



**HAL**  
open science

# La question des limites à l'immunité des représentants de l'État devant la Commission du droit international

Tiphaine Demaria

► **To cite this version:**

Tiphaine Demaria. La question des limites à l'immunité des représentants de l'État devant la Commission du droit international. *L'Observateur des Nations Unies*, 2017, 43 (2), pp. 177-188. hal-03216671

**HAL Id: hal-03216671**

**<https://hal.science/hal-03216671v1>**

Submitted on 4 May 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## LA QUESTION DES LIMITES A L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT DEVANT LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

*Par*

*Tiphaine DEMARIA\**

### Résumé

À l'été 2017, la Commission du droit international (CDI) a adopté une disposition très contestée dans le cadre de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Elle a retenu une liste d'infractions pour lesquelles l'immunité ne pourra être invoquée, y compris lorsque les actes en cause ont été commis par des agents « à titre officiel ». Cet article analyse de manière critique le fondement choisi par la Commission afin de consacrer cette approche limitative.

### Abstract

In the summer of 2017, the International Law Commission (ILC) endorsed a highly contested provision in the context of its work on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. The ILC retained a list of offenses for which immunity could not be invoked even if the acts in question were performed by agents "in an official capacity". This article analyzes the juridical basis chosen by the Commission in adopting this restrictive approach.

---

\* Enseignant-chercheur contractuel à l'Université de Picardie – Jules Verne.

Nul n'ignore les flots de contestations qui frappent la vénérable (de par son ancienneté) institution qu'est l'immunité des États. Une étape supplémentaire a été franchie à l'été 2017 dans l'enceinte genevoise de la Commission du droit international (CDI). Par un vote — exceptionnel en soi — de 21 voix contre 8, avec une abstention, ses membres ont adopté à titre provisoire un article 7 consacrant une série de limites à l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Cet article est le suivant :

« (l) l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants : a) Crime de génocide ; b) Crimes contre l'humanité ; c) Crimes de guerre ; d) Crime d'apartheid ; e) Torture ; f) Disparitions forcées »<sup>1</sup>.

Une étape décisive ? Il convient, avant d'examiner plus en détail la signification de cette adoption, de situer cette étude dans son contexte.

L'immunité est une exception procédurale qui protège l'État de l'exercice de la compétence juridictionnelle d'un autre État. Le *Dictionnaire de droit international public* la définit comme une « exemption qui permet à certaines entités et personnes (...) d'échapper à l'action des juridictions de l'État de séjour ou d'États tiers »<sup>2</sup>. Son fondement réside dans la proscription de l'exercice d'une forme de souveraineté, celle impliquée par la compétence juridictionnelle, à l'encontre d'une autre souveraineté (*par in parem non habet imperium*). Si le *ratio legis* est toujours identique, *i.e.* protéger la souveraineté « et donc » l'indépendance<sup>3</sup> des sujets de droit international, différentes immunités, avec des sources, des régimes et des bénéficiaires distincts coexistent dans l'ordre international.

La codification entreprise par la CDI concerne une forme particulière de protection. Elle vise l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, et non de l'État lui-même, dont le régime a fait l'objet d'une Convention en 2004<sup>4</sup>. Est aussi exclue l'immunité de juridiction civile<sup>5</sup>. Le sujet, qui est à ce jour régi essentiellement par le droit coutumier, fut inscrit en 2006 à l'agenda de la Commission. En 2007, Roman A. Kolodkin fut désigné Rapporteur spécial sur le sujet, puis après trois rapports, Concepción Escobar Hernández lui succéda en 2012 pour étudier, *ex novo*, le sujet. C'est à l'issue de son cinquième rapport, portant sur les « limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère », que les débats commentés ici ont eu lieu.

<sup>1</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, tenue le 20 juillet 2017. UN doc. n° A/CN.4/SR.3378, disponible sur le site internet de la CDI (<http://legal.un.org/ilc>). Sur le même site peut être consulté le *Rapport annuel* (côté n° A/72/10), contenant le projet de commentaires de l'article.

<sup>2</sup> SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 559.

<sup>3</sup> *Island of Palmas*, sentence arbitrale du 4 avril 1929, *RSA*, vol. II, p. 838.

<sup>4</sup> *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, signée à New York le 2 décembre 2004. La Convention n'est, à ce jour, pas entrée en vigueur.

<sup>5</sup> Qui pose également de sérieux questionnements. On pense aux considérants de la CEDH dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*, arrêt du 14 janvier 2014, req. n° 34356/06 et 40528/06, § 213-214.

