nouveau soulevé la question dans son rapport sur les travaux de

sa soixante-troisième session (A/66/10, par. 399 et 400), soulignant que la décision de l'Assemblée rendait incertain l'appui que nécessitaient les travaux de recherche des rapporteurs spéciaux. La recherche de solutions en ce qui concerne le versement à ceux-ci d'honoraires relève de la compétence des organes délibérants et, comme indiqué au paragraphe 24 du rapport du Secrétaire général de 2010 (A/64/283), la question doit être envisagée dans le contexte globale de la résolution 56/272.

4. **M^{me} Tveiten** (Norvège), parlant au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), dit que les rapports du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État brossent un tableau exhaustif des questions qui se posent et constitueront une base solide pour les travaux futurs. La notion de souveraineté est étroitement liée à celle d'égalité des États, et l'une et l'autre sont reflétées dans l'adage *par in parem non habet imperium*, selon lequel aucun État souverain ne peut assujettir un autre État souverain à sa juridiction. Traditionnellement, ces notions ont donné naissance à des obligations juridiques positives découlant du droit international coutumier. Toutefois, lors des débats ayant conduit à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens en 2004, plusieurs développements notables du droit ont été reconnus, y compris l'idée que l'exercice de leur compétence par les tribunaux d'un État pour connaître d'opérations commerciales entre les nationaux, personnes physiques ou morales, de cet État et un autre État ne pouvait être interprété comme constituant une menace à l'indépendance souveraine et à l'égalité de ce dernier. Les règles du droit international coutumier ayant changé avec le temps, une étude exhaustive de cette évolution devrait donner des indications sur la portée *ratione materiae* des actes accomplis par les représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions. Les conditions de l'immunité *ratione personae* doivent aussi être envisagées à la lumière du droit international, en particulier en ce qui concerne les crimes internationaux préoccupants dans la communauté internationale dans son ensemble.

5. L'immunité des représentants de l'État ne doit pas être assimilée à l'impunité ni à l'absence de responsabilité. Aux termes des articles 6 et 7 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, il a été établi que le principe du droit international

¹ À paraître.

protégeant les représentants d'un État dans certaines circonstances ne s'appliquait pas aux actes condamnés comme constituant des crimes par le droit international, et que les auteurs de tels actes, qu'il s'agisse de chefs d'État ou d'autres représentants de l'État, ne pouvaient s'abriter derrière leur qualité officielle pour se soustraire au châtement. Le jugement du Tribunal et les principes du droit international consacrés dans son Statut ont été réaffirmés dans la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, adoptée le 11 décembre 1946, dont la pertinence normative subsiste. Même si le Statut du Tribunal concerne l'établissement d'une forme particulière de compétence internationale, le principe qu'il pose est général; ainsi, on ne saurait douter que les représentants de l'État qui participent à des crimes contre l'humanité et à d'autres crimes graves de droit international engagent leur responsabilité personnelle.

6. Dans son rapport préliminaire (A/CN.4/601), le Rapporteur spécial a interprété son mandat comme excluant l'immunité de la compétence pénale internationale, une démarche que les pays nordiques estiment totalement justifiée. Toutefois, une évolution importante en matière de justice pénale internationale a considérablement contribué à la production de normes touchant la portée de l'invocation des immunités et à la clarification des règles en la matière. La justice pénale internationale n'est donc pas sans influence sur l'état général du droit des immunités. Certes, des considérations pratiques imposent une approche cohérente des questions d'immunité – par exemple, lorsqu'une affaire est renvoyée d'un tribunal international à un tribunal interne. Cependant, l'examen du sujet doit tenir compte des règles relatives à l'immunité de la compétence internationale, et pas seulement de celle applicable dans l'État du for. La CDI devrait tenir pleinement compte de la résolution 95 (I) et d'autres sources de droit international, non seulement les conventions internationales mais aussi les décisions des juridictions internationales et nationales, qui relèvent d'une tendance plus large à reconnaître l'existence de crimes de droit international. La CDI devrait à titre prioritaire s'efforcer de rendre le droit international plus cohérent, en tenant compte des développements majeurs et de leur cristallisation au fil du temps.

7. Les gouvernements nordiques conviennent avec le Rapporteur spécial que l'immunité d'un représentant de l'État découle en grande partie de l'immunité de

l'État, que l'immunité est une règle générale et que l'absence d'immunité dans un cas particulier est une exception à cette règle. Néanmoins, la norme appliquée pour déterminer les exceptions à l'immunité est peut-être trop stricte. Les approches constructivistes qui ne tiennent pas pleinement compte de l'évolution importante du droit international doivent être évitées. Comme l'ont souligné les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'opinion qu'ils ont jointe à 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)*, la notion de compétence et le droit de l'immunité évoluent constamment, ce dont l'approche statique que révèlent les rapports du Rapporteur spécial ne semble pas tenir compte.

8. La démarche adoptée par le Rapporteur spécial s'agissant de définir la portée de l'immunité *de lege lata* est la plus rationnelle s'agissant de préparer l'élaboration de normes, à condition que les conclusions du Rapporteur spécial recueillent l'appui général nécessaire. La représentante de la Norvège se félicite qu'il ait été tenu compte de sources de droit récentes et importantes, par exemple des explications données par la Cour internationale de Justice dans son arrêt rendu en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, et que le Rapporteur spécial ait fait siennes les observations de la Cour selon lesquelles l'immunité éventuelle des représentants de l'État autres que les chefs d'État ou de gouvernements ou ministres des affaires étrangères doit être activement revendiquée par l'État du représentant. Une autre idée intéressante que l'on peut tirer de l'arrêt de la Cour est la corrélation possible entre l'invocation de l'immunité par un État pour un de ses représentants et l'endossement automatique de la responsabilité pour tout fait internationalement illicite commis par ce représentant. Le Rapporteur spécial semble avoir reconnu cette corrélation lorsqu'il indique, au paragraphe 24 de son rapport, qu'il n'y a pas de raisons objectives de distinguer entre l'attribution d'un comportement aux fins de la responsabilité et aux fins de l'immunité. Cet argument semble d'une logique imparable; toutefois, il peut être justifié de distinguer entre cette présomption et la détermination finale de la responsabilité; de fait, les objectifs des règles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et ceux des règles sur l'immunité des représentants de l'État sont tout à fait différents.

9. Les travaux futurs de la CDI sur le sujet doivent refléter la rationalité structurelle et la profondeur analytique des rapports présentés jusqu'ici mais ils doivent être complétés par une analyse plus fonctionnelle, s'agissant en particulier de la distinction entre les cas (faits et situations) dans lesquels l'immunité est nécessaire pour permettre aux États d'agir librement et à l'abri des ingérences au niveau interétatique, et ceux dans lesquels l'immunité n'est pas nécessaire à cette fin.

10. S'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), les pays nordiques pensent avec le Rapporteur spécial que l'obligation de coopérer à la lutte contre l'impunité est le fondement de l'obligation d'extrader ou de poursuivre et sont persuadés que les travaux de la Sixième Commission sur le sujet seront guidés par l'objectif commun de lutter contre l'impunité, un objectif clé de la politique des gouvernements nordiques. Avec le principe de la compétence universelle, l'obligation d'extrader ou de poursuivre contribue à faire en sorte que les auteurs de crimes internationaux ne puissent trouver de refuge nulle part. La clarification des règles du droit international sur le sujet permettrait aux obligations établies par les règles du droit positif d'avoir un effet maximum et en assurerait le respect, tout en permettant de déterminer quelles règles supplémentaires peuvent être nécessaires. Comme il ressort des commentaires de la CDI et du Rapporteur spécial, il existe d'importantes divergences d'opinions sur des questions fondamentales touchant les sources de l'obligation et l'existence d'une obligation générale de coopérer; ces divergences sont envisagées dans la version révisée du projet d'article 2 (Devoir de coopérer), figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/648).

11. La délégation norvégienne estime que l'obligation d'extrader ou de poursuivre est probablement fondée en droit international coutumier, mais qu'une analyse plus poussée des divers crimes et le recensement des crimes les plus graves donnant naissance à cette obligation sont nécessaires. La CDI peut mener cette analyse en attendant l'arrêt que la Cour internationale de Justice doit rendre en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. Les gouvernements nordiques sont ouverts à l'idée d'envisager, lorsque toutes les données pertinentes seront disponibles, un éventuel développement progressif du droit

international sur la question et ils soulignent qu'il importe que la CDI continue d'étudier le sujet durant le quinquennat commençant en 2012.

12. S'agissant des traités dans le temps, ce sujet est lié à plusieurs autres sujets, notamment celui de la fragmentation du droit international. Une meilleure compréhension de la manière dont les différentes juridictions utilisent les accords et la pratique ultérieurs pourrait donner une image plus complète de l'application cohérente et de l'interprétation intégrée des traités conformément aux principes énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les pays nordiques estiment que les organes juridictionnels devraient davantage s'appuyer sur la règle générale d'interprétation des traités énoncée dans cet article et que le débat sur la mesure dans laquelle la nature de certains traités pouvait affecter l'approche adoptée par ces organes, sur la reconnaissance des accords et de la pratique ultérieurs et sur les autres conclusions figurant dans le deuxième rapport du Président du Groupe d'étude sur le sujet, intitulé « Les décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendus dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et pratique ultérieurs », doit se poursuivre. Il importe que la CDI se mette d'accord sur une définition de la notion de « pratique ultérieure »; elle doit donc solliciter les observations des gouvernements sur ce point.

