

Provisoire

**Réservé aux participants**

24 février 2020

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante et onzième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3488<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 23 juillet 2019, à 10 heures

**Sommaire**

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

Principes généraux du droit

Organisation des travaux de la session (*suite*)

---

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

GE.19-12550 (F) 210220 240220



\* 1 9 1 2 5 5 0 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Šturma  
*Membres :* M. Argüello Gómez  
M. Aurescu  
M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Grossman Guiloff  
M. Hassouna  
M. Hmoud  
M. Huang  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Nguyen  
M. Nolte  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Park  
M. Rajput  
M. Reinisch  
M. Ruda Santolaria  
M. Saboia  
M. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
Sir Michael Wood  
M. Zagaynov

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 10 h 5.*

**Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**  
(point 2 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/722 et A/CN.4/729)

M. Ouazzani Chahdi félicite la Rapporteuse spéciale pour la qualité de son septième rapport (A/CN.4/729) et la diversité des sources et des pratiques juridiques sur lesquelles il se fonde.

Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale dit que l'analyse des aspects procéduraux dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État – un aspect du sujet qu'elle a commencé à aborder dans son sixième rapport – est justifiée par plusieurs raisons. En premier lieu, cette immunité doit s'exercer devant une juridiction pénale étrangère qui, dans le cadre des fonctions dont elle s'acquitte, applique des normes, principes et procédures qu'il est impossible d'ignorer. En deuxième lieu, toute procédure de ce type se caractérise par la présence d'un élément d'extranéité (le représentant de l'État), qui doit être prise en compte. Cette perspective procédurale est également censée conférer une certaine sécurité juridique tant à l'État du for qu'à l'État du représentant, réduire au minimum la prise en compte de facteurs politiques et instaurer un équilibre entre d'un côté, le respect et la garantie du principe de l'égalité souveraine des États et, de l'autre, le respect des autres principes et valeurs juridiques de la communauté internationale. Un équilibre doit aussi être établi entre, d'une part, le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction pénale et, de l'autre, la nécessité de respecter les droits et garanties procédurales du représentant de l'État qui pourrait pâtir de l'exercice de ladite juridiction.

Cette démarche axée sur les aspects procéduraux ne peut être pertinente que si elle permet d'atteindre tous les objectifs fixés. C'est pour cette raison que dans le septième rapport, la Rapporteuse spéciale analyse la relation entre la notion de juridiction et les aspects procéduraux de l'immunité avant d'examiner l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, le fonctionnement des garanties procédurales entre l'État du for et l'État du représentant et, enfin, les droits et garanties procédurales du représentant.

M. Ouazzani Chahdi dit qu'il fera d'abord des observations générales avant de passer aux projets d'article eux-mêmes.

L'invocation de l'immunité de l'État est présentée dans le rapport comme étant une faculté reconnue à l'État mais qui ne constitue pas une exigence de procédure nécessaire pour que les juridictions de l'État du for en apprécient l'applicabilité. La Rapporteuse spéciale fait observer qu'il n'existe pas de règle claire sur la nécessité ou non pour la personne intéressée d'invoquer l'immunité. Les travaux de la Commission ont été repris dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, ainsi que dans la Convention sur les missions spéciales. Ces conventions, qui concernent la codification du droit diplomatique, prévoient des immunités diplomatiques distinctes de celles dont bénéficient les autres représentants de l'État. Les immunités diplomatiques résultent de l'accréditation des représentants de l'État auprès de l'État accréditaire, qui connaît donc très bien leur identité. Les immunités diplomatiques sont également à distinguer des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, telles qu'elles sont prévues par la Convention des Nations Unies de 2004 y relative. Les immunités diplomatiques sont en outre différentes de celles des représentants de l'État autres que les diplomates et sur lesquelles le rapport aurait dû se concentrer davantage en partant des dispositions du projet d'article 7.

Le rapport précise que l'État du représentant doit invoquer l'immunité au début de la procédure, dès qu'il sait que les autorités de l'État du for entendent exercer leur compétence pénale sur l'un de ses représentants. Comme l'ont dit M. Hmoud et d'autres membres, il conviendrait également de préciser que cette invocation doit normalement faire cesser les poursuites.

La renonciation à l'immunité doit être expresse et sans équivoque et doit être exprimée de façon explicite et digne de foi, de préférence par écrit. La renonciation à l'immunité peut se faire à tout moment de la procédure, et le manque de pratique dans ce domaine a été largement souligné dans le rapport.

S'agissant des garanties procédurales entre l'État du for et l'État du représentant, le rapport répond aux propositions formulées tant par les membres de la Commission que par les États concernant l'insertion dans le projet d'articles de garanties particulières quant à l'application éventuelle des limites et exceptions énumérées dans le projet d'article 7. Cependant, le rapport semble accorder plus d'importance à la lutte contre l'impunité qu'à la prise en compte des normes fondamentales nécessaires à la stabilité des relations internationales et de la communauté internationale. En particulier, certaines formulations contenues dans le paragraphe 105 méritent d'être revues ; par exemple, le mot « frauduleusement », employé au sujet de l'invocation de l'immunité par l'État étranger, est trop fort.

Pour le reste, M. Ouazzani Chahdi souscrit aux vues de la Rapporteuse spéciale concernant les garanties procédurales tout en encourageant le développement des accords d'entraide judiciaire entre les États, notamment en matière d'échange d'informations et de transfert des procédures pénales. Il convient également que la première garantie procédurale à mentionner dans le projet d'articles doit être l'obligation de l'État du for d'informer l'État du représentant qu'il a pris ou compte prendre des mesures relevant de sa compétence pénale à l'égard du représentant étranger ; cette notification devrait de préférence être adressée par la voie diplomatique.

S'il approuve la plupart des droits et garanties de procédure prévus dans le chapitre IV, M. Ouazzani Chahdi estime que le paragraphe 161, sur les membres des forces armées d'un État qui ont été faits prisonniers de guerre ne concerne pas directement le sujet.

Passant aux projets d'article eux-mêmes, M. Ouazzani Chahdi souhaite proposer un certain nombre de reformulations sur lesquelles le Comité de rédaction voudra peut-être se pencher. Dans le projet d'article 8, l'expression « à un stade précoce » utilisée au paragraphe 2 devrait être clarifiée et le type d'immunité visé au paragraphe 3 devrait être précisé.

En ce qui concerne le projet d'article 9, M. Ouazzani Chahdi pense comme M. Jalloh que l'expression « sans préjudice » devrait être supprimée et qu'il faudrait donner plus de précisions sur les autres organes de l'État visés.

Estimant que les paragraphes 5 et 6 du projet d'article 10 nécessitent davantage de précision, M. Ouazzani Chahdi dit qu'il n'est pas contre leur fusion comme cela a été proposé par certains membres. Au paragraphe 5, les mots « y compris la voie diplomatique » pourraient être ajoutés à la suite de « tous les moyens à leur disposition ». Il fait remarquer que le paragraphe 6 porte uniquement sur l'immunité *ratione personae*.

En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 11, la renonciation étant irrévocable, il convient de préciser qu'elle doit être exprimée par écrit.

Au paragraphe 1 du projet d'article 12, dans la version française, au lieu de « l'État du for le notifie », il vaudrait mieux dire « l'État du for doit le notifier ». Dans la version française du projet d'article 13, à la fin du paragraphe 5, il faudrait remplacer les mots « fourniture des informations » par « échange d'informations ».

M. Ouazzani Chahdi soutient le calendrier proposé pour les travaux futurs, qui doivent conduire à l'adoption d'un projet d'articles en première lecture à la soixante-douzième session. Il soutient également les propositions de la Rapporteuse spéciale concernant la définition d'un mécanisme de règlement des différends et la reconnaissance de bonnes pratiques susceptibles de faciliter la résolution des problèmes concrets. Toutefois, comme l'a signalé M. Zagaynov, il serait utile de préciser davantage ce qu'on entend par « bonnes pratiques ».

En conclusion, M. Ouazzani Chahdi recommande le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

**M. Cissé** remercie la Rapporteuse spéciale pour son septième rapport et pour les progrès notables qu'elle a permis de réaliser dans l'examen du sujet. Les observations qu'il souhaite formuler concernent à la fois les sixième et septième rapports.

Il sait gré à la Rapporteuse spéciale de s'être montrée ouverte aux remarques et préoccupations formulées par les membres de la Commission à la précédente session et d'en avoir fait état dans le septième rapport.

Il rappelle qu'il a voté en faveur du projet d'article 7 et dit que sa position quant au fond reste inchangée. Toutefois, il a indiqué précédemment que la question des garanties procédurales devait être traitée ; il faut que les travaux se poursuivent en vue de parvenir à un compromis satisfaisant à cet égard. Bien qu'il partage l'avis des autres membres selon lequel le projet d'articles actuel ne fournit pas toutes les garanties nécessaires, il reste convaincu que la version finale répondra à ces préoccupations.

M. Cissé considère que le texte actuel du projet d'articles est appelé à évoluer et que le Comité de rédaction, à la lumière des commentaires des membres, pourra en poursuivre l'élaboration en vue de produire des formulations qui traitent de manière satisfaisante les questions à l'examen. Il souhaite aborder deux sujets de préoccupation en particulier : l'aspect temporel de la procédure et le placement en détention du représentant de l'État pendant l'enquête.

En ce qui concerne l'aspect temporel de la procédure, M. Cissé relève que les orateurs précédents ont signalé des variations dans la pratique juridique des États, tandis que M. Murphy a souligné que la pratique individuelle des États ne devrait pas influencer le droit international. Ces pratiques sont toutefois révélatrices des difficultés que les États auront à appliquer le projet d'articles proposé. Dans cette optique, M. Cissé souhaite émettre des réserves quant au libellé des projets d'article en ce qui concerne l'aspect temporel de la procédure. Les projets d'article visent à établir une approche commune et cohérente de l'immunité tout au long de la procédure d'enquête pénale ; toutefois, cette méthode n'est peut-être pas la meilleure, compte tenu de la manière dont se déroulent les enquêtes et les poursuites pénales.

Par exemple, au Royaume-Uni, toutes les affaires, quelle que soit leur gravité, doivent être portées devant un *magistrates' court* dans un délai de six mois à compter du moment où l'infraction a été commise ou de la date à laquelle l'objet de la plainte a été constaté ; passé ce délai, l'affaire ne peut plus être examinée. Tout retard dans la communication ou l'échange d'informations entre les États concernant l'immunité pourrait entraîner la prescription des faits, même s'agissant d'un cas légitime susceptible d'aboutir à une condamnation.

En outre, comme l'a souligné M. Hassouna, il ne faut pas oublier la personne au centre de l'infraction : l'intéressé est innocent jusqu'à preuve du contraire et a droit à un procès équitable, ce qui comprend l'exigence d'une procédure rapide. Le libellé des projets d'article relatifs aux garanties procédurales devrait tenir compte des délais de prescription et des différentes façon dont les États interprètent la notion d'« autorités compétentes » ; la rapidité de la procédure devrait être un facteur déterminant.