Il est incontestable que la codification de ce domaine est susceptible d'apporter d'utiles clarifications pour la conduite des relations internationales. Les incertitudes sont assez nombreuses<sup>6</sup> et nourrissent un contentieux important devant les juridictions tant nationales — le juge ordinaire de ces réclamations — qu'internationales. Cependant, nous voudrions réserver les remarques qui suivent à l'émergence d'exceptions à l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État. Ou, peut-être plus justement, des « limites » établies à « l'exception » que constitue l'immunité<sup>7</sup>.

En effet, le grand débat auquel la CDI doit aujourd'hui faire face concerne l'étendue des immunités accordées aux responsables gouvernementaux. La contestation est grande depuis la fin des années 1990. On peut dire que son point de départ remonte à l'affaire *Pinochet* puis l'affaire *Kadhafi* devant les juridictions suprêmes britanniques et françaises<sup>8</sup>. La lutte de tendances — progressistes contre conservateurs<sup>9</sup> — s'est depuis lors élargie à toutes les formes d'immunités, et reste largement d'actualité. Elle se pose, en bref, dans les termes suivants : est-il possible d'invoquer l'immunité lorsqu'est en cause la commission d'un « crime international » ? Cette question a été embrassée par de nombreuses juridictions, auteurs et sociétés savantes. Pour autant, l'état du droit paraît très incertain, et c'est dans ce contexte que la CDI a procédé à la consécration des « limites ». La présente étude n'a d'autre ambition que de présenter une analyse critique de cette consécration et les débats qu'elle a engendrés<sup>10</sup>. Après avoir exposé les possibilités théoriques afin de consacrer l'approche limitative (I), nous examinerons le principal point de désaccord survenu dans les instances de la Commission : son fondement juridique (II).

Ce n'est pas dire que les travaux en cours ne puissent être questionnés sur d'autres points. À titre d'exemple :

<sup>6</sup> On en trouvera un aperçu dans l'argumentaire accompagnant l'inscription du sujet à l'agenda de la Commission, *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 58<sup>ème</sup> session*, in *ACDI*, 2006, vol. II-2, p. 199 et s.

<sup>7</sup> L'expression « limite » est ici comprise comme se rapportant à l'immunité. En effet, cette dernière constitue une exception à la compétence juridictionnelle de l'État. L'exception analysée n'est applicable que dans un champ *ratione materiae* précis, les « actes accomplis à titre officiel ». L'article 7 vient exclure de ce champ des situations dans lesquelles cette exception ne « s'applique pas ». Par définition, l'article 7 ne peut se déployer que lorsque les « crimes » sont accomplis à titre officiel, sans quoi la question ne se poserait pas, car il n'y aurait aucune immunité « à ne pas appliquer ». Ainsi, elle vient réduire (limiter) le champ *ratione materiae* initial de l'exception immunitaire.

<sup>8</sup> *ILM*, 1998, vol. 37, p. 1302 ; *RGDIP*, 2001, p. 474.

<sup>9</sup> PREZAS (I.), « Immunités internationales », *JCL droit international*, 2016, Fasc. 409-50, §1.

<sup>10</sup> Précisons que cette étude n'a pas pour objectif d'étudier la pratique des États et l'*opinio juris* afin de déterminer si le droit coutumier autorise la poursuite des représentants des États pour « crime international ».

- la liste des « crimes » élevés au rang d'exception est très contestée, tant sur sa méthodologie<sup>11</sup> que sur l'exclusion particulière de crime d'agression<sup>12</sup> ;
- le champ d'application *ratione temporis* du futur projet n'a pas été précisé, mais il pourrait être source de difficultés<sup>13</sup> ;
- les travaux sur les aspects procéduraux (qui comprennent la notion de juridiction, l'invocation et la levée de l'immunité, la coopération, les garanties)<sup>14</sup> sont prévus pour la soixante-dixième session. Nul doute de leur importance capitale, en vue de l'acceptabilité par les États du projet.

Bien entendu, tout ceci pourra être résolu dans la suite des travaux de la Commission, dont l'issue finale n'est pas prévue avant 2019.

## I. LES POSSIBILITÉS THÉORIQUES POUR CONSACRER L'APPROCHE LIMITATIVE

Les représentants de l'État bénéficient, selon la distinction traditionnelle, de deux formes d'immunités devant les tribunaux étrangers. La première, dite *ratione personae*, protège certains individus haut placés de toute forme d'exercice juridictionnel durant leurs fonctions. S'il existe quelques opinions contraires<sup>15</sup>, la CDI a manifestement enterré la question des « limites » à cette forme d'immunités<sup>16</sup>. Elles ne viseront selon toute probabilité que la seconde. Celle-ci, dite *ratione materiae* (ou fonctionnelle), protège tous les représentants de l'État pour les « actes officiels », effectués dans l'exercice de leurs fonctions, à l'exclusion donc des actes accomplis à « titre privé »<sup>17</sup>. Si l'immunité *ratione personae* persiste jusqu'à la fin

<sup>11</sup> Au point qu'un membre affirma que : « il n'existe pas de critères juridiques justifiant l'inscription ou non sur la liste des crimes (...). Cette liste n'est rien d'autre qu'une expression des préférences politiques de certains membres », Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.*, p. 10 (M. Wood).