13. S'agissant de la clause de la nation la plus favorisée, les efforts méthodiques faits par la CDI pour déterminer le contenu normatif de diverses clauses de la nation la plus favorisée pourraient renforcer sensiblement la cohérence du droit international et sont dans la ligne de l'analyse faite par la CDI de la fragmentation du droit international, sur la base des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'examen de la pratique de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'établissement d'une typologie des sources de la jurisprudence, y compris les sentences arbitrales, ont montré les différences existant dans l'approche adoptée par les divers arbitres, et les travaux de la CDI dans ce domaine pourraient renforcer la certitude juridique. Les pays nordiques appuient donc la poursuite de ces travaux et leur

achèvement conformément au calendrier indiqué au paragraphe 362 du rapport de la CDI (A/66/10). Celle-ci devrait achever ses travaux sur la clause de la nation la plus favorisée avant de s'attaquer au sujet connexe de la norme du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement afin de pouvoir tirer parti pour ses travaux sur ce dernier sujet de ceux qu'elle est en train de mener dans le cadre du premier.

14. **M. Stuerchler Gonzenbach** (Suisse) dit que le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est très important, compte tenu en particulier du débat en cours sur la compétence universelle. La portée de l'immunité des représentants de l'État varie selon que les infractions dont ils sont accusés relèvent de la compétence d'un tribunal interne ou d'un tribunal international. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale limite expressément la possibilité d'invoquer les immunités découlant d'autres sources du droit international, un développement du droit dont on peut se féliciter. Une telle limitation ne s'applique toutefois pas dans les affaires relevant de la compétence des tribunaux internes; le principe de l'égalité des États doit être appliqué et la stabilité des relations internationales garantie.

15. Le rapport préliminaire sur le sujet (A/CN.4/601) examine les règles internationales adoptées à ce jour en ce qui concerne les privilèges et immunités des représentants de l'État, y compris les représentants diplomatiques et consulaires, les membres des missions spéciales et les représentants des États auprès des organisations internationales. L'analyse figurant dans le rapport est particulièrement précieuse pour les États qui, comme la Suisse, sont traditionnellement des pays hôtes. La délégation suisse estime que l'examen des règles régissant les privilèges et immunités des représentants de l'État doit tenir compte, outre les traités multilatéraux et la jurisprudence des tribunaux internes, des accords de siège conclus entre pays hôtes et organisations opérant sur leur territoire. Ces accords donnent des indications utiles sur les privilèges et immunités généralement reconnus aux représentants de l'État et sur la portée personnelle et fonctionnelle desdites immunités.

16. Comme le Rapporteur spécial le relève à juste titre dans son rapport préliminaire, les traités internationaux en vigueur ne réglementent pas les questions touchant l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère en général ou dans de nombreuses situations particulières. Les

travaux de la CDI sur le sujet devraient porter sur les questions qui ne sont pas encore réglementées par les traités internationaux. La formulation de règles générales ne doit toutefois pas limiter l'application des accords existants ni rendre l'interprétation des règles en vigueur plus difficile. La CDI devrait s'efforcer de recenser les lacunes du droit international, premièrement en déterminant quelles règles du droit international coutumier doivent encore être codifiées puis en étudiant la nécessité d'élaborer de nouvelles règles du droit international dans les domaines qui ne sont pas encore réglementés.

17. La délégation suisse, comme le Rapporteur spécial, souscrit aux conclusions de la Cour internationale de justice en ce qui concerne les mesures qu'un État exerçant sa compétence en matière pénale peut prendre sans violer l'immunité d'un représentant de l'État et convient qu'un État peut prendre des mesures de procédure pénale qui ne sont pas restrictives par leur nature et ne risquent d'empêcher le représentant de l'État étranger d'exercer ses fonctions, en particulier dans le cadre d'enquêtes préliminaires visant à établir des faits et à déterminer s'il convient d'engager une procédure.

18. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), une analyse qui ne tiendrait pas compte de la question de la compétence universelle ne permettrait pas de se faire une idée exhaustive et cohérente des questions qui se posent. Les deux sujets sont étroitement liés et auraient dû être étudiés ensemble, ce qui aurait renforcé la pertinence des travaux que mène la CDI dans le cadre de la lutte contre l'impunité. Le Groupe de travail de la Commission sur la portée et l'application du principe de la compétence universelle devrait avoir à l'esprit des questions étudiées par la CDI au sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

19. Des travaux sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée et sur la norme du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement contribueraient à prévenir la fragmentation du droit international. La CDI devrait s'efforcer d'apporter une contribution aux travaux d'autres acteurs dans ce domaine, en particulier la CNUCED, qui a récemment publié une étude détaillée du traitement de la nation la plus favorisée, et l'OCDE, qui a publié toute une série de documents sur le droit de l'investissement. La délégation suisse souhaiterait que soit élaboré un rapport qui expose les vues de la majorité de la

doctrine sur les aspects clés de la clause de la nation la plus favorisée, sans contenir nécessairement des recommandations ou des clauses types.

20. Ce rapport devrait, en particulier, porter sur la relation entre la clause de la nation la plus favorisée, les normes de traitement national et les normes de traitement juste et équitable, étudier pourquoi les tribunaux arbitraux n'ont pas adopté une approche systématique de l'interprétation et de l'application des clauses de la nation la plus favorisée, et évaluer comment ces tribunaux ont appliqué les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités et si l'application de ces règles a été plus cohérente.

21. Les questions soulevées dans la deuxième partie de l'annexe D du rapport de la CDI (La norme du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement) sont pertinentes. La norme du traitement juste et équitable est la norme la plus fréquemment invoquée dans la pratique et mérite d'être examinée plus avant. La délégation suisse se demande toutefois s'il est possible de définir la notion de « traitement juste et équitable » d'une manière qui recueille l'approbation de la majorité des États. Il est essentiel que l'on s'accorde clairement sur le type de produit final qu'élaborera la CDI avant même d'entrer dans un débat de substance. Formuler des lignes directrices qui indiqueraient dans quelle mesure la norme reflète le droit international coutumier ne semble pas la meilleure solution car de nombreux États, dont la Suisse ne fait toutefois pas partie, rejettent l'existence d'un droit coutumier en matière d'investissement étranger. Quant à l'idée de rédiger une déclaration sur la signification de la norme, elle ne semble avoir guère de chances de succès pour la même raison. Un exposé clair du droit sur le sujet, émanant d'une source faisant autorité, serait théoriquement utile, mais étant donné le nombre des questions qui demeurent sans réponse et les vues et intérêts divergents des États, la négociation multilatérale semble être le moyen le plus approprié de parvenir à un accord sur le droit en matière de traitement juste et équitable. La CDI pourra aussi vouloir étudier si la jurisprudence relative aux traités d'investissement n'a pas, *de facto*, remplacé le droit international coutumier en tant que source d'obligations en matière d'investissement étranger et, dans l'affirmative, quelles sont les implications de cette tendance sur le développement du droit international.

22. Quant aux autres sujets récemment inscrits au programme de travail à long terme de la CDI, la délégation suisse souscrit pleinement à l'affirmation figurant au paragraphe 4 de l'annexe A du rapport de la CDI: la souplesse demeure une caractéristique essentielle de la formation du droit international coutumier. Il sera donc difficile de décrire systématiquement comment les règles coutumières se forment sans porter atteinte à l'essence même de la coutume, qui a toujours été et doit demeurer une source majeure du droit international.

23. La délégation suisse note avec intérêt que la CDI a l'intention d'étudier le sujet de la protection de l'environnement et des conflits armés et tient à souligner l'importance d'une coopération étroite avec le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) afin d'arriver à mieux comprendre les règles régissant la protection de l'environnement, y compris, si nécessaire, en organisant une réunion d'experts.

24. **M. Maza Martelli** (El Salvador) déclare, en ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), qu'il importe de tout faire pour que les auteurs des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble ne jouissent pas de l'impunité. L'obligation d'extrader ou de poursuivre, le principe de la compétence universelle et la reconnaissance de la compétence des tribunaux internationaux ont contribué à la réalisation de cet objectif, mais ces mécanismes n'opèrent pas tous de la même manière. Selon la Constitution d'El Salvador, par exemple, l'extradition est principalement régie par des accords bilatéraux et multilatéraux, dont bon nombre énoncent l'obligation d'extrader ou de poursuivre en ce qui concerne toute une série d'infractions, y compris les infractions de droit commun passibles de plus de trois ans d'emprisonnement et les infractions violant des normes du *jus cogens*. La mise en œuvre de l'obligation d'extrader ou de poursuivre est donc un mécanisme de coopération juridique de vaste portée.

25. En ce qui concerne le projet d'article 2 révisé (Devoir de coopérer) proposé par le Rapporteur spécial, il est nécessaire de distinguer entre l'obligation de coopérer imposée aux États par l'obligation d'extrader ou de poursuivre, et l'obligation que les États doivent aux tribunaux internationaux dont ils ont reconnu la compétence dans un traité particulier. Les mots « dans tous les cas et toutes les circonstances où cela est approprié » devraient être supprimés parce

qu'ils créent une incertitude quant à l'exécution de l'obligation, ce qui risque d'entraîner des interprétations excessivement discrétionnaires et un affaiblissement de l'obligation ou son inexécution. Quant au projet d'article 3 (Le traité comme source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre) et 4 (La coutume internationale comme source de l'obligation *aut dedere aut judicare*), si la délégation salvadorienne souscrit à la reconnaissance des sources coutumière et conventionnelle de l'obligation, elle doute qu'il soit utile d'énoncer deux dispositions visant à réglementer un aspect unique du sujet et propose, si l'on décide de conserver la référence aux deux sources, de réunir les deux projets d'articles en un seul.