M. Cissé est convaincu par la suggestion de M. Rajput selon laquelle l'immunité devrait s'appliquer automatiquement dès le départ. La procédure serait ainsi suspendue jusqu'à ce que le statut de l'intéressé soit confirmé par l'invocation de l'immunité ou la renonciation à celle-ci et que soit l'État du for, soit l'État du représentant établisse sa compétence et engage des poursuites. L'intéressé pourrait invoquer d'emblée son statut et sa libération pourrait alors être envisagée, en fonction de la nature de l'acte accompli et des éventuelles incidences sur la sécurité et l'ordre public.

La décision du Saint-Siège, en date du 8 juillet 2019, de lever l'immunité diplomatique de son nonce apostolique en France, ouvrant ainsi la voie à des poursuites pénales à son encontre, illustre bien l'importance de la question des délais. Cette décision a été prise plus de six mois après l'infraction supposée ; s'ils s'étaient déroulés au Royaume-Uni, les faits auraient été prescrits. M. Cissé souhaiterait donc que le libellé des projets d'article concernant les aspects temporels soit plus clair et plus concis et que les définitions soient précisées dans la mesure du possible.

Passant aux projets d'article eux-mêmes, M. Cissé dit que le premier paragraphe du projet d'article 8 devrait être reformulé comme suit : « Les autorités compétentes de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité... ». Les expressions « à un stade

précoce » au paragraphe 2 et « mesure coercitive » au paragraphe 3 devraient être définies plus précisément. En outre, afin de garantir le respect des droits souverains des États intéressés, il conviendrait de restreindre l'examen de l'immunité aux situations dans lesquelles une décision à cet égard aurait un effet sur l'exercice par le représentant de ses fonctions.

M. Cissé approuve le projet d'article 9. Comme il l'a déjà mentionné, il est favorable à une immunité automatique et à ce que l'autorité compétente soit désignée par l'État, de préférence au plus haut niveau. Dans l'hypothèse d'une immunité automatique, la procédure ne peut se poursuivre que si l'immunité est levée, ce qui rend inutiles les paragraphes 2 et 3. M. Cissé estime aussi comme d'autres membres qu'il serait préférable de réorganiser le projet d'articles afin qu'il reflète mieux l'ordre de la procédure pénale.

Dans le projet d'article 10, le seul élément pertinent est la procédure d'invocation de l'immunité. Si l'immunité était établie automatiquement dès le départ, l'État étranger serait tenu de préciser sa position avant que l'État du for n'ait besoin d'engager de rigoureuses et coûteuses procédures d'enquête pénale.

En ce qui concerne le paragraphe 6 du projet d'article 11, M. Cissé ne partage pas l'opinion selon laquelle la renonciation à l'immunité, une fois formulée, devrait être irrévocable. Le projet d'article 8 prévoit que la question de l'immunité soit examinée dès qu'il est connu qu'un représentant étranger pourrait être visé par une procédure pénale, puis de nouveau avant la mise en accusation et l'engagement des poursuites, et également lorsque l'État a l'intention de prendre contre le représentant étranger une mesure coercitive susceptible de l'empêcher d'exercer ses fonctions. M. Cissé propose donc que les dispositions applicables à la renonciation à l'immunité soient tout aussi souples que celles relatives à l'invocation de l'immunité, sur le modèle du projet d'article 8. On ne doit pas oublier que la carrière d'un fonctionnaire est en jeu et, même si la responsabilité pénale de celui-ci semble de prime abord engagée et que l'État se sent obligé de lever l'immunité, de nouveaux éléments susceptibles d'innocenter l'intéressé ou de lui être favorables pourraient se faire jour par la suite. Le paragraphe 6 du projet d'article 11 devrait être modifié pour refléter la souplesse prévue dans le projet d'article 8, en vertu duquel l'immunité peut être invoquée à tout instant, jusqu'au moment où l'autorité compétente envisage de prendre à l'encontre du représentant étranger des mesures coercitives susceptibles de l'empêcher d'exercer ses fonctions.

En ce qui concerne le traitement équitable et impartial du représentant de l'État, M. Cissé pense comme d'autres membres que le libellé du projet d'article 16 devrait être aligné sur les textes issus des travaux de la Commission sur d'autres sujets, notamment les crimes contre l'humanité et les normes impératives du droit international.

Un principe bien établi du droit international général veut qu'il existe un droit à la liberté personnelle. Or, les conséquences que peuvent avoir le processus d'examen de l'immunité et l'enquête pénale sur la liberté de l'intéressé n'ont pas été pleinement explorées.

Toutes les affaires mentionnées par la Rapporteuse spéciale et les autres membres de la Commission font intervenir la détention de l'intéressé : dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et l'affaire *Pinochet*, les deux personnes concernées ont été placées en détention pendant de longues périodes. Plus récemment, dans l'affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, Laurent Gbagbo a été détenu pendant sept ans avant que soit prononcé son acquittement et, même après le verdict, l'accusation a contesté son droit d'être remis en liberté. De fait, il n'a pas été immédiatement libéré comme il aurait dû l'être en pareil cas. Bien que M. Gbagbo n'ait pas été un représentant de l'État en exercice à l'époque, la question de l'immunité a été examinée et il a été maintenu en détention pendant les phases d'enquête et de poursuites. La Commission devrait réfléchir aux conséquences possibles des projets d'articles 8 à 16 à cet égard, car ceux-ci ne mentionnent actuellement aucun délai précis. La notion de délai « raisonnable » a été évoquée, mais il faut aussi garder à l'esprit que la détention ne doit pas être arbitraire, qu'elle doit avoir un motif précis et qu'elle ne doit pas se prolonger inutilement.

Le paragraphe 3 du projet d'article 16 ne mentionne la détention qu'en ce qui concerne l'obligation d'informer sans retard le plus proche représentant de l'État de l'intéressé. M. Cissé fait observer à cet égard qu'il est clair, en l'état actuel du droit international, que s'il existe une immunité de juridiction étrangère en matière pénale des représentants de l'État, cette immunité ne s'étend pas, en revanche, à la compétence prescriptive.

Compte tenu de la diversité des infractions pénales potentielles et des systèmes de justice pénale à travers le monde, il importe d'examiner les effets possibles de la prise en considération de l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, sur la liberté personnelle. L'immunité étant de nature procédurale, il n'est pas nécessaire de faire la distinction entre ces deux types d'immunité. La Commission a débattu de la nécessité de trouver un équilibre entre l'égalité souveraine et l'impunité ; M. Cissé note à cet égard que la Rapporteuse spéciale a invité les membres à formuler des observations concernant les travaux futurs sur le sujet s'agissant de la nécessité d'établir un mécanisme distinct de règlement des différends. Il salue cette idée et suggère que ce mécanisme puisse également trancher les questions liées à la liberté personnelle.

La Commission devrait veiller à ce que la détention soit réduite au minimum et puisse être surveillée et contrôlée efficacement au niveau international. Ces questions pourraient être examinées dans le cadre des bonnes pratiques recommandées. Le projet d'articles devrait être clair et cohérent afin que les décisions relatives à l'immunité puissent être prises sans retard excessif.

Des garanties procédurales devraient être mises en place non seulement pour interdire les abus, mais aussi pour garantir la régularité de la procédure s'agissant de la liberté personnelle grâce à un mécanisme spécial de maintien en liberté. Les droits du représentant de l'État pourraient ainsi être respectés jusqu'à ce qu'une décision définitive sur l'immunité soit prise. Bien qu'il ait été convenu lors de précédents débats de laisser de côté la question des membres de la famille, il faut reconnaître que les procédures judiciaires peuvent avoir un effet dévastateur sur les proches et qu'un retard dans une décision sur l'immunité peut entraîner une séparation ou obliger la famille à quitter l'État du for.

M. Cissé souscrit à la proposition de M. Nolte concernant les aspects procéduraux du projet d'article 7 ainsi qu'aux observations faites à ce sujet par MM. Murphy et Tladi, et d'autres membres.

En conclusion, M. Cissé appuie le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets d'article contenus dans le septième rapport.

**M<sup>me</sup> Escobar Hernández** (Rapporteuse spéciale), résumant le débat sur ses sixième et septième rapports relatifs à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et se félicitant de la richesse des discussions sur le sujet, dit que le nombre de déclarations faites témoigne de l'intérêt suscité par le sujet, tandis que leur contenu montre que les membres ont étudié ses rapports avec minutie. Les travaux de la Commission sont le fruit d'un effort collégial entrepris avec un grand engagement de toutes parts.

Surtout, le débat a confirmé à quel point la Commission juge important d'inclure des dispositions et des garanties procédurales dans le projet d'articles. Certains membres ont rappelé les motifs qui sous-tendent ces dispositions, en s'appuyant principalement sur l'argumentation du sixième rapport ; M<sup>me</sup> Galvão Teles, entre autres, a noté que les propositions novatrices de la Rapporteuse spéciale seraient fort utiles pour les États. L'intérêt pour les dispositions et garanties procédurales s'est traduit par le large soutien apporté aux projets d'articles 8 à 16, malgré certaines observations et critiques sur leur teneur et leur formulation, dont la plupart devraient de préférence être examinées par le Comité de rédaction.

Certains membres ont estimé que les projets d'article proposés dans le septième rapport ne contenaient rien qui puisse être considéré comme une garantie, notamment en ce qui concerne l'application du projet d'article 7, qui constitue pour eux un aspect essentiel de la question des garanties procédurales. Selon eux, les garanties proposées ne sont que partielles et protègent davantage les droits et les intérêts de l'État du for que ceux de l'État du représentant. La Rapporteuse spéciale n'est pas de cet avis. Comme l'ont souligné

plusieurs membres, les dispositions et garanties procédurales doivent être envisagées comme un tout relativement à l'application de l'immunité. Leur but est d'offrir des garanties non pas dans des circonstances particulières mais dans tous les cas où la question de l'immunité se pose, en prévoyant des mécanismes permettant d'assurer l'équilibre entre les différents principes, intérêts et règles en jeu. De ce point de vue, il est infondé d'affirmer que les projets d'articles 8 à 16 ne contiennent rien qui puisse être considéré comme une garantie procédurale, notamment une garantie procédurale protégeant l'État du représentant. Ces critiques sont non seulement inexactes mais aussi biaisées.

Bien qu'elle comprenne parfaitement que certains membres soient soucieux de veiller à ce que le projet d'article 7 soit soumis à des garanties procédurales, la Rapporteuse spéciale conteste les affirmations selon lesquelles les garanties énoncées dans son septième rapport ne pourraient pas s'appliquer au projet d'article 7 en raison de la manière dont celui-ci est formulé. Selon ceux qui défendent cette thèse, le fait d'affirmer que l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas à certains crimes de droit international rend impossible et inutile la prise en compte de toute disposition procédurale : si l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas, alors tout est déjà réglé, et rapidement. Or, comme l'a fait remarquer M. Šturma, les choses ne sont pas si simples et il faut un certain temps pour établir si l'immunité s'applique – même dans le cadre du projet d'article 7.