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 14 (M. Tladi), p. 15 (MM. Hmoud ; Jalloh), p. 16 (MM. Murase ; Hassouna ; Ouazzani Chahdi ; Park), p. 17 (M. Nguyen).

<sup>13</sup> En effet, l'immunité dispose d'une autonomie faisant qu'elle s'apprécie indifféremment de la situation factuelle couverte. C'est ainsi que si des poursuites sont engagées pour un crime commis lors du second conflit mondial, le droit applicable à la détermination de l'infraction sera celui de 1939-1945. Cependant, le droit applicable à l'exception immunitaire sera celui au jour de la procédure (CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, *Rec.* p. 124, §58). Autrement dit, le droit applicable à l'immunité aujourd'hui (ou demain) pourrait permettre de poursuivre des actions passées. Il est permis de douter que, politiquement parlant, les États ouvrent ainsi la voie juridictionnelle sans de plus amples garanties.

<sup>14</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.*, p. 17.

<sup>15</sup> Voy. le *Mémoire* du Secrétariat de la CDI, daté du 31 mars 2008, UN doc. n° A/CN.4/596, p. 97 et s.

<sup>16</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ (C.), « Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », 2016, UN doc. n° A/CN.4/701, p. 98. Une telle exception se confronte directement à la jurisprudence *Yérodia* (CIJ, *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (RDC c. Belgique, arrêt du 14 février 2002, *Rec.* p. 24).

<sup>17</sup> CIJ, *Affaire du mandat d'arrêt...*, *op.cit.*, p. 25, §61. Voy. plus généralement, SALMON (J.), « Immunités et actes de la fonction », *AFDI*, 1992, vol. 38, pp. 314-357.



des fonctions, l'immunité *ratione materiae* qui reste attachée à l'État ne connaît, en revanche, aucune limite temporelle. Les anciens titulaires d'une immunité personnelle bénéficient donc d'une immunité *ratione materiae* résiduelle dès la fin de leurs fonctions.

La remise en cause première concerne donc l'immunité *ratione materiae*, dont bénéficient tous les agents de l'État, ce qui comprend les anciens titulaires d'immunités personnelles, au premier rang desquels les anciens chefs d'État ou de gouvernement. La structure de la règle proposée par la Commission, qui relève de la codification pure, est la suivante : « (l)es représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel »<sup>18</sup> (article 6). Elle comprend donc, d'une certaine manière, des limites inhérentes, car elle n'est tout simplement pas applicable dès lors que le comportement incriminé n'entre pas dans ladite catégorie. Ceci étant précisé, il existe plusieurs possibilités afin d'exclure les « crimes » de la protection immunitaire.

### 1. Exclusion par l'interprétation de la notion d'actes « accomplis à titre officiel »

Premièrement, il peut être considéré que, par définition, les « crimes » ne font pas partie des « fonctions » de l'agent et sont donc exclus de la protection<sup>19</sup>. Cette approche est, à vrai dire, séduisante, mais quelque peu artificielle. En effet, et cela a été noté par de nombreux auteurs, les « crimes » sont bien souvent commis dans le cadre d'une politique étatique et donc d'une certaine manière dans les « fonctions », si répréhensibles soient-elles, de l'accusé<sup>20</sup>. On pense, par exemple, à l'article 1 de la Convention contre la torture du 10 décembre 1984 qui pose comme condition que

*« lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ».*

On pense également à une autre infraction figurant dans l'article 7, les disparitions forcées, qui nécessitent l'intervention « des agents de l'État ou (...) des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État »<sup>21</sup>. S'il reste pertinent, on peut douter qu'il s'agisse du critère idoine en toutes circonstances, car il nécessiterait parfois une interprétation incertaine de la notion d'« actes officiels », voire une véritable fiction juridique.

<sup>18</sup> Rapport de la CDI sur les travaux de sa 69<sup>ème</sup> session (2017), UN doc. n°A/72/10, p. 185.

<sup>19</sup> Voy. par ex. *Opinion individuelle des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal*, dans l'affaire précitée du Mandat d'arrêt, pp. 88-89.

