

JUS COGENS

[Point 7 de l'ordre du jour]

Document A/CN.4/706

Deuxième rapport sur le *jus cogens*, par M. Dire D. Tladi, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[16 mars 2017]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	154
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	154
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-3 156
<i>Chapitres</i>	
I. EXAMEN ANTÉRIEUR DU SUJET.....	4-30 156
A. Débat à la Commission.....	4-9 156
B. Débat à la Sixième Commission.....	10-15 157
C. Questions découlant des débats.....	16-30 158
1. Valeurs fondamentales.....	20-22 159
2. Supériorité hiérarchique.....	23-27 161
3. Application universelle.....	28-30 162
II. CRITÈRES DU <i>JUS COGENS</i>	31-89 162
A. Généralités.....	31-39 162
B. Premier critère : une norme du droit international général.....	40-59 164
C. Second critère : reconnaissance et acceptation.....	60-89 170
III. PROPOSITIONS.....	90-91 178
A. Intitulé du sujet.....	90 178
B. Projets de conclusion.....	91 178
Projet de conclusion 4. Critères du <i>jus cogens</i>	178
Projet de conclusion 5. Les normes du <i>jus cogens</i> en tant que normes du droit international général.....	178
Projet de conclusion 6. L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du <i>jus cogens</i>	178
Projet de conclusion 7. Communauté internationale des États dans son ensemble.....	179
Projet de conclusion 8. Acceptation et reconnaissance.....	179
Projet de conclusion 9. Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance.....	179
IV. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR.....	92-94 179

* Le Rapporteur spécial tient à remercier Aldana Rohr (Université de Buenos Aires) et Juan Pablo Pérez-León-Acevedo (Université d'Oslo, PluriCourts).

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n° 1021, p. 277.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
Traité de garantie (Nicosie, 16 août 1960)	Ibid., vol. 382, n° 5475, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ALEXIDZE, Levan
 «The legal nature of *jus cogens* in contemporary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, vol. 172, p. 219 à 270.
- BARTSCH, Kerstin, et Björn ELBERLING
 «*Jus cogens* vs. State immunity, round two: the decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* decision», *German Law Journal*, vol. 4 (2003), p. 477 à 491.
- BASSIOUNI, M. Cherif
 «International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), p. 63 à 74.
 «Crimes against humanity», dans Roy Gutman, David Rieff et Anthony Dworkin, dir. publ., *Crimes of War: What the Public Should Know*, 2^e éd. rév., New York, Norton, 2007, p. 135 et 136.
- BIANCHI, Andrea
 «Human rights and the magic of *jus cogens*», *EJIL*, vol. 19 (2008), p. 491 à 508.
- CAHIN, Gérard
La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, Paris, Pedone, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto
 «*Jus cogens*: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law», *Curso de Derecho Internacional*, vol. 35 (2008), p. 3 à 29.
International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.
- CASSESE, Antonio
International Law, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.
 «For an enhanced role of *jus cogens*», dans Antonio Cassese, dir. publ., *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 158 à 171.
- CHRISTENSON, Gordon A.
 «*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society», *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1988), p. 585 à 648.
- CHRISTÓFOLO, João Ernesto
Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law, Zurich, Schulthess, 2016.
- CONKLIN, William
 «The peremptory norms of the international community», *EJIL*, vol. 23 (2012), p. 837 à 861.
- COSTELLO, Cathryn, et Michelle FOSTER
 «Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 273 à 327.
- COSTELLOE, Daniel
 «Legal consequences of peremptory norms in international law», thèse de doctorat, Université de Cambridge, 2013.
- CRIDDLE, Evan, et Evan FOX-DECENT
 «A fiduciary theory of *jus cogens*», *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), p. 331 à 388.
- DAJANI, Omar M.
 «Contractualism in the law of treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012), p. 1 à 85.
- DANILENKO, Gennady
 «International *jus cogens*: issues of law-making», *EJIL*, vol. 2 (1991), p. 42 à 65.
Law-Making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- DE WET, Erika
 «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», dans Dinah Shelton, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 541 à 561.
- DEN HEIJER, Maarten, et Harmen VAN DER WILT
 «*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 3 à 21.
- DUBOIS, Dan
 «The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?», *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), p. 133 à 175.

- DUPUY, Pierre-Marie, et Yann KERBRAT
Droit international public, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2014.
- FROWEIN, Jochen
 «*Jus cogens*», dans Rüdiger Wolfrum, dir. publ., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 443 à 446.
- GAJA, Giorgio
 «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, vol. 172, p. 271 à 316.
- GALLANT, Kenneth S.
The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law, New York, Cambridge University Press, 2009.
- GREEN, James A.
 «Questioning the preemptory status of the prohibition of the use of force», *Michigan Journal of International Law*, vol. 32 (2011), p. 215 à 258.
- HAMEED, Asif
 «Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law», *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), p. 52 à 102.
- HANNIKAINEN, Lauri
Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.
- JANIS, Mark
 «The nature of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3 (1988), p. 359 à 363.
- KADELBACH, Stefan
 «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 147 à 172.
- KARAKULIAN, E. A.
 «The idea of the international community in the history of international law», *Jus Gentium: Journal of International Legal History*, vol. 2 (2016), p. 581 à 590.
- KLEINLEIN, Thomas
 «*Jus cogens* as the "highest law"? Preemptory norms and legal hierarchies», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 173 à 210.
- KNUCHEL, Sévrine
Jus cogens: Identification and Enforcement of Preemptory Norms, Zurich, Schulthess, 2015.
- KOLB, Robert
Preemptory International Law: Jus cogens – A General Inventory, Oxford, Hart, 2015.
- LINDERFALK, Ulf
 «The effect of *jus cogens* norms: Whoever opened Pandora's box, did you ever think about the consequences?», *EJIL*, vol. 18 (2007), p. 853 à 871.
 «The creation of *jus cogens* – making sense of Article 53 of the Vienna Convention», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Heidelberg Journal of International Law]*, vol. 71 (2011) p. 359 à 378.
 «Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 51 à 84.
- MAGALLONA, Merlin M.
 «The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties», *Philippine Law Journal*, vol. 51 (1976), p. 521 à 542.
- MOIR, Lindsay
The Law of Internal Armed Conflict, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- NIETO-NAVIA, Rafael
 «International preemptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», dans Lal Chand Vorah *et al.*, dir. publ., *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 595 à 640.
- ORAKHELASHVILI, Alexander
Preemptory Norms in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2006.
 «Audience and authority – the merit of the doctrine of *jus cogens*», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 115 à 145.
- PARKER, Karen, et Lyn Beth NEYLON
 «*Jus cogens*: compelling the law of human rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12 (1988-1989), p. 411 à 464.
- PAUST, Jordan
 «The reality of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7 (1991-1992), p. 81 à 86.
- PELLET, Alain
 «The normative dilemma: will and consent in international law-making», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1992), p. 22 à 53.
- RANDALL, Kenneth C.
 «Universal jurisdiction under international law», *Texas Law Review*, vol. 66 (1988), p. 785 à 841.
- RIVIER, Raphaële
Droit international public, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2013.
- ROHR, Aldana
La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens, Buenos Aires, SGN Editora, 2015.
- ROZAKIS, Christos L.
The Concept of Jus cogens in the Law of Treaties, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth
 «In quest of the practical value of *jus cogens* norms», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 211 à 239.
- SAUL, Matthew
 «Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges», *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2015), p. 26 à 54.
- SHELTON, Dinah
 «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 23 à 50.

TOMUSCHAT, Christian

«The Security Council and *jus cogens*», dans Enzo Cannizzaro, dir. publ., *The Present and Future of Jus cogens*, Rome, Sapienza, 2015, p. 7 à 98.

TUNKIN, Grigory

«*Jus cogens* in contemporary international law», *University of Toledo Law Review*, vol. 3 (1971), p. 107 à 118.

«Is general international law customary law only?», *EJIL*, vol. 4 (1993), p. 534 à 541.

VERDROSS, Alfred

«*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», *American Journal of International Law*, vol. 60 (1966), p. 55 à 63.

VIDMAR, Jure

«Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?», dans Erika de Wet et Jure Vidmar, dir. publ., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 13 à 41.

WEATHERALL, Thomas

Jus cogens: International Law and Social Contract, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

WHITEMAN, Marjorie M.

«*Jus cogens* in international law, with a projected list», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (1977), p. 609 à 628.

Introduction

1. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet «*Jus cogens*» à son programme de travail à long terme¹. À sa soixante-neuvième session, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission². À sa soixante-septième session, en 2015, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son ordre du jour et de nommer un rapporteur spécial. À sa soixante-dixième session, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour et de nommer un rapporteur spécial³.

2. À sa soixante-huitième session, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial et décidé de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction⁴.

3. Le premier rapport du Rapporteur spécial portait sur des questions conceptuelles. Le Rapporteur spécial y proposait que son deuxième rapport soit consacré aux critères d'identification du *jus cogens*, et cette proposition a été généralement acceptée par la Commission. L'objet du présent rapport est d'examiner les critères d'identification du *jus cogens*. Comme la Commission a fait reposer l'examen du sujet sur la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), le présent rapport prendra la Convention comme point de départ pour définir ces critères.

¹ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 175, par. 268, et annexe.

² Voir la résolution 69/118 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 2014, par. 8.

³ Voir la résolution 70/236 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 2015.

⁴ Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693. Concernant la décision de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction, voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 191, par. 100.

CHAPITRE I

Examen antérieur du sujet

A. Débat à la Commission

4. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial proposait trois projets de conclusion. Le projet de conclusion 1 définissait la portée générale du sujet⁵. Le projet de conclusion 2 indiquait que le *jus cogens* était une exception à la règle générale selon laquelle les règles du droit international relèvent du *jus dispositivum*⁶. Le projet de conclusion 3

énonçait les caractéristiques générales du *jus cogens*⁷. Le premier rapport traitait également de diverses questions

⁵ Le projet de conclusion 1 proposé par le Rapporteur spécial [voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 508, par. 74] était libellé comme suit : «Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées, et les conséquences juridiques découlant de ces règles.» Le Comité de rédaction a adopté le projet de conclusion suivant : «Le présent projet de conclusions concerne l'identification et les effets juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).» Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction, *Jus cogens*, 9 août 2016 (disponible à l'adresse <https://legal.un.org/ilc/sessions/68/>, sous «*Jus cogens*»).

⁶ Le projet de conclusion 2 proposé par le Rapporteur spécial [voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 508, par. 74] était libellé comme suit :

«1. Les règles du droit international peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États auxquels elles sont applicables à moins qu'elles n'interdisent une telle modification, dérogation ou abrogation (*jus dispositivum*). La modification, dérogation ou abrogation peut résulter d'un traité, du droit international coutumier ou d'un autre accord.

«2. Les normes impératives du droit international général, qui ne peuvent être modifiées ou abrogées et auxquelles on ne peut déroger que par des règles de même caractère, constituent une exception à la règle énoncée au paragraphe 1.»

⁷ Le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial (ibid.) était libellé comme suit :

«1. Les normes impératives du droit international (*jus cogens*) sont les normes du droit international général acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble comme des normes qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées et auxquelles aucune dérogation n'est permise.

«2. Les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables.»

méthodologiques, notamment celle de savoir si la Commission devait, dans le cadre de l'examen du sujet, établir une liste indicative de normes ayant acquis le statut de *jus cogens*. Ce rapport faisait en outre l'historique du *jus cogens* et en exposait les fondements théoriques.

5. Le premier rapport a généralement été bien accueilli par les membres de la Commission. Certains d'entre eux ont toutefois critiqué telle ou telle conclusion et les méthodes utilisées pour y parvenir. Il est inutile de résumer tous les aspects du débat, dont il est bien rendu compte dans le rapport de la Commission⁸. Certaines des questions soulevées pendant ce débat influenceront toutefois sur les travaux futurs de la Commission sur le sujet. Ce sont ces questions qui sont brièvement évoquées dans la section C du présent chapitre. La première de ces questions concerne l'intitulé du sujet. Plusieurs membres ont souligné que l'intitulé «*jus cogens*» ne rendait pas exactement compte de l'essence du sujet⁹. On a fait observer qu'il existait en droit interne des normes de *jus cogens* qui ne relevaient pas du sujet et qu'intituler le sujet *jus cogens* risquait de donner l'impression que la Commission examinait également ces normes. Pour certains membres, il convenait de reprendre l'intitulé utilisé dans la Convention de Vienne de 1969, à savoir «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)»¹⁰. D'autres membres ont proposé d'intituler le sujet «Normes impératives (*jus cogens*) du droit international général», mais la majorité s'est déclarée favorable à l'intitulé «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)». Bien que certains membres aient dit douter que le sujet, tel qu'il est actuellement formulé, porte sur d'autres domaines que les traités, la plupart des membres sont convenus que le sujet englobait (et devait englober) des domaines du droit international relevant du *jus cogens* autres que le droit conventionnel.

6. Le débat sur le premier rapport a porté essentiellement sur les projets de conclusion élaborés par le Rapporteur spécial. Le projet de conclusion 1 a recueilli l'appui général, même si certains membres ont proposé qu'il indique expressément que le droit de la responsabilité de l'État serait envisagé. Le projet de conclusion 2 a été presque universellement critiqué, seuls quelques membres de la Commission l'ayant appuyé¹¹. Devant ces critiques, le Rapporteur spécial a décidé de retirer le projet de conclusion 2 qu'il proposait, étant entendu que le paragraphe 2 de celui-ci serait incorporé dans les définitions figurant dans le projet de conclusion 3.

7. C'est au sujet du projet de conclusion 3 que les plus larges divergences de vues se sont manifestées. Si des propositions tendant à en remanier le paragraphe 1 ont été formulées, sa teneur n'a pas fait l'objet de désaccords sérieux. Le paragraphe 2 a toutefois fait l'objet d'un débat animé. La plupart des membres de la Commission intervenus sur le sujet en ont appuyé la teneur¹². Quelques

membres en ont critiqué la teneur, faisant valoir qu'il n'était pas établi en droit international que les normes du *jus cogens* «protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables¹³». Quelques membres ont approuvé la teneur du paragraphe 2, mais estimé que le premier rapport n'était pas suffisamment les caractéristiques fondamentales qui y étaient identifiées.

8. Enfin, a également retenu l'attention de la Commission la question de savoir si celle-ci devait dresser une liste indicative dans le cadre de l'examen du sujet. Les avis étaient également partagés au sein de la Commission, certains membres faisant valoir que la Commission devait établir une telle liste, comme le prévoyait le plan d'étude, d'autres étant d'avis contraire¹⁴. Le Rapporteur spécial examinera les opinions ainsi exprimées avec celles des États et fera une recommandation à la Commission le moment venu.

9. Sur la base de son débat, la Commission a décidé de renvoyer les projets de conclusions 1 et 3 au Comité de rédaction.