En réalité, comme l'ont fait observer M<sup>me</sup> Lehto, M<sup>me</sup> Galvão Teles, M. Jalloh et d'autres membres, les dispositions et garanties procédurales s'appliquent à tous les projets d'article, y compris le projet d'article 7. Dans l'éventualité où les autorités compétentes de l'État du for seraient confrontées à un supposé crime de droit international qui aurait été commis par un représentant d'État étranger, cela ne les dégagerait pas de l'obligation d'informer l'État du représentant, d'examiner la question de l'immunité sans délai, d'établir si l'immunité s'applique en l'espèce et si elle a été invoquée ou levée, et d'échanger des informations avec l'État du représentant ; le projet d'article 7 n'empêcherait pas non plus d'envisager le transfert de la procédure à l'État du représentant. La Rapporteuse spéciale n'est pas convaincue par les arguments selon lesquels les garanties procédurales ne s'appliquent pas au projet d'article 7, dont certains frôlent dangereusement le sophisme.

Certains membres estiment que des garanties plus solides sont nécessaires pour l'application du projet d'article 7, comme le propose M. Nolte dans son nouveau projet d'article X. La Rapporteuse spéciale ne voit pas la nécessité de prévoir des garanties supplémentaires à cette fin précise, mais elle considère que la suggestion de M. Nolte a le mérite de pouvoir s'appliquer à tous les cas d'immunité, et pas seulement à ceux qui concernent le projet d'article 7, et d'avoir été appuyée par certains membres de la Commission. D'autres membres ont une position plus proche de celle de la Rapporteuse spéciale, estimant entre autres que la proposition pourrait être comprise comme une remise en cause des projets d'article déjà adoptés provisoirement par le Comité de rédaction. En conséquence, la proposition devrait être examinée par le Comité de rédaction à la lumière du débat de la Commission, sans que cela détourne l'attention des projets d'article formellement proposés par la Rapporteuse spéciale ou éclipse les propositions faites par d'autres membres de la Commission. Contrairement à ce qu'a suggéré Sir Michael Wood, la Rapporteuse spéciale estime qu'il est encore trop tôt pour déterminer la forme que pourrait prendre le projet d'articles. La Commission pourra décider ultérieurement s'il y a lieu de proposer à l'Assemblée générale que le projet devienne une convention.

L'inclusion et le contenu des projets d'articles 8 et 9 proposés ont recueilli l'adhésion générale au sein de la Commission. Certains membres ont fait des observations sur des points particuliers de terminologie et sur la structure des deux projets d'article, tandis que d'autres, notamment M. Tladi, ont suggéré qu'ils soient fusionnés. M<sup>me</sup> Galvão Teles, M<sup>me</sup> Oral et d'autres membres ont contesté l'emploi des expressions « examen de la question de l'immunité » et « détermination de l'immunité », jugées peu claires. Il a été suggéré d'utiliser plutôt un seul terme ; la Rapporteuse spéciale précise toutefois que, pour diverses raisons, elle a intentionnellement fait la distinction entre les deux expressions et les a utilisées toutes les deux. Selon elle, le mot « examen », plus abstrait, désigne principalement le processus tandis que « détermination » désigne le résultat. Bien qu'elles soient manifestement liées, les deux activités sont distinctes. En outre, alors que l'« examen de la question de l'immunité » concerne essentiellement



l'« activation » de la question de l'immunité par les autorités compétentes de l'État du for, la « détermination de l'immunité » donne lieu à une décision sur l'application ou non de l'immunité dans un cas particulier. Les termes utilisés dans la version originale espagnole sont tout à fait clairs ; s'il s'avère difficile de trouver des équivalents appropriés dans d'autres langues, le Comité de rédaction pourra chercher une autre formulation lorsqu'il examinera les projets d'article.

Tandis que le projet d'article 8 a une dimension essentiellement temporelle, le projet d'article 9 est axé sur les autorités compétentes pour décider si l'immunité s'applique ou non, les éléments juridiques que celles-ci doivent prendre en considération pour ce faire et les éventuels facteurs permettant de déterminer si l'immunité existe, par exemple la question de savoir si l'immunité a été invoquée ou s'il y a été renoncé. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, les raisons invoquées pour fusionner les projets d'article sont insuffisantes. Elle préférerait qu'ils restent séparés, compte tenu en particulier des autres modifications proposées concernant l'ordre des projets d'article. Il est largement admis que l'examen de la question de l'immunité par les autorités compétentes devrait intervenir à un stade précoce de la procédure, comme le prévoit le projet d'article 8. La suggestion de M. Gómez-Robledo d'utiliser l'expression « sans retard », qu'il considère comme plus claire que la formulation actuelle, mérite d'être examinée par le Comité de rédaction.

Sur le fond, la formulation choisie ne résoudra pas la question de savoir si l'immunité doit être prise en considération pendant la phase d'enquête. La plupart des membres de la Commission ont exprimé leur soutien à l'approche souple et en deux temps adoptée à cet égard dans le projet d'article 8, selon lequel la question de l'immunité doit être examinée non seulement avant la mise en accusation du représentant et l'engagement des poursuites, mais aussi avant que ne soit prise contre le représentant toute mesure coercitive susceptible de l'empêcher d'exercer ses fonctions. Quelques membres de la Commission ont attiré l'attention sur la nécessité d'examiner la question de l'immunité dès le moment où l'on apprend qu'un représentant étranger est impliqué, même si l'enquête est encore en cours. Le débat sur la question est étroitement lié à l'appréciation des actes susceptibles d'être visés par l'immunité et à la notion même de juridiction pénale, dont la Rapporteuse spéciale a donné une définition dans son deuxième rapport et de nouveau dans son septième rapport, à la satisfaction de plusieurs membres de la Commission. La Rapporteuse spéciale trouve encourageant que certains membres, comme Sir Michael Wood, soient revenus sur leur scepticisme initial quant à la nécessité de définir les notions d'immunité et de juridiction, au point même de faire des propositions précises. À cet égard, la suggestion de faire référence à la notion d'« inviolabilité » dans la définition de la « juridiction pénale » est une question importante qui devrait être examinée par le Comité de rédaction. Les commentaires de M. Reinisch sur la portée de l'invocabilité seront particulièrement utiles.

Certains membres ont commenté l'emploi de l'expression « autorités compétentes de l'État du for » et suggéré que celle-ci soit remplacée par « autorités » ou simplement « État du for » dans un souci de souplesse et d'adaptation aux différents systèmes juridiques. Ces observations s'appliquent à la fois au projet d'article 8 et au projet d'article 9. La Rapporteuse spéciale a quelques doutes quant à l'exactitude technique de ces formulations et n'est pas convaincue qu'il soit possible d'utiliser un seul terme dans l'ensemble du projet d'articles, mais elle ne s'oppose pas à ce que la question soit soumise au Comité de rédaction.

Outre les commentaires d'ordre terminologique, les membres de la Commission ont exprimé un certain nombre de points de vue divergents au sujet du projet d'article 9. Plusieurs membres, dont MM. Saboia, Ruda Santolaria, Gómez-Robledo et Reinisch, ont appuyé la proposition de la Rapporteuse spéciale, telle qu'elle figure au paragraphe 1 de l'article 9, selon laquelle la détermination de l'immunité incombe aux juridictions de l'État du for, indépendamment du fait que d'autres organes, notamment au sein du Ministère des affaires étrangères, coopèrent avec elles ou les aident à se prononcer. D'autres, comme MM. Zagaynov, Huang, Tladi et Hmoud et Sir Michael Wood, ont fait valoir que les autorités exécutives déterminent généralement si l'immunité s'applique, en communiquant par la voie diplomatique, tandis qu'un troisième groupe, composé de M<sup>me</sup> Galvão Teles, M. Vázquez-Bermúdez et M. Nolte, a insisté sur la nécessité de tenir compte des divers

systèmes juridiques et politiques et d'en préserver les particularités. Selon ces derniers membres, il serait donc préférable de reformuler le paragraphe 1 du projet d'article 9 de manière à laisser une marge d'appréciation. Bien que son avis sur la question n'ait pas changé, la Rapporteuse spéciale reconnaît la validité des préoccupations exprimées et dit qu'elles devraient être prises en considération par le Comité de rédaction en vue de parvenir à une formulation qui puisse convenir au plus grand nombre possible de systèmes juridiques nationaux. Quoi qu'il en soit, toute décision relative à l'application de l'immunité a des effets juridiques tant au niveau international qu'au niveau national et ne peut pas simplement être qualifiée d'« acte politique » ou d'« acte de gouvernement » ne relevant pas des autorités judiciaires. Le Comité de rédaction et la Commission dans son ensemble devraient garder cela à l'esprit et en tenir compte dans le texte du projet d'article ou dans le commentaire y afférent.

Le projet d'article 9 revêt une importance particulière car il traite de la question fondamentale de savoir comment décider si l'immunité doit s'appliquer. La Rapporteuse spéciale ne partage pas l'avis de certains membres selon lequel il n'est pas nécessaire de fixer le cadre normatif dans lequel cette décision est prise en se référant au projet d'articles ou au droit national de l'État du for, ou encore à d'autres normes du droit international. Selon elle, ne pas le faire rendrait inutiles les travaux menés par la Commission depuis 2012 pour déterminer les éléments constitutifs de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*. Le fait d'omettre toute référence au droit international serait contraire au mandat de la Commission, tandis que le fait de ne pas mentionner le droit interne applicable reviendrait à laisser de côté le principal cadre juridique à l'étude – celui de l'État du for – et empêcherait toute prise en compte de la diversité des systèmes juridiques. Les références au droit national devraient donc être conservées. La Rapporteuse spéciale est également plutôt favorable à la suggestion de M. Murase de mentionner d'autres normes du droit international. Pour les mêmes raisons, le paragraphe 3 du projet d'article 9, qui, selon elle, fixe une norme minimale que les autorités chargées de se prononcer sur l'immunité doivent respecter, devrait être conservé. Les observations faites par M. Tladi et d'autres membres sur la formulation des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 9 pourraient être examinées par le Comité de rédaction à la lumière de ces remarques. Le projet d'article 9 pourrait également être le meilleur endroit pour intégrer les propositions de M. Nolte visant à établir un lien plus direct entre le projet d'article 7 et les garanties procédurales, qui ont reçu un large soutien. Les différents éléments du nouveau projet d'article qu'il propose devraient tous être pris en considération pour décider que l'immunité *ratione materiae* n'est pas applicable et devraient s'appliquer de manière générale dans tous les cas, que les dispositions du projet d'article 7 entrent en jeu ou non.

En ce qui concerne la première partie de la proposition de M. Nolte, la Rapporteuse spéciale ne voit pas d'objection à ce que les décisions relatives à l'immunité soient prises au plus haut niveau ou, comme l'ont suggéré des membres tels que MM. Tladi, Grossman Guiloff, Jalloh, Saboia, Hassouna et Reinisch, qu'elles puissent faire l'objet d'un recours, notamment devant les tribunaux, si elles sont prises à un niveau inférieur. Elle trouve le deuxième volet de la proposition de M. Nolte plus problématique car le membre de phrase « la preuve que le représentant a commis l'infraction présumée [soit] irréfutable » n'est pas pleinement compatible avec la notion d'immunité, qui doit être prise en considération le plus tôt possible, avant l'ouverture d'une procédure judiciaire ou la prise de mesures coercitives contre le représentant concerné. Si l'idée qui sous-tend la proposition est intéressante, d'autres formulations devraient être étudiées. Un certain nombre de membres ont fait des commentaires sur cette question, parmi lesquels il convient de souligner ceux de M. Grossman Guiloff. La troisième condition énoncée dans la proposition de M. Nolte pourrait être examinée tant dans le contexte du projet d'article 9 que dans celui du projet d'article relatif au transfert de la procédure pénale, voire dans les deux projets d'article pour appeler particulièrement l'attention sur ce point. La Rapporteuse spéciale apprécie le fait que, depuis la soixante-dixième session, M. Nolte ait retiré de sa proposition l'obligation pour le représentant d'être présent sur le territoire de l'État du for. Une telle condition pose un certain nombre de problèmes, notamment parce qu'elle ne tient pas compte des différences entre les systèmes judiciaires nationaux, qui n'exigent pas toujours la présence de l'intéressé pour que les premières démarches puissent être entreprises, notamment s'agissant de décider si la compétence peut être exercée et donc si l'immunité s'applique.