<sup>20</sup> Article 2 de la Convention du 20 décembre 2006, entrée en vigueur le 23 décembre 2010.

## 2. Exclusion par conflits de normes ou d'obligations

La seconde possibilité s'attache à confronter *jus cogens* et immunités. On connaît, cependant, le sort défavorable qui fut réservé à cet argument. En différenciant obligations de nature procédurale et substantielle<sup>22</sup>, la Cour internationale de Justice refusa de reconnaître un quelconque conflit entre ces règles, de sorte que l'effet annihilateur des normes impératives ne peut se déployer. Une autre approche, qui connut le même sort, repose sur un conflit d'obligations. Elle fait primer certaines clauses (la compétence universelle ou la clause *aut dedere aut judicare*) contenues dans de nombreux traités sur l'immunité matérielle<sup>23</sup>. Une dernière possibilité, proche, recherche dans la ratification de certains traités une renonciation implicite aux immunités<sup>24</sup>. Ces analyses se heurtent à de nombreuses difficultés qu'il n'est pas nécessaire de développer ici<sup>25</sup>.

## 3. Exclusion « brute »

Cette troisième consiste à affirmer qu'il existe une exception coutumière « brute », excluant toute immunité *ratione materiae* en cas de « crime ». Il s'agit donc d'établir une « limite à l'exception ». C'est très précisément la solution adoptée par la CDI, mais aussi par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2001<sup>26</sup>. La principale difficulté de cette analyse, du point de vue de la codification, est qu'elle ne peut réellement s'appuyer sur la structure textuelle de l'immunité pour « actes de fonction ». En somme, elle nécessite de s'appuyer sur des marqueurs de codification différents. La question qui se pose alors est de savoir si cette exception est réellement issue du droit coutumier, du développement progressif voire une « nouvelle règle ». Il s'agit du débat en cours devant les instances des Nations Unies.

## II. LE FONDEMENT DE L'APPROCHE LIMITATIVE

Le fondement de la règle est le point d'achoppement des travaux de la CDI (2). Avant d'en analyser les termes (3), il n'est pas inutile de revenir sur le débat qui anima la Commission lors de l'adoption de l'article 7 (1).

### 1. Le débat sur le fondement à la CDI

Il est bien connu que la Commission n'a pas l'obligation de préciser, dans ses travaux, ce qui relève du droit coutumier ou du développement progressif. C'est pourtant cette question qui a concentré les tensions que ce soit dans les débats à la

<sup>22</sup> CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État*, *op.cit.*, p. 140.

<sup>23</sup> Cet argument fut aussi rejeté par la Cour, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt...*, *op.cit.*, pp. 24-25.

<sup>24</sup> Nous partageons les doutes exprimés dans le *Mémoire* du Secrétariat de la CDI (*op.cit.*, p. 176 et s.) sur l'existence de ce mécanisme.

<sup>25</sup> Voy. à propos du cas particulier du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, notre article intitulé « Nouveaux développements relatifs à l'article 98-1 du Statut de Rome », *Revue québécoise de droit international*, numéro spécial 2018, pp. 125-141.

<sup>26</sup> « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », session de Vancouver (2001), article 13§2.

CDI (1.2.) ou à la Sixième Commission (1.3.) Afin d'éclairer notre propos, seront d'abord présentées les positions — parfaitement opposées — des rapporteurs spéciaux successifs (1.1.).

### 1.1. Le fondement dans les travaux des Rapporteurs

R. Kolodkin, le premier Rapporteur spécial saisi de la question, a manifestement refusé de proposer une approche limitative de l'immunité *ratione materiae*. Pour celui-ci,

« on ne peut guère parler des exceptions à l'immunité comme d'une norme constituée du droit international coutumier, non plus qu'on ne saurait d'ailleurs affirmer positivement qu'il existe une tendance à l'émergence d'une telle norme »<sup>27</sup>.

R. Kolodkin soutient en outre qu'il n'est pas souhaitable d'établir des limites *de lege feranda*<sup>28</sup>. Outre le risque de déstabilisation des relations internationales, il doute de l'efficacité d'une telle règle dans la lutte contre l'impunité. Ces positions ne furent pas unanimement accueillies par les membres de la Commission<sup>29</sup>.

En revanche, C. Escobar Hernandez a largement défendu l'inverse. À son esprit, ces limitations sont établies par le droit international coutumier :

« nous estimons disposer de suffisamment d'éléments pour affirmer qu'il existe une norme coutumière selon laquelle les crimes internationaux constituent une limite ou exception à l'immunité »<sup>30</sup>.