B. Débat à la Sixième Commission

10. De nombreuses délégations se sont félicitées de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission. Elles ont également, en règle générale, bien accueilli l'examen initial du sujet par la Commission ainsi que le premier rapport du Rapporteur spécial. Quelques délégations ont continué d'exprimer des réserves quant à la décision de la Commission d'étudier le sujet. La France a particulièrement critiqué l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, faisant valoir que celle-ci ne tenait pas dûment compte de la pratique et de l'opinion des États et constituait plutôt «une approche excessivement théorique, voire idéologique» du *jus cogens*¹⁵. Toujours sur la question de la pratique et de l'opinion des États, la France a affirmé dans sa déclaration que le Rapporteur spécial, «[e]n dépit des réserves bien connues de [la France] [...] conclut que la France n'est pas un objecteur persistant¹⁶».

11. L'idée d'intituler le sujet «Normes impératives du droit international (*jus cogens*)» a été appuyée par au moins une délégation, et aucune délégation ne s'y est opposée¹⁷. En ce qui concerne la portée du sujet, des délégations ont exprimé des opinions divergentes. Certaines

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., p. 196 et suiv., par. 116 à 118.

¹⁵ A/C.6/71/SR.20, par. 77.

¹⁶ Voir la déclaration écrite de la France (disponible auprès du Rapporteur spécial) : «Dans son rapport, M. Tladi est particulièrement intéressé par la position française. En dépit des réserves bien connues de mon pays en ce qui concerne la notion de *jus cogens*, il conclut que la France n'est pas un objecteur persistant [...] et que la France l'a accepté dans son principe. Il ne tient toutefois pas compte des réserves exprimées au sujet de ce concept par les délégations françaises, en particulier ces dernières années». Voir aussi A/C.6/71/SR.20, par. 78.

¹⁷ Voir Autriche, A/C.6/71/SR.25, par. 87 («il serait préférable d'utiliser l'expression "normes impératives du droit international (*jus cogens*)"»). Bien que l'Autriche se soit déclarée préoccupée par le libellé du paragraphe 1 du projet de conclusion 3, elle a appuyé l'idée que c'étaient les «normes impératives du droit international (*jus cogens*)» qui devaient être visées.

⁸ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 192 et suiv., par. 112 à 129.

⁹ Voir, par exemple, ibid., vol. I, 3317^e séance, p. 251, par. 41 (M. Candioti).

¹⁰ Ibid., par. 41 et 42.

¹¹ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 194, par. 124. Pour l'appui à la teneur du projet de conclusion 2, voir ibid., vol. I, 3314^e séance, p. 217, par. 34 (M. Caffisch).

¹² Pour un résumé du débat sur le projet de conclusion 3, voir ibid., vol. II (2^e partie), p. 195, par. 125 à 127.

estimaient que la Commission devait limiter son examen du *jus cogens* au droit conventionnel¹⁸. La plupart des délégations ayant évoqué cette question ont toutefois estimé que la portée du sujet devait être large et ne pas se limiter au droit conventionnel¹⁹.

12. Certaines délégations se sont dites préoccupées au sujet de l'existence et de la disponibilité d'une pratique. Les États-Unis d'Amérique, par exemple, étaient préoccupés par le fait que, sur le plan méthodologique, la pratique internationale était limitée et qu'il risquait donc d'être difficile de tirer des conclusions valables²⁰. Les Pays-Bas ont été plus directs, déclarant que la grande majorité des sources citées par le Rapporteur spécial dans son premier rapport pourrait être considérée comme « doctrine »²¹, et que le premier rapport n'indiquait pas comment les États traitaient de la notion de *jus cogens*, soulignant que, quel que soit le résultat des travaux de la Commission, ils devraient tenir compte de la pratique des États et s'en inspirer²².

13. Comme à la Commission du droit international, le débat à la Sixième Commission a été axé sur les projets de conclusion. D'une manière générale, les délégations les ont appuyés, bien que le projet de conclusion 2 ait suscité des appels à la prudence et des critiques²³. De même, comme à la Commission du droit international, différentes opinions ont été exprimées au sujet du paragraphe 2 du projet de conclusion 3. On se souviendra que ce dernier recense trois caractéristiques des normes du *jus cogens*, à savoir qu'elles sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes, qu'elles sont universellement applicables et qu'elles reflètent les valeurs de la communauté internationale. Certains États ont rejeté ces éléments²⁴, d'autres y ont souscrit²⁵. D'autres

¹⁸ Voir France, A/C.6/71/SR.20, par. 77.

¹⁹ Voir, par exemple, Chypre, A/C.6/71/SR.22, par. 55; République de Corée, A/C.6/71/SR.24, par. 86; Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 39; Portugal, *ibid.*, par. 95 et 96 (voir également la déclaration écrite, disponible auprès du Rapporteur spécial); et Fédération de Russie, *ibid.*, par. 67.

²⁰ États-Unis, A/C.6/71/SR.26, par. 125.

²¹ Pays-Bas, *ibid.*, par. 43.

²² *Ibid.*

²³ La Grèce a critiqué ce projet de conclusion (voir A/C.6/71/SR.25, par. 41). Les États ci-après, sans exprimer de critiques, ont appelé à la prudence : Roumanie, *ibid.*, par. 79; Espagne, A/C.6/71/SR.26, par. 12 (« L'Espagne n'est pas totalement convaincue que le projet de conclusion 2 devrait faire allusion aux normes du *jus dispositivum* [...] en droit international »); et Malaisie, *ibid.*, par. 76. L'Autriche a approuvé le projet de conclusion 2, convenant qu'il fallait distinguer d'emblée entre *jus dispositivum* et *jus cogens* (A/C.6/71/SR.25, par. 87).

²⁴ Les États qui se sont opposés aux caractéristiques recensées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 étaient la Chine (A/C.6/71/SR.24, par. 89, selon laquelle ces caractéristiques s'écartaient de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969) et les États-Unis (A/C.6/71/SR.26, par. 126).

²⁵ Les États ayant appuyé les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 étaient les suivants : Brésil, A/C.6/71/SR.26, par. 91; République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 72 (« Les normes du *jus cogens* sont des exceptions aux autres normes du droit international. Elles protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale et sont universellement applicables »); El Salvador, A/C.6/71/SR.25, par. 62; Slovaquie, A/C.6/71/SR.26, par. 114 (« la délégation slovène prend note de l'examen approfondi des caractéristiques inhérentes aux normes impératives et souscrit à l'affirmation selon laquelle les normes du *jus cogens* ont un caractère spécial et exceptionnel, ce qui reflète les valeurs communes et générales » appelant une adhésion universelle); et Afrique du Sud, *ibid.*, par. 87 (« [l'Afrique du Sud] est d'avis que la Commission ne soit pas parvenue à s'entendre sur des caractéristiques que l'Afrique du Sud juge élémentaires et indiscutables. Il est généralement admis que les normes du

encore n'ont commenté que certains des éléments du projet de conclusion²⁶.

14. S'il est clair que la majorité des États qui se sont exprimés sur le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 en ont approuvé la teneur, il convient de s'arrêter sur les critiques exprimées à l'encontre des éléments qu'il énonce. Pour la Chine, le problème était qu'ils « s'écartent à l'évidence des éléments fondamentaux du *jus cogens* définis à l'article 53 de la Convention de Vienne²⁷ ». Les éléments énoncés dans ce paragraphe ajoutaient de son point de vue de nouveaux éléments fondamentaux ou conditions²⁸. En ce qui concerne la supériorité hiérarchique, la Chine se demandait si cette « nouvelle » caractéristique impliquait que le *jus cogens* devait prévaloir sur la Charte des Nations Unies, alors que l'Article 103 de la Charte dispose que les obligations énoncées dans celle-ci prévalent sur les autres obligations²⁹. Les États-Unis craignaient quant à eux qu'en retenant les caractéristiques exposées au paragraphe 2, en particulier l'idée que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables et reflètent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, on ouvre la voie à des tentatives de faire découler ces caractéristiques de principes de droit naturel vagues et contestables, sans considération pour leur acceptation et leur reconnaissance effectives par les États³⁰.

15. Un dernier point a été évoqué lors du débat à la Sixième Commission qui mérite d'être mentionné. La délégation turque s'est élevée contre l'invocation dans le premier rapport du Traité de garantie³¹ et l'indication que certains États y voyaient un exemple d'application du *jus cogens*³². Cette préoccupation offre au Rapporteur spécial l'occasion d'expliquer que tous les exemples donnés dans les premier et deuxième rapports, ainsi que dans tout rapport futur, ne le sont qu'en tant qu'exemples de la pratique, sans préjudice de la qualité de celle-ci ou de la validité des opinions qu'elle implique. La Commission ne saurait en effet s'interdire d'invoquer telle ou telle pratique parce que celle-ci est contestée par des États.

C. Questions découlant des débats

16. Il est peut-être utile de commencer par les observations concernant la nécessité de s'appuyer sur la pratique. L'opinion du Rapporteur spécial est reflétée dans

jus cogens sont universellement contraignantes, reflètent des valeurs et des intérêts fondamentaux et sont hiérarchiquement supérieures »).

²⁶ Chypre a appuyé la caractéristique relative à la « supériorité hiérarchique » (A/C.6/71/SR.22, par. 56), alors que l'Espagne a mis en doute cette notion (A/C.6/71/SR.26, par. 12). L'Islande, parlant au nom des pays nordiques, a contesté la nécessité de mentionner « les valeurs fondamentales de la communauté internationale » (A/C.6/71/SR.24, par. 63), tandis que la Slovaquie a appuyé l'idée que le *jus cogens* reflétait les « valeurs fondamentales de la communauté internationale » (A/C.6/71/SR.26, par. 147). La République islamique d'Iran a appuyé l'idée que les normes du *jus cogens* étaient universellement applicables (*ibid.*, par. 122).

²⁷ A/C.6/71/SR.24, par. 89.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, par. 90.

³⁰ A/C.6/71/SR.26, par. 126.

³¹ Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 495, par. 39 (« En 1964, par exemple, Chypre, se fondant sur la notion de normes impératives, contestait la validité du Traité de garantie de 1960 entre Chypre, le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie »).

³² Turquie, A/C.6/71/SR.29, par. 68.

son premier rapport, dans lequel il déclare que «[l]a Commission étudie en effet habituellement les sujets dont elle est saisie en procédant à une analyse approfondie de la pratique des États sous toutes ses formes, de la jurisprudence, de la doctrine et de tout autre élément pertinent³³». De fait, cette opinion a été soulignée durant le débat à la Sixième Commission³⁴. Le Rapporteur spécial est persuadé que, dans ses premier et deuxième rapports, il est demeuré fidèle à cette approche.

17. Si, comme l'ont souligné les Pays-Bas dans leur déclaration³⁵, il y a davantage de «doctrine» que de pratique, il est également vrai qu'il n'y a aucune des conclusions proposées dans le premier rapport ou le présent rapport qui ne soit fondée sur la pratique. Lorsqu'il a résumé le débat de la Commission, le Rapporteur spécial a indiqué (exemples à l'appui) que la Commission avait, sur d'autres sujets, adopté de nombreux textes sur la base d'une pratique beaucoup moins abondante que celle citée à l'appui du paragraphe 2 du projet de conclusion³⁶. Cette pratique a été rigoureusement analysée et évaluée. Certes, comme l'a noté la France, la pratique de la France est d'un intérêt particulier pour le Rapporteur spécial, parce que la France est connue pour s'être opposée à l'idée même du *jus cogens*. Pourtant, la pratique effective de la France, attestée par ses propres déclarations, montre qu'il n'en est rien. Il ne s'agit pas de savoir si la France est ou n'est pas un objecteur persistant, et aucune conclusion à cet égard ne figure dans le premier rapport. Tout ce que souligne celui-ci en ce qui concerne la France est le fait bien documenté que, lors de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, la France ne s'est pas opposée à la notion de *jus cogens*; ses objections ne concernaient que le manque de clarté quant à la manière dont elle serait appliquée et la possibilité d'abus en la matière.

18. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, il importe de rappeler que, contrairement à ce que déclare le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ce paragraphe a bien été renvoyé au Comité de rédaction par la Commission et que son texte a recueilli un large appui tant au sein de la Commission que lors du débat à la Sixième Commission. En ce qui concerne sa teneur, il convient pour commencer de se pencher sur la préoccupation exprimée par les États-Unis. Comme il l'indique dans son premier rapport, le Rapporteur spécial n'entend pas résoudre la controverse opposant l'école jusnaturaliste à l'école positiviste ni adopter une approche plutôt qu'une autre. Les caractéristiques énumérées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 ne doivent pas être considérées comme visant à donner subrepticement une inflexion jusnaturaliste aux travaux de la Commission.

³³ *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 487, par. 14. Voir également *ibid.*, p. 497, par. 45 («Ce qui est important aux fins des travaux de la Commission est de savoir si le *jus cogens* trouve un appui dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions nationales et internationales – qui constituent l'ordinaire des travaux de la Commission. Les opinions doctrinales aident à comprendre la pratique et peuvent permettre de la systématiser, mais c'est la pratique des États et la jurisprudence qui doivent guider la Commission»).

³⁴ Voir République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 72 (les travaux de la Commission sur le sujet «doivent reposer sur la pratique des États et la jurisprudence, complétées par la doctrine»). Voir également Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 18.

³⁵ Voir A/C.6/71/SR.26, par. 43.

³⁶ Voir *Annuaire... 2016*, vol. I, 3323^e séance, p. 312 à 318, par. 46 à 81 (Rapporteur spécial).

Comme le présent rapport le montrera, les critères applicables pour déterminer si une norme a acquis le statut de *jus cogens* demeurent ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. De même, en réponse aux préoccupations de la Chine, les caractéristiques en question ne doivent pas être considérées comme des éléments additionnels. Il s'agit de caractéristiques descriptives par opposition aux éléments (ou critères) constitutifs des normes du *jus cogens*³⁷. Ces caractéristiques peuvent toutefois être pertinentes pour évaluer les critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international.

19. Il convient de rappeler, lorsqu'on examine les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, que toutes les délégations et la grande majorité des membres de la Commission qui ont pris la parole ont estimé que les travaux sur le sujet devaient reposer sur la pratique³⁸. Ces caractéristiques sont omniprésentes dans la pratique, que ce soit la pratique des États ou la jurisprudence, et, comme l'a dit la délégation sud-africaine lors du débat à la Sixième Commission, elles sont «élémentaires et indiscutables» et «généralement admis[es]»³⁹. Pour le Rapporteur spécial, son premier rapport donnait déjà suffisamment d'exemples de la pratique pour justifier l'énoncé des caractéristiques en question⁴⁰. Néanmoins, quelques membres de la Commission⁴¹ ayant estimé que la pratique citée était insuffisante, le Rapporteur spécial a fourni des éléments additionnels dans son résumé du débat. Ces éléments additionnels ne figurant pas dans le premier rapport, le présent rapport en donne un résumé, bien que les projets de conclusion aient déjà été renvoyés au Comité de rédaction.

1. VALEURS FONDAMENTALES

20. Outre de nombreuses déclarations d'États⁴², les arrêts de la Cour internationale de Justice dans les affaires

³⁷ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 507, par. 72 : «S'il s'agit là de caractéristiques essentielles du *jus cogens*, [...] elles ne nous disent pas comment les normes du *jus cogens* peuvent être identifiées en droit international contemporain.»