26. La délégation salvadorienne encourage la CDI à poursuivre ses travaux sur le sujet, à la lumière en particulier des règles relatives à l'extradition et aux principes généraux du droit pénal. Elle ne considère pas que le pouvoir discrétionnaire d'engager ou non des poursuites soit un principe général du droit pénal intéressant le sujet, quelle que soit sa relation avec l'obligation *aut dedere aut judicare*. Les principes du droit pénal sont des axiomes fondamentaux qui existent pour guider l'État sur la voie de la justice et de la certitude juridique. Ils comprennent les principes de la dignité humaine et de l'intervention minimale, la présomption d'innocence et, surtout, le principe de légalité, qui s'oppose directement à l'arbitraire ou aux pouvoirs discrétionnaires abusifs. Le pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites ne peut donc être considéré comme un principe général du droit pénal; il s'agit d'un pouvoir accordé par chaque État conformément aux dispositions de son droit interne et de sa politique juridique en matière pénale. La CDI devrait s'efforcer d'élaborer un projet d'articles attestant une connaissance solide du sujet et reposant sur une analyse approfondie de sa nature et de ses caractéristiques.

27. Pour ce qui est des méthodes de travail de la CDI, la délégation salvadorienne souscrit aux recommandations concernant les travaux des rapporteurs spéciaux, les groupes d'études, le Comité de rédaction et le Groupe de la planification ainsi que l'élaboration des commentaires des projets d'articles, l'indication préliminaire de la forme finale que prendront les travaux sur les divers sujets et la relation de la CDI avec la Sixième Commission, recommandations dont la mise en œuvre devrait être bénéfique tant pour la CDI que pour la Commission.

La délégation salvadorienne encourage aussi la CDI à prendre des mesures pour que ses rapports annuels soient disponibles bien avant la session de l'Assemblée générale, ce qui n'a pas été le cas à la session en cours.

28. La délégation salvadorienne pense que les cinq nouveaux sujets que la CDI a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme contribueront utilement à la codification et au développement progressif du droit international et portent sur des questions d'un intérêt pressant pour la communauté internationale dans son ensemble. Il faut néanmoins veiller à ce que les travaux sur les nouveaux sujets ne portent pas atteinte au droit international actuellement en vigueur ou en train d'être codifié ou progressivement développé, et n'en entraînent pas la fragmentation.

29. **M^{me} Dascalopoulou-Livada** (Grèce) dit que la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère n'a encore fait l'objet d'aucun texte normatif. Les Conventions de Vienne de 1961 et 1963, par exemple, ne portent que sur les immunités de certaines catégories de personnes, comme les personnels diplomatique et consulaire. Des développements récents, intervenus en particulier durant les 20 années précédentes, ont montré qu'il fallait réexaminer le sujet compte tenu des nouvelles tendances du droit international.

30. la question la plus intéressante et la plus difficile posée par le Rapporteur spécial concerne les exceptions à la règle de l'immunité; après avoir recensé plusieurs raisons qui pourraient justifier de telles exceptions, il a fini par toutes les rejeter. La délégation grecque estime pourtant qu'une de ces raisons a un poids considérable – celle selon laquelle les normes impératives du droit international qui interdisent certains actes et les érigent en crime priment la norme relative à l'immunité et neutralisent cette immunité – et semble refléter l'évolution récente en la matière. Le Rapporteur spécial fait toutefois également valoir que les normes impératives sont des normes de fond alors que celles concernant l'immunité sont procédurales et qu'ainsi les premières ne peuvent être en conflit avec les secondes. La délégation grecque a du mal à comprendre cet argument, dont l'essence est qu'un obstacle procédural se voit accorder un poids tel qu'il neutralise totalement des règles substantielles placées au sommet de la hiérarchie juridique, comme le sont les règles du *jus cogens*.

31. Des développements récents donnent à penser que l'idée que l'impunité ne peut être tolérée s'agissant des crimes internationaux, quel que soit le statut de leur auteur, recueille un appui croissant. De fait, l'idée n'est pas nouvelle. Les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo ont montré qu'il y avait une limite à l'impunité des représentants de l'État qui commettent des crimes internationaux comme le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et l'agression. Et même s'il est vrai que les procès en question reposaient sur un accord international, les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, un document établi par la CDI, confirme qu'en droit international, même les plus hauts représentants de l'État doivent être tenus responsables s'ils commettent des crimes internationaux. Ces principes ont été approuvés par l'Assemblée générale et sont considérés comme faisant autorité et codifiant le droit international coutumier.

32. Plus récemment, certains indices attestent que le droit pénal international ne tolère absolument plus de tels crimes, quel que soit le statut de leur auteur. Aucune disposition des statuts des tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, adoptés par le Conseil de sécurité, ne prévoit l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Au contraire, de tels représentants peuvent être soumis à la compétence de ces tribunaux, et certains ont de fait été jugés par eux. En outre, le fait que 119 États soient parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale atteste de la résolution de la communauté internationale de ne pas soustraire les hauts représentants de l'État à l'application du droit. L'article 27 du Statut stipule que les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne. Si l'article 98 du Statut vient utilement rappeler les normes concernant l'immunité, il concerne l'immunité de l'État ou diplomatique et exige le consentement de l'État d'envoi pour la remise à la Cour d'une personne relevant de cet État et ne concerne donc pas la question à l'examen. En outre, cet article 98 a été très controversé et on ne sait pas encore comment la Cour l'interprétera.

33. La détermination de la communauté internationale s'agissant de lutter contre l'impunité pour des crimes graves sans aucune discrimination

quant à leur auteur est aussi attestée par l'acceptation quasi universelle de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni ces conventions, ni le Statut de Rome ne font de distinction, quant au traitement à leur accorder, entre les personnes jouissant de l'immunité personnelle et celles ne jouissant que de l'immunité fonctionnelle puisque, si une telle distinction est valide pour les actes qui ne constituent pas des crimes internationaux, un crime international demeure un crime international quel que soit son auteur.

34. Ainsi, il est clair qu'il existe une tendance en faveur de l'interdiction de l'immunité s'agissant des crimes les plus choquants. Bien que certains États n'aient pas encore adopté de législation qui leur permette de ne pas reconnaître les immunités dans le cas de tels crimes, cette situation va nécessairement changer, en particulier parce que les parties au Statut de Rome doivent pouvoir engager des poursuites au plan interne conformément au principe de complémentarité. Le recours accru du Conseil de sécurité à la Cour pénale internationale afin d'engager des poursuites contre des hauts représentants de l'État qui violent le droit pénal international – même lorsque l'État de l'auteur des crimes n'est pas partie au Statut de Rome – œuvre également en faveur du changement.

35. Il n'est pas douteux qu'une culture de la responsabilité se fait jour. Il y a des exemples dans la jurisprudence internationale et les jurisprudences nationales qui confirment cette tendance, même s'il y a aussi des exemples d'une tendance opposée, par exemple l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Pourtant, l'arrêt rendu dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, mentionné par le Rapporteur spécial, donne à penser que la position de la Cour au sujet de l'immunité a quelque peu changé. De plus, le Rapporteur spécial lui-même a concédé que les représentants de l'État ne jouiraient pas de l'immunité de juridiction pénale étrangère si cette juridiction est exercée par un État sur le territoire duquel l'infraction a été commise lorsque cet État n'a consenti ni à l'exercice sur son territoire de l'activité ayant abouti à l'infraction ni à la présence du représentant de l'État concerné sur son territoire.

36. La représentante de la Grèce indique que ses observations ne visent aucunement à éroder le fondement sur lequel, comme l'a souligné le Rapporteur spécial, repose l'immunité de juridiction – à savoir l'égalité souveraine des États – pas plus qu'elles ne nient la nécessité de prévenir l'abus des règles de fond interdisant la commission de certains crimes graves. Elle comprend que certains sont préoccupés à cet égard; toutefois, elle estime que lorsque des États sont parties à des statuts créant des organes judiciaires internationaux comme les cours et tribunaux internationaux, ou lorsque le Conseil de sécurité renvoie des affaires à la Cour pénale internationale, ces préoccupations ne devraient pas prévaloir. La saisine de la Cour internationale de Justice, lorsqu'elle est possible et appropriée, constituera une garantie contre les abus potentiels dans les affaires de crimes graves en cas de non-reconnaissance de l'immunité de juridiction pénale. Lorsque les questions procédurales sont pertinentes – par exemple dans le cas des infractions autres que celles préoccupant la communauté internationale – la délégation grecque souscrit aux observations énoncées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/646).

37. Pour ce qui est du sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la représentante de la Grèce souscrit à l'observation de l'orateur qui l'a précédée, à savoir que cette obligation a sa source dans les accords bilatéraux d'extradition ou d'entraide judiciaire. L'étude menée par le Rapporteur spécial n'a toutefois tenu compte que des accords multilatéraux, qui concernent la communauté internationale dans son ensemble. La signification de l'obligation dans ce contexte limité, au moins en ce qui concerne les poursuites, semble être proche de celle de la compétence universelle.