Conformément à la méthodologie exposée dès ses premiers rapports<sup>31</sup>, la Rapporteuse a ajouté une série de motifs « systémiques » en ce sens, de manière subsidiaire (voire surabondante). Ces motifs (valeurs de la communauté internationale, *jus cogens*, lutte contre l'impunité, obligations de poursuivre, droit des victimes à réparation) sont interprétés comme autant d'éléments qui conduisent à accepter la limitation du champ de l'immunité matérielle<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> « Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère », *ACDI*, 2010, vol. II-1, p. 426.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>29</sup> Voy. le résumé des débats dans le *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 63<sup>ème</sup> session (2010)*, UN doc. n°A/66/10, p. 135 et s.

<sup>30</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ (C.), « Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », *op.cit.*, §184.

<sup>31</sup> *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 62<sup>ème</sup> session (2012)*, UN doc. A/67/10, p. 98-99. NORODOM (A.-T.), LAGRANGE (P.), « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, 2012, vol. 58, pp. 369-370.

<sup>32</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ (C.), « Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », *op.cit.*, §190 et s.



## 1.2 Le débat à la Commission

Lors de la présentation du cinquième Rapport, certains membres, dans des séances particulièrement animées<sup>33</sup>, ont contesté la teneur coutumière de l'article proposé par la Rapporteuse<sup>34</sup>. On a soutenu que la pratique et l'*opinio juris* ne permettent pas d'envisager une codification « pure » comprenant les limites, pas plus d'ailleurs qu'une « tendance » justifiant un développement progressif. Voici, par exemple, la réaction de Sir M. Wood :

*« la Commission doit indiquer clairement qu'il s'agit d'une proposition de nouvelle règle juridique et non d'une codification ou d'un développement progressif du droit existant. Les éléments cités par la Rapporteuse spéciale dans son rapport ne soutiennent tout simplement pas le projet d'article 7 »<sup>35</sup>.*

Le débat semble s'être focalisé sur ce point<sup>36</sup>. Le projet d'article 7 fut néanmoins rapidement — et à une large majorité — renvoyé au Comité de rédaction<sup>37</sup> sans que la plénière ne prenne une position nette. Le problème s'est alors déplacé au Comité, mais celui-ci a indiqué que son travail ne s'inscrivait pas dans la dichotomie *lex lata / lex ferenda*<sup>38</sup>. Laissant donc la question intacte, d'autant qu'au fil des débats la position de la Rapporteuse selon laquelle les limites sont à droit constant fut moins affirmative<sup>39</sup>.

Le projet de commentaire de l'article 7 adopté par le Comité de rédaction affirme, tout au plus, qu'il existe une « tendance »<sup>40</sup>. Par ailleurs, il laisse le sentiment d'une grande division. Il donne une place importante aux réfractaires, si bien que les arguments en faveur des limites sont immédiatement contredits<sup>41</sup>. Corrélativement, les notes de bas de page présentent la « bataille des précédents », interprétés successivement dans un sens ou l'autre.

<sup>33</sup> *Rapport annuel, op.cit.*, p. 178.

<sup>34</sup> On notera, mais parmi d'autres, l'étude récemment parue de S. D. Murphy, lui-même membre de la Commission, qui conteste un tel fondement eu égard à la pertinence, le nombre et la représentativité des éléments cités : « Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions? », *AJIL Unbound*, 2018, vol. 112, pp. 4-8.

<sup>35</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.* p. 11 (M. Wood).

<sup>36</sup> Compte rendu analytique de la 3365<sup>ème</sup>, UN doc. n°A/CN.4/SR.3365.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>38</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.* p. 4.

<sup>39</sup> M. C. Escobar-Hernandez finit par admettre dans les débats relatifs aux commentaires provisoires de l'article 7 que « (l)es membres de la Commission ont émis des opinions divergentes, pour certaines radicalement divergentes, quant à l'interprétation des décisions citées dans les notes de bas de page 4 et 5, mais il a été généralement admis que l'existence d'une tendance, par opposition à une norme du droit international coutumier, pouvait être constatée, et c'est ce qu'indique le commentaire ». Compte-rendu analytique de la 3388<sup>ème</sup> séance, UN doc. n°A/CN.4/SR.3388, p. 4.

<sup>40</sup> *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 69<sup>ème</sup> session (2017), op.cit.*, p. 188.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 190.

### 1.3 Les réactions des États

Pour autant, la dispute n'est pas purement académique. Elle revêt une grande importance aux yeux des États, dont témoignent les réactions des délégations lors de l'examen du Rapport de la CDI à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. De nombreuses, estimant que l'article 7 ne reflète pas le droit positif, y furent fermement opposées<sup>42</sup>. Le représentant français a ainsi affirmé que :

*« la Commission indique que ses réflexions reposent sur l'existence d'une 'tendance'. Vu l'insuffisance de la pratique des États et de l'opinio juris dans ce domaine, les exceptions à l'immunité ratione materiae énumérées au projet d'article 7 ne constituent pas, selon la France, des règles du droit international coutumier »*<sup>43</sup>.