³⁸ Le seul membre de la Commission ayant déclaré que la Commission devrait fonder ses travaux sur la doctrine est M. Valencia-Ospina (*ibid.*, vol. I, 3322^e séance, p. 302 et 303, par. 66 à 68).

³⁹ A/C.6/71/SR.26, par. 87.

⁴⁰ Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 504 à 507, par. 61 à 72.

⁴¹ Sir Michael Wood, *ibid.*, vol. I, 3314^e séance, p. 219, par. 50; M. Forteau, *ibid.*, 3317^e séance; M. McRae, *ibid.*, 3315^e séance, p. 230, par. 37; M. Valencia-Ospina, *ibid.*, 3322^e séance, p. 302 à 304, par. 65 à 75; M. Hmoud, *ibid.*, p. 299, par. 54 et 55; et M. Murphy, *ibid.*, 3316^e séance, p. 241, par. 42.

⁴² Voir, par exemple, Allemagne, A/C.6/55/SR.14, par. 56 («le Gouvernement allemand demeure convaincu de la nécessité de définir plus clairement les normes impératives du droit international qui protègent des valeurs humanitaires fondamentales»); Italie, A/C.6/56/SR.13, par. 15 («La Convention de Vienne sur le droit des traités contient une définition tautologique du droit impératif, que la doctrine et la jurisprudence ont essayé d'interpréter comme étant un ensemble de normes interdisant les comportements jugés intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et des peuples, et pour les valeurs humaines fondamentales»); Mexique, A/C.6/56/SR.14, par. 13 («la notion même de normes impératives a été élaborée pour préserver les valeurs juridiques les plus précieuses de la communauté des États»); et Portugal, *ibid.*, par. 66 («Les notions de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes* et de crimes internationaux de l'État ou de violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général reposent sur une croyance commune dans certaines valeurs fondamentales du droit international»).

*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*⁴³ et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*⁴⁴ et son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*⁴⁵, le jugement rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija*⁴⁶, et la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Michael Domingues*⁴⁷, d'innombrables opinions individuelles et dissidentes et articles de doctrine étaient l'idée que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Ces prononcés devraient, à eux seuls, suffire à étayer la caractéristique selon laquelle les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales du droit international⁴⁸.

21. Lorsqu'il a résumé le débat, le Rapporteur spécial a cité des sources beaucoup plus nombreuses. Dans l'affaire *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a déclaré que les normes du *jus cogens* «découlaient de valeurs considérées comme fondamentales par la communauté internationale⁴⁹». De même, dans une affaire dont il a connu, le

⁴³ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43.

⁴⁴ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 412; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3.

⁴⁵ *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 23.

⁴⁶ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement, 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. I, p. 466, à la page 568, par. 153 et 154, dans lequel le Tribunal rattache expressément le statut de l'interdiction de la torture en tant que norme du *jus cogens* à «l'importance des valeurs qu'[elle] protège», notant que «[c]lairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale». La Cour européenne des droits de l'homme a cité ce passage du jugement pour l'approuver dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 30, CEDH 2001-XI.

⁴⁷ *Michael Domingues c. États-Unis*, affaire n° 12.285 (2002), Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, par. 49.

⁴⁸ Lorsqu'il a résumé le débat, le Rapporteur spécial a fait les observations ci-après pour souligner que ces sources étaient suffisantes : «[à des fins de comparaison], la Commission a approuvé la règle de l'objectif persistant essentiellement sur la base de deux *obiter dicta* dans l'*Affaire des Pêcheries* et l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, une jurisprudence beaucoup moins abondante que celle visée en l'espèce» (*Annuaire... 2016*, vol. I, 3323^e séance, p. 315, par. 65).

⁴⁹ Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 1992 U.S. App., p. 715. Cette décision a été citée avec approbation dans plusieurs autres affaires dont ont connu des tribunaux des États-Unis : tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Californie, *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2013 US District Lexis 136922, p. 14; tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Californie, *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2014 US District Lexis 101385, p. 9; tribunal de district des États-Unis pour le nord de la Californie, *Doe I v. Reddy*, 2003 US District Lexis 26120; et opinion du juge McKeown dans l'affaire *Alvarez-Machain v. United States*, cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 331 F.3d 604 (2001), p. 613. Voir également l'opinion dissidente du juge Pregerson dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto PLC*, cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 671 F.3d 736 (2011), p. 778 («les normes du *jus cogens* représentent des éléments fondamentaux de la communauté internationale organisée»).

tribunal de district des États-Unis pour l'est de l'État de New York a fait observer qu'il considérerait les normes du *jus cogens* comme «les normes juridiques internationales ayant le rang le plus élevé⁵⁰». Les mêmes sentiments ou des sentiments similaires ont été exprimés par des tribunaux d'autres pays⁵¹. Le Tribunal constitutionnel du Pérou a, par exemple, mentionné l'«importance extraordinaire des valeurs qui sous-tendent» les obligations de *jus cogens*⁵². La Cour suprême des Philippines a quant à elle, lorsqu'elle a défini le *jus cogens*, relevé que les normes en cause avaient été «considérées comme [...] fondamentales pour l'existence d'un ordre international juste⁵³». Dans l'affaire *Arancibia Clavel*, la Cour suprême d'Argentine a déclaré que l'objet du *jus cogens* était «de mettre les États à l'abri d'accords conclus à l'encontre de certaines valeurs et de certains intérêts généraux de la communauté internationale des États dans son ensemble⁵⁴». La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a de même noté que les normes du *jus cogens* «expriment les valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale⁵⁵».

22. Il ressort clairement de ce qui précède que les normes du *jus cogens* reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Cette idée n'a jamais été sérieusement contestée. Kolb, par exemple, un auteur critique à l'égard de la notion, a déclaré que c'est aujourd'hui «la théorie absolument prédominante⁵⁶». Certes, les différentes sources utilisent des termes différents pour exprimer cette idée centrale, mais l'idée elle-même est généralement acceptée en droit international. Par exemple, certaines sources déclarent que les normes du *jus cogens* «protègent» les valeurs fondamentales, d'autres qu'elles les «reflètent». De plus, certains parlent de «valeurs fondamentales», d'autres d'«intérêts fondamentaux». L'idée générale est toutefois la même.

⁵⁰ Tribunal de district des États-Unis pour l'est de l'État de New York, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company (In Agent Orange Product Liability Litigation)*, 373 F. Supp. 2d (2005), p. 136.

⁵¹ Voir, par exemple, Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (division civile), *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another*, [2006] EWCA Civ 1279, par. 101. La Cour suprême du Canada a mentionné les normes du *jus cogens* comme les normes ayant un «caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société», *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S., *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada 2014*, vol. 3, p. 176, par. 151. Le plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie a de même décrit les normes du *jus cogens* comme des «normes impératives fondamentales du droit international» (*À propos de l'application par les cours de compétence générale des principes et des normes du droit international et des traités internationaux de la Fédération de Russie*, arrêt n° 5 du 10 octobre 2003 du plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie modifié par l'arrêt n° 4 du 5 mars 2013).

⁵² Tribunal constitutionnel du Pérou, *25% del número legal de congresistas*, affaire n° 0024-2010-PI/TC, arrêt, 21 mars 2011, par. 53 («l'importance extraordinaire des valeurs qui sous-tendent une telle obligation [de *jus cogens*]»).

⁵³ Cour suprême des Philippines, *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary et al.* (2011).

⁵⁴ Cour suprême d'Argentine, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y Otros*, affaire n° 259, jugement, 24 août 2004.

⁵⁵ Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, 2005 (4) SA 235 (CC), par. 169, citant pour l'approuver le premier rapport sur la protection diplomatique de M. John R. Dugard, Rapporteur spécial [*Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 241, par. 89].

⁵⁶ Kolb, *Peremptory International Law...*, p. 32.

2. SUPÉRIORITÉ HIÉRARCHIQUE

23. Comme l'idée que le *jus cogens* reflète des valeurs fondamentales, l'idée que les normes du *jus cogens* sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles et normes du droit international est généralement admise⁵⁷. De fait, la Commission a déjà conclu que les normes du *jus cogens* étaient hiérarchiquement supérieures aux autres règles⁵⁸, et cette conclusion devrait suffire à justifier la mention de la supériorité hiérarchique parmi les caractéristiques du *jus cogens*.

24. Le premier rapport citait déjà, outre les travaux antérieurs de la Commission, des déclarations d'États⁵⁹, des décisions judiciaires⁶⁰ et des articles de doctrine⁶¹ à l'appui de la supériorité hiérarchique. Il convient de souligner ici que la Commission a par le passé adopté des textes sur la base d'une pratique beaucoup moins abondante. Quoi qu'il en soit, à l'issue du débat, le Rapporteur spécial a produit de nouveaux éléments à l'appui de ce qui ne peut être décrit que comme une caractéristique évidente du *jus cogens*.

25. Dans le célèbre arrêt *Kadi c. Conseil et Commission*, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a décrit le *jus cogens* comme «un ordre public international⁶²». La Cour européenne des droits de l'homme a de même défini une norme du *jus cogens* comme «une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"⁶³». Dans l'affaire

Michael Domingues, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que les normes du *jus cogens* émanaient «d'un ordre juridique supérieur⁶⁴».

26. Le juge Pregerson de la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a également souligné, dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt *Sarei v. Rio Tinto*⁶⁵, que la supériorité hiérarchique du *jus cogens* était incontestable. S'il s'agissait là d'une opinion dissidente, dans l'affaire *Siderman de Blake*, la majorité elle-même a considéré que les normes du *jus cogens* «méritaient le statut le plus élevé en droit international⁶⁶». Dans l'affaire *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, la Cour suprême du Zimbabwe a défini le *jus cogens* comme constitué par les normes «jouissant de la primauté dans la hiérarchie des règles qui constituent l'ordre normatif international⁶⁷». Le *jus cogens* a également été décrit comme occupant, «parmi tous les autres principes et règles coutumiers, la place la plus élevée dans la hiérarchie⁶⁸», comme étant «supérieur non seulement au droit conventionnel mais aussi à toutes les sources de droit⁶⁹», comme «prévalant sur les autres règles du droit international⁷⁰» et comme «prévalant à la fois sur le droit international coutumier et les traités⁷¹». Les tribunaux italiens ont de même jugé que les normes du *jus cogens* occupaient un rang plus élevé que les autres normes⁷².

supérieure à toute autre règle du droit international»). Voir également l'opinion concordante des juges Pinto de Albuquerque, Hajiyev, Pejchal et Dedov dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, par. 34, 21 juin 2016.

⁵⁷ *Michael Domingues c. États-Unis* (voir *supra* la note 47), par. 49. Voir également *Faraj Hassan c. Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, affaire n° T-49/04, arrêt, 12 juillet 2006, Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence* 2006, p. II-00052, par. 92.

⁵⁸ *Sarei v. Rio Tinto PLC* (voir *supra* la note 49), p. 19395.

⁵⁹ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 717.

⁶⁰ Cour suprême du Zimbabwe, *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, arrêt, 23 janvier 2008. Voir également *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company* (note 50 *supra*), p. 136, décrivant les normes du *jus cogens* comme «les normes juridiques internationales du rang le plus élevé».

⁶¹ *Bayan Muna* (voir *supra* la note 53). Voir également Commission des relations du travail de la Colombie-Britannique (Canada), *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd*, affaire n° B28/2012, par. 44, décision dans laquelle ladite Commission, citant *Furundžija* (note 46 *supra*), décrit les normes du *jus cogens* comme jouissant «dans la hiérarchie internationale, d'un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles coutumières "ordinaires"». Voir également *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (note 51 *supra*), par. 101, citant Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 AC 147, p. 198.

⁶² Cour suprême d'Argentine, *Julio Héctor Simón y Otros s/ Privación Ilegítima de la Libertad*, affaire n° 17/768, arrêt, 14 juin 2005, par. 48. Voir également Cour suprême d'Argentine, *Julio Lilo Mazzeo y Otros s/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad*, arrêt, 13 juillet 2007, par. 15 (le *jus cogens* «est la source suprême du droit international»).

⁶³ Voir opinion concordante de Lord Hoffman dans Chambre des lords du Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and Others*, [2007] 1 AC 270, par. 39.

⁶⁴ Tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Mani Kumari Sabbithi et al. v. Major Waleed KH N.S. Al Saleh*, 605 F. Supp. 2d 122, p. 129.

⁶⁵ Cour de cassation d'Italie, *Mario Luiz Lozano v. the General Prosecutor for the Italian Republic*, affaire n° 31171/2008, arrêt d'appel, 24 juillet 2008, première section criminelle, p. 6 («priorité doit être accordée au principe du rang le plus élevé et de *jus cogens*»). Voir également cour d'appel de Turin (Italie), *Germany v. De Guglielmi and De Guglielmi and Italy (joining)*, affaire n° 941/2012, arrêt, 14 mai 2012, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 1905 (IT 2012), p. 15.

⁵⁷ Voir den Heijer et van der Wilt, «*Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law*».

⁵⁸ Voir les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, annexe, par. 33 et 34.

⁵⁹ Voir Pays-Bas, A/C.6/68/SR.25, par. 101 («Le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur dans le cadre de l'ordre juridique international, qu'il prenne la forme de droit écrit ou de droit coutumier»); et Royaume-Uni, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 53^e séance, p. 330, par. 53 («dans une société internationale bien organisée, l'on a besoin de règles de droit international d'un ordre plus élevé que les règles purement dispositives auxquelles les États peuvent déroger par voie conventionnelle»).

⁶⁰ Voir, par exemple, *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 153 (une caractéristique de l'interdiction de la torture «touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international [...], ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"»).

⁶¹ Voir, par exemple, Danilenko, «*International jus cogens...*»; Conklin, «*The peremptory norms of the international community*», p. 838 («la possibilité même d'une norme impérative donne de nouveau à penser qu'il existe en droit international une hiérarchie des normes avec au sommet les normes impératives, qui sont les "principes fondamentaux de la communauté internationale"»); voir également Whiteman, «*Jus cogens in international law, with a projected list*», p. 609; et Janis, «*The nature of jus cogens*», p. 360.

⁶² *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, affaire n° T-315/01, arrêt, 21 septembre 2005, Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence* 2005, p. II-3649, par. 226.

⁶³ *Al-Adsani* (voir *supra* la note 46), par. 60, citant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija* (voir *supra* la note 46). Voir également le paragraphe 1 de l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch dans l'affaire *Al-Adsani* («la majorité reconnaît que cette règle [du *jus cogens*] est hiérarchiquement

27. Il ressort de ce qui précède que la supériorité hiérarchique en tant que caractéristique descriptive du *jus cogens* ne saurait être sérieusement contestée. Des termes différents peuvent avoir été utilisés, mais l'idée que le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur ou a un statut plus élevé est généralement admise.

3. APPLICATION UNIVERSELLE

28. L'idée que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables dénote le fait qu'elles s'appliquent à tous les États. Cette caractéristique, comme les deux précédentes, est bien étayée par la pratique des États et la jurisprudence internationale (qu'on désignera ci-après par l'expression «pratique étatique et judiciaire»). Le premier rapport citait des décisions judiciaires⁷³ et la doctrine⁷⁴.

29. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a décrit les normes du *jus cogens* comme étant «applicables

⁷³ Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua. c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 101, par. 190 («Dans leur contre-mémoire sur la compétence et la recevabilité, les États-Unis quant à eux ont cru devoir citer les commentateurs pour qui ce principe constitue une "norme universelle", une règle de "droit international universel", un "principe de droit international universellement reconnu" et un "principe de *jus cogens*"»). Voir également *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif (note 45 *supra*), à la page 23, où la Cour internationale de Justice mentionne «le caractère universel [...] de la condamnation du génocide»; opinion individuelle du juge Moreno Quintana dans *l'Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 55, aux pages 106 et 107 («Ces principes [...] ont un caractère impératif et une portée universelle»); et cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, *Hanoch TelOren et al. v. Libyan Arab Republic et al.*, arrêt, 3 février 1984, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384 (il existe un «petit nombre d'actes odieux dont chacun viole des normes définissables, universelles et obligatoires»).

⁷⁴ Voir, par exemple, Conklin, «The peremptory norms of the international community». Voir également Rozakis, *The Concept of Jus cogens in the Law of Treaties*, p. 78; Gaja, «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», p. 283; Danilenko, *Law Making in the International Community*, p. 211; Alexidze, «The legal nature of *jus cogens* in contemporary international law», p. 246; Dupuy et Kerbrat, *Droit international public*, p. 320 («la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un minimum de règles impératives»); Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, p. 6; Dubois, «The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?», p. 135 («Une norme du *jus cogens* [...] est applicable à tous les États, qu'ils y consentent ou non»); et Saul, «Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges», p. 31 («Les normes du *jus cogens* sont censées lier tous les États»).

à tous les États» et comme des normes qui «lient tous les États»⁷⁵. De même, dans l'affaire *Michael Domingues*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que les normes du *jus cogens* «lient la communauté internationale dans son ensemble, qu'il y ait eu ou non protestation, reconnaissance ou acquiescement⁷⁶». La cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a décrit les normes du *jus cogens* comme celles qui «ne dépendent pas du consentement des États, mais sont universellement contraignantes de par leur nature même⁷⁷». De même, dans l'affaire *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, la cour d'appel des États-Unis pour le district de Columbia a décrit les normes du *jus cogens* comme «des normes si universellement acceptées en droit international que tous les États sont réputés être liés par elles⁷⁸». De même, le Tribunal fédéral suisse a jugé que les normes du *jus cogens* «lient tous les sujets de droit international⁷⁹».

30. Les éléments cités ci-dessus montrent que, dans leur pratique, les États et les tribunaux ont invariablement considéré que les normes du *jus cogens* protégeaient et reflétaient les valeurs fondamentales de la communauté internationale, étaient universellement appliquées et étaient hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international. Que ces sources puissent parfois utiliser des termes différents pour exprimer les mêmes idées fondamentales n'ôte rien à la large acceptation de ces caractéristiques.

⁷⁵ *Statut juridique et droits des migrants sans papiers*, avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, demandé par les États-Unis du Mexique, par. 4 et 5. Voir également l'exposé écrit du Mexique relatif à la demande d'avis consultatif présentée à la Cour internationale de Justice par l'Assemblée générale des Nations Unies lors de sa quarante-neuvième session (résolution 49/75K du 15 décembre 1994) sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, inclus dans une note verbale datée du 19 juin 1995, par. 7: «[L]es normes [...] sont juridiquement contraignantes pour tous les États (*jus cogens*)». Le texte de cet exposé écrit est disponible à l'adresse suivante: www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite (en anglais seulement).

⁷⁶ *Michael Domingues c. États-Unis* (voir *supra* la note 47), par. 49.

⁷⁷ Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (1996), p. 242.

⁷⁸ Cour d'appel des États-Unis pour le district de Columbia, *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (2008), p. 1291 et 1292.

⁷⁹ Tribunal fédéral de Suisse, *Youssef Nada c. Secrétariat d'État à l'économie et Département fédéral de l'économie*, affaire n° 1A.45/2007, appel administratif, arrêt, 14 novembre 2007, par. 7, disponible sur le site Web du Tribunal (www.bger.ch/fr/), dans «Jurisprudence» (en allemand seulement).

CHAPITRE II

Critères du *jus cogens*

A. Généralités

31. Il peut être utile de faire deux observations préliminaires. Premièrement, la question de savoir qui détermine si les critères ont été satisfaits ne relève pas du sujet. Cela dit, le Rapporteur spécial devra, dans ses rapports futurs, s'agissant des conséquences du *jus cogens* en droit conventionnel et en particulier de la nullité des traités, se pencher sur l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 concernant la procédure à suivre en cas de différend touchant la

nullité d'un traité au regard du *jus cogens*. Deuxièmement, les éléments énumérés dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 proposé dans le premier rapport du Rapporteur spécial ne sont pas des critères du *jus cogens*. Il s'agit d'éléments descriptifs des normes du *jus cogens*. Les critères, ou prescriptions, applicables en matière d'identification des normes de *jus cogens* du droit international sont les éléments qui doivent exister pour qu'une règle ou un principe puisse être qualifié de norme du *jus cogens*. Ce sont ces critères qui font l'objet du présent chapitre.

32. Comme l'a déclaré le Soudan, l'identification des normes du *jus cogens* est un processus complexe⁸⁰. De même, dans son commentaire de l'article 50 de son projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, la Commission a fait observer qu'«on ne dispose d'aucun critère simple» pour identifier une norme du *jus cogens*⁸¹. Durant le débat à la Sixième Commission, en 2016, de nombreux États ont souligné que les critères d'identification du *jus cogens* devaient reposer sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969⁸². Le Rapporteur spécial n'a pas interprété l'idée que les critères d'identification du *jus cogens* doivent reposer sur l'article 53 de la Convention comme signifiant que la Commission ne peut aller au-delà de cet article 53 *même si la pratique en décidait ainsi*, comme la déclaration de la Malaisie peut le donner à penser⁸³. Le présent rapport prend donc comme point de départ les dispositions de l'article 53 de la Convention pour établir les critères d'identification des normes du *jus cogens*. La pratique des États et les décisions des juridictions internationales sont toutefois invoquées pour expliciter et expliquer l'article 53.

33. La décision de prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ ne repose pas seulement sur les opinions exprimées par les États durant le débat à l'Assemblée générale. Elle est d'une manière générale conforme à la pratique et à la doctrine. Lorsqu'elles invoquent le *jus cogens*, les juridictions internationales visent généralement l'article 53 de la Convention⁸⁴. De plus, la plus grande partie de la doctrine part du principe que l'article 53 donne la définition du *jus cogens*⁸⁵. De plus,

⁸⁰ Soudan, A/C.6/71/SR.25, par. 73.

⁸¹ Voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270.

⁸² Voir, par exemple, République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 72. Voir également Canada, A/C.6/71/SR.27, par. 9; Chili, A/C.6/71/SR.25, par. 101; Chine, A/C.6/71/SR.24, par. 89; République islamique d'Iran, A/C.6/71/SR.26, par. 118 («Les travaux de la Commission sur le sujet n'ont pas pour objet de remettre en question les deux critères établis par l'article 53 [...]. Il s'agit au contraire d'élucider le sens et la portée des deux critères»); et Pologne, *ibid.*, par. 56. Voir en outre Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 19 («[L]a délégation irlandaise est également d'avis que les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités doivent jouer un rôle central dans les travaux sur cette question»).

⁸³ Voir Malaisie, A/C.6/71/SR.26, par. 75 («Sur le sujet du *jus cogens*, sa délégation a mis en garde contre l'élargissement du principe au-delà de la formulation de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Étant donné que le droit international se développe à partir d'instruments fondés sur le consentement, il ne serait pas judicieux d'élargir un principe en vertu duquel certaines normes universelles pourraient lier les États, avec ou sans leur consentement»).

⁸⁴ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 258, par. 83; *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 155; *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-T, jugement, 14 décembre 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I, *Recueils judiciaires* 1999, p. 398, à la page 432, par. 60. Voir également Cour constitutionnelle de Colombie, affaire n° C-578/95, arrêt. Voir en particulier l'opinion individuelle du juge ad hoc Dugard dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, à la page 88, par. 8.

⁸⁵ Voir, par exemple, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 19 («Étant donné que l'article 53 fournit la seule définition juridique écrite des effets du *jus cogens* [...] ainsi que du processus par lequel les normes en question voient le jour [...], celui-ci est le point de départ nécessaire de l'analyse de ce concept»); et Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate...», p. 52. Voir également Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», p. 166, notant que les «ouvrages relatifs au *jus cogens*

le plan d'étude sur lequel reposent les travaux sur le sujet indique lui aussi que l'article 53 de la Convention est «le point de départ de toute étude du *jus cogens*⁸⁶».

34. Avant de se pencher sur le texte de l'article 53, il importe de souligner que les critères élaborés dans le présent rapport reposent non sur des opinions préconçues ou des affinités philosophiques particulières du Rapporteur spécial, mais sur les éléments pertinents de la pratique. Ils ne visent pas et ne doivent pas viser à promouvoir une approche étroite ou large, ou une approche jusnaturaliste ou positiviste.

35. Comme les critères du *jus cogens* sont fondés sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, il convient de rappeler les termes de celui-ci :

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

36. La première phrase de l'article 53 n'a pas pour objet de définir mais d'énoncer la conséquence, du point de vue du droit des traités, d'un conflit avec le *jus cogens*. C'est la deuxième phrase qui contient la définition des normes de *jus cogens* du droit international⁸⁷. L'article 53 souligne que la définition est aux fins de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, comme il est indiqué aux paragraphes 32 et 33 ci-dessus, la définition figurant dans la Convention est acceptée comme la définition, en termes généraux, du *jus cogens* même dans d'autres domaines que le droit des traités⁸⁸. La Commission elle-même, chaque fois qu'elle s'est penchée sur le *jus cogens* dans le cadre d'autres sujets, a fait fond sur la définition figurant à l'article 53 de la Convention⁸⁹.

prennent habituellement comme point de départ » l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

⁸⁶ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), annexe, p. 183, par. 7.

⁸⁷ Shelton, «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*», p. 26. Voir également Linderfalk, «The creation of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention».

⁸⁸ Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 6 («Bien que la Convention de Vienne concerne le droit des traités et ne lie que ses signataires [...] l'article 53 reflète un concept qui a un effet juridique au-delà du contexte conventionnel»).

⁸⁹ Voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90 («Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général [...], mais en outre être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble»). Voir également le paragraphe 34 du projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, annexe, p. 116 («Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de son contenu. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, article 53 de la Convention de Vienne de 1969), c'est-à-dire de toute norme "acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise"»). Voir en outre, bien qu'il ne s'agisse pas d'un texte de la Commission elle-même, le rapport du Groupe d'étude, *ibid.*, p. 84, par. 375 (pour établir les critères, «[i]l faut partir du libellé de l'article 53 lui-même, qui détermine le *jus cogens* en renvoyant à ce qui est "accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble"»).

37. L'article 53 énonce deux critères cumulatifs pour l'identification du *jus cogens*. Premièrement, la norme en question doit être une norme du droit international général. Deuxièmement, cette norme du droit international général doit être acceptée et reconnue comme ayant certaines caractéristiques, à savoir qu'il doit s'agir d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*⁹⁰. Sévrine Knuchel considère que l'article 53 comprend trois éléments, à savoir norme du droit international général, acceptation et reconnaissance en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, et norme ne pouvant être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*⁹¹. Pourtant, du point de vue de la définition, le troisième élément n'est pas, avant tout, un critère, mais ne fait qu'indiquer comment une norme existante du *jus cogens* peut être modifiée. Cela vient *après* l'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens* et ne peut donc être un critère pour l'identification d'une telle norme⁹². De plus, même en tant que partie de la définition, il ne s'agit pas d'un critère indépendant mais d'un élément du critère «acceptation et reconnaissance».

38. Textuellement, l'article 53 peut être interprété autrement. Il est possible, du point de vue du texte, d'interpréter «acceptée et reconnue» comme qualifiant le «droit international général» et non la clause de non-dérogation. De ce point de vue, l'article 53 énoncerait trois critères: a) une norme du droit international général qui est reconnue (comme telle) par la communauté internationale des États dans son ensemble; b) une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise; et c) une norme qui ne peut être modifiée que par une autre norme du *jus cogens*. Outre le fait que ni la pratique ni les travaux préparatoires de l'article 53 n'étaient cette interprétation, elle soulèverait également diverses difficultés. Premièrement, elle rendrait le premier critère tautologique, puisque le «droit

international général» doit être généralement accepté et reconnu par la communauté internationale. Deuxièmement, énoncés sous cette forme, les deuxième et troisième critères ne seraient pas des critères mais une conséquence du *jus cogens* et une description de la manière dont les normes du *jus cogens* peuvent être modifiées, respectivement.

39. Compte tenu de ce qui précède, pour qu'une règle puisse être considérée comme une norme du *jus cogens*, il doit s'agir d'une norme du droit international général et elle doit être acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Chacun de ces critères va être examiné successivement dans le présent rapport.

B. Premier critère: une norme du droit international général

40. Le premier critère, à savoir que le *jus cogens* est constitué de normes du droit international général, est explicitement énoncé à l'article 53. De plus, l'idée que, par *jus cogens*, il faut entendre une «norme du droit international général» est répétée plusieurs fois dans le commentaire de l'article 50 du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités⁹³. Il convient de souligner que, lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (Conférence de Vienne), beaucoup de propositions tendant à modifier le texte de la Commission ont été présentées, mais qu'aucune ne concernait le concept de «norme du droit international général». Ce concept a été accepté comme allant de soi, et tous les délégués qui ont pris la parole sur divers aspects du *jus cogens* l'ont défini en ces termes⁹⁴. En outre, les juridictions internationales comme nationales considèrent invariablement que les normes de *jus cogens* du droit international découlent de normes du droit international général⁹⁵. Dans le même esprit, Knuchel fait observer que ce premier critère «concerne le processus par lequel la norme est créée, par opposition à celui par lequel elle acquiert un caractère impératif⁹⁶». Cela donne à penser que le premier critère

⁹⁰ Voir également Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 20. Voir en particulier cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, 71 O.R. (3d) 675 (2004), par. 86, une décision dans laquelle la cour d'appel de l'Ontario, ayant jugé que le *jus cogens* était une forme supérieure du droit international coutumier, établit clairement que la disposition de l'article 53 indiquant qu'aucune dérogation n'est permise est subordonnée à l'élément de reconnaissance et d'acceptation («Une norme impérative du droit international coutumier ou règle du *jus cogens* est une forme supérieure du droit international coutumier. C'est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»). Voir également de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 542 («Pour l'essentiel, cela implique qu'une norme particulière est d'abord reconnue comme faisant partie du droit international coutumier, après quoi la communauté internationale des États dans son ensemble convient en outre qu'il s'agit d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»); et Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law...», p. 25.