38. La délégation grecque peut appuyer le projet d'article 2 (Devoir de coopérer) tel que révisé par le Rapporteur spécial; la coopération est effectivement une notion très large dont on peut considérer qu'elle comprend l'obligation d'extrader ou de poursuivre. La délégation grecque pense toutefois que les mots « comme il y a lieu » qui figurent au paragraphe 1 et « dans tous les cas et toutes les circonstances où cela est approprié » qui figurent au paragraphe 2 sont vagues et risquent d'être interprétés comme impliquant une applicabilité totale du droit interne. Si l'intention est que l'obligation s'applique conformément à

certaines règles, la nature et le contenu de ces règles devraient être clairement indiqués, non dans un article liminaire ou déclaratoire mais dans les articles subséquents. En ce qui concerne les projets d'article 3 (Le traité comme source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre) et 4 (La coutume internationale comme source de l'obligation *aut dedere aut judicare*), la délégation grecque, comme d'autres, ne comprend pas l'utilité d'une distinction en fonction de la source de la règle à l'examen; le texte devrait recenser les crimes auxquels l'obligation s'applique puis exposer les conditions et procédures applicables.

39. **M. Politi** (Italie) déclare, sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, que le débat en cours a montré que des délégations contestaient tant l'approche restrictive appliquée par le Rapporteur spécial sur la question cruciale des éventuelles exceptions à l'immunité, que sa conclusion selon laquelle rien n'attestait l'apparition d'une norme de droit international qui justifierait de telles exceptions, en particulier dans le cas de crimes internationaux graves. Pour la délégation italienne, une approche équilibrée et exhaustive du sujet est cruciale. Même du point de vue de la *lex lata*, la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux pénaux internes et internationaux fournissent divers éléments qui ne peuvent pas ne pas avoir un impact significatif sur le principe de l'immunité tel qu'il a été interprété et appliqué par le passé. Il convient de tenir compte de ces éléments non seulement en tant qu'exceptions à une règle générale mais en tant qu'indication de l'apparition d'une *lex specialis*, en particulier relativement aux crimes graves de droit international commis par des hauts représentants de l'État comme les chefs d'État ou de gouvernement et les ministres des affaires étrangères.

40. Le principe de l'immunité a été confirmé dans certains cas, par exemple par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Dans d'autres, des tribunaux internes ont refusé l'immunité, comme la Chambre des Lords dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1999 dans l'affaire *Regina c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (n° 3). De plus, les tribunaux pénaux spéciaux et hybrides et la Cour pénale internationale ont toujours appliqué la règle, établie à Nuremberg et réaffirmée à l'article 27 du Statut de Rome, de la non-pertinence de la qualité officielle. Les décisions de ces organes, loin de n'intéresser que le domaine de la

justice pénale internationale, attestent une consolidation plus générale du cadre normatif applicable, dont il faut tenir compte dans l'exercice de la compétence nationale. C'est pourquoi la CDI devrait tenir dûment compte de la totalité de la pratique internationale.

41. Certaines des questions procédurales traitées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport devraient être étudiées plus avant, en particulier celle du moment où l'immunité est examinée dans le cadre des procédures nationales. Dans certains cas, l'immunité ne doit être accordée qu'après un examen attentif de la nature du crime et de la possibilité de le qualifier crime international.

42. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la délégation italienne souscrit à l'approche du Rapporteur spécial consistant à examiner le sujet strictement en relation avec l'obligation des États de coopérer à la lutte contre l'impunité. L'obligation d'extrader ou de poursuivre est un mécanisme normatif visant à combler les lacunes susceptibles de permettre à ceux qui ont commis les crimes les plus graves d'échapper aux poursuites et au châtiment. Sur cette base, les diverses sources de cette obligation, y compris les traités, la coutume et le *jus cogens*, ont été examinées et des projets d'articles formulés pour les différentes catégories de normes. Cet aspect de la méthode retenue par le Rapporteur spécial a fait l'objet d'un vif débat au sein de la CDI. La délégation italienne tend à être d'accord avec ceux qui doutent qu'il soit opportun de formuler des articles distincts pour les différentes sources de droit et pensent qu'une analyse plus détaillée de la pratique internationale doit être menée pour déterminer dans quelle mesure le principe *aut dedere aut judicare* est consacré dans le droit international positif. L'analyse devrait porter sur les aspects de fond et procéduraux, y compris les types de crimes auxquels le principe s'applique et les mécanismes d'extradition utilisés. Quant aux questions posées par la CDI, l'Italie applique le principe *aut dedere aut judicare* régulièrement et de manière cohérente, tant dans l'élaboration et sa législation donnant effet aux conventions pertinentes que dans la jurisprudence de ses tribunaux.

43. S'agissant du programme à long terme de la CDI, sur les cinq nouveaux sujets, la délégation italienne estime que ce sont les deux sujets qui concernent la protection de l'environnement (« La protection de

l'atmosphère » et « La protection de l'environnement et les conflits armés ») qui méritent le plus d'être examinés car ils touchent des aspects fondamentaux de la protection de l'environnement. Bien que de nombreux instruments internationaux existent sur le sujet et que celui-ci fasse l'objet d'une doctrine abondante, il doit être étudié plus avant et systématisé afin de répondre aux inquiétudes croissantes de la communauté internationale. Un autre nouveau sujet, l'application provisoire des traités, mérite aussi de retenir l'attention de la CDI afin de clarifier et de compléter le droit existant, qui se limite à quelques règles énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

44. **M. Kittichaisaree** (Thaïlande) dit que l'examen par la CDI du sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère devrait se limiter aux questions touchant l'immunité de juridiction pénale car l'immunité de juridiction civile est une question fondamentalement différente. La CDI devrait s'efforcer de codifier le droit international existant et expliquer les tendances qui se font jour, en particulier en relation avec l'immunité ou l'absence d'immunité, s'agissant des crimes de droit international les plus graves. Le produit final des travaux devrait réaliser un équilibre adéquat entre la nécessité de préserver la stabilité des relations internationales et celle de ne pas tolérer que de tels crimes restent impunis.

45. L'immunité n'est pas assimilable à l'impunité; elle constitue un obstacle procédural aux poursuites pénales alors que l'impunité exonère l'individu de sa responsabilité pénale au regard du droit pénal de fond. En principe, l'immunité ne devrait pas faire obstacle à l'engagement de poursuites pénales contre les représentants de l'État dès lors que de telles poursuites ne menacent plus la stabilité des relations internationales. Si l'immunité s'applique aux actes officiels de l'État concerné, cet État et ses représentants ne peuvent agir sans avoir à rendre des comptes. Des représentants de l'État qui commettent des crimes odieux portent sérieusement atteinte à l'honneur et à la dignité de l'État lui-même; ainsi, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* sont inextricablement liées. Comme l'ont souligné d'autres orateurs, plusieurs instruments internationaux relatifs à la répression des crimes internationaux stipulent expressément que l'immunité des représentants de l'État n'est pas absolue, même

celle des chefs d'État, et que la qualité officielle d'un accusé ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et ne constitue pas une circonstance atténuante. On peut citer, à titre d'exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et les statuts des tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. De plus, des États ont exercé la compétence universelle pour connaître de crimes graves et refusent l'immunité à leurs auteurs.

46. La question fondamentale qui se pose à la CDI concerne la manière de réaliser l'équilibre voulu dans ses travaux sur le sujet. Elle peut peut-être trouver la réponse en partie dans ses débats en cours sur la portée et l'application du principe de la compétence universelle, qui vise à prévenir les abus dans l'exercice de cette compétence (au moyen, par exemple, de garanties contre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire excessif en matière de poursuites) tout en évitant que les crimes graves préoccupant la communauté internationale restent impunis. On peut citer, comme exemple de disposition visant à réaliser un équilibre entre les intérêts légitimes des États souverains et la nécessité de mettre la responsabilité en œuvre, l'article 98 du Statut de Rome, selon lequel la Cour ne peut demander aux États d'agir de façon incompatible avec les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, y compris celles relatives à l'immunité de l'État ou l'immunité diplomatique.

47. Un équilibre vital pourrait être réalisé en exonérant expressément de toute responsabilité pénale individuelle les chefs d'État qui, constitutionnellement, n'ont de fonction que symbolique ou cérémoniale. Par exemple, la définition du crime d'agression récemment adoptée par la Conférence d'examen du Statut de Rome limite la catégorie des personnes susceptibles de commettre ce crime à celles « en mesure d'exercer un contrôle effectif sur l'action politique ou militaire d'un État ou de diriger cette action ». Néanmoins, aux fins de la certitude juridique, tant que le droit international coutumier ne s'est pas cristallisé s'agissant des représentants de l'État qui jouissent ou ne jouissent pas de l'immunité, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt* doit faire autorité.

48. La délégation thaïlandaise préférerait que les questions de procédure évoquées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/646) soient traitées après que l'on soit parvenu à des conclusions définitives sur les aspects de fond du sujet.

49. S'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la délégation thaïlandaise convient qu'il faut différencier entre les catégories de crimes relevant de cette obligation et celles qui n'en relèvent pas. Tous les crimes qui relèvent actuellement de la compétence universelle ne relèvent pas également de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, qui est de nature essentiellement conventionnelle. La délégation thaïlandaise peut accepter dans son principe le libellé révisé du projet d'article 3 (Le traité comme source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre) à l'exception de l'expression « et aux principes généraux du droit pénal international » qui figure au paragraphe 2, qui est trop vague pour être utile au législateur national. Ces principes devraient être explicités, comme indiqué au paragraphe 317 du rapport de la CDI.