Dans l'ensemble, la Rapporteuse spéciale reste d'avis que les conditions énoncées dans la proposition de M. Nolte pourraient s'appliquer à tous les cas de détermination de l'applicabilité de l'immunité et qu'il n'y a aucune raison de limiter leur portée au projet d'article 7. Le Comité de rédaction pourra se pencher sur la question en tenant compte des différents points de vue exprimés.

L'importance de l'invocation de l'immunité a été soulignée par tous ceux qui ont pris la parole. Le projet d'article 10 a été généralement bien accueilli, la plupart des membres étant favorables à ce que l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* fassent l'objet de procédures distinctes. Pour beaucoup de membres, le fait que la même solution ait été proposée par les deux Rapporteurs spéciaux pour le sujet devrait lui donner un poids particulier. D'autres, en revanche, sont d'avis que la question de l'immunité devrait être examinée dans tous les cas, d'office, ou du moins que l'immunité *ratione materiae* devrait être examinée d'office si les autorités compétentes de l'État du for sont parfaitement conscientes qu'elles ont affaire à un représentant d'un État étranger, question sur laquelle M. Reinisch et M<sup>me</sup> Galvão Teles se sont exprimés. La Rapporteuse spéciale estime que les arguments qu'elle-même et son prédécesseur ont avancés devraient suffire à justifier qu'on continue de faire la distinction entre les deux types d'immunité, mais il pourrait être utile que le Comité de rédaction étudie la suggestion de M. Reinisch d'établir des procédures d'invocation de l'immunité *ratione personae* similaires à celles prévues par la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

Les partisans de procédures d'invocation distinctes ont néanmoins appelé l'attention sur la nécessité de clarifier le libellé du projet d'article 10, car le fait qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer l'immunité *ratione personae* n'est mentionné qu'au paragraphe 6. La distinction ressort clairement du septième rapport, comme l'a fait remarquer M. Ruda Santolaria, mais il pourrait être utile de modifier le projet d'article 10 pour éviter toute interprétation erronée. Le Comité de rédaction pourrait examiner les suggestions utiles faites à cet égard par MM. Aurescu et Murase. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 10, la proposition faite par M. Hmoud, appuyé en cela par M<sup>me</sup> Galvão Teles et d'autres membres, de rendre la disposition moins contraignante en remplaçant « doit » par « devrait » ou une expression analogue, pourrait dissiper les préoccupations compréhensibles des membres qui ont fait observer que, pour de multiples raisons, l'immunité ne peut pas toujours être invoquée immédiatement.

Quant à savoir quelles autorités de l'État sont compétentes pour invoquer l'immunité, les membres ont généralement soutenu le principe selon lequel il appartient à l'État du représentant de décider en fonction de sa structure interne, l'autorité désignée pouvant varier selon les cas, sauf lorsqu'il s'agit de l'immunité du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères. L'idée selon laquelle c'est à l'État et non au représentant qu'il appartient d'invoquer l'immunité a également recueilli un large appui malgré le fait que si un représentant invoque l'immunité, les autorités de l'État du for ne peuvent ignorer cette demande, même si elle n'est pas considérée comme une invocation légitime de l'immunité aux fins du projet d'articles. À cet égard, la position adoptée dans le septième rapport est conforme à celle défendue par le précédent Rapporteur spécial et a été largement appuyée. Bien que M. Aurescu ait fait valoir que rien n'empêche un État de donner instruction à son représentant d'invoquer l'immunité, il est difficile d'imaginer des cas où cela pourrait se produire.

Le paragraphe 4 du projet d'article 10 dans son ensemble a suscité des critiques de la part d'un nombre important de membres de la Commission, selon qui la voie diplomatique doit être préférée à toute autre pour les communications relatives à l'invocation de l'immunité, puisque c'est celle qui est le plus souvent utilisée dans la pratique. La Rapporteuse spéciale dit qu'il n'était pas dans son intention de reléguer la voie diplomatique au second plan ; la formulation du paragraphe a simplement été calquée sur ce qui figure couramment dans les traités internationaux mentionnés dans son septième rapport, dont l'importance a été rappelée par M. Ouazzani Chahdi. Il est également plus efficace de mentionner en premier lieu les procédures établies dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties et les autres procédures généralement acceptées par ces États car ainsi, si ces procédures sont applicables, les tribunaux ou autres autorités chargées de se prononcer sur l'immunité

auront toujours connaissance du fait qu'elle a été invoquée et seront donc obligés d'examiner la question immédiatement, ce que ne garantit pas l'invocation de l'immunité par la voie diplomatique. Dans certains États, il serait impossible pour les autorités exécutives de fournir ces informations ou documents aux autorités judiciaires ou aux autorités chargées de l'enquête, sauf demande expresse. La Rapporteuse spéciale n'est pas opposée aux modifications que M. Hmoud et d'autres membres ont suggéré d'apporter au paragraphe 4 du projet d'article 10 afin de donner la priorité à la voie diplomatique, mais un tel changement ne devrait pas remettre en cause l'obligation qu'a toute autorité de l'État du for de transmettre les invocations d'immunité reçues de l'État du représentant par quelque voie que ce soit aux autorités compétentes afin que celles-ci en apprécient l'applicabilité. M. Hmoud, notamment, a suggéré de retirer les mots « tous les moyens à leur disposition » du paragraphe 5 du projet d'article 10 et d'autres dispositions du projet d'articles ; toutefois, cette proposition ne tient pas compte du fait que les relations entre les pouvoirs exécutif et judiciaire varient d'un État à l'autre et aurait pour effet d'imposer une obligation à laquelle il pourrait être difficile de se conformer sans modifier la législation nationale.

Comme il est indiqué dans le septième rapport, la non-invocation de l'immunité ne peut être considérée comme une renonciation, bien qu'elle puisse avoir des effets similaires dans le cas de l'immunité *ratione materiae* si l'État du représentant a été informé en temps utile de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence et a été invité à faire connaître sa position. Ces questions pourraient être traitées dans le commentaire, si nécessaire.

Plusieurs des observations faites au sujet du projet d'article 11 sont similaires à celles concernant le projet d'article 10. Si un large consensus s'est dégagé au sein de la Commission au sujet du libellé du paragraphe 2 du projet d'article 11, selon lequel la renonciation doit être expresse et claire, le paragraphe 4 du projet d'article 11, qui fait référence aux circonstances dans lesquelles les dispositions d'un traité peuvent être considérées comme constituant une renonciation expresse, a fait l'objet de critiques. Certains membres, notamment M. Nolte, M. Reinisch et, dans une certaine mesure, Sir Michael Wood, ont fait valoir que la renonciation à l'immunité ne pouvait pas découler d'un traité puisque toute décision relative à l'immunité est, par définition, un acte isolé pris par un État au cas par cas. Bien que la majorité des membres aient appuyé l'idée qu'un traité puisse donner lieu à la levée de l'immunité, certains ont fait remarquer que la formulation actuelle du projet d'article 11 posait des problèmes : par exemple, l'expression « pouvant se déduire » est incompatible avec l'exigence d'une renonciation « expresse et claire », énoncée au paragraphe 2. Pour éviter toute confusion sur ce point, et conformément à l'opinion exprimée par la majorité des membres, le Comité de rédaction pourrait peut-être examiner les propositions formulées par MM. Vázquez-Bermúdez et Tladi. Il pourrait également étudier la proposition faite par M. Aureescu et soutenue par M<sup>me</sup> Lehto d'affirmer simplement que la renonciation « doit être expresse et claire », ce qui permettrait d'inclure les différentes possibilités visées aux paragraphes 2 et 4 du projet d'article 11. Si cette approche est retenue, il faudra donner des explications plus détaillées dans le commentaire.

Le Comité de rédaction pourrait également envisager d'indiquer expressément que la renonciation ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui serait pleinement compatible avec l'analyse de la renonciation qui figure dans le septième rapport. Cette mention pourrait être ajoutée dans le texte lui-même ou, ce qui serait peut-être préférable, dans les commentaires.

Enfin, la Rapporteuse spéciale rappelle que M. Nguyen a fait une proposition, à l'appui d'une proposition antérieure de M. Nolte, qui vise à renforcer la relation entre le projet d'article 7 et la renonciation à l'immunité en ajoutant un nouveau paragraphe au projet d'article 11. Ce nouveau paragraphe disposerait qu'un État peut lever l'immunité de son représentant si celui-ci a commis l'un des crimes les plus graves au regard du droit international. Cette proposition, qui a été appuyée par M<sup>me</sup> Lehto, est particulièrement intéressante et pourrait être examinée par le Comité de rédaction.

Le projet d'article 12 a été largement appuyé par les membres de la Commission, qui ont été d'avis que la notification à l'État du représentant de l'exercice prévu ou effectif de la compétence pénale sur l'un de ses représentants était un élément essentiel pour le déclenchement du mécanisme de garanties procédurales visant à protéger l'État du représentant. À cet égard, il a été souligné que cette notification constituait le point de

départ de l'invocation ou de la levée de l'immunité par l'État du représentant, mais aussi de la tenue de consultations, de l'échange d'informations entre l'État du for et l'État du représentant ou du transfert de la procédure pénale.

Certains membres de la Commission, dont M. Nolte et M<sup>me</sup> Galvão Teles, sont d'avis que le projet d'article 12 devrait être placé avant les projets d'article relatifs à l'invocation de l'immunité et à la renonciation à l'immunité. Cette proposition semble raisonnable et pourrait être examinée par le Comité de rédaction.

Bien que l'obligation de notification à l'État du représentant ait recueilli un appui général, certains membres estiment qu'il conviendrait de fixer des limites à cette obligation, notamment lorsque les informations contenues dans la notification risquent d'avoir des répercussions sur les victimes, comme l'a noté M. Aurescu, lorsqu'elles peuvent compromettre l'enquête, comme l'ont noté MM. Grossman Guiloff et Reinisch, ou lorsqu'elles risquent d'amener directement le représentant concerné à fuir ou de déclencher la prise de mesures lui permettant d'échapper à l'exercice de la compétence pénale. Le Comité de rédaction pourra réfléchir à ces limites. De même, M. Nguyen a proposé de remplacer les mots « le notifie » par « devrait le notifier ».