⁹¹ Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 49 à 136. Voir également République islamique d'Iran, A/C.6/71/SR.26, par. 118, où les deux critères identifiés sont, premièrement, une norme reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et, deuxièmement, une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*.

⁹² Voir également *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 52^e séance, Grèce, p. 320, par. 19 («ce troisième élément renferme un cercle vicieux, car le fait qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une règle "ayant le même caractère" ne saurait constituer une des conditions de son "caractère"»).

⁹³ Voir, par exemple, le paragraphe 2 du commentaire de l'article 50, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270.

⁹⁴ Voir, par exemple, les déclarations suivantes dans les *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*): Union des Républiques socialistes soviétiques, 52^e séance, p. 319, par. 3; Grèce, 52^e séance, p. 320, par. 19; Cuba, 52^e séance, p. 322, par. 34; Nigéria, 52^e séance, p. 323, par. 48; Autriche, 53^e séance, p. 329, par. 42; et Uruguay, 53^e séance, p. 330, par. 51.

⁹⁵ Voir, par exemple, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, à la page 457, par. 99 [«l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)»]; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010, p. 403, à la page 437, par. 81 [«violations graves de normes de droit international général, en particulier de nature impérative (*jus cogens*)»]; cour d'appel des États-Unis pour le sixième circuit, *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (2001), p. 372 («certaines normes coutumières du droit international atteignent un "statut plus élevé" en vertu duquel elles "sont reconnues par la communauté internationale des États comme impératives" [...]»); et *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran* (note 51 *supra*), p. 209.

⁹⁶ Voir Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 49. Voir également Linderfalk, «The creation

implique, pour la formation des normes du *jus cogens*, un processus en deux étapes, à savoir l'établissement d'une règle « ordinaire » en droit international général, et l'« élévation » de cette règle au statut de *jus cogens*⁹⁷. Ce processus en deux étapes est décrit avec pertinence par la Commission dans les commentaires du projet d'articles sur la responsabilité de l'État :

Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général, obligatoire à ce titre, mais en outre* être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble⁹⁸.

41. Le concept de « norme du droit international général » en tant que critère n'a ainsi pas été mis en doute. Ce qui peut poser problème est de savoir précisément ce que ce critère signifie. Le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international créé par la Commission a fait observer qu'« [i]l n'existe pas de définition acceptée du "droit international général"⁹⁹ ». Les éléments de ce concept peuvent néanmoins être déduits de la pratique et de la doctrine. Le Groupe d'étude distingue lui-même entre, notamment, le droit international général d'une part, et la *lex specialis*¹⁰⁰ et le droit conventionnel¹⁰¹, respectivement, d'autre part. La distinction entre droit international général d'un côté et droit conventionnel et *lex specialis* de l'autre semble être confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*¹⁰². Or, cette distinction pourrait empêcher certaines règles, comme celles du droit international humanitaire, d'acquiescer le statut de *jus cogens*. De fait, le passage de l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* cité par le Groupe d'étude¹⁰³ illustre ce

of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention », p. 371 (« par "création d'une règle de *jus cogens*", j'entends non la création d'une règle de droit, mais l'élévation d'une règle de droit au statut de *jus cogens* »).

⁹⁷ Rivier, *Droit international public*, p. 566 (« Ne peut accéder au rang de règle impérative qu'une prévision déjà formalisée en droit positif et universellement acceptée comme règle de droit »).

⁹⁸ Paragraphe 5 du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90.

⁹⁹ Paragraphe 10, note de bas de page 976, des conclusions du Groupe d'étude, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 187. Le Groupe d'étude a souligné que le sens de l'expression était fonction du contexte.

¹⁰⁰ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 11, par. 8 (« Ce qui semblait à un moment donné réglementé par le "droit international général" relève désormais du champ d'application de régimes spécialisés comme le "droit commercial", le "droit des droits de l'homme", le "droit de l'environnement", le "droit de la mer", le "droit européen", voire d'un savoir hors du commun et hautement spécialisé comme le "droit des investissements" ou le "droit international des réfugiés", etc. »). Voir également *ibid.*, par. 81 et 194.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 28, par. 92. Il convient de noter que le Groupe d'étude considère à certains égards le droit conventionnel comme *lex specialis*.

¹⁰² *Activités militaires et paramilitaires* (voir *supra* la note 73), à la page 137, par. 274. Voir également *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 76, par. 132.

¹⁰³ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 102), à la page 76, par. 132, où la Cour note que les relations entre la Slovaquie et la Hongrie sont régies, entre autres, par les « règles du droit international général » et gouvernées « avant tout par les règles applicables [de l'Accord d'assistance mutuelle relative à la construction du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros] de 1977 en tant que *lex specialis* ».

point. Dans ce passage, la Cour renvoyait aux règles particulières qui s'étaient établies entre les parties, la Slovaquie et la Hongrie, et qui étaient distinctes des règles généralement applicables au sein de la communauté internationale des États.

42. Il semblerait que l'adjectif « général » figurant à l'article 53 en ce qui concerne les normes du droit international général renvoie à l'applicabilité. Cette interprétation semble conforme à l'approche adoptée dans les arrêts, avis consultatifs et opinions individuelles de la Cour internationale de Justice. Bien que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour n'ait pas employé le mot « général » lorsqu'elle a distingué entre les « règles de droit international » auxquelles « il est possible de déroger par voie d'accord [...] dans des cas particuliers ou entre certaines parties » et les règles du *jus cogens* auxquelles il n'est pas possible de déroger, ce sont les premières, qui s'appliquent généralement entre États mais auxquelles il est possible de déroger par des règles (plus) spécifiques, que désigne la formulation « règles générales du droit international »¹⁰⁴. La distinction entre droit international général et *lex specialis* évoquée par le Groupe d'étude a été placée dans son contexte par la Cour lorsqu'elle a distingué entre les « règle[s] ou [...] obligation[s] purement conventionnelle[s] [pour lesquelles] la faculté d' [...] apporter des réserves unilatérales [est] admise dans certaines limites » et les « règles et [...] obligations de droit général ou coutumier qui [...] doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale »¹⁰⁵.

43. La manifestation la plus évidente du droit international général est le droit international coutumier¹⁰⁶. De fait, nombreux sont ceux qui considèrent que le droit international coutumier est le fondement le plus habituel de la formation des normes du *jus cogens*¹⁰⁷. Gérard Cahin, par exemple, fait observer que le droit international coutumier est, « sinon la source exclusive des règles du *jus cogens*, du moins la voie "à la fois normale et fréquente" de leur formation¹⁰⁸ ». La relation étroite entre les règles du droit international coutumier et les normes du *jus cogens* est reflétée dans les déclarations faites au fil des ans par certains États

¹⁰⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 72.

¹⁰⁵ *Ibid.*, à la page 39, par. 63.

¹⁰⁶ Cassese, « For an enhanced role of *jus cogens* », p. 164 (« La seconde question revient à demander par quels moyens un tribunal international doit déterminer si une règle ou un principe général du droit international a acquis le statut de norme impérative. Logiquement, cela présuppose l'existence d'une telle règle ou d'un tel principe coutumier »). Voir également de Wet, « *Jus cogens* and obligations *erga omnes* », p. 542.

¹⁰⁷ Voir, sur ce point, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 86.

¹⁰⁸ Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales...*, p. 615. Voir également Rivier, *Droit international public*, p. 566 (« Le mode coutumier est donc au premier rang pour donner naissance aux règles destinées à alimenter le droit impératif »). Voir, en outre, Cassese, *International Law*, p. 199 (« une catégorie spéciale de règles générales établies par la coutume se sont vu conférer une force juridique particulière : elles sont de caractère impératif et constituent le *jus cogens* »). Voir aussi Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 115 (« En tant que source la plus probable du droit international général, les normes coutumières constituent *ipso facto* et *ipso iure* une source privilégiée de normes du *jus cogens* »). Voir, pour une opinion contraire, Janis, « The nature of *jus cogens* », p. 361.

à l'Assemblée générale¹⁰⁹. L'idée que les normes du *jus cogens* sont constituées par des règles du droit international coutumier est également confirmée par la jurisprudence de juridictions nationales et internationales. Dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice a considéré que l'interdiction de la torture «relève du droit international coutumier» et «a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)»¹¹⁰. De même, la description par la Cour d'«un grand nombre de règles du droit humanitaire» constituant «des principes intransgressibles du droit international coutumier» confirme l'idée que les normes du *jus cogens* – appelées par la Cour «principes intransgressibles» – ont une base coutumière¹¹¹.

44. Des décisions d'autres juridictions internationales confirment la relation entre le droit international coutumier et les normes du *jus cogens*. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par exemple, a noté que l'interdiction de la torture était une «norme du droit coutumier» et constituait «aussi une norme du *jus cogens*»¹¹². Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal a indiqué que les normes du *jus cogens* étaient celles qui se situaient «dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"»¹¹³. Il semble ainsi distinguer entre les règles «ordinaires» du droit international coutumier et les normes du *jus cogens* en tant que forme particulière du droit international coutumier. De même, dans l'affaire *Jelisić*, le Tribunal a déclaré que l'interdiction du génocide dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide relevait «sans aucun doute possible du droit international coutumier» et était maintenant «au rang de *jus cogens*»¹¹⁴.

¹⁰⁹ Voir Pakistan, A/C.6/34/SR.22, par. 8 («[l]e principe du non-recours à la force ainsi que son corollaire sont *jus cogens* non seulement en vertu de l'application de l'Article 103 de la Charte, mais aussi parce que ce sont là déjà des normes de droit international coutumier reconnues par la communauté internationale»). Voir également Royaume-Uni, A/C.6/34/SR.61, par. 46; et Jamaïque, A/C.6/42/SR.29, par. 3 («le droit des peuples à l'autodétermination et à l'indépendance est reconnu par le droit international coutumier et est sans doute même une norme impérative du droit international général»). Voir également l'exposé écrit de la Jordanie daté du 30 janvier 2004 dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, par. 5.42 à 5.45. Le texte de cet exposé écrit est disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/affaire/131/procedure-ecrite.

¹¹⁰ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99. Voir également *Activités militaires et paramilitaires* (note 73 *supra*), à la page 100, par. 190.

¹¹¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 84), à la page 257, par. 79. Voir également *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [note 43 *supra*], aux pages 110 et 111, par. 161. Voir en outre *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, opinion individuelle du juge Simma, à la page 327, par. 6 («[j]e trouve regrettable que la Cour n'ait pas trouvé le courage de réaffirmer, et donc de reconfirmer, de façon plus explicite les principes fondamentaux du droit des Nations Unies et du droit international coutumier (principes qui, à mon avis, relèvent du *jus cogens*) sur l'emploi de la force, ou plutôt sur l'interdiction de la force armée»).

¹¹² *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. 2, p. 950, à la page 1288, par. 454.

¹¹³ *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 153.

¹¹⁴ *Jelisić* (voir *supra* la note 84), par. 60.

45. Des tribunaux internes ont de même confirmé que le droit international coutumier était la source de nombreuses normes du *jus cogens*. Dans l'affaire *Siderman de Blake*, la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a décrit les normes du *jus cogens* comme «un sous-ensemble supérieur de normes reconnues comme faisant partie du droit international coutumier»¹¹⁵. La cour a aussi noté que par opposition aux règles ordinaires du droit international coutumier, le *jus cogens* «est constitué de lois coutumières considérées comme liant toutes les nations»¹¹⁶. Dans l'affaire *Buell*, la cour d'appel des États-Unis pour le sixième circuit a noté, en ce qui concerne le *jus cogens*, que certaines normes coutumières du droit international parviennent à un «statut plus élevé», celui de *jus cogens*¹¹⁷. Dans l'affaire *Kazemi (succession)*, la Cour suprême du Canada a décrit les normes du *jus cogens* comme «une forme supérieure de droit international coutumier»¹¹⁸.

46. La Cour suprême d'Argentine a de même jugé que les normes du *jus cogens* relatives aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité découlaient de règles du droit international coutumier déjà en vigueur¹¹⁹. De même, le Tribunal constitutionnel du Pérou a déclaré que les règles du *jus cogens* renvoyaient à des «normes internationales coutumières sous les auspices d'une *opinio juris sive necessitatis*»¹²⁰. Dans l'affaire *Bayan Muna*, les Philippines ont défini le *jus cogens* comme occupant, «parmi tous les autres principes et règles coutumières, la place la plus élevée dans la hiérarchie»¹²¹. De même, dans l'affaire *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General and Another*, la Haute Cour du Kenya a considéré l'«obligation de réprimer les crimes internationaux» à la fois comme une règle du droit international coutumier et une norme du *jus cogens*¹²². La Cour d'appel du Kenya a fait observer que, même si le Kenya n'avait pas ratifié la Convention contre la torture et autres

¹¹⁵ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 715 [citant cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F.2d 929 (1988), p. 940].

¹¹⁶ *Ibid.* Cette opposition entre règles «ordinaires» du droit international coutumier et règles du *jus cogens* – qui donne à penser que ces dernières constituent des règles extraordinaires du droit international coutumier – est souvent fondée sur la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 153, où on trouve une distinction comparable. Cette distinction a été évoquée avec approbation dans plusieurs décisions, y compris de juridictions du Royaume-Uni. Voir, par exemple, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* [note 68 *supra*], p. 198. Voir également *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (note 51 *supra*), par. 101.

¹¹⁷ *Buell v. Mitchell* (voir *supra* la note 95), p. 373.

¹¹⁸ Voir *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran* (note 51 *supra*), par. 151. Voir également cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Steen v. Islamic Republic of Iran*, 114 O.R. (3d) 206 (2013), par. 30 («[l]es normes impératives du droit international ou *jus cogens* sont des formes supérieures du droit international coutumier auxquelles aucune dérogation n'est permise»); et *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran* (note 90 *supra*), par. 86 («Une norme impérative du droit international coutumier ou règle du *jus cogens* est une forme supérieure de droit international coutumier»).

¹¹⁹ Voir *Arancibia Clavel* (note 54 *supra*), par. 28.

¹²⁰ *25% del número legal de congresistas* (voir *supra* la note 52), par. 53.

¹²¹ *Bayan Muna* (voir *supra* la note 53).

¹²² Haute Cour du Kenya, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General and Another*, arrêt, 28 novembre 2011, *Kenya Law Reports*, par. 14.

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, il « n'en aurait pas moins été tenu d'interdire la torture sur son territoire en vertu du droit international coutumier », cette interdiction étant, a poursuivi la Cour, un principe du *jus cogens* et une norme impérative du droit international¹²³. De même, les tribunaux italiens ont reconnu que les normes du *jus cogens* avaient leur origine dans des règles du droit international coutumier¹²⁴.

47. De ce qui précède, on peut conclure, aux fins des critères d'identification du *jus cogens* découlant de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, que les règles du droit international coutumier sont des normes du droit international général.

48. Aux termes de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (ci-après les « principes généraux de droit ») sont une autre source générale du droit international¹²⁵. Les principes généraux de droit, comme les règles du droit international coutumier, sont généralement applicables. À la différence de celui du droit conventionnel, le champ d'application des principes généraux de droit n'est pas limité aux parties à un traité. Toutefois, bien que la proposition voulant que les règles du droit international coutumier constituent le fondement des normes du *jus cogens* soit abondamment confirmée par la pratique, celle selon laquelle les principes généraux de droit constituent également un fondement des normes du *jus cogens* l'est beaucoup moins.