D'autres se sont prononcés favorablement sur la proposition<sup>44</sup>, mais sans toujours évaluer le caractère coutumier, ou même l'existence d'une tendance en ce sens<sup>45</sup>. Certains États encore s'interrogèrent sur la méthode suivie, et plus généralement s'inquiétèrent de telles dissensions au sein de la Commission<sup>46</sup>. Selon un observateur attentif de ces travaux, lors des débats tenus en octobre 2017, environ vingt-trois États seraient « pour » ; pour vingt-et-un « contre »<sup>47</sup>.

## 2. Codificateurs contre législateurs ?

Le « flou artistique » gardé autour du statut de l'article 7 doit s'apprécier eu égard à la méthodologie habituelle de la Commission. La distinction entre « codification » et « développement progressif » est un sujet classique dans la doctrine internationaliste<sup>48</sup>. Les auteurs s'accordent à constater que, sans doute intellectuellement envisageable, elle n'est guère possible en pratique, car toute formalisation de la règle s'accompagne d'une part même minime de développement<sup>49</sup>. En tout état de cause, la Commission a décidé depuis longtemps

<sup>42</sup> Sans être parfaitement exhaustifs : Russie (A/C.6/72/SR.19, §37), États-Unis (A/C.6/72/SR.21, §20), Suisse (A/C.6/72/SR.22, §86), Australie (A/C.6/72/SR.22, §98), Singapour (A/C.6/72/SR.22, §110), Inde (A/C.6/72/SR.22, §120), Sri Lanka (A/C.6/72/SR.23, §54), Chine (A/C.6/72/SR.23, §57), Belarus (A/C.6/72/SR.24, §33), Royaume-Uni (A/C.6/72/SR.24, §57), Allemagne (A/C.6/72/SR.24, §91), Israël (A/C.6/72/SR.24, §111).

<sup>43</sup> France (A/C.6/72/SR.23, §43).

<sup>44</sup> *Idem.* Hongrie (A/C.6/72/SR.19, §73), Pays nordiques (A/C.6/72/SR.22 (§65), Autriche (A/C.6/72/SR.22, §73), Portugal (A/C.6/72/SR.22, §82), Mexique (A/C.6/72/SR.22, §96), Slovaquie (A/C.6/72/SR.23, §36), Rép. Tchèque (A/C.6/72/SR.23, §68), Chili (A/C.6/72/SR.23, §89), Pays-Bas (A/C.6/72/SR.24, §29), Nouvelle-Zélande (A/C.6/72/SR.24, §68).

<sup>45</sup> Pour un bref résumé des débats : MURPHY (S. D.), *op.cit.*, p. 7.

<sup>46</sup> *Idem.* Irlande (A/C.6/72/SR.24, §26), Espagne (A/C.6/72/SR.24, §42), Allemagne (A/C.6/72/SR.24, §90), Malawi (A/C.6/72/SR.26, §136).

<sup>47</sup> MURPHY (S. D.), *op.cit.*, p. 7.

<sup>48</sup> DAUDET (Y.), « Actualités de la codification du droit international », *RCADI*, 2003, vol. 303, p. 38.

<sup>49</sup> DE VISSCHER (C.), « La codification du droit international », *RCADI*, 1925, vol. 6, p. 431. PELLET (A.), « La Commission du droit international, pour quoi faire ? », *Liber Amicorum Boutros Boutros-Ghali*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 593. On peut, en ce sens, souscrire à l'affirmation selon laquelle l'énonciation du droit coutumier en une proposition linguistique constitue, en soi, une forme de

de ne plus distinguer, article par article, les éléments relevant de l'un ou l'autre<sup>50</sup>, qui conditionnaient initialement la procédure à appliquer selon son Statut<sup>51</sup>. En revanche, les juridictions pourront être amenées à examiner, dans un texte, ce qui relève du droit positif ou non qu'il s'agisse d'une convention non ratifiée ou d'un document plus « souple ».

La pratique est donc assez traditionnelle<sup>52</sup>. Les travaux contiennent généralement une combinaison d'éléments statiques et d'éléments de développement<sup>53</sup>. Parfois, il est précisé dans le commentaire de certaines dispositions qu'elles relèvent du développement<sup>54</sup>. Outre le caractère sensible de la question, on peut se demander pourquoi une telle importance fut accordée dès l'origine à cette querelle.