Le Comité de rédaction pourrait aussi examiner la proposition de M. Nguyen tendant à ce que la notification contienne une demande de levée de l'immunité. Bien que rien dans la formulation actuelle du projet d'article 12 n'empêche une telle demande, la Rapporteuse spéciale ne voit pas d'objection à ce que cette possibilité soit expressément mentionnée.

Le Comité de rédaction pourrait également examiner la proposition de M. Jalloh d'indiquer, au paragraphe 1 du projet d'article 12, que la notification doit être faite lorsque l'exercice de la compétence pourrait se traduire par des mesures coercitives susceptibles d'empêcher le représentant étranger d'exercer ses fonctions.

Enfin, les observations sur le caractère prioritaire de la voie diplomatique s'appliquent également au projet d'article 12.

En ce qui concerne le projet d'article 13, relatif à l'échange d'informations, un certain nombre de propositions ont été faites et pourraient intéresser le Comité de rédaction. Premièrement, certains membres, notamment M. Hmoud, partent du principe que l'État du représentant a le droit inconditionnel de refuser de fournir des informations, ce qui rend le paragraphe 4 du projet d'article 13 inutile dans sa formulation actuelle. Il convient de rappeler à cet égard que l'échange d'informations constitue un élément essentiel du mécanisme de garanties procédurales que la quatrième partie du projet d'articles vise à établir, et que le projet d'article 13 prévoit la possibilité de soumettre la communication d'informations à certaines conditions. La Rapporteuse spéciale n'est donc pas entièrement convaincue de l'utilité de supprimer totalement cette possibilité. Si certains membres de la Commission tiennent à ce que la liste des motifs pouvant justifier un refus de fournir des informations soit supprimée, peut-être pourraient-ils envisager, à tout le moins, l'emploi d'une formule différente qui énoncerait par exemple l'obligation d'examiner de bonne foi la possibilité de répondre positivement à une demande d'informations.

Pour renforcer la position de l'État du représentant, il pourrait être utile d'examiner la proposition faite par M. Park, à savoir que les informations demandées par l'État du for ne doivent pas simplement être « utiles » mais doivent également être « nécessaires » ou « essentielles ». De même, le Comité de rédaction souhaitera peut-être réfléchir à l'utilité de renforcer le caractère bidirectionnel du mécanisme.

Enfin, la Rapporteuse spéciale souscrit pleinement aux observations faites par certains membres de la Commission concernant le principe selon lequel le refus de communiquer des informations ne peut en aucun cas être considéré comme un motif suffisant pour déclarer que l'immunité ne s'applique pas, ainsi que le prévoit actuellement le paragraphe 6 du projet d'article 13. On pourrait élargir cette disposition en indiquant expressément que la communication d'informations ne doit en aucun cas être interprétée comme une forme de renonciation à l'immunité ou de reconnaissance de la compétence pénale de l'État du for, comme l'ont souligné MM. Hmoud et Murase.

Les membres de la Commission ont apporté un large soutien au projet d'article 14, qu'ils considèrent comme un élément clef des garanties procédurales. Ils ont estimé que la définition d'un mécanisme de transfert de la procédure à l'État du représentant était utile pour établir l'équilibre voulu entre les divers principes et valeurs à prendre en compte s'agissant de l'immunité. Plusieurs membres de la Commission ont souligné que le projet d'article 14 était fondé sur les principes de complémentarité et de subsidiarité de la compétence de l'État du for et ont suggéré que ces deux principes soient mentionnés expressément. La Rapporteuse spéciale partage ce point de vue et, comme elle l'a clairement indiqué dans son septième rapport, ces principes constituent effectivement la base du projet d'article. Si l'État du représentant souhaite exercer sa propre compétence pénale à l'égard de son représentant, il paraît logique que cette compétence puisse être mise en mouvement en priorité par rapport à celle de l'État du for. Bien que la Rapporteuse spéciale ne soit pas convaincue qu'il soit utile de le préciser explicitement dans le projet d'article, elle est disposée à le faire si la majorité des membres l'estime nécessaire.

Le projet d'article 14 a également fait l'objet de quelques critiques, notamment concernant le moment où le transfert de procédure peut être effectué, les conditions de ce transfert et l'État qui peut en prendre l'initiative. En ce qui concerne la première de ces questions, certains membres ont fait remarquer que le projet d'article 14 semblait ne viser que les cas où les autorités de l'État du for estiment que l'immunité ne peut pas s'appliquer. Toutefois, la Rapporteuse spéciale ne pense pas que le projet d'article puisse être interprété ainsi. Au contraire, comme l'indique le rapport, le transfert de la procédure sera suivi d'effets quelle que soit la décision prise par l'État du for au sujet de l'immunité. Le transfert de la procédure peut être utile pour prévenir toute controverse relative à l'application de l'immunité.

Certains membres ont affirmé que seul le cas où l'État du for prenait l'initiative du transfert de la procédure était prévu dans le projet d'article 14 et que la possibilité que l'État du représentant soit à l'origine du transfert n'était pas prise en compte. Arguant que seule la décision de l'État du for est mentionnée au paragraphe 1 du projet d'article 14 en tant qu'élément déclencheur du transfert, les membres en question en concluent que le projet d'article 14 semble être conçu pour protéger uniquement les intérêts de l'État du for.

Selon la Rapporteuse spéciale, ces critiques sont sans fondement. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 dispose explicitement que les autorités de l'État du for peuvent renoncer à exercer leur compétence et transférer la procédure à l'État du représentant, et confirme que, en définitive, la décision finale de s'abstenir d'exercer sa compétence et de transférer la procédure revient à l'État du for. Cette position est tout à fait conforme à la nature même du mécanisme de transfert et se retrouve d'ailleurs dans les différents instruments internationaux énumérés dans le septième rapport. Conformément à ces instruments, c'est à l'État qui entend exercer sa compétence qu'il revient de se prononcer sur le transfert de la procédure, puisque ses autorités ont en leur possession tous les éléments pertinents de l'enquête initiale et tous les éléments de preuve qui ont été réunis. En outre, ce sont les autorités de cet État qui seraient en principe compétentes pour exercer la compétence qu'elles renoncent à exercer.

Toutefois, cela ne veut pas dire que seul l'État du for peut déclencher un transfert ; au contraire, rien n'empêche l'État du représentant de demander directement le droit d'exercer sa propre compétence après avoir reçu la notification visée au projet d'article 12, et déclencher ainsi le processus susceptible de conduire au transfert de la procédure. Rien dans le projet d'article 14 n'exclut cette possibilité, comme l'ont souligné M<sup>me</sup> Lehto et M. Ruda Santolaria. Toutefois, si les craintes exprimées n'ont pas été dissipées, les commentaires relatifs au projet d'article sont sans doute l'endroit le plus indiqué pour y répondre. La Rapporteuse spéciale est ouverte à toute autre formulation qui tiendrait compte de ces préoccupations, et la question pourrait être examinée plus avant par le Comité de rédaction.

La Rapporteuse spéciale dit que la question des conditions à remplir pour que le transfert de la procédure ait lieu a été abordée dans son rapport. En ce qui concerne les commentaires de certains membres, elle partage pleinement l'opinion selon laquelle le transfert de la procédure ne doit pas servir uniquement à soustraire le représentant à l'action pénale. Elle fait siennes les préoccupations exprimées par M. Aurescu, M. Hmoud,

M. Tladi, M. Nolte, M<sup>me</sup> Galvão Teles et M. Park à cet égard, à savoir que la procédure ne devrait pouvoir être transférée qu'à condition que l'État du représentant veuille et puisse réellement exercer sa compétence, et l'exerce concrètement.

Cette conditionnalité sous-tend le principe de subsidiarité évoqué par M<sup>me</sup> Galvão Teles et M. Nolte, dont l'importance ne doit pas être sous-estimée. La condition selon laquelle l'exercice de la compétence par l'État du représentant doit être effectif est contenue au paragraphe 2 du projet d'article 14, qui dispose expressément que les autorités de l'État du for doivent suspendre la procédure jusqu'à ce que l'État du représentant ait pris une décision ; pour autant, il ne s'agit nullement de classer l'affaire ni d'annuler la procédure. La Rapporteuse spéciale partage le souci de certains membres de rendre cette condition explicite et est disposée à étudier la question et à faire des propositions en ce sens au sein du Comité de rédaction. Le Comité de rédaction pourrait à cet égard examiner la proposition de M. Park d'ajouter un quatrième paragraphe au projet d'article 14, et la proposition de M. Nolte d'insérer, entre les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14, un nouveau paragraphe qui tiendrait compte de la relation entre le projet d'article 7 et les garanties procédurales.

Il est très important de soumettre la procédure de transfert à la juridiction de l'État du for et aux instruments internationaux de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties car cela permet de préserver l'ensemble des ordres juridiques existants. Cela tient également compte d'un certain nombre d'éléments essentiels dans la plupart des régimes juridiques, auxquels M<sup>me</sup> Galvão Teles a fait référence lorsqu'elle a évoqué le principe de la séparation des pouvoirs. Il pourrait aussi être utile d'examiner la proposition faite par M. Jalloh concernant le paragraphe 3 du projet d'article 14.

Enfin, la Rapporteuse spéciale souhaite attirer l'attention sur le fait que la procédure peut également être transférée à un tribunal pénal international, comme l'ont fait remarquer MM. Nolte et Hmoud. Ce type de transfert, si l'État du for et l'État du représentant y consentent tous deux, serait certainement aussi un procédé utile pour le règlement des différends sur l'applicabilité de l'immunité.

Le projet d'article 15, relatif aux consultations entre l'État du for et l'État du représentant, a recueilli un grand soutien parmi les membres de la Commission, dont certains ont souligné qu'il s'agissait d'un élément clef des garanties et dispositions procédurales. Au cours du débat, plusieurs membres ont néanmoins insisté sur la nécessité d'établir une relation claire entre les consultations, la notification et l'échange d'informations entre l'État du for et l'État du représentant, ce qui pourrait être fait par une modification de l'ordre des projets d'article. La Rapporteuse spéciale souscrit à nombre de ces commentaires et en tiendra compte dans ses propositions au Comité de rédaction.

Certains membres ont également fait observer que le principe et la fonction des consultations devaient être énoncés de manière plus générale, soit dans le projet d'article lui-même, soit dans les commentaires. La Rapporteuse spéciale dit que ces observations sont elles aussi très utiles et qu'elle en tiendra compte dans ses travaux ultérieurs. Elle est d'avis qu'en raison des multiples fonctions des consultations, ces dernières méritent d'être traitées à part ; par conséquent, elle ne souscrit pas à la proposition de M. Tladi de fusionner les projets d'articles 13 et 15 ou de déplacer le projet d'article 13 ailleurs dans le texte.

Le projet d'article 16 a été appuyé par la majorité des membres de la Commission, qui estiment qu'il revêt une importance particulière en ce qu'il protège les droits du représentant et garantit qu'il recevra un traitement équitable en toutes circonstances. Certains membres ont déclaré qu'ils ne considéraient pas le projet d'article 16 comme essentiel mais qu'ils n'étaient pas opposés à ce qu'il soit conservé. Seul Sir Michael Wood s'est dit opposé à son inclusion, estimant qu'il est sans rapport avec la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Pour sa part, la Rapporteuse spéciale continue de penser, comme la majorité des membres, que le projet d'article 16 est essentiel pour énoncer clairement le droit du représentant à un traitement équitable. À cet égard, elle prend note de la proposition de M. Reinisch de ne mentionner que les droits du représentant dans le projet d'article 16 et d'en retirer toute référence aux

garanties procédurales qui s'appliquent uniquement à la relation entre l'État du représentant et l'État du for. Le Comité de rédaction pourrait étudier la question.