49. Cette proposition est toutefois suffisamment étayée par la doctrine¹²⁶. De plus, il est clair que lorsque la Commission a déterminé que les normes du *jus cogens*

étaient des « normes du droit international général », elle entendait également, par « droit international général », les principes généraux de droit. L'idée qu'un traité était nul s'il violait une règle générale du droit international a été énoncée pour la première fois dans le premier rapport de Sir Hersch Lauterpacht sur le droit des traités (le quatrième au total)¹²⁷. Dans le commentaire du projet d'article 15 sur le droit des traités, Lauterpacht décrivait les normes du *jus cogens* « comme étant les principes de l'ordre international public » et faisant « partie de ces principes de droit généralement reconnus par les nations civilisées » (principes généraux de droit)¹²⁸. Les membres de la Commission ont également, d'une manière générale, admis que les principes généraux de droit pouvaient donner naissance à des normes du *jus cogens*¹²⁹.

50. On a soutenu qu'à la Conférence de Vienne des délégations avaient indiqué ne pas croire que les principes généraux de droit puissent être la source de normes du *jus cogens*¹³⁰. Cette opinion semble reposer sur le fait qu'un amendement des États-Unis concernant le texte de la Commission a été rejeté parce que certains États l'interprétaient comme « impliquant que des normes impératives puissent émaner de la troisième source du droit international », à savoir les principes généraux¹³¹. Il semble toutefois que tel n'était pas l'objet de cet amendement¹³². Il semble en effet que cet objet ait été d'introduire non une nouvelle source de *jus cogens* mais une condition supplémentaire, à savoir qu'outre qu'elle devait être une norme du droit international général, la norme considérée devait être reconnue par les systèmes juridiques nationaux et régionaux¹³³. Plus précisément, les États ont généralement rejeté l'amendement des États-Unis de crainte qu'il ne crée des conditions supplémentaires et donc n'alourdisse l'établissement de normes du *jus cogens*. Cuba, par exemple, s'y est opposé au motif qu'il « subordonnerait les règles du *jus cogens* du droit international aux « systèmes juridiques nationaux et régionaux » » et « permettrait à un État d'écarter n'importe quelle règle de *jus cogens* en invoquant ses règles de droit interne »¹³⁴.

normes », p. 214 (« le *jus cogens* a son origine dans le droit coutumier et les principes généraux du droit international »).

¹²⁷ A/CN.4/63.

¹²⁸ Paragraphe 4 du commentaire de l'article 15, *ibid.*, p. 218.

¹²⁹ Voir, par exemple, *Annuaire... 1966*, vol. I (1^{re} partie), 828^e séance, p. 40, par. 31 (M. de Luna, citant Lord McNair); *Annuaire... 1963*, vol. I, 684^e séance, p. 75, par. 21 (M. Tounkine); et *ibid.*, p. 79, par. 70 (M. Gros).

¹³⁰ Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 44 (« certains représentants ne semblaient pas considérer que les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées visés à l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la [Cour internationale de Justice] puissent constituer des normes du *jus cogens* »).

¹³¹ *Ibid.*, p. 45.

¹³² L'amendement des États-Unis, reproduit dans le document A/CONF.39/C.1/L.302 et Corr.1 publié dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), p. 187, par. 462 b, était libellé comme suit: « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une règle impérative du droit international général reconnue par l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde et à laquelle aucune dérogation n'est permise. »

¹³³ *Ibid.*, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 52^e séance, p. 320, par. 17 (États-Unis).

¹³⁴ *Ibid.*, p. 322, par. 38 (Cuba).

¹²³ Cour d'appel du Kenya, *Koigi Wamwere v. Attorney General*, arrêt, 6 mars 2015, *Kenya Law Reports*, par. 6.

¹²⁴ Cour de cassation d'Italie, *Germany v. Milde (Max Josef)*, affaire n° 1072/2009, arrêt d'appel, 13 janvier 2009, première section criminelle, par. 6 (« les règles coutumières visant à protéger des droits de l'homme inviolables ne souffrent aucune dérogation parce qu'elles font partie du droit international impératif ou *jus cogens* »).

¹²⁵ L'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice dispose que la Cour applique « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

¹²⁶ Voir, par exemple, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 52 (« les principes généraux [de droit] peuvent être élevés au statut de *jus cogens* si la communauté internationale des États les reconnaît et les accepte en tant que tels »); Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* », p. 30 à 34; et Cançado Trindade, « *Jus cogens*: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law », p. 27. Voir également Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 133; et Kleinlein, « *Jus cogens* as the "highest law"? Peremptory norms and legal hierarchies », p. 195 (« une norme impérative doit d'abord faire partie du droit international général, c'est-à-dire du droit international coutumier ou des principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, du Statut de la [Cour internationale de Justice] »). Voir en outre Conklin, « The peremptory norms of the international community », p. 840; Dajani, « Contractualism in the law of treaties », p. 60; Bianchi, « Human rights and the magic of *jus cogens* », p. 493 (« la possibilité que le *jus cogens* puisse être créé par un traité va directement à l'encontre de l'idée que des normes impératives ne peuvent avoir leur origine que dans le droit coutumier »); Nieto-Navia, « International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law », p. 613 à 615 (« On peut dire de manière générale que les normes du *jus cogens* peuvent émaner des sources identifiées suivantes du droit international: i) les traités généraux [...] et iii) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »); Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 126; et Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens*

De même, la Pologne s'est opposée à l'amendement des États-Unis au motif qu'il semblait impliquer que les systèmes nationaux et régionaux étaient supérieurs à l'ordre juridique international¹³⁵. Même les États qui appuyaient cet amendement ne souscrivaient généralement pas à l'idée qu'il impliquait les principes généraux de droit, mais le considéraient comme confirmant une reconnaissance et acceptation de la norme comme faisant partie du *jus cogens*¹³⁶. De plus, même les États qui interprétaient effectivement cet amendement comme renvoyant (ou au moins comme étant lié) aux principes généraux de droit ne l'ont pas rejeté pour cette raison. L'Uruguay, par exemple, s'y est opposé parce qu'il craignait qu'il soit interprété comme impliquant que *tous* les principes généraux de droit avaient le statut de *jus cogens*¹³⁷. En d'autres termes, la déclaration de l'Uruguay n'excluait pas la possibilité que *certains* principes généraux de droit puissent s'élever au rang du *jus cogens*.

51. L'absence dans la pratique effective d'exemples de principes généraux considérés comme fondement de normes du *jus cogens* n'implique pas que les principes généraux ne peuvent pas être le fondement de normes du *jus cogens*¹³⁸. Il est clair que le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, en ce qu'il vise le «droit international général», signifie que les principes généraux de droit peuvent constituer le fondement de normes du *jus cogens*. Comme le souligne Knuchel, les principes généraux au sens de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice «constituent une source générative de droit international général» et, en tant que tels, «peuvent être élevés au statut de *jus cogens*» s'ils satisfont aux autres critères applicables en la matière¹³⁹. Une fois acceptés comme tels, les principes généraux de droit créent pour les États des droits et des obligations au regard du droit international et, en tant que tels, constituent des normes du droit international général. La Commission elle-même, dans le cadre des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, s'est penchée sur le rôle de l'article 31, paragraphe 3 c, de la Convention de Vienne de 1969 dans le cadre d'une intégration systématique. On se souviendra que l'article 31, paragraphe 3 c, dispose qu'il sera tenu compte, dans l'interprétation des traités, «[d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties¹⁴⁰». Dans

ses conclusions, la Commission distingue, en relation avec l'interprétation d'un traité au regard de l'article 31, paragraphe 3 c, entre l'application du droit conventionnel d'une part, et celle du droit international général d'autre part¹⁴¹. Selon la Commission, ce dernier comprend «[l]e droit international coutumier et les principes généraux de droit¹⁴²».

52. L'expression «droit international général» englobe donc également, outre le droit international coutumier, les principes généraux de droit.

53. La question a été posée de savoir si le droit conventionnel, bien que ne relevant pas en apparence du «droit international général», pouvait être considéré comme tel aux fins de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Au premier abord, l'article 53 de la Convention ne s'applique pas au droit conventionnel. Comme on l'a noté ci-dessus, dans les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, la Commission a fait une distinction entre le droit conventionnel et le droit international général aux fins de ce qu'elle a appelé l'intégration systématique¹⁴³. Cela peut donner à penser que le droit conventionnel ne peut être considéré comme droit international général.

54. Grigory Tunkin a fait valoir que le droit conventionnel pouvait faire partie du droit international général¹⁴⁴. De plus, il semble qu'à la Conférence de Vienne des délégations aient considéré que les traités pouvaient être la source de normes du *jus cogens*. La déclaration reconnaissant le plus clairement le droit conventionnel comme faisant partie du droit international général est peut-être celle de la Pologne, qui a notamment déclaré :

La forme ou la source de ces règles ne présente pas un caractère essentiel pour la détermination de leur caractère impératif. Certaines sont conventionnelles, d'autres sont coutumières. Les unes ont été d'abord coutumières et ont été codifiées par la suite dans des conventions multilatérales. Les autres, inversement, sont apparues d'abord dans des conventions et ne sont passées que plus tard dans le droit coutumier¹⁴⁵.

¹⁴¹ Paragraphes 20 (sur le droit international général) et 21 (sur le droit conventionnel), *ibid.*, p. 114 et 115.

¹⁴² Paragraphe 20, *ibid.*

¹⁴³ Paragraphes 19 à 21, *ibid.* Voir également le rapport du Groupe d'étude, *ibid.*, par. 77.

¹⁴⁴ Tunkin, «Is general international law customary law only?», en particulier la page 541 («Je crois que les publicistes devraient admettre que le droit international général comprend maintenant et les règles coutumières et les règles conventionnelles du droit international»). Voir, dans le contexte du *jus cogens* en particulier, Tunkin, «*Jus cogens* in contemporary international law», p. 116 («les principes du *jus cogens* comprennent les "règles qui ont été acceptées soit expressément dans un traité soit tacitement dans le cadre de la coutume" [...] De nombreuses normes du droit international général sont créées à la fois par les traités et la coutume»). Voir également Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 50 («Le droit international contemporain comprend, pour reprendre les termes utilisés par la [Cour internationale de Justice], "des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel", et rien n'empêche de futures conventions de créer des normes universellement contraignantes susceptibles d'être élevées au statut de *jus cogens*»). Voir en outre Nieto-Navia, «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», p. 613 («On peut dire de manière générale que les normes du *jus cogens* peuvent émaner des sources identifiées suivantes du droit international: i) les traités généraux [...] et iii) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »).

¹⁴⁵ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968*,

¹³⁵ *Ibid.*, 53^e séance, p. 328 et 329, par. 41 (Pologne).

¹³⁶ Voir, par exemple, *ibid.*, p. 328, par. 30 (Colombie).

¹³⁷ *Ibid.*, p. 330, par. 51 (Uruguay). Voir, par contre, *ibid.*, 56^e séance, p. 355, par. 64 (Trinité-et-Tobago).

¹³⁸ Si la pratique n'est pas aussi abondante que celle concernant le droit international coutumier, les principes généraux de droit ont dans une certaine mesure été reconnus. Voir, par exemple, *Jelisić* (note 84 *supra*), par. 60, où le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie note que la Cour internationale de Justice, après avoir observé que l'interdiction du génocide était une norme du *jus cogens*, a relevé que les principes concernant cette interdiction étaient «des principes reconnus par les nations civilisées». Voir également République islamique d'Iran, A/C.6/71/SR.26, par. 120: «Les principes généraux de droit mentionnés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont le meilleur fondement normatif pour établir les règles du *jus cogens*.»

¹³⁹ Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 52.

¹⁴⁰ Paragraphe 17 des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, annexe, p. 114.

55. L'opinion la plus répandue est toutefois que les règles conventionnelles, en tant que telles, ne créent pas de normes du droit international général susceptibles d'acquiescer le statut de *jus cogens*¹⁴⁶. Le texte de l'article 53, sur lequel repose le présent examen du *jus cogens*, décrit les normes du *jus cogens* comme des normes du droit international général, ce qui les distingue des règles conventionnelles, lesquelles ne s'appliquent qu'aux parties à un traité. Le commentaire de la Commission relatif à l'article 50 distingue clairement entre les «normes du droit international général» et le droit conventionnel. Il distingue, par exemple, les «règles générales du droit international» des règles conventionnelles, au moyen desquelles les États peuvent se soustraire aux «règles générales du droit international»¹⁴⁷. Au paragraphe 4 de ce commentaire, la Commission déclare qu'«une modification d'une règle impérative s'effectuera très probablement par voie de traité multilatéral général»¹⁴⁸. On pourrait voir dans cette affirmation la reconnaissance par la Commission du fait que des règles conventionnelles peuvent constituer le fondement du *jus cogens*. La phrase qui suit indique toutefois qu'un tel traité multilatéral ne tombera pas sous le coup de l'article¹⁴⁹. Les mots «norme du droit international général» ont été utilisés par la Commission pour exclure le droit conventionnel multilatéral, ce qui implique une distinction nette entre règles conventionnelles et règles du droit international général¹⁵⁰.

56. Que les règles conventionnelles ne constituent pas en tant que telles des normes du droit international général ne signifie pas que les traités sont dénués de pertinence pour le droit international général et l'identification du *jus cogens*. La relation entre le droit international général – en particulier le droit international coutumier – et le droit conventionnel a été décrite dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*¹⁵¹. Dans ces affaires, la Cour internationale de Justice a observé qu'une règle conventionnelle pouvait codifier une règle

générale de droit international existante (ou être déclaratoire d'une telle règle)¹⁵², que l'adoption d'une règle conventionnelle pouvait contribuer à cristalliser une règle générale de droit international en voie de formation¹⁵³, et qu'une règle conventionnelle pouvait, une fois adoptée, refléter une règle générale sur la base de la pratique ultérieure¹⁵⁴. Peut-être le meilleur exemple d'un traité consacrant une norme du droit international général satisfaisant aux critères du *jus cogens* est-il donné par ce que la Commission a appelé «le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force»¹⁵⁵. Si cette norme fondamentale est énoncée dans un traité, la Charte des Nations Unies, c'est aussi une norme du droit international général, sous la forme du droit international coutumier.

57. La jurisprudence a rendu compte du rôle des règles conventionnelles dans l'identification des normes du *jus cogens* de manière similaire. Il est notoire que dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice s'est fondée, pour conclure que l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, sur le statut coutumier de cette norme et non sur son statut conventionnel¹⁵⁶. Les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie concernant la torture et le génocide sont particulièrement instructives à cet égard. Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal, après avoir constaté que la torture était interdite par des traités relatifs aux droits de l'homme¹⁵⁷, indique que cette interdiction relève du *jus cogens* parce qu'elle s'appuie sur le droit international coutumier¹⁵⁸. C'est dans l'affaire *Le Procureur c. Tolimir* que cette approche est la plus manifeste : le Tribunal, après avoir relevé que le génocide est interdit par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, identifie cette interdiction comme relevant du *jus cogens* sur la base non de la règle conventionnelle mais de la règle de droit international

Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (note 59 *supra*), 53^e séance, p. 328, par. 34 (Pologne). Voir également *ibid.*, 56^e séance, p. 355, par. 63 (Trinité-et-Tobago) [«Les traités multilatéraux généraux comme la Charte des Nations Unies peuvent aussi être la source de normes ayant le caractère de *jus cogens*»].