50. La délégation thaïlandaise est très réservée au sujet du projet d'article 4 (La coutume internationale comme source de l'obligation *aut dedere aut judicare*). Le droit thaïlandais consacre une approche dualiste du droit international: les normes internationales ne sont pas juridiquement exécutoires mais les tribunaux peuvent, dans certaines circonstances, en tenir compte pour interpréter la législation ou les codes afin d'éviter d'éventuels conflits avec le droit international coutumier. Engager des poursuites contre une personne en vertu d'une règle du droit international coutumier qui ne fait pas déjà partie du droit thaïlandais violerait le principe de légalité. La Thaïlande ne peut extradier une personne que sur le fondement d'un traité d'extradition avec l'État requérant ou moyennant des assurances de réciprocité de cet État, ou en exécution d'une autre obligation internationale contraignante. La délégation thaïlandaise prend note des vues sur le projet d'article 4 exprimées par des membres de la CDI et consignées aux paragraphes 320 et 321 du rapport de la CDI.

51. Le sujet de la clause de la nation la plus favorisée revêt une importance pratique; à l'ère de la mondialisation et de l'interdépendance économique, le rôle des accords internationaux relatifs aux investissements, qui sont devenus un des principaux mécanismes du renforcement des relations économiques, est plus important que jamais. L'augmentation rapide des flux transfrontières de biens, de services, de personnes, de capitaux et de technologies crée de sérieux défis que les États ne peuvent relever individuellement. L'interprétation et

l'application des clauses de la nation la plus favorisée figurant dans les accords relatifs aux investissements sont particulièrement complexes. Comme la CDI le note dans son rapport, le raisonnement des tribunaux qui autorisent et de ceux qui rejettent l'utilisation de telles clauses pour incorporer un mécanisme de règlement des différends dans un traité d'investissement n'est guère cohérent. La délégation thaïlandaise souscrit aux conclusions figurant aux paragraphes 361 et 362 du rapport de la CDI et appuie les efforts que fait le Groupe d'étude pour améliorer la cohérence des approches suivies dans les décisions arbitrales, renforcer la certitude et la stabilité dans le domaine du droit de l'investissement et améliorer la sécurité et la prévisibilité au bénéfice des investisseurs étrangers et des États.

52. **M. Sánchez Contreras** (Mexique) dit qu'il se félicite des progrès considérables réalisés par le Groupe d'étude sur le sujet des traités dans le temps. Les relations entre les États sont influencées par l'évolution de la politique internationale, et il est nécessaire de déterminer l'impact de divers événements et défis mondiaux sur le régime conventionnel de Vienne.

53. Les conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude montrent combien les rapports de ce dernier peuvent être utiles pour les États. Leur publication dans le rapport annuel de la CDI permettra aux États d'être mieux informés des progrès réalisés dans l'étude du sujet, ce qui leur permettra de contribuer davantage aux travaux de la CDI et améliorera la transparence dans l'étude du sujet. Le résultat final sera ainsi d'une portée plus large et plus utile dans la pratique. La délégation mexicaine est aussi favorable à la nomination d'un rapporteur spécial.

54. Les conclusions préliminaires justifient la décision de scinder les travaux sur le sujet en plusieurs phases. Elles montrent que l'interprétation et l'évolution des traités dans le cadre des accords et de la pratique ultérieurs les revitalisent en en font des instruments dynamiques, démontrent l'importance de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et donnent un bon aperçu des méthodes d'interprétation utilisées par les divers tribunaux internationaux. Des éclaircissements sont toutefois nécessaires en ce qui concerne la cinquième conclusion, relative à la notion de pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation. On voit mal dans

quelle mesure cette notion, au sens large utilisé par le Tribunal international pour le droit de la mer et la Cour internationale de Justice, qui n'exigent pas un accord entre les parties au traité, est compatible avec les alinéas a) et b) du paragraphes 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et si l'utilisation de cette notion par les juridictions internationales atteste l'apparition d'une nouvelle méthode d'interprétation des traités.

55. La question de la possibilité d'une modification des traités par les accords et la pratique ultérieurs et la relation entre les accords et la pratique ultérieurs et les procédures officielles de modification des traités continue d'intéresser la délégation mexicaine, qui est favorable à une approche exhaustive du sujet et encourage la CDI à examiner, à la lumière des accords et de la pratique ultérieurs, des questions comme la relation entre les traités et le droit coutumier, la pratique ultérieure en tant que source d'interprétation et de formation de nouvelles normes du droit international coutumier et le rôle des mécanismes informels.

56. Le représentant du Mexique exprime l'espoir que le Groupe de travail sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée achèvera ses travaux d'ici la fin de la soixante-cinquième session de la CDI. D'une manière générale, la délégation mexicaine souscrit à l'idée que le Groupe d'étude doit s'efforcer d'éviter la fragmentation du droit international en encourageant une plus grande cohérence dans les décisions arbitrales, favorisant ainsi une amélioration de la certitude et de la stabilité dans le domaine du droit de l'investissement. Ses travaux sont utiles étant donné les divergences dans la jurisprudence en la matière et le manque de cohérence dans le raisonnement des tribunaux autorisant l'utilisation de la clause pour incorporer des dispositions relatives au règlement des différends dans les accords d'investissement. L'interprétation de la portée des clauses de la nation la plus favorisée devrait préserver l'équilibre entre la nécessité de protéger l'investisseur et son investissement et celle de ménager à l'État de réception la liberté d'action nécessaire.

57. La délégation mexicaine est d'accord avec le Groupe d'étude lorsqu'il déclare que la source du droit au traitement de la nation la plus favorisée est le traité de base, et non un traité avec un État tiers; que l'opinion concordante et dissidente dans l'affaire *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, visée aux

paragraphe 357 et 359 du rapport de la CDI, pouvait fournir un cadre permettant de clarifier certaines questions relatives à l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends, et que le produit final des travaux du Groupe d'étude devrait être un rapport donnant une vue d'ensemble du sujet et des tendances observées dans la pratique et, s'il y a lieu présentant des recommandations et des clauses types.

58. **M. Ferrero Costa** (Pérou) dit que si sa délégation partage nombre des vues du Rapporteur spécial sur le sujet des immunités des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, il en conteste d'autres et estime qu'un examen plus approfondi de certaines des questions s'impose. En ce qui concerne l'approche à adopter, il faut reconnaître que comme les travaux de la CDI relèveront et de la codification (*lex lata*) et du développement progressif (*lex ferenda*), le choix présenté au paragraphe 36 du rapport de la CDI, bien que conceptuellement valide, est assez artificiel. Le sujet doit être examiné sous ces deux angles et la possibilité d'une approche *de lege ferenda* ne doit pas être exclue, même si la CDI doit faire preuve de prudence et veiller à ce que ses conclusions soient solidement fondées en droit international. De plus, il faut réaliser un équilibre entre deux principes: le respect de l'institution de l'immunité des représentants de l'État, indispensable à la conduite dans de bonnes conditions des relations internationales, et la nécessité de combattre l'impunité, s'agissant en particulier des crimes internationaux. Il faut toutefois souligner que l'immunité de juridiction a un caractère procédural et n'affecte pas les règles du droit substantiel; elle n'implique pas l'impunité ni l'exonération de la responsabilité pénale.

59. La portée du sujet se limite à la juridiction pénale nationale et n'en relèvent pas les questions touchant l'immunité de la juridiction pénale internationale, traitée différemment en droit international. Comme l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* sont aussi traitées différemment en droit international, il faut distinguer entre elles. La responsabilité de l'État doit être clairement distinguée de la responsabilité pénale individuelle.

60. La délégation péruvienne convient que la question de l'immunité doit être envisagée au stade initial de la procédure judiciaire ou même avant, au stade préjudiciaire. Un État voulant exercer sa compétence à l'égard d'un étranger doit le faire savoir

aussi tôt que possible afin que l'État de nationalité du représentant concerné puisse revendiquer l'immunité *ratione materiae* en temps voulu, bloquant ainsi la procédure ou, à défaut, décider de ne pas invoquer l'immunité *ratione materiae* ou *ratione personae*. Les États doivent communiquer leur intention d'exercer leur juridiction par écrit, par la voie diplomatique, et ils doivent donner des détails précis quant aux actes dont le représentant est accusé afin que l'État de nationalité de celui-ci puisse prendre une décision en pleine connaissance de cause quant à l'étendue d'une éventuelle immunité *ratione materiae* ou *ratione personae*; si cet État décide de lever l'immunité, il doit indiquer dans quelle mesure en ce qui concerne les actes dont son représentant est accusé et décider du mécanisme au moyen duquel cette levée s'effectuera. Il conviendrait d'envisager un délai pour la levée de l'immunité *ratione materiae* afin que celle-ci se produise en temps voulu et pour établir une certitude quant au pouvoir de l'État du for d'exercer sa juridiction. La délégation péruvienne convient qu'une renonciation expresse à l'immunité doit être irrévocable. Si le silence de l'État de nationalité du représentant permet à l'État voulant exercer sa juridiction de le faire, ce qu'il en est de la responsabilité des tiers s'agissant des mesures prises avant que l'État de nationalité du représentant invoque l'immunité n'est pas clair.