M. Murphy, appuyé notamment par MM. Vázquez-Bermudez, Gómez-Robledo et Reinisch, a proposé que la formulation du projet d'article 16 soit calquée sur celle utilisée par la Commission dans le projet d'article 11 sur les crimes contre l'humanité. La Rapporteuse spéciale comprend parfaitement le désir d'assurer la cohérence des travaux de la Commission, qui a été exprimé par plusieurs membres, et se dit disposée à envisager d'autres formulations qui pourraient contribuer à harmoniser le texte des deux projets d'article. Toutefois, par principe, elle souhaite qu'il soit consigné dans le compte rendu que, selon elle, le maintien de la cohérence ne passe pas nécessairement par l'emploi d'une formulation identique. Si tel était le cas, il eût fallu que le projet d'article 11 sur les crimes contre l'humanité suive le même modèle que les articles sur l'expulsion des étrangers, alors qu'en réalité il en est très éloigné. Il ne s'agit pas de critiquer la formulation du projet d'article 11 sur les crimes contre l'humanité, ni d'empêcher la Commission d'examiner en parallèle le projet d'article 11 sur les crimes contre l'humanité et le projet d'article 16 du sujet à l'examen ; il s'agit plutôt de souligner le fait que les projets d'article élaborés en rapport avec un sujet donné présentent toujours des particularités dont il faut tenir compte. Par exemple, le projet d'article 11 sur les crimes contre l'humanité contient des dispositions spécifiques sur les droits des détenus qu'il serait difficile de reproduire intégralement dans le contexte de l'immunité ou dans les dispositions relatives à l'assistance consulaire, même si elles ont été reprises *mutatis mutandis* au paragraphe 3 du projet d'article 16. Le Comité de rédaction pourrait examiner cette question, ainsi que la proposition de reformulation du projet d'article 16 qui a été soumise par M. Aureescu.

Enfin, la Rapporteuse spéciale souscrit entièrement à la proposition faite par un certain nombre de membres de modifier l'ordre des projets d'articles. Elle souhaite proposer et soumettre à l'examen du Comité de rédaction le nouvel ordre suivant : 8, 12, 10, 11, 13, 9, 14, 15, 16.

Passant à la question des travaux futurs, la Rapporteuse spéciale dit qu'à son avis, les relations entre juridictions pénales nationales et internationales en matière d'immunité devraient faire l'objet d'un traitement spécifique. Cette proposition a été contestée par certains membres, dont M. Zagaynov, Sir Michael Wood, M. Murphy, M. Huang, M. Rajput et M. Tladi, mais soutenue par d'autres, dont M. Saboia, M. Ruda Santolaria, M. Grossman Guiloff, M<sup>me</sup> Galvão Teles, M<sup>me</sup> Lehto et, en particulier, M. Jalloh. Pour sa part, la Rapporteuse spéciale est d'avis qu'une analyse de ces relations pourrait être intéressante. Toutefois, comme elle l'a souligné lors de la présentation du septième rapport, elle ne pense pas qu'une telle analyse doive être liée à la décision de la Cour pénale internationale dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. Bien qu'elle ne partage pas la position de Sir Michael Wood selon laquelle cette décision est sans rapport aucun avec le sujet, elle pense qu'il ne serait guère utile pour les travaux de la Commission d'en faire le fondement de son analyse des relations entre les juridictions pénales internationales et nationales, et que cela pourrait même soulever d'autres problèmes. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille ignorer complètement la décision de la Cour, d'autant plus que certains membres, notamment M. Nolte, ont évoqué la possibilité de transférer une affaire à un tribunal international comme solution de substitution à l'exercice de la compétence de l'État du for. La Rapporteuse spéciale souhaite donc analyser brièvement ces relations, sans entrer dans les détails, et proposer ensuite un libellé spécifique qui pourrait être inclus dans le projet d'articles. Ce libellé prendrait probablement la forme d'une clause « sans préjudice », comme celle à laquelle la Rapporteuse spéciale a fait référence à diverses occasions et que Sir Michael Wood a mentionnée la veille.

En ce qui concerne le règlement des différends, la Rapporteuse spéciale note que certains membres de la Commission ont manifesté de l'intérêt pour l'inclusion éventuelle d'une référence à des mécanismes de règlement des différends dans le projet d'articles. Diverses propositions ont été faites, dont celle de prendre pour modèle le projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'idée de M. Reinisch d'ajouter une forme d'intervention de tierce partie comme condition préalable à l'exercice effectif de la compétence. Elle a également pris note des



commentaires de certains membres qui ne jugent pas nécessaire d'inclure un projet d'article sur le règlement des différends, notamment au motif, comme l'a souligné M. Tladi, qu'on trouve généralement ce type de mécanisme dans les projets de traités. S'il est encore prématuré de faire une proposition concrète à cet égard, il ressort clairement du débat qu'il existe un vif intérêt pour une analyse plus approfondie de la question du règlement des différends, qui sera abordée dans le prochain rapport de la Rapporteuse spéciale.

Si de nombreux membres se sont dits favorables à ce que de bonnes pratiques recommandées figurent dans le projet d'articles, d'autres ont été plus réservés à cet égard ou se sont même interrogés sur ce que l'on entendait par de bonnes pratiques dans ce contexte. Bien qu'il ne soit ni possible ni souhaitable de répondre de manière succincte à cette question, la Rapporteuse spéciale souhaite faire remarquer que les bonnes pratiques auxquelles elle fait référence sont essentiellement des éléments de nature opérationnelle plutôt que normative qui peuvent aider les États à déterminer si l'immunité doit ou non s'appliquer dans un cas donné. Compte tenu du débat suscité par cette question, la Rapporteuse spéciale l'examinera également dans son huitième rapport.

Enfin, des membres ont appelé l'attention sur le fait que certaines questions qui avaient été soulevées lors des débats n'étaient toujours pas résolues. Par exemple, M. Zagaynov a évoqué la question des actes *ultra vires*. La Rapporteuse spéciale dit avoir l'intention de continuer à travailler sur toutes les questions qui restent en suspens et de faire des propositions dans son huitième rapport, le cas échéant, mais elle estime que c'est dans les commentaires que ces questions seraient le mieux traitées.

En conclusion, la Rapporteuse spéciale dit qu'elle tiendra compte, dans le cadre du Comité de rédaction, de toutes les observations précieuses qui ont été formulées au cours du débat. Elle souhaite demander à la Commission de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 8 à 16 tels qu'ils figurent dans le septième rapport, étant entendu que, conformément à la pratique usuelle de la Commission, le Comité de rédaction analysera les projets d'article en même temps que toutes les observations formulées pendant les séances plénières et à la lumière des diverses propositions de nouveaux articles ou paragraphes d'articles, notamment celles soumises par MM. Grossman Guiloff, Jalloh, Murase, Nguyen, Nolte, Park et Tladi, entre autres. Cette liste n'a qu'une valeur indicative et ne vise ni à établir une hiérarchie entre les propositions, ni à exclure l'examen d'autres propositions faites en plénière ou au sein du Comité de rédaction.

La Rapporteuse spéciale est convaincue que les conditions sont réunies pour que la Commission parvienne à un consensus sur la question des dispositions et garanties procédurales. Elle ne doute pas que les membres feront tout leur possible pour trouver une solution acceptable par tous, ce qui exigera bien sûr des compromis. Elle a elle-même l'intention de faire tous les efforts nécessaires pour atteindre cet objectif.

**Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles 8 à 16 au Comité de rédaction, compte tenu des vues exprimées et des propositions formulées pendant le débat.

*Il en est ainsi décidé.*

#### **Principes généraux du droit** (point 7 de l'ordre du jour) (A/CN.4/732)

**M. Vázquez-Bermúdez** (Rapporteur spécial), présentant son premier rapport sur les principes généraux du droit (A/CN.4/732), dit qu'à son avis, les principes généraux du droit constituent un élément important de l'ordre juridique international, méritant que l'on s'y arrête. Près de cent ans s'étant écoulés depuis que l'expression « principes généraux de droit » a été introduite à l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, les éclaircissements que la Commission pourraient apporter sur certains aspects de cette source du droit international seraient utiles et précieux. En sa qualité de Rapporteur spécial, il s'efforcera de traiter le sujet avec un maximum de dévouement, de sérieux et de prudence, toujours dans un esprit de collégialité et de coopération avec tous les membres de la Commission et avec les États à la Sixième Commission.

Le Rapporteur spécial souhaite commencer son exposé par quatre observations générales. Premièrement, en 2017 et 2018, les États à la Sixième Commission ont

généralement salué l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission. De nombreuses délégations ont félicité la Commission d'avoir pris la décision de traiter ce sujet qui, comme elles l'ont fait remarquer, viendrait compléter les travaux consacrés aux sources du droit international. Plusieurs délégations ont dit que la Commission pouvait apporter des éclaircissements faisant autorité sur la nature, la portée et les fonctions des principes généraux du droit et préciser les critères et les méthodes à employer pour les identifier. Un seul État a exprimé des doutes sur le sujet, estimant que la pratique des États pourrait ne pas être suffisante pour permettre à la Commission de tirer des conclusions utiles sur le sujet.

Le Rapporteur spécial partage pleinement l'avis des États qui se sont prononcés en faveur du sujet. En effet, de par sa collaboration étroite avec les États au sein de la Sixième Commission, la Commission du droit international est particulièrement bien placée pour éclaircir certains aspects des principes généraux du droit en tant que source du droit international, aspects qui ont donné lieu à différentes interprétations dans la pratique et surtout dans la doctrine sur le sujet. En adoptant une approche prudente et rigoureuse, la Commission sera en mesure de proposer des orientations aux États, aux organisations et juridictions internationales et à tous ceux qui seraient appelés à utiliser les principes généraux du droit en tant que source du droit international.

Deuxièmement, depuis qu'il est inscrit au programme de travail à long terme de la Commission, le sujet a suscité un intérêt considérable. Ainsi, un groupe d'étude de l'Association de droit international a, en 2018, conclu ses travaux sur l'usage des principes du droit interne pour le développement du droit international et recommandé qu'un nouveau comité soit créé afin qu'il contribue aux travaux de la Commission du droit international sur le sujet plus large des principes généraux du droit (y compris les autres sources potentielles dont les principes généraux pourraient être issus). En outre, divers travaux universitaires sur les principes généraux du droit ont été publiés les deux années précédentes et il semble que d'autres soient en préparation. Dans un certain nombre de villes, des institutions académiques et des organismes gouvernementaux ont organisé des conférences et ateliers sur le sujet, et d'autres manifestations sont prévues. Le Rapporteur spécial entend continuer à participer à ce genre d'activités, afin de faire connaître les travaux de la Commission sur le sujet et d'échanger des idées et des points de vue.