¹⁴⁶ Voir Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 125 et 126; et Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law...*, p. 92. Voir également Bianchi, «Human rights and the magic of *jus cogens*», p. 493; Criddle et Fox-Decent, «A fiduciary theory of *jus cogens*», p. 341. Voir en outre Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 113 («[l]a tendance des universitaires à mettre l'accent sur la coutume semble découler du fait qu'il est généralement admis que les traités ne se prêtent pas à la création de normes impératives»); et Linderfalk, «The effect of *jus cogens* norms...», p. 860.

¹⁴⁷ Paragraphe 2 du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270. La Commission y déclare en outre qu'«[i]l ne serait pas plus juste de dire qu'une disposition d'un traité relève du *jus cogens* simplement pour la raison que les parties ont stipulé qu'aucune dérogation à cette disposition n'est permise».

¹⁴⁸ Paragraphe 4, *ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 104). Voir également la conclusion 11 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 65.

¹⁵² *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 104), à la page 39, par. 61.

¹⁵³ *Ibid.*, aux pages 39 à 42, par. 61 à 69.

¹⁵⁴ *Ibid.*, aux pages 42 à 44, par. 70 à 74. Voir également Cour suprême spéciale de Grèce, *Margellos et consorts c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 6/2002, pourvoi en cassation, arrêt, 17 septembre 2002, par. 14 [«les dispositions figurant dans le Règlement de La Haye annexé à la quatrième Convention de La Haye de 1907 [...] sont devenues des règles coutumières du droit international (*jus cogens*)»].

¹⁵⁵ Voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270. Cette formule est reprise dans l'arrêt concernant les *Activités militaires et paramilitaires* (voir *supra* la note 73), à la page 100, par. 190. Voir également Verdross, «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», p. 59; Frowein, «*Jus cogens*»; Paust, «The reality of *jus cogens*», p. 82 et 83 («Le *jus cogens* est une forme de droit international coutumier. Il peut aussi être reflété dans des traités mais, en tant que coutume, sa naissance, sa croissance, son évolution et son extinction dépendent d'attentes et de comportements généralement réunis dans le processus social en cours»). Voir en outre *Annuaire... 1966*, vol. I (1^{re} partie), 828^e séance, par. 15 (M. Ago) [«Même si, à l'origine d'une règle de *jus cogens*, il y a un traité, ce n'est pas du traité en tant que tel que la règle tire ce caractère : c'est du fait que cette règle, même découlant du traité ou au moment où elle est exprimée par lui, est déjà une règle de droit international général»].

¹⁵⁶ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99.

¹⁵⁷ *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 144.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 153.

coutumier¹⁵⁹. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a de même jugé que l'interdiction énoncée à l'article 3 commun des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) faisait partie du *jus cogens* eu égard à son statut coutumier¹⁶⁰.

58. Cette tendance à établir l'existence d'une norme du *jus cogens* en se fondant sur le droit international coutumier lorsque la norme en question existe déjà en droit conventionnel est également apparente dans la pratique des États, y compris la jurisprudence des tribunaux internes. Dans l'affaire *Siderman de Blake*, par exemple, bien que la torture soit interdite par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit décrit le *jus cogens* comme « un sous-ensemble supérieur de normes reconnues comme faisant partie du droit international coutumier¹⁶¹ ». Cette approche, dans le cadre de laquelle des règles conventionnelles, même si elles ne constituent pas elles-mêmes des normes du droit international général, peuvent néanmoins refléter ou exprimer de telles normes, qui peuvent ensuite être élevées au statut de *jus cogens*, est également présente dans la doctrine¹⁶². L'approche ainsi identifiée est également étayée par des prononcés d'organes internationaux non judiciaires de surveillance, qui visent

¹⁵⁹ *Le Procureur c. Zdravko Tolimir*, affaire n° IT-05-88/2-T, jugement, 12 décembre 2012, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, par. 733 (« Ces articles de la Convention [pour la prévention et la répression du crime de génocide] sont largement reconnus comme faisant partie du droit international coutumier et les règles qu'ils énoncent ont été élevées au rang de *jus cogens* »). Voir également *Jelisić* (note 84 *supra*), par. 60. Voir en outre *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, affaire n° IT-95-5/18-T, jugement, 24 mars 2016, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, par. 539.

¹⁶⁰ *Massacre de Las Dos Erres c. Guatemala*, jugement, 24 novembre 2009, Cour interaméricaine des droits de l'homme, opinion concordante du juge ad hoc Ramón Cadena Rámila (« À l'époque où les événements de la présente espèce se sont produits, l'interdiction établie à l'article 3 commun des Conventions de Genève [de 1949] faisait déjà partie du droit international coutumier, et même du *jus cogens* »).

¹⁶¹ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 715. Pour d'autres exemples de cas dans lesquels l'interdiction coutumière, et non l'interdiction conventionnelle, de la torture est invoquée comme fondement de la norme du *jus cogens*, voir, parmi de nombreuses affaires : *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* [note 68 *supra*]; *Al-Adsani* (note 46 *supra*), par. 30; et *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran* (note 51 *supra*), par. 151 et 152.

¹⁶² Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 125 et 126 (« Le droit conventionnel représente le *jus dispositivum* auquel le *jus cogens* est juxtaposé, et quel que soit le rôle que peuvent jouer les traités dans la cristallisation des normes impératives, ils ne sont pas eux-mêmes la source formelle de telles normes »); voir également Orakhelashvili, « Audience and authority... », p. 124 (« L'affaire du Nicaragua a réglé ce dilemme analytique il y a trois décennies [...] La Cour internationale de Justice a choisi de parler de règles coutumières créées par l'expression concertée et collective des positions de dizaines, voire de centaines d'États, manifestée par leur participation [notamment] aux traités multilatéraux »); et Criddle et Fox-Decent, « A fiduciary theory of *jus cogens* », p. 341. Voir en outre Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, p. 401 et 402, qui considère que le principe de la non-rétroactivité des infractions et des peines en tant que norme du *jus cogens* (ou au moins en tant que norme en formation du *jus cogens*), outre qu'il relève du droit international coutumier, est à maintes reprises reconnu « dans un droit conventionnel quasi universel », adopté « dans le cadre de leur droit interne par de si nombreux États » et qu'il ne se heurte à aucune « opposition [...] à l'époque moderne ».

notamment la pratique des États. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, par exemple, a considéré l'interdiction de toutes les formes de privation arbitraire de liberté à la fois comme « faisant partie du droit international coutumier et constituant une norme impérative (*jus cogens*) », mais a également conclu que l'interdiction de la détention arbitraire « est inscrite dans de nombreux instruments internationaux d'application universelle et a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États. Enfin, la détention arbitraire est dénoncée régulièrement au sein des instances nationales et internationales »¹⁶³. Dans l'affaire *Belhaj and Another v. Straw and Others* dont a connu la Cour suprême du Royaume-Uni, Lord Sumption, juge à la Cour (appuyé par Lord Hughes), s'est dit d'accord avec le Groupe de travail quant à l'identification de la norme du *jus cogens* susmentionnée¹⁶⁴ et, invoquant les principes énoncés à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a constaté l'existence d'un consensus presque total sur le noyau irréductible de l'obligation internationale au regard de laquelle « la détention est illégale si elle n'est pas fondée en droit ou si un tribunal ne peut en être saisi¹⁶⁵ ».

59. Ainsi, si les dispositions conventionnelles ne constituent pas en tant que telles des normes du droit international général aptes à constituer le fondement de normes du *jus cogens*, elles peuvent refléter des règles du droit international général susceptibles d'acquiescer le statut de *jus cogens*.

C. Second critère : reconnaissance et acceptation

60. Dans son premier rapport sur le sujet du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a indiqué que la majorité des règles du droit international relevaient du *jus dispositivum* et pouvaient être modifiées, faire l'objet de dérogations, voire être abrogées, par des actes consensuels des États¹⁶⁶. Cela vaut non seulement pour les règles conventionnelles, mais aussi pour les normes du droit international général. Si la Commission n'est pas en mesure d'approuver un texte reconnaissant expressément la distinction entre *jus dispositivum* et *jus cogens*, le Rapporteur spécial estime qu'il s'agit d'une distinction conceptuelle importante largement étayée par la pratique et la doctrine¹⁶⁷ et dont il faut espérer que la

¹⁶³ Voir le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire portant sur le droit des personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal (A/HRC/30/37), par. 11.

¹⁶⁴ Cour suprême du Royaume-Uni, *Belhaj and Another v. Straw and Others*, [2017] UKSC 3, arrêt, 17 janvier 2017, par. 271.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 270 (« Le consensus sur ce point est reflété dans les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [...], qui [...] a été à ce jour ratifié par 167 États [...]. La Malaisie est parmi les quelques États qui n'y sont pas parties, mais elle a déclaré qu'elle adhérerait aux principes qu'il énonce »).

¹⁶⁶ *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 504 et 505, par. 64 et 65.

¹⁶⁷ Voir *Plateau continental de la mer du Nord* (note 104 *supra*), à la page 43, par. 72 (« [s]ans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties »); *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298 [« [le] *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international) [est une] sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les États »]; et *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, opinion individuelle du juge Shahabuddeen,

Commission la réexaminera. Cependant, cette distinction est aussi importante parce qu'elle contribue à confirmer que toutes les «normes du droit international général» ne relèvent pas du *jus cogens*. La majorité de ces normes – normes du droit international général – relèvent du *jus dispositivum*. Les normes du droit international général ont le *potentiel* de devenir des normes du *jus cogens*. Pour devenir des normes du *jus cogens*, elles doivent satisfaire à des critères additionnels, énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

61. Avant d'examiner les conditions de l'élévation d'une norme du droit international général au statut de *jus cogens*, il faut se pencher sur la question préliminaire de l'ordre séquentiel. La structure de l'article 53 – une norme du *jus cogens* est une norme du droit international général qui est acceptée et reconnue par la communauté internationale en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise – donne à penser que ce qui vient en premier, du point de vue tant de la formation de la norme que de son identification, est le fait qu'il s'agit d'une norme du droit international général. Une fois qu'il est établi qu'une norme est une norme du droit international général, il faut lors de l'étape suivante montrer que cette norme satisfait au critère d'acceptation et de reconnaissance. Censée être fondée sur l'arrêt *Nicaragua*, l'analyse d'Alexander Orakhelashvili semble suggérer qu'il peut être prouvé que la norme en question est une «norme du droit international général» après qu'il a été déterminé qu'il s'agit d'une norme du *jus cogens*¹⁶⁸. Or, cette séquence ne suit pas. Outre la divergence d'opinions sur le point de savoir si l'arrêt *Nicaragua* a reconnu que l'interdiction de l'emploi de la force relevait du *jus cogens*¹⁶⁹, on voit mal à quoi servirait de déterminer le caractère coutumier d'une norme une fois qu'il a été établi qu'il s'agit d'une norme du *jus cogens*.

62. Cela ne signifie pas que les tribunaux devront *toujours* montrer méthodiquement dans quel ordre ils ont déterminé qu'une norme constituait une norme du *jus cogens*. Toutefois, il n'en est pas moins important, dans

p. 135 («[I]es États ont le droit de déroger d'un commun accord aux règles de droit international autres que celles du *jus cogens*»). Voir également *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, opinion individuelle du juge ad hoc Torres Bernárdez, à la page 245, par. 43 («[I]es règles énoncées aux articles 7 à 12 du statut du fleuve Uruguay n'étant pas des normes impératives (*jus cogens*), rien n'empêche les Parties de décider d'un "commun accord"»). En ce qui concerne la doctrine, voir Verdross, «*Jus dispositivum and jus cogens in international law*», p. 58 («Il existait manifestement un consensus à la Commission pour considérer que la majorité des normes du droit international général n'avaient pas le caractère de *jus cogens*»); Tomuschat, «*The Security Council and jus cogens*», p. 19 («La plupart des règles du droit international relèvent du *jus dispositivum*»); Magallona, «*The concept of jus cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*», p. 521 («les règles du *jus dispositivum* auxquelles il peut être dérogé par des contrats privés»); et Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, p. 5 («la plupart des règles [du droit international] ont un caractère dispositif – *jus dispositivum* – créé par un accord de volontés, et il peut aussi y être dérogé par un accord de volontés»).

¹⁶⁸ Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 119 et 120 («une fois qu'une norme fait partie du *jus cogens*, son statut coutumier peut être prouvé par des critères différents de ceux applicables aux autres normes»).

¹⁶⁹ Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 497, par. 46. Voir, sur ce point, Green, «*Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force*».

l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*, d'avoir à l'esprit la structure de l'article 53 et les conséquences qui en découlent.

63. L'article 53 dispose que, pour relever du *jus cogens*, une norme du droit international général doit aussi être une norme qui est «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Comme cela a été expliqué ci-dessus, il s'agit d'une condition composite, soit une condition d'acceptation et de reconnaissance. Cette condition d'«acceptation et de reconnaissance» est toutefois composée d'autres éléments, à savoir: a) «la communauté internationale des États dans son ensemble», et b) «à laquelle aucune dérogation n'est permise». Ces éléments concernent différents aspects de l'acceptation et de la reconnaissance visées à l'article 53. Ils indiquent qui doit accepter et reconnaître, et ce qui doit être accepté et reconnu.

64. Comme on l'a déjà dit, il n'est pas nécessaire de montrer que la norme en question est «une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise» ni qu'elle «ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Sans préjuger le contenu et les conclusions des rapports futurs, le premier membre de phrase énonce une conséquence des normes du *jus cogens*, le second explique comment les normes du *jus cogens* peuvent être modifiées. Aux fins du présent rapport, et en particulier des critères du *jus cogens*, ces éléments montrent ce qu'il faut démontrer que la communauté internationale des États dans son ensemble a «accepté et reconnu».

65. Comme cela est indiqué ci-dessus, c'est la «communauté internationale des États dans son ensemble» qui doit accepter et reconnaître le caractère de *jus cogens* d'une norme. On se souviendra que la Commission elle-même, lorsqu'elle a adopté le projet d'article 50, n'y a pas fait figurer l'élément de reconnaissance et d'acceptation par la communauté internationale des États dans son ensemble, indiquant seulement qu'une norme du *jus cogens* est une norme «à laquelle aucune dérogation n'est permise¹⁷⁰». Toutefois, même durant les débats de la Commission, le lien entre normes du *jus cogens* et acceptation par la «communauté internationale des États» a été souligné par divers membres de la Commission¹⁷¹.

66. La proposition des États-Unis visant à amender le texte de la Commission (projet d'article 50) afin qu'une norme du *jus cogens* soit définie comme une norme «reconnue par l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde¹⁷²» avait pour objectif avoué de faire en sorte que le caractère impératif de la norme en question soit «approuv[é] par la communauté internationale tout

¹⁷⁰ Voir l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 200.