61. Il faut être prudent lorsque l'on détermine quels représentants jouissent de l'immunité *ratione personae*. Le Rapporteur spécial a suggéré que d'« autres personnes de haut rang », outre les chefs d'État ou de gouvernement et ministres des affaires étrangères, pourraient jouir de l'immunité parce que l'exercice de leurs fonctions relève de la souveraineté de l'État. Ceci pourrait toutefois signifier que pratiquement tout représentant de l'État jouit de l'immunité *ratione personae*. La question de savoir si les actes d'un représentant de l'État ont été accomplis à titre officiel et sont donc couverts par l'immunité *ratione materiae* doit être tranchée au cas par cas. Tant l'État voulant exercer sa compétence que l'État de nationalité du représentant doivent analyser la situation mais, comme l'a noté le Rapporteur spécial, un tribunal étranger n'est pas tenu d'accepter aveuglement une revendication d'immunité, même s'il ne peut non plus la méconnaître. Cela étant, il est probable que des différends naîtront à cet égard et un système permettant de les renvoyer à des mécanismes de règlement des différends devrait peut-être être envisagé. Les actes

constituant des crimes graves au regard du droit international ne peuvent à l'évidence être considérés comme relevant de l'exercice de fonctions officielles couverts par l'immunité *ratione materiae*; aucune immunité ne peut donc être invoquée pour de tels actes.

62. La délégation péruvienne se demande si la portée du sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) ne devrait pas être élargie à l'exercice de leur compétence par les États, y compris l'obligation d'extrader ou de poursuivre, et à la relation entre cette obligation et la compétence universelle.

63. Dans son quatrième rapport (A/CN.4/648), le Rapporteur spécial mentionne le « principe *aut dedere aut judicare* ». Il serait toutefois préférable, par souci de cohérence avec les précédents rapports, d'utiliser le terme « obligation » au lieu de « principe ». Le quatrième rapport est axé sur la question des principales sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, en particulier les traités et la coutume. L'obligation n'est toutefois pas une notion abstraite, mais une règle secondaire du droit; il faudrait donc, avant de décider si elle découle de la coutume ou des traités, analyser la portée de la source primaire afin de déterminer si elle donne naissance à l'obligation.

64. La délégation péruvienne a des doutes au sujet du projet d'article 2 (Devoir de coopérer), qui semble limiter le devoir de coopérer et de prêter assistance en matière pénale; le devoir de coopérer à la lutte contre l'impunité ne se limite pas aux crimes graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. Le projet d'article vise également le devoir des États de coopérer avec des tribunaux internationaux, mais peut-être ne convient-il pas de traiter de cette question dans le cadre des travaux de la CDI sur le sujet ou, si l'on décide de le faire, d'en traiter séparément puisque les États ont un devoir de « remettre » des individus à ces tribunaux et non de les « extraditer ». En ce qui concerne le projet d'article 3 (Le traité comme source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre), la délégation péruvienne pense également que les États doivent adopter des mesures au plan interne pour donner effet à l'obligation. Le projet d'article ne vise toutefois que les dispositions du traité établissant l'obligation et les principes généraux du droit pénal international, ce qui risque d'exclure les obligations découlant pour l'État d'autres traités applicables. De plus, l'on pourrait donner des exemples

de principes généraux du droit pénal international, sans en établir une liste exhaustive.

65. La section C du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/648) sur le principe *aut dedere aut judicare* en tant que règle du droit international coutumier n'envisage la question que du point de vue des crimes contre l'humanité; l'analyse devrait être élargie afin de déterminer si l'obligation d'extrader ou de poursuivre a un caractère coutumier s'agissant d'autres crimes internationaux. En ce qui concerne le projet d'article 4 (La coutume internationale comme source de l'obligation *aut dedere aut judicare*), la reconnaissance du fait que l'interdiction d'un comportement qui constitue un crime international a acquis le statut de *jus cogens* ne signifie pas que l'obligation d'extrader ou de poursuivre, qui est une règle secondaire, a acquis un tel statut. La CDI devrait examiner les ramifications procédurales des normes du *jus cogens*.

66. **M. Janssens de Bisthoven** (Belgique) déclare, au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qu'en exécution de son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international, la CDI devrait envisager le sujet sous l'angle à la fois de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Dans un premier temps, elle devrait commencer par recenser les règles existantes du droit international puis les domaines controversés dans la perspective d'un développement progressif, par exemple l'étendue et les modalités de l'immunité *ratione personae*. L'immunité de juridiction pénale est traditionnellement reconnue aux chefs d'État ou de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères; l'immunité ne devrait être reconnue aux autres représentants de l'État que dans les conditions prévues par des accords internationaux comme la Convention de Vienne de 1960 sur les relations diplomatiques.

67. Pour ce qui est des exceptions à l'immunité, il faut distinguer entre immunité *ratione materiae* et *ratione personae*. La délégation belge considère que, *de lege lata*, les crimes qui violent des traités internationaux ou le droit international coutumier excluent l'immunité *ratione materiae*. Il s'agit en premier lieu des crimes prévus par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, comme la torture et le génocide.

68. L'article 4 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose par

exemple que les personnes ayant commis le crime de génocide doivent être punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. Les statuts des cours et tribunaux pénaux internationaux excluent également l'immunité de juridiction pénale des gouvernants accusés de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Comme ces statuts reflètent la coutume internationale, il est raisonnable de conclure que le droit international coutumier évolue dans le même sens que le droit international conventionnel. Cette tendance était déjà évidente dans le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui stipulait que les auteurs d'actes condamnés comme criminels par le droit international ne pouvaient pas invoquer leur qualité officielle pour se mettre à l'abri du châtiement. La CDI a consacré cette règle en 1950 lorsqu'elle a adopté les Principes de Nuremberg, dont le troisième dispose que le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international ait agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international.

69. Ces règles sont parfaitement cohérentes avec l'obligation de lutter contre l'impunité affirmée à maintes reprises par la communauté internationale, soit dans le cadre de conventions demandant aux États parties de poursuivre ou d'extrader les auteurs des crimes qu'elles visaient, soit dans le cadre de résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité. Si, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice semble exclure toutes poursuites pénales contre un ministre en exercice agissant à titre officiel qui commet des crimes de droit international, l'Institut de droit international a apporté un éclairage sur la question dans sa résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et des personnes agissant en son nom en cas de crimes internationaux, adoptée à Naples en 2009, qui dispose qu'en dehors de l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux. Même si on admet généralement que l'immunité *ratione materiae* est exclue en cas de crimes internationaux, la délégation belge estime que la CDI devrait l'indiquer expressément.

70. La question de l'immunité *ratione personae* devrait être examinée à la lumière des accords entre les États; les États parties à un même traité de droit pénal international peuvent être réputés avoir renoncé *ipso*

facto à invoquer l'immunité personnelle de leurs représentants si le traité exclut l'invocation d'une quelconque immunité ou prévoit que la qualité officielle de l'auteur présumé est un élément constitutif du crime. Même dans un tel cas, un État pourrait choisir de recevoir, dans le cadre d'une visite officielle, une personne soupçonnée d'avoir commis un crime de droit international. Il va toutefois sans dire que l'État invitant demeure tenu d'exécuter toute obligation préexistante de coopérer avec une juridiction internationale et ne pourrait pas, par exemple, ne pas exécuter un mandat d'arrêt décerné par une telle juridiction.

71. En Belgique, l'immunité de juridiction pénale est régie par le Code de procédure pénale de 2003, qui renvoie aux règles du droit international coutumier et conventionnel. Les immunités ne sont donc reconnues que dans les limites établies par le droit international.

72. En ce qui concerne le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), le Gouvernement belge s'abstiendra pour le moment de répondre aux questions posées au chapitre III du rapport de la CDI, étant donné qu'il est partie à une affaire actuellement pendante devant la Cour internationale de Justice dans laquelle l'obligation *aut dedere aut judicare* est en cause [*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*]. Le Gouvernement belge a toutefois présenté des observations écrites sur le caractère coutumier de l'obligation (A/CN.4/612, par. 19 et 31 à 34).

73. M^{me} Malys (Pologne) dit que le débat de la CDI sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a mis au jour des divergences d'opinions quant à l'étendue de cette immunité et des exceptions à celle-ci. Bien que, malheureusement, aucun projet d'articles reflétant la pratique des États et codifiant les règles coutumières internationales en matière d'immunité des représentants de l'État n'a encore été présenté, l'analyse approfondie des aspects substantiels et procéduraux du sujet à laquelle la CDI s'est livrée sera utile pour le travail de codification futur. La délégation polonaise partage les vues exprimées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 56 et 79 de son deuxième rapport (A/CN.4/631) en ce qui concerne les liens, les similarités et les différences entre la question de l'immunité, le principe de la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Quant à savoir s'il faut adopter une approche *de lege lata* ou de

lege ferenda, le Gouvernement polonais estime que ces deux approches devraient être combinées.

74. Lors de l'examen par la CDI du sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), de nombreux membres ont commenté le nouveau projet d'article 2 proposé par le Rapporteur spécial et la plupart s'y sont déclarés favorables; les États ont effectivement le devoir de coopérer, et la délégation polonaise le pense aussi. Elle pense également avec le Rapporteur spécial que la liste de crimes figurant à l'article 5 du Statut de Rome, en particulier le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, peut être considérée comme un répertoire des règles coutumières donnant naissance à l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

75. La délégation polonaise pense également que le sujet nécessite une analyse approfondie des normes du droit international conventionnel et coutumier et des législations nationales qui, en particulier ces dernières années, se sont développées et ont évolué considérablement. L'immense majorité des membres de la CDI a souligné que les travaux devaient se poursuivre sans interruption, une opinion que partage la délégation polonaise; suspendre les travaux sur le sujet risquerait de donner l'impression fautive qu'il ne se prête pas à une codification et n'est pas suffisamment développé à cette fin.