Troisièmement, le Rapporteur spécial fait observer que la version finale éditée de son rapport en anglais ainsi que les versions dans les autres langues officielles de l'ONU contiennent quelques inexactitudes et erreurs, mineures pour la plupart. Il soumettra une liste de corrections au secrétariat afin que les modifications nécessaires puissent être apportées dans les meilleurs délais.

Un point qui a été soulevé concerne les versions espagnole et française du rapport et porte sur la traduction de l'expression « *general principles of law* ». Le terme « principes généraux du droit » est utilisé dans la version française du rapport, alors qu'au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il est question des « principes généraux de droit ». On observe la même différence pour les expressions employées en espagnol.

De l'avis du Rapporteur spécial, ces différences sont insignifiantes et la terminologie actuellement retenue dans les versions espagnole et française du rapport, y compris dans le titre du sujet, peut être maintenue. Cette même terminologie est utilisée dans certains instruments conclus après l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dans la littérature sur le sujet et par la Commission elle-même.

Quatrièmement, après avoir examiné en profondeur les traités et le droit international coutumier, la Commission, en examinant le sujet des principes généraux du droit, compléterait ses travaux sur les trois sources principales du droit international énoncées au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La question des sources est essentielle pour le système juridique international et, en la traitant et en précisant les divers aspects, la Commission rendrait certainement un service précieux aux États et à quiconque s'intéresse au droit international.

Le Rapporteur spécial rappelle ce qu'il a écrit au paragraphe 4 de son premier rapport, à savoir que celui-ci est par nature une introduction préliminaire et vise essentiellement à poser les fondements des travaux futurs de la Commission sur le sujet et à recueillir les avis des membres de la Commission et des États à cet égard. Il ajoute que, s'il a traité de manière approfondie certains aspects fondamentaux du sujet, en particulier dans la quatrième partie du rapport, il a tenu compte des complexités des principes généraux du droit et a pris soin de ne pas tirer de conclusions hâtives sur un sujet qui nécessite une réflexion approfondie. Les trois projets de conclusion proposés reflètent une première approche du sujet fondée sur les études qu'il a réalisées au cours de l'année précédente. Le débat à la Commission, y compris au sein du Comité de rédaction, devrait contribuer à définir les travaux futurs sur le sujet.

Le rapport se divise en cinq parties. La première est consacrée à quelques considérations de base. En particulier, elle présente les points que, de l'avis du Rapporteur spécial, la Commission devrait examiner, la forme que le résultat final des travaux de la Commission devrait prendre et quelques questions de méthodologie. La deuxième partie porte sur les travaux que la Commission a déjà consacrés à des principes généraux du droit. La troisième donne un aperçu de l'évolution des principes généraux du droit au fil du temps. La quatrième, la plus substantielle, propose une première analyse des éléments du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et des origines et catégories possibles des principes généraux du droit. Enfin, la cinquième porte sur le programme de travail futur.

La section I de la première partie délimite le sujet et soumet à l'examen de la Commission quatre aspects liés aux principes généraux du droit : 1) la nature juridique des principes généraux du droit en tant que source du droit international et le sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ; 2) l'origine ou les catégories des principes généraux du droit ; 3) les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international ; 4) la détermination des principes généraux du droit. Ces aspects du sujet sont essentiellement les mêmes que ceux qui ont été proposés dans le plan d'étude de 2017.

Il est évident, et le rapport le montre, que ces aspects du sujet sont tous étroitement liés, et si les membres de la Commission conviennent qu'ils doivent tous être étudiés, ce fait devra être pris en compte.

La section II de la première partie porte sur certaines questions de méthodologie ; le Rapporteur spécial dit vouloir insister sur deux d'entre elles. La première constitue, comme indiqué au paragraphe 38 du rapport, l'une des principales difficultés : elle consiste à décider du choix des éléments pertinents pour l'étude du sujet, car la terminologie que l'on rencontre dans la pratique comme dans la doctrine est généralement peu claire et risque donc de donner lieu à une certaine confusion. Des termes tels que « principe », « principe général », « principe général du droit », « principe du droit international », « principe général du droit international » et « principe fondamental du droit international » sont souvent utilisés sans indication claire quant à leur origine. Cependant, l'utilisation du terme « principe » ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Selon le contexte, ce terme peut désigner une norme conventionnelle ou coutumière ou un principe général de droit, et une certaine prudence s'impose donc. Il faut se demander comment faire la distinction et comment sélectionner les éléments pertinents pour le sujet. Et c'est pour ce faire que le Rapporteur spécial propose certains facteurs à prendre en considération pour déterminer si des éléments donnés sont pertinents.

S'agissant du deuxième point de méthodologie qu'il souhaite mettre en avant, le Rapporteur spécial dit que, comme dans les travaux de la Commission sur le sujet des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), les exemples devraient être fournis à titre indicatif uniquement, et la question des principes généraux du droit ne devrait pas être examinée quant au fond. Il ne croit toutefois pas qu'il convienne d'établir une liste indicative de principes généraux du droit. Cette démarche a pu convenir dans le contexte des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), en raison du nombre relativement restreint de normes que la Commission avait identifiées comme telles. Les principes généraux du droit sont quant à eux une source du droit international, tout comme

les traités et la coutume, et peuvent à ce titre donner lieu à toutes sortes de droits et d'obligations au niveau international.

La deuxième partie du rapport porte sur les travaux que la Commission a déjà consacrés à des principes généraux du droit. Il en ressort clairement que, depuis sa création, la Commission s'est intéressée aux principes généraux du droit. Dans le cadre de certains sujets, tels que le droit des traités et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle a, pour ainsi dire, codifié certains principes généraux de droit. Dans le cadre d'autres sujets, notamment la fragmentation du droit international, la détermination du droit international coutumier et les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), elle en a étudié ou examiné certains aspects, de manière généralement sommaire il est vrai. Comme il est dit dans le rapport, les travaux antérieurs de la Commission devront être exploités selon qu'il conviendra.

La troisième partie du rapport vise deux objectifs principaux. Premièrement, elle retrace l'évolution des principes généraux du droit au fil du temps, afin de replacer le sujet dans son contexte. Trois thèmes sont traités : la pratique relative aux principes généraux du droit avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale en 1920 ; la référence à ces principes inscrite à l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et du Statut de la Cour internationale de Justice ; la pratique relative aux principes généraux du droit après l'adoption de ces Statuts. Deuxièmement, elle donne aux membres des renseignements pertinents aux fins de l'étude des principes généraux de droit.

Le Rapporteur spécial souhaite s'arrêter sur deux points examinés dans le cadre de cette troisième partie, respectivement dans la sous-section III A) consacrée aux références aux principes généraux du droit dans les instruments internationaux et dans la sous-section III B) qui traite des principes généraux du droit dans la jurisprudence des juridictions internationales.

Premièrement, comme indiqué au paragraphe 126 du rapport, le fait que la sous-section III B) porte essentiellement sur des contentieux ne signifie pas que les principes généraux du droit ne s'appliquent pas dans d'autres contextes. S'ils sont une source du droit international – et tant la pratique existante que la référence qui y est faite au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne laissent aucun doute sur ce fait –, ces principes s'appliquent de manière générale aux relations entre sujets de droit international. Ils ne sauraient donc être limités au contexte des contentieux portés devant des juridictions internationales ; pas plus qu'ils ne dépendent exclusivement d'un tel contexte pour leur application. Ce point relativement évident mérite d'être mentionné, car certaines opinions contraires apparaissent dans la doctrine.

Deuxièmement, les exemples mentionnés dans la section ne sont pas exhaustifs et de nombreux autres pourraient être donnés. En juin 2018 par exemple, la Suisse a invoqué la recevabilité d'éléments de preuve indirects comme un principe général de droit dans l'*Affaire du navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria)* portée devant le Tribunal international du droit de la mer, et a fait référence au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En avril 2018, dans l'affaire *Russie – Mesures concernant le trafic en transit*, un groupe spécial établi par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce a parlé du principe de bonne foi comme d'un « principe juridique général » et d'un « principe général du droit international ». Par ailleurs, dans des déclarations orales faites devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, les parties ont qualifié la litispendance et l'égalité des armes de principes généraux de droit, même si la Cour ne s'est pas encore prononcée sur la question. Les États-Unis d'Amérique ont invoqué le principe d'abus de procédure et la doctrine des mains propres dans l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*.

Le Rapporteur spécial résume en disant que la pratique des États et la pratique internationale sont suffisantes pour permettre à la Commission de bien traiter le sujet. Lui-même continuera de s'efforcer de rassembler toute la pratique pertinente et espère que toute inquiétude quant au manque de pratique pourra rapidement être dissipée.

Il rappelle avoir mentionné brièvement, aux paragraphes 137 et 138 du rapport, la pratique relative à ce que l'on pourrait considérer comme des principes généraux d'application régionale, ainsi que la pratique des tribunaux administratifs internationaux. Par manque de temps et de place dans ce premier rapport, il n'a pas approfondi l'examen de ces pratiques. La Commission devrait néanmoins les étudier dans la mesure où elles sont pertinentes pour le sujet. Les opinions des membres seraient utiles sur ce point.

La quatrième partie du rapport contient une première analyse de certains aspects fondamentaux du sujet. Premièrement, sont analysés les éléments constitutifs de l'expression « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » qui figure au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Deuxièmement, les origines ou catégories de principes généraux de droit sont abordées. Viennent enfin quelques précisions d'ordre terminologique.

Deux raisons expliquent pourquoi une première analyse de ces aspects a semblé indispensable. Premièrement, puisqu'elle a choisi le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme point de départ de ses travaux, la Commission devrait logiquement et raisonnablement commencer par tenter d'élucider le sens précis de chacun des termes. Le Rapporteur spécial, explique que c'est ce qui l'a conduit à décomposer le paragraphe 1 c) de l'Article 38 en trois éléments : 1) l'expression « principes généraux de droit » ; 2) l'exigence de reconnaissance ; et 3) l'expression « nations civilisées ». Ces éléments sont manifestement liés entre eux et la séparation dans le rapport ne vise qu'à imposer un certain ordre à l'analyse.

Deuxièmement, de l'avis du Rapporteur spécial, la question des origines des principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, une question que l'on peut également envisager sous l'angle des catégories de principes, est déterminante et influencera la façon dont la Commission traitera le sujet ; ce qui explique pourquoi il a semblé nécessaire de l'examiner dans le premier rapport.

La sous-section I A) de la quatrième partie du rapport est consacrée à la question de savoir si l'expression « principes généraux de droit » révèle quoi que ce soit des caractéristiques, origines, fonctions et autres données relatives à cette source du droit international. L'analyse dans ce domaine est largement interprétative et, comme indiqué au paragraphe 145 du rapport, toute conclusion susceptible d'être ainsi tirée nécessite d'être examinée plus avant à la lumière de la pratique existante.

Le Rapporteur spécial s'est notamment demandé, dans le cadre de la préparation du rapport, si les principes généraux de droit, au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, avaient certaines caractéristiques communes avec les principes généraux existant dans les systèmes juridiques internes. À première vue, cela semble être le cas. Par exemple, si les principes généraux du droit international servent notamment à combler des lacunes, c'est là une fonction qu'ils ont peut-être en commun avec les principes généraux en vigueur dans les systèmes juridiques internes. Cependant, comme indiqué au paragraphe 144 du rapport, les principes généraux de droit, au sens que leur donne le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sont une source du droit international et donc susceptibles de présenter des caractéristiques qui leur sont propres, en raison des différences structurelles qui distinguent le système juridique international des systèmes juridiques nationaux. En tout état de cause, les analogies éventuelles pourraient être examinées dans un futur rapport, si la Commission le souhaite.