Plusieurs hypothèses peuvent être avancées. La première, c'est l'incertitude quant à l'issue des travaux. En effet, on comprend bien que « codification » ou « développement progressif », la question est peu pertinente si une conférence internationale doit aboutir à reformuler un accord sur le contenu de la règle<sup>55</sup>. En revanche, la Commission a inauguré il y a bien longtemps le recours aux instruments plus souples (déclarations, projet d'articles, etc.) qui, sans s'imposer de manière autonome, guident la pratique des États. Certains membres ont alors souligné la « dangerosité » de ne pas indiquer aux destinataires que sont, pour l'essentiel, les juridictions internes, la véritable teneur juridique de l'article 7<sup>56</sup>. La position de représentant du Royaume-Uni illustre aussi cette incertitude :

*« (s)i l'objectif sous-jacent de l'élaboration des projets d'articles est de fournir un ensemble de directives destinées à être utilisées par les juridictions internes, alors les États, ainsi que les juges et les praticiens du droit, ont besoin de savoir ce que la Commission considère comme le droit international existant. Si l'objectif est d'avancer des propositions*

---

développement de la règle (BARBERIS (J.), « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI*, 1990, vol. 36, p. 42).

<sup>50</sup> VIRALLY (M.), « À propos de la *lex feranda* », *Mél. P. Reuter*, Paris, Pedone, 1982, p. 522.

<sup>51</sup> *ACDI*, 1979, vol. II-1, p. 200. Voy. p. 201 pour des exemples.

<sup>52</sup> Pour une réaffirmation : *ACDI*, 1996, vol. II-2, p. 92.

<sup>53</sup> Affirmant que le projet, dans son ensemble, contient des éléments de codification et de développement : *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers*, *ACDI*, 2014, vol. II-2, §1 du commentaire général. *Projet d'articles sur la succession d'États en matière de traités*, *ACDI*, 1974, vol. II, p. 178, §83. *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, *ACDI*, 2011, vol. II-2, p. 45, §5.

<sup>54</sup> Par ex. projet d'article 8 relatif à la protection diplomatique, *ACDI*, 2006, vol. II-2, p. 35 (apatrides et réfugiés) ; projet de directive n°1.2.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 63<sup>ème</sup> session (2011)*, UN doc. n°A/66/10/Add.1, p. 81 (déclarations interprétatives conjointes).

<sup>55</sup> C'est d'ailleurs la conclusion de la fameuse « note » sur le droit de la mer de 1956. *ACDI*, 1956, vol. II, p. 256 « (a)près avoir essayé de spécifier les articles rentrant dans l'une ou l'autre catégorie, la Commission a dû y renoncer, plusieurs articles n'appartenant entièrement ni à l'une ni à l'autre des deux catégories. Dans ces conditions, il sera nécessaire pour donner effet au projet, dans sa totalité, d'avoir recours à la voie conventionnelle ». Dans le même sens, DE VISSCHER (C.), *op.cit.*, p. 432.

<sup>56</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.*, p. 10 (M. Kolodkin), p. 13 (M. Nolte).

*introduisant un 'droit nouveau', que les États adopteront comme ils l'entendent et sous forme conventionnelle, cet état de fait devrait être clairement énoncé. Il est regrettable que la Commission n'ait pas fourni de précisions à ce jour »<sup>57</sup>.*

La seconde hypothèse est que l'approche proposée ne rentrerait pas dans la catégorie « développement progressif ». Ainsi, bien conscients de la pratique de la Commission, certains réfractaires ont qualifié la consécration des limites d'une véritable « création »<sup>58</sup>, l'excluant donc de la codification ou du développement qui supposerait, au moins, une tendance.

On imagine, derrière cette affirmation, l'idée que, outre la codification *stricto sensu* (l'écriture du droit coutumier) et le développement progressif (l'amplification à partir d'une pratique embryonnaire), existerait une catégorie dite de la « nouvelle règle ». Nouvelle règle qui, au mieux, ne pourrait passer que par une convention internationale<sup>59</sup>, ou, au pire, sortirait du mandat de la Commission<sup>60</sup>. En réalité, s'il est très difficile de différencier codification et développement progressif, il l'est tout autant de différencier développement progressif de « création »<sup>61</sup>. En tout état de cause, il paraît difficilement contestable qu'une « tendance » soit discernable vers la limitation des immunités *ratione materiae*<sup>62</sup>. D'un autre côté, il nous semble à ce jour difficile d'affirmer que les limites appartiennent irréfutablement au droit coutumier.