76. La CDI a concentré ses travaux sur un seul aspect du sujet des traités dans le temps: les accords et la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités. Le rapport sur la jurisprudence internationale établi par le Président du Groupe d'étude éclaire la position de divers tribunaux et cours internationaux sur l'utilité de recourir aux accords et à la pratique ultérieurs aux fins de l'interprétation des traités, mais il ne contient aucun élément normatif. Comme assez peu de gouvernements ont jusqu'ici répondu à la demande d'observations sur leur pratique en la matière, la CDI devrait en priorité recenser la jurisprudence des tribunaux internes. Cette jurisprudence peut être considérée comme faisant partie de la pratique des États, comme l'a suggéré le Président du Groupe d'étude; sa neuvième conclusion préliminaire, sur les auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente, cite les tribunaux parmi les organes créant la pratique de l'État, et la jurisprudence des tribunaux internes pourrait être compilée assez rapidement. C'est pourquoi la CDI devrait demander aux États de lui fournir des renseignements sur leur jurisprudence

relative aux accords et à la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités aussi tôt que possible.

77. M^{me} Quidenus (Autriche) dit que son Gouvernement attache beaucoup d'importance au sujet de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État; les États sont de plus en plus confrontés à des affaires soulevant des questions d'immunité pénale et comme le droit international ne donne pas de réponses complètes à toutes les questions qui se posent en la matière, les États risquent de parvenir à des conclusions différentes, créant une confusion au lieu de donner naissance à une pratique utile susceptible de guider l'action en la matière. La CDI devrait donc examiner le sujet à titre hautement prioritaire, en concentrant d'abord ses travaux sur les règles existantes. L'accent mis dans les relations internationales sur la lutte contre l'impunité et sur la responsabilité des États et de leurs organes semble dénoter une tendance à limiter l'immunité, et la mesure dans laquelle le droit international positif reflète cette évolution n'est pas claire. Une fois que la CDI aura répondu à cette question, elle pourra proposer des règles *de lege ferenda* visant à aligner le droit international sur les développements récents.

78. La Cour internationale de Justice, dans son arrêt en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a répondu de manière convaincante à la question de savoir quels hauts représentants de l'État jouissent de l'immunité *ratione personae* absolue en droit international positif ou devraient jouir de cette immunité *de lege ferenda*: les chefs d'État ou de gouvernement et les ministres des affaires étrangères jouissent de l'immunité absolue. Rien n'indique actuellement que d'autres personnes de haut rang jouissent d'une immunité *ratione personae* en droit international coutumier, même si d'autres immunités sont conférées par divers accords et conventions comme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention sur les missions spéciales et les accords de siège, qui confèrent une immunité absolue à d'autres personnes que les membres de la « troïka » et s'appliquent en tant que *lex specialis*.

79. Sur la troisième question présentant un intérêt particulier pour la CDI, à savoir quels crimes sont ou devraient être exclus de l'immunité *ratione personae* et *ratione materiae*, il convient d'avoir la distinction entre les deux types d'immunité à l'esprit. La notion d'immunité des représentants de l'État a évolué au fil

des ans et est passée de l'immunité absolue à l'immunité fonctionnelle. Actuellement, les représentants de l'État jouissent généralement de l'immunité dans l'exercice de leurs fonctions et toute limitation de cette immunité constituerait une exception. Toutefois, dans le cas des crimes internationaux, la question de l'exclusion de l'une ou l'autre forme de l'immunité peut devoir être traitée différemment. Généralement, on a tendance à refuser l'immunité aux auteurs de tels crimes. Les crimes de guerre et la torture sont, par définition, commis par des représentants ou d'autres personnes agissant à titre officiel. Ainsi, les personnes jouissant de l'immunité fonctionnelle ne peuvent, en principe, invoquer l'immunité pour de tels crimes.

80. Les exceptions à l'immunité ne peuvent toutefois s'appliquer si l'immunité découle d'un régime conventionnel spécial, comme celui institué par la Convention sur les missions spéciales, ou d'une règle comparable du droit coutumier, comme dans le cas d'une invitation expresse à effectuer une visite officielle ou lorsque le représentant concerné est un chef d'État ou de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice n'a trouvé aucune raison de déduire qu'il existe en droit international coutumier une quelconque exception à la règle conférant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité aux ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Cette conclusion doit, *a fortiori*, s'appliquer également aux chefs d'État ou de gouvernement. L'Institut de droit international, dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international, a recommandé que les États lèvent l'immunité lorsque le chef d'État est soupçonné d'avoir commis des crimes d'une gravité particulière ou lorsque l'exercice de ses fonctions ne risque pas d'être entravé par les mesures que les autorités de l'État du for peuvent être appelées à prendre. La même règle s'applique aux chefs de gouvernement et, compte tenu du raisonnement de la Cour internationale de Justice, aux ministres des affaires étrangères.

81. Les crimes internationaux comprennent assurément tous les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, comme les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité.

Lorsque les participants au Sommet mondial de 2005 ont débattu de la responsabilité des États de protéger leurs populations, ils ont mentionné ces crimes et d'autres. La responsabilité de protéger peut être comprise comme comprenant également l'obligation de poursuivre pénalement les auteurs de tels crimes, ce qui restreint encore l'immunité fonctionnelle.

82. S'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la représentante de l'Autriche indique que son Gouvernement a présenté un rapport sur la législation et la jurisprudence autrichienne dans lequel il exprime l'opinion qu'il n'y a pas d'obligation d'extrader ou de poursuivre en droit international coutumier; une telle obligation ne peut naître que du droit conventionnel ou du droit interne. Le Gouvernement autrichien adhère au principe de légalité, selon lequel les pouvoirs publics sont juridiquement tenus de poursuivre les auteurs d'infractions. Étant donné l'étendue de la juridiction pénale de l'Autriche, cette obligation a des effets de vaste portée. De plus, les « crimes internationaux » ont le même statut que tout autre crime en droit autrichien. Pour cette raison, le projet d'article 4 (La coutume internationale comme source de l'obligation *aut dedere aut judicare*) dans son libellé actuel, et en particulier la référence au *jus cogens*, pose des difficultés à la délégation autrichienne. En dépit du lien qui se fait jour entre certains crimes internationaux et le *jus cogens*, ce dernier demeure un concept très vague en droit international. La délégation autrichienne tient à souligner l'utilité du cadre général proposé par le Groupe de travail sur le sujet en 2009, qui a évoqué des problèmes et des questions présentant un intérêt particulier pour les États.

83. S'agissant du sujet des traités dans le temps, le Gouvernement autrichien a aussi soumis un long rapport sur sa pratique concernant les accords et la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités. Y est mentionné en particulier l'Accord Gruber-de Gasperi (Accord de Paris du 5 septembre 1946) entre l'Autriche et l'Italie, qui a ultérieurement été interprété au moyen de deux accords additionnels – le « calendrier des opérations » et le « paquet » pour le Tyrol méridional – dont aucun ne devait acquérir le statut de traité. La délégation autrichienne souscrit à la plupart des conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude figurant au paragraphe 344 du rapport de la CDI (A/66/10). La seconde, qui reconnaît la nécessité de distinguer entre les différents types de traités en

fonction de leur contenu et, en conséquence, de leur objet et de leur but, est particulièrement importante. Les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple, sont fréquemment interprétés par des moyens différents de ceux utilisés pour interpréter les autres traités. Peut-être pourrait-il aussi être utile d'examiner la mesure dans laquelle les traités contenant des obligations synallagmatiques sont interprétés différemment des traités contenant des obligations *erga omnes*. La délégation autrichienne ne considère toutefois pas l'interprétation évolutive comme un type particulier d'interprétation au moyen de la pratique ultérieure car elle ne représente pas la pratique des États parties au traité mais l'évolution et le développement généraux de l'environnement politique.

84. Enfin, la délégation autrichienne se félicite du travail accompli par le Groupe d'étude sur le sujet complexe de la clause de la nation la plus favorisée et convient que le résultat final des travaux ne doit pas être nécessairement un projet d'articles; il peut aussi prendre la forme d'un rapport de fond comme l'a proposé le Groupe d'étude. S'agissant de la question posée par la CDI au chapitre III de son rapport, la délégation autrichienne tient à souligner que les clauses de la nation la plus favorisée ne se limitent pas aux domaines du droit commercial et de l'investissement; elles sont fréquemment utilisées dans d'autres domaines, comme les accords internationaux sur la navigation et les accords de siège conclus avec des organisations internationales.

85. **M. Huth** (Allemagne) déclare, s'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qu'il se félicite de la compilation exhaustive de la pratique pertinente des États figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial et qu'il appuie l'approche prudente et équilibrée adoptée par celui-ci, qui a concentré ses travaux sur la *lex lata* et mis l'accent sur la pratique des États, des organisations internationales et des tribunaux internationaux en la matière. Il est clair que le sujet se prête à une codification mais non à un développement progressif pour plusieurs raisons. Premièrement, comme le sujet est délicat, il ne serait pas judicieux d'énoncer des règles risquant d'aller à l'encontre de ce que les États considèrent comme nécessaire pour la conduite de leurs relations internationales. Deuxièmement, la pratique des États en matière d'immunité est souvent formulée non par les gouvernements, mais par les tribunaux; ceux-ci sont

chargés d'appliquer le droit positif, y compris le droit international, et comme ils sont liés par la *lex lata* lorsqu'ils appliquent le droit international, ils ont besoin d'un cadre de règles prévisibles et incontestées. Dans l'ordre juridique allemand, par exemple, la question de l'immunité des représentants d'États étrangers est traitée à l'article 20 de la Loi relative aux tribunaux, qui renvoie expressément aux règles générales du droit international, y compris le droit coutumier, et exige des tribunaux qu'ils déterminent s'il y a immunité dans les affaires dont ils sont saisis.