Une autre question s'est posée dans le cadre de la préparation du rapport, celle de savoir si, du point de vue qualitatif, un « principe » est différent d'une « norme » ou d'une « règle » de droit international. Si tel est le cas, peut-on dire que tous les principes généraux de droit, au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, possèdent certaines caractéristiques qui les distinguent des normes coutumières et conventionnelles ?

Le Rapporteur spécial n'entend pas entrer dans les longs débats que suscite cette question dans la doctrine ; les opinions divergent à ce point qu'il est difficile de dégager un véritable consensus entre les auteurs. Il rappelle simplement, comme il l'a fait aux

paragraphe 151 et 152 du rapport, que la Cour internationale de Justice et la Commission ont toutes deux dit que le terme « principe » pouvait être considéré comme une norme à caractère plus « général » et « fondamental » que d'autres normes du droit international. Toutefois, à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, tous ces termes semblent synonymes et, comme indiqué au paragraphe 154 du rapport, parmi la grande diversité de principes généraux du droit qui sont invoqués dans la pratique, certains ne peuvent se prévaloir d'un caractère « général » ou « fondamental ».

Ainsi s'explique la conclusion préliminaire énoncée à la fin de cette section, à savoir que bien que les principes généraux du droit puissent présenter un caractère général et fondamental, l'on ne peut exclure que certains d'entre eux n'aient pas ce caractère.

Le Rapporteur spécial indique qu'un autre point brièvement examiné dans cette section est la relation entre les principes généraux du droit et le terme « droit international ». Il ne pense pas que la conclusion qu'il a tirée sur ce point soit particulièrement controversée : le terme « droit international » recouvre clairement les principes généraux du droit. La Commission a récemment réaffirmé cette position dans ses commentaires du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, ce qui signifie que les principes généraux du droit sont universellement applicables.

Cela ne signifie évidemment pas que chaque référence au « droit international général » est nécessairement une référence aux principes généraux du droit. C'est au cas par cas, en fonction du contexte, qu'il convient de déterminer s'il est fait référence à une norme conventionnelle ou coutumière ou à un principe général de droit.

La sous-section I B) contient quelques observations générales sur l'emploi du terme « reconnu » figurant au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Vu que l'exigence de reconnaissance est très importante, le Rapporteur spécial souhaite revenir sur plusieurs points présentés dans le rapport.

Comme indiqué au paragraphe 165, la reconnaissance peut être considérée comme la condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit comme source du droit international. Cette position découle du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui a établi que les principes généraux étaient reconnus par « les nations civilisées ». Les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale montrent également que la reconnaissance est une condition indispensable. Les rédacteurs du paragraphe 3 de l'Article 38 de ce Statut ont convenu que la validité formelle des principes généraux de droit était subordonnée à leur reconnaissance par les « nations civilisées » ; en d'autres termes, leur existence devait reposer sur une base objective. Les rédacteurs entendaient ainsi éviter d'accorder aux juges un pouvoir d'appréciation trop large dans la détermination du droit, voire le pouvoir de légiférer. Cela supposait nécessairement l'introduction d'une condition qui ne dépendait pas de l'opinion subjective d'un juge, ou d'un État particulier, mais pouvait être déterminée en fonction de la reconnaissance accordée par les États en général.

Manifestement, la condition essentielle de la reconnaissance pour les principes généraux de droit se distingue des conditions essentielles pour la détermination des normes coutumières, c'est-à-dire une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Les différentes formes que peut prendre la reconnaissance, aux fins du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ne sont que brièvement traitées dans le premier rapport.

La sous-section I C) porte sur l'expression « nations civilisées », qui renvoie à la question de savoir de qui la reconnaissance est exigée pour qu'apparaisse un principe général de droit.

De l'avis du Rapporteur spécial, cette expression ne devrait pas causer de grandes difficultés à la Commission. Comme indiqué dans le rapport, elle a sans doute eu une signification particulière à un moment donné dans l'histoire mais ce n'est plus le cas. Il est largement admis, dans la pratique comme dans la doctrine sur ce point, que cette expression est anachronique et, donc, à éviter. En tout état de cause, compte tenu de la pratique et du

principe de l'égalité souveraine des États, l'expression « nations civilisées » doit désormais s'entendre de tous les États qui constituent la communauté internationale.

Le Rapporteur spécial explique que cette conclusion n'épuise pas toutes les questions qui se posent pour déterminer qui doit reconnaître un principe général de droit. L'on peut ainsi se demander quel degré de reconnaissance est nécessaire pour qu'apparaisse un principe général de droit ; ou si les organisations internationales peuvent contribuer à la formation des principes généraux du droit. La Commission pourrait aussi se pencher sur le rôle spécial des juridictions internationales en matière de reconnaissance des principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial sera attentif aux observations des membres sur ce point.

La section I de la quatrième partie s'achève par le projet de conclusion 2 sur la condition de reconnaissance, lequel reflète les points développés dans les paragraphes précédents.

La section II de la quatrième partie est consacrée aux origines des principes généraux du droit ou aux catégories de principes généraux de droit visés par le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ce point est d'une importance capitale pour le sujet, car il déterminera dans une grande mesure les travaux futurs de la Commission. S'il pouvait faire l'objet d'un consensus à la session en cours, un pas important serait franchi.

Le Rapporteur spécial a examiné dans le rapport les deux catégories de principes généraux de droit qui lui paraissent les plus importantes, tant dans la pratique que dans la doctrine : celle des principes découlant des systèmes juridiques nationaux et celle des principes formés dans le cadre du système juridique international. Si la Commission décide que les deux catégories existent, il importera de trouver la terminologie appropriée pour les désigner. Le Rapporteur spécial dit qu'il apprécierait les propositions des membres à cet égard.

Il explique que l'on trouve parfois, dans la doctrine, des catégories de principes généraux du droit, autres que les deux qu'il vient de mentionner. Ainsi, il est parfois question de principes de logique juridique ou de principes intrinsèques à l'idée de droit. Toutefois, ces catégories sont relativement vagues, ouvrent la porte à un pouvoir d'appréciation excessif et ne semblent pas suffisamment étayées par la pratique, au moins ouvertement. Elles ne sont dès lors pas traitées dans le premier rapport. Le Rapporteur spécial dit attendre les réactions des membres sur ce point.

Comme cela est expliqué de manière approfondie dans le rapport, la catégorie des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux est étayée par la pratique antérieure à l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, par les travaux préparatoires du Statut, ainsi que d'une manière générale par la pratique des États et la jurisprudence internationale. Elle est également largement étayée dans la doctrine sur le sujet. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne devrait donc pas être trop difficile de confirmer l'existence de cette catégorie.

La reconnaissance de l'existence de principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux n'est toutefois qu'une première étape. De nombreuses questions devront être traitées dans les futurs rapports. L'une d'elles concerne la détermination de ces principes et la forme que leur reconnaissance pourrait prendre. Comme il est indiqué au paragraphe 30 du rapport, pour déterminer les principes généraux de droit issus des systèmes juridiques nationaux, une analyse en deux temps pourrait s'avérer nécessaire : il faudra tout d'abord établir qu'un principe est commun à la majorité des systèmes juridiques nationaux avant de déterminer ensuite s'il est applicable à l'ordre juridique international, un procédé que certains appellent « transposition ».

S'agissant du premier temps de l'analyse, certains auteurs considèrent que la condition de reconnaissance est remplie lorsqu'un principe ou une norme existe dans le système juridique interne des États. Il faudra donc, en principe, comparer les systèmes juridiques nationaux, et la Commission devra déterminer, entre autres choses, la meilleure façon d'effectuer cette étude comparative et l'ampleur qu'elle devrait prendre.

Le deuxième temps de l'analyse – c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de déterminer si un principe général commun aux systèmes juridiques nationaux est applicable au niveau international, autrement dit transposable – soulève également certaines questions, par exemple celle de savoir s'il est nécessaire, pour ce faire, d'appliquer certains critères, ou une sorte de test de compatibilité. Ces questions complexes devront être traitées dans un rapport consacré à la détermination des principes.

La deuxième catégorie de principes généraux examinée dans le rapport est celle des principes généraux formés dans le cadre du système juridique international.

Comme il est expliqué dans le rapport, plusieurs arguments justifient l'existence de cette deuxième catégorie de principes généraux de droit. Premièrement, rien dans les travaux préparatoires du paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale ou au paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ni dans le texte de cette disposition elle-même ne porte à croire que les principes généraux de droit sont limités aux principes découlant des systèmes juridiques nationaux. Les membres du Comité consultatif de juristes avaient convenu dans leur ensemble que les principes généraux de droit pouvaient découler des systèmes juridiques nationaux mais n'avaient pas exclu la possibilité que ces principes puissent avoir d'autres origines. Sur ce point, les observations formulées par MM. de Lapradelle et Fernandes au sein de ce comité sont particulièrement intéressantes.

Deuxièmement, comme un auteur l'a fait observer, si les principes généraux de droit devaient servir à combler les lacunes du droit international, les rédacteurs du Statut ont aussi dû avoir à l'esprit les principes généraux propres au droit international. En effet, des problèmes risquent de se poser lorsque, pour combler une lacune en droit international, il ne peut être trouvé aucun principe général de droit qui soit commun aux systèmes juridiques nationaux. Il semble donc logique de recourir également aux principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international ou issus de celui-ci.

Troisièmement, cette catégorie de principes généraux de droit rencontre une certaine adhésion dans la doctrine. Elle est également étayée par la pratique des États et la jurisprudence internationale.

Sur la base des recherches et analyses qu'il a effectuées pour ce premier rapport, le Rapporteur spécial propose trois projets de conclusion à l'examen de la Commission. Il demande qu'à l'issue du débat, ils soient transmis au Comité de rédaction.

Il conclut en évoquant brièvement la suite des travaux de la Commission sur le sujet. Dans la cinquième partie du rapport, il propose que le deuxième rapport soit consacré aux fonctions des principes généraux de droit et à leur relation avec les autres sources du droit international. Le troisième rapport, prévu pour 2021, portera sur la détermination des principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial n'a pas de position arrêtée quant à l'ordre dans lequel ces points seront traités et il remercie les membres de bien vouloir lui faire part de leurs suggestions à cet égard.

#### **Organisation des travaux de la session** (point 1 de l'ordre du jour) *(suite)*

**M. Grossman Guiloff** (Président du Comité de rédaction) dit que pour le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », le Comité de rédaction est composé de M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, M<sup>me</sup> Galvão Teles, M. Gómez-Robledo, M. Hmoud, M. Huang, M<sup>me</sup> Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M<sup>me</sup> Oral, M. Park, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Zagaynov, ainsi que de M<sup>me</sup> Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale) et M. Jalloh (Rapporteur), membres de droit.

*La séance est levée à 13 h 5.*