### 3. Les incertitudes sur l'issue de la codification

Il paraît peu probable qu'un consensus — au sein de la CDI ou de la Sixième Commission — se dégage sur l'existence de « limites » *de lege lata*. En conséquence, il semble qu'en dernière analyse, « nouvelle règle » ou « développement progressif », c'est bien une question de *volonté* qui est exprimée par la majorité des membres de la CDI. Ce choix, et il ne s'agit pas du premier de ce type, n'est pas unanime. Au point qu'il est possible de s'interroger sur l'issue des travaux.

On connaît l'objection de l'école historique à la codification, selon laquelle elle contient un risque de « cristallisation »<sup>63</sup>, de ralentir la lente évolution du droit coutumier. Le risque est ici réel, et l'issue potentiellement contre-productive pour les supporteurs des « limites ».

<sup>57</sup> Royaume-Uni (A/C.6/72/SR.24, §61). Voy aussi Allemagne (*ibid.*, §91).

<sup>58</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.* p. 10 (M. Murphy) ; p. 11 (M. Wood).

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 10 (M. Kolodkin). MURPHY (S. D.), « Crimes Against Humanity and other topics: the Sixty-

ninth session of the International Law Commission », *AJIL*, 2017, vol. 111, n°4, p. 985.

<sup>60</sup> Compte-rendu analytique de la 3378<sup>ème</sup> séance, *op.cit.* p. 13 (M. Rajput).

<sup>61</sup> DAUDET (Y.), *op.cit.*, p. 41.

<sup>62</sup> Voy. le *Mémorandum* du Secrétariat de la CDI, *op.cit.*, p. 134. On pense aussi à la Résolution du

l'Institut de droit international à sa session de Vancouver (2001) précitée.

<sup>63</sup> DE VISSCHER (C.), *op.cit.*, pp. 388-389.



En effet, selon l'option la plus probable, et après encore plusieurs sessions de travail, le projet devrait être soumis à une conférence internationale ou la Sixième Commission érigée en conférence internationale<sup>64</sup>. Eu égard à la position des États précédemment mentionnée, et dans l'éventualité où l'article 7 serait maintenu, plusieurs hypothèses peuvent être avancées : 1) La négociation aboutit au rejet des « limites ». Ici, outre que le travail de la CDI serait sur ce point réduit à néant, le traité international pourrait cristalliser des immunités « fortes » et donc annihiler la « tendance » qui apparaissait inverse<sup>65</sup> ; 2) Dans le même sens, la négociation vient arrêter autours de quelques exceptions une tendance qui aurait pu s'élargir (par exemple, au crime d'agression). Ce sont les risques de la pratique de la « liste » ; 3) Aboutir à un traité, comme il en existe de nombreux, mort-né<sup>66</sup>, ou ratifié par très peu d'États.

Quoiqu'il en soit, et même si la Commission opte pour un texte « *soft* »<sup>67</sup>, on peut douter que la question fût assez « mûre » pour résoudre définitivement la question des limites. Une étape supplémentaire dans l'effondrement des immunités absolues — que l'on veut bien concevoir comme agaçantes — oui ; une étape décisive, non.

### CONCLUSION

Les difficultés relatives à l'identification du droit coutumier en la matière, les opinions antagonistes des États et membres de la Commission du droit international conduisent à se demander s'il n'est pas, finalement, question de *timing*. On pense à la citation suivante de C. De Visscher :

*« (i) l y a des questions qu'il faut écarter parce qu'elles sont dans une période de transformations trop profondes et trop rapides pour que l'on puisse, avec quelque chance de succès, aboutir à un accord durable sur les règles à leur appliquer »<sup>68</sup>.*

<sup>64</sup> Pour la procédure suivie lors de l'adoption de la Convention de 2004 sur l'immunité des États, voy. HAFNER (G.), LANGE (L.), « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », 2004, vol. 50, pp. 46-50.

<sup>65</sup> DE VISSCHER (C.), *op.cit.*, p. 388 : « les usages nouveaux sont craintifs ; c'est par la tolérance qu'ils s'insinuent timidement dans la pratique internationale. Vient-on à brandir un texte contre eux, aussitôt on les verra reculer et s'évanouir ».

<sup>66</sup> Pour une liste des traités issus de travaux de la CDI dont l'entrée en vigueur a été retardée ou refusée : DAUDET (Y.), NORODOM (A.-T.), « La coutume – codification », *JCL droit international*, 2014, Fasc. 75, §81.

<sup>67</sup> Sur la diversification de l'issue de la codification, voy. par ex., CASSELLA (S.), « Le Guide de la pratique sur Les réserves aux traités : une nouvelle forme de codification ? », *AFDI*, 2012, vol. 58, pp. 29-60.

<sup>68</sup> *Op.cit.*, p. 434.