86. La délégation allemande convient que les exceptions au principe de l'immunité doivent être fondées en droit international coutumier; une analyse exhaustive de la pratique des États est essentielle pour identifier les exceptions possibles. La délégation allemande souscrit également à l'observation du Rapporteur spécial selon laquelle la violation d'une norme du *jus cogens* n'exclut pas nécessairement l'immunité; comme on l'a dit lors du débat de la CDI sur le sujet, conclure que de telles normes sont supérieures aux règles régissant l'immunité revient à confondre règles de fond et règles de procédure.

87. Si la lutte contre l'impunité est d'une importance primordiale pour la délégation allemande, celle-ci rejette l'idée que l'immunité entraîne l'impunité et tient à souligner que les crimes commis par des représentants d'États étrangers ne sont pas couverts par l'immunité en elle-même. Les représentants de l'État qui commettent des actes illicites engagent pleinement leur responsabilité en vertu des lois de leur propre État, qui est tenu d'exercer sa compétence à leur égard; telle est la règle traditionnelle et incontestée. De plus, l'immunité peut toujours être levée. L'exercice de sa compétence par l'État de nationalité du représentant et la levée de l'immunité sont d'importants instruments dans la lutte commune contre l'impunité et les États devraient être encouragés à les utiliser. En cas de crimes graves au regard du droit international, lorsque ces deux mécanismes se sont, pour quelque raison que ce soit, révélés inefficaces, la prudence s'impose. Il faut trouver un équilibre entre la nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales et celle de faire en sorte que les crimes graves de droit international ne restent pas impunis, comme cela été souligné lors du débat à la CDI, et la meilleure manière de régler de telles affaires semble être par le biais d'institutions internationales comme la Cour pénale internationale.

88. Sur la question difficile mais cruciale de savoir quels hauts représentants de l'État jouissent de l'immunité *ratione personae*, la délégation allemande appuie l'approche de la CDI consistant à synthétiser la pratique pertinente des États. Enfin, il ne faut ménager aucun effort pour éviter de cadrer le débat sur l'immunité des représentants de l'État d'une manière qui oppose les positions modernes aux positions traditionnelles.

89. S'agissant du sujet des traités dans le temps, il est essentiel d'élucider le rôle des accords et de la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation car les grands traités vieillissent et le contexte évolue; nombre d'accords internationaux ne peuvent être facilement modifiés, et pourtant ils doivent continuer à réaliser leur objectif. Les accords et la pratique ultérieurs sont des moyens d'interprétation constituant une caractéristique particulière du droit international. Bien que leur importance ne puisse être niée, la manière dont ils ont été utilisés n'a pas été suffisamment étudiée; une analyse exhaustive de la pratique des États et des organisations internationales est nécessaire.

90. Les travaux réalisés jusqu'ici par la CDI représentent un progrès fondamental dans l'établissement de critères gérables et prévisibles s'agissant d'utiliser les accords et la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités. L'analyse exhaustive que le Président du Groupe d'étude a menée sur les approches de l'interprétation des différents organes judiciaires ou quasi judiciaires internationaux et ses neuf conclusions préliminaires constitueront une base précieuse pour la poursuite des travaux sur le sujet; ces conclusions sont équilibrées et elles montrent l'importance des accords et de la pratique ultérieurs sans méconnaître leur relation avec d'autres moyens d'interprétation. De plus, elles sont libellées dans un esprit d'ouverture et avec souplesse, ce qui permettra d'y incorporer des conclusions additionnelles qui pourront découler des rapports futurs et de l'examen de la pratique des États et des organisations internationales. La délégation allemande encourage les États et organisations internationales à fournir à la CDI des exemples de leur pratique pertinente et, étant donné l'importance du sujet, elle est favorable à la nomination d'un Rapporteur spécial.

Point 143 de l'ordre du jour: L'administration de la justice à l'Organisation des Nations Unies
(suite) (A/C.6/66/L.13)

91. **M. Kittichaisaree** (Thaïlande), Président du Groupe de travail sur l'administration de la justice à l'Organisation des Nations Unies, rappelle que dans le rapport qu'il a présenté oralement à la Commission à sa dix-septième séance, il a indiqué que le Groupe de travail sur l'administration de la justice à l'Organisation des Nations Unies avait recommandé que le Président de la Commission adresse une lettre au Président de l'Assemblée générale pour appeler son attention sur certaines questions spécifiques relatives aux aspects juridiques des rapports sur le sujet qui étaient apparues à l'occasion des débats de la Commission et sur des questions sur lesquelles un complément d'information ou des éclaircissements étaient nécessaires. Un projet de lettre a été distribué à la même séance. Le Président du Groupe de travail indique qu'à la lumière des observations faites par certaines délégations sur ce projet de lettre, il a mené des consultations informelles avec les délégations intéressées pour tenir compte de leurs préoccupations et aboutir à un texte généralement acceptable. Le projet de lettre a ultérieurement été révisé et distribué de nouveau.

92. Au quatrième paragraphe, le texte qui suit a été ajouté: « [Les délégations soulignent qu'il importe de respecter le cadre juridique à l'intérieur duquel opère le système d'administration de la justice,] rappelant que le recours aux principes généraux et à la Charte doit s'effectuer dans le cadre du Statut du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies et du Statut du Tribunal d'appel des Nations Unies et, des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et des instructions administratives ». Au cinquième paragraphe, la deuxième phrase a été modifiée pour l'aligner sur le paragraphe 4 de la résolution 61/261. En outre, les phrases relatives à la conduite des procédures devant les tribunaux, qui figuraient dans le dixième paragraphe de la version précédente du projet de lettre, ont été transférées au cinquième paragraphe. Au sixième paragraphe, une phrase a été ajoutée pour indiquer que les délégations avaient demandé que « la Cinquième Commission soit priée d'examiner de manière exhaustive la question des rapports émanant des divers éléments du système d'administration de la justice sur les fait nouveaux intervenus dans ce domaine ».

93. Le septième paragraphe a été modifié par souci de clarté: « [En ce qui concerne le nombre des juges du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies,] les délégations se sont inquiétées du fait que l'expiration du mandat de trois juges *ad litem* à la fin de 2011 réduirait de moitié le nombre des juges et de ce que, étant donné que le nombre d'affaires portées devant le Tribunal peut augmenter ou au moins demeurer relativement constant, cette situation risque de créer un arriéré et des retards significatifs dans le jugement des affaires, ce qui risque de susciter de graves préoccupations en ce qui concerne les garanties d'une procédure régulière ». Des modifications rédactionnelles ont été apportées au huitième paragraphe, à la fin duquel une phrase a été ajoutée: « En outre, certaines délégations ont demandé des informations au sujet des rapports concernant le montant des indemnités octroyées par les tribunaux ».

94. Au dixième paragraphe, un texte sur les mécanismes de règlement des différends ouverts aux non-fonctionnaires a été ajouté: « Quant aux catégories de non-fonctionnaires ne bénéficiant pas de la procédure d'arbitrage, les délégations ont proposé que le Secrétaire général soit prié de fournir des informations sur les mesures qui pourraient légitimement être prises pour aider les personnes concernées à régler les différends susceptible de naître. Les délégations ont en outre rappelé que les possibilités d'accès au système informel, par exemple saisir l'ombudsman, ouvertes aux catégories de non-fonctionnaires ne bénéficiant pas de la procédure d'arbitrage constitueraient un recours utile pour ce groupe de personnes. Certaines délégations ont dit que toutes les catégories de non-fonctionnaires devaient avoir accès au système informel. Les délégations ont rappelé que l'Assemblée générale avait en maintes occasions souligné que règlement informel des différends était un élément crucial de l'administration de la justice et qu'il fallait utiliser le système informel autant qu'il était possible pour éviter les procès inutiles. En ce qui concerne l'accès des non-fonctionnaires aux recours hiérarchiques, les délégations ont souhaité disposer de davantage d'informations sur la possibilité d'appliquer cette solution ».

95. Au douzième paragraphe, une nouvelle phrase a été ajoutée: « En ce qui concerne le projet de Code de déontologie, les délégations ont de nouveau demandé au Conseil de justice interne d'explicitier davantage le

principe d'une "justice ouverte" mentionné dans la section intitulée "Transparence" ». À cet égard, le Groupe de travail a aussi noté que la formule « c'est-à-dire d'une justice dont on voit qu'elle se fait » figurant dans le projet de Code de déontologie à l'usage des juges du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies et du Tribunal d'appel des Nations Unies (A/C.6/66/L.13) n'expliquait pas suffisamment le principe d'une « justice ouverte » et risquait de mettre à la charge du Tribunal du contentieux administratif et du Tribunal d'appel des obligations qu'ils risquaient de n'être pas en mesure d'honorer dans les circonstances actuelles.

96. Conformément à la pratique établie, la lettre révisée, dont le Président du Groupe de travail est persuadé qu'elle recueillera un consensus au sein de la Commission, contiendra une phrase demandant qu'elle soit portée à l'attention de la Présidence de la Cinquième Commission et distribuée comme document de l'Assemblée générale. Le Président du Groupe de travail indique qu'il souhaiterait également que son rapport oral soit porté à l'attention du Conseil de justice interne et que celui-ci en tienne compte lorsqu'il clarifiera le principe d'une « justice ouverte ».

97. **Le Président** dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite adresser la lettre au Président de l'Assemblée générale.

98. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 13 heures.