¹⁷¹ Voir *Annuaire... 1966*, vol. I (1^{re} partie), 828^e séance, p. 40 et 41, par. 34 («M. de Luna considère le *jus cogens* comme [...] un droit positif, créé par les États non dans leur intérêt individuel, mais en tant qu'organes de la communauté internationale»).

¹⁷² Voir *supra* la note 132.

entière¹⁷³». L'amendement des États-Unis a été rejeté de crainte, notamment, qu'il n'implique une subordination des normes du *jus cogens* au droit interne¹⁷⁴, mais l'idée d'acceptation et de reconnaissance par la communauté internationale a été largement acceptée à la Conférence de Vienne. La proposition faite par l'Espagne, la Finlande et la Grèce, qui était plus directe sur ce point, décrivait simplement une norme du *jus cogens* comme une norme «reconnue par la communauté internationale» à laquelle aucune dérogation n'était permise¹⁷⁵.

67. C'est sur la base de l'amendement conjoint de l'Espagne, de la Finlande et de la Grèce que la Conférence de Vienne a adopté le texte de l'article 53¹⁷⁶. Le Comité de rédaction a pour sa part inséré le mot «acceptée» dans cet amendement, de telle manière que l'indérogeabilité de la norme en question était «acceptée et reconnue» par la communauté internationale¹⁷⁷. Selon le Président du Comité de rédaction, le Comité avait procédé à cet ajout parce que l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice contenait les mots «reconnu[e]s» et «acceptée»¹⁷⁸ – «reconnu[e]s» qualifiant les conventions et traités et les principes généraux de droit, «acceptée» qualifiant la coutume internationale. Les mots «dans son ensemble» ont été insérés par le Comité de rédaction pour indiquer «qu'aucun État particulier ne doit avoir un droit de veto» en ce qui concerne la reconnaissance d'une norme comme relevant du *jus cogens*¹⁷⁹. Le Président du Comité de rédaction a expliqué que le Comité avait ajouté l'expression «dans son ensemble» pour indiquer qu'il n'était pas nécessaire «qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États» et qu'il suffisait «d'une très large majorité»¹⁸⁰. Les mots «dans son ensemble» indiquent que ce n'est pas individuellement mais collectivement que les États sont tenus d'accepter et de reconnaître l'indérogeabilité de la norme

¹⁷³ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 52^e séance, p. 320, par. 17 (États-Unis).

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 322, par. 38 (Cuba); *ibid.*, 53^e séance, p. 328, par. 41 (Pologne); et *ibid.*, p. 330, par. 51 (Uruguay), qui considère que, si la proposition des États-Unis visait à indiquer que la norme devait être reconnue, l'idée n'était «peut-être pas exprimé[e] d'une manière très heureuse».

¹⁷⁵ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (note 132 *supra*), p. 187, par. 462 c. Voir également *ibid.*, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 53^e séance, p. 330, par. 52 (Uruguay), qui considère que l'amendement de l'Espagne, de la Finlande et de la Grèce exprimait l'intention qui sous-tendait la proposition des États-Unis.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 80^e séance, p. 513, par. 4 (M. Yasseen, Président du Comité de rédaction).

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 7.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 514, par. 12. Voir également de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 543 («Ce seuil d'acquisition du statut de norme impérative est rigoureux, car s'il ne requiert pas le consensus de tous les États [...], il exige cependant l'acceptation d'une large majorité d'entre eux»). Voir en outre Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 111 («[réflète] le consentement de l'immense majorité des États. Ni un seul État ni un très petit nombre d'États ne peuvent faire obstacle à la formation des normes impératives»).

en question. Même au sein de la Commission, certains membres semblaient comprendre le *jus cogens* comme exigeant une acceptation collective¹⁸¹.

68. Comment le Comité de rédaction en est venu à insérer les mots «des États» pour aboutir à l'expression «la communauté internationale des États dans son ensemble», c'est ce que les travaux préparatoires n'expliquent pas. Au sein de la Commission, certains membres entendaient les mots «communauté internationale» comme désignant la communauté internationale des États, d'autres la comprenant dans un sens plus large, comme ne se limitant pas à la communauté des États¹⁸². Il est toutefois clair que, même sans l'ajout des mots «des États», les participants à la Conférence de Vienne interprétaient l'expression «communauté internationale dans son ensemble» comme signifiant «communauté internationale des États dans son ensemble»¹⁸³. Les États-Unis, par exemple, expliquant l'objet de leur amendement, ont évoqué la reconnaissance de la «communauté internationale tout entière» mais l'ont assimilée à la «voix» que les «différents États et groupes d'États» devaient avoir «dans la formulation du *jus cogens*»¹⁸⁴. De même, Chypre, après avoir déclaré que le *jus cogens* visait à protéger les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, a souligné que «[l]es petits États ont encore plus d'intérêt que les grands à ce que soit adoptée cette règle»¹⁸⁵.

69. La question de savoir si l'expression «communauté internationale dans son ensemble» figurant à l'article 53 doit *maintenant* être interprétée comme englobant également les entités autres que les États, par exemple les organisations internationales, les organisations non gouvernementales, voire les individus, qui participent à la création des normes du *jus cogens* a été récemment soulevée. Dans la déclaration qu'il a faite durant l'examen du rapport de la Commission du droit international à la Sixième Commission, le Canada, tout en soulignant que la définition du *jus cogens*, quelle qu'elle soit, ne devait pas s'écarter de l'article 53, a néanmoins déclaré qu'«il serait utile pour la [Commission] [...] d'élargir l'idée de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme impérative [...] de manière à ce qu'elle soit reconnue par d'autres entités, comme les organisations internationales

¹⁸¹ Voir *Annuaire... 1966*, vol. I (1^{re} partie), 828^e séance, p. 40 et 41, par. 34 (M. de Luna), qui considère le *jus cogens* «comme un droit positif, créé par les États non dans leur intérêt individuel, mais en tant qu'organes de la communauté internationale».

¹⁸² Voir, pour un exemple d'interprétation plus large de l'expression «communauté internationale», *ibid.*, p. 38, par. 9 (M. Verdross) («il y a des règles de droit international [...] qui sont conçues dans l'intérêt de la communauté internationale, c'est-à-dire de l'humanité tout entière*»). Pour un exemple d'interprétation étroite de l'expression, voir la note précédente.

¹⁸³ Pour un essai intéressant sur le concept de «communauté internationale», voir Karakulian, «The idea of the international community in the history of international law», en particulier la page 590, où l'auteur fait valoir qu'initialement l'expression désignait «quelque chose de commun à l'espèce humaine», mais qu'elle a progressivement «acquis un caractère interétatique, la communauté humaine générale présumée demeurant dans le cadre de l'érudition et de la formation classique et perdant sa dimension juridique».

¹⁸⁴ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 52^e séance, p. 320, par. 17 (États-Unis).

¹⁸⁵ *Ibid.*, 53^e séance, p. 332, par. 67 (Chypre).

et non gouvernementales¹⁸⁶». De fait, dans le cadre du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, la Commission a envisagé d'utiliser l'expression « communauté internationale dans son ensemble »¹⁸⁷. Toutefois, après réflexion, la Commission a décidé que « c'étaient les États qui, dans l'état actuel du droit international, étaient appelés à établir ou reconnaître des normes impératives¹⁸⁸ ».

70. De même, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, c'est sur la base d'instruments élaborés par les États que la Cour internationale de Justice a jugé que l'interdiction de la torture relevait du *jus cogens*¹⁸⁹. La Cour pénale internationale a elle aussi déclaré que le *jus cogens* impliquait la reconnaissance des États¹⁹⁰. Les tribunaux internes ont eux aussi continué à lier l'établissement des normes du *jus cogens* à la reconnaissance des États¹⁹¹. Si, dans la pratique et la doctrine, le *jus cogens* continue d'être lié à la notion de conscience de l'humanité¹⁹², les documents invoqués pour illustrer la reconnaissance des normes comme relevant du *jus cogens* demeurent des documents élaborés par les États, comme des traités et des résolutions de l'Assemblée générale.

71. Dans le cadre de l'examen des sujets de la détermination du droit international coutumier et des accords et

¹⁸⁶ A/C.6/71/SR.27, par. 9. Voir également *Annuaire... 2016*, vol. I, 3322^e séance, p. 290, par. 4 (M. Petrič, durant le débat de la Commission sur le *jus cogens*): « M. Petrič souscrit à l'analyse et aux conclusions du Rapporteur spécial au sujet de la controverse concernant le rôle du consentement dans la formation du *jus cogens* et ajoute que le consentement de la communauté internationale des États dans son ensemble renvoie *ipso facto* au consentement de la société des hommes, car l'un ne saurait aller sans l'autre. »

¹⁸⁷ Voir le paragraphe 3 du commentaire de l'article 53 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 58.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99. La Cour cite notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme [résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948], les Conventions de Genève de 1949, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1975, annexe] et le droit interne.

¹⁹⁰ *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus, 1^{er} octobre 2013, Cour pénale internationale, Chambre de première instance II, par. 30 (« le caractère impératif [du principe de non-refoulement] a de plus en plus tendance à être reconnu par les États »).

¹⁹¹ Voir, par exemple, *Buell v. Mitchell* (note 95 *supra*), par. 102 (« reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble »); *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran* (note 90 *supra*), par. 49; À propos de l'application par les cours de compétence générale des principes et des normes du droit international et des traités internationaux de la Fédération de Russie (note 51 *supra*); et *Aran-cibia Clavel* (note 54 *supra*), par. 29.

¹⁹² *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [voir *supra* la note 44], par. 87, citant *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 43]; Cançado Trindade, *International Law for Humankind*, p. 144 (« J'estime qu'il existe, dans le monde multiculturel de notre époque, un minimum irréductible qui, en ce qui concerne le législateur international, repose sur sa source matérielle ultime : la conscience humaine »).

de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a également dû se pencher sur le rôle des acteurs non étatiques. En ce qui concerne la pratique aux fins de la formation et de l'expression du droit international coutumier, la Commission a décidé que c'était « principalement la pratique des États » qui était pertinente¹⁹³. L'utilisation de l'adverbe « principalement » vise à souligner que, dans certains cas, la pratique des organisations internationales peut aussi contribuer au droit international coutumier¹⁹⁴. La pratique, ou « conduite », d'acteurs non étatiques comme les organisations non gouvernementales ne contribue pas à la formation ou à l'expression du droit international coutumier, mais « peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique¹⁹⁵ ». De même, dans le contexte des accords et de la pratique ultérieurs, la Commission a estimé que si la pratique des acteurs non étatiques ne constituait pas une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des traités, elle pouvait « être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité¹⁹⁶ ».

72. Dans le même esprit, si ce sont la reconnaissance et l'acceptation des États qui sont pertinentes pour l'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens*, la pratique des acteurs non étatiques n'est pas dénuée de pertinence. Elle peut aboutir à la reconnaissance et à l'acceptation par les États du caractère impératif d'une norme, ou contribuer à l'évaluation de cette reconnaissance et de cette acceptation. Il n'en reste pas moins que ce sont l'acceptation et la reconnaissance de « la communauté internationale des États dans son ensemble » qui sont pertinentes.

73. Pour qu'une norme du droit international général acquière le statut de *jus cogens*, elle doit être reconnue par la « communauté internationale des États dans son ensemble » comme ayant une qualité particulière, à savoir qu'il ne peut y être dérogé. Comme cela a été expliqué ci-dessus, la non-dérogation n'est pas en soi un critère d'identification du *jus cogens*¹⁹⁷. C'est en effet l'acceptation et la reconnaissance du fait que la norme a cette qualité qui constitue le critère du *jus cogens*. En soi, la non-dérogation est la première conséquence du caractère

¹⁹³ Voir la conclusion 4, paragraphe 1, du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 64.

¹⁹⁴ Paragraphe 2 de la conclusion 4, *ibid.* Voir également le paragraphe 2 du commentaire de la conclusion 4, *ibid.*, p. 71.

¹⁹⁵ Paragraphe 3 de la conclusion 4, *ibid.*, p. 64.

¹⁹⁶ Paragraphe 2 de la conclusion 5 du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 90.

¹⁹⁷ Voir, pour une opinion contraire, Orakhelashvili, « Audience and authority », p. 119, pour qui l'indérogeabilité détermine « quelles règles entrent dans la catégorie du *jus cogens* ». Selon lui, l'indérogeabilité d'une norme implique qu'elle soit « non bilatéralisable ». Toutefois, aussi intéressante cette théorie soit-elle, ce n'est qu'une théorie qui n'est nullement étayée par la pratique. Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the "highest law" ? », p. 192. Voir, toutefois, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 65 (« L'acceptation et la reconnaissance [d'une norme] par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise détermine l'acquisition par cette norme de son caractère impératif »). Cela ne signifie pas néanmoins que le contenu de la norme est dénué de pertinence. Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 84 *supra*), à la page 258, par. 83 (« La question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle »).

impératif¹⁹⁸ et elle sera examinée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial (2018). Cette conséquence est ce qui distingue les normes du *jus cogens* de la majorité des autres normes du droit international, à savoir le *jus dispositivum*¹⁹⁹.

74. Une analyse plus détaillée de la non-dérogation figurera dans un rapport à venir; aux fins du présent rapport, il suffit d'indiquer que «la communauté internationale des États dans son ensemble» doit accepter et reconnaître que la norme en question est une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. En d'autres termes, la communauté internationale des États dans son ensemble accepte et reconnaît que les règles et autres normes du *jus dispositivum* qui sont incompatibles avec la norme considérée sont nulles. En particulier, toute norme spéciale ou postérieure du *jus dispositivum* n'aura pas la priorité sur la norme en question et sera nulle si elle est incompatible avec elle²⁰⁰. Le critère est donc que la communauté internationale des États dans son ensemble accepte et reconnaît que, à la différence des autres normes générales du droit international, la norme en question demeurera universellement applicable et ne pourra être fragmentée²⁰¹. En d'autres termes, il est impossible en droit «d'annuler ou d'abroger, de détruire ou d'amoinrir la force et l'effet, de réduire l'étendue de l'autorité» de la norme²⁰².

¹⁹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 141, par. 95 («[u]ne règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation»); Kolb, *Peremptory International Law*, p. 2 («Le terme clé pour l'interprétation classique du *jus cogens* est donc "dérogeabilité". En d'autres termes, le *jus cogens* est défini par une qualité particulière de la norme en question, à savoir le fait juridique qu'elle ne souffre aucune dérogation»). Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 60 («la présomption qu'on peut y déroger est la caractéristique des normes internationales»); Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 125 («Le fait qu'on ne peut déroger aux normes impératives est une caractéristique intrinsèque, peut-être la plus importante, de la définition du *jus cogens*»); Costello et Foster, «Non-refoulement as custom and *jus cogens*?...», p. 280 («Si l'indérogeabilité est une caractéristique déterminante du *jus cogens*, c'est une caractéristique nécessaire mais non suffisante»).

¹⁹⁹ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 104), à la page 43, par. 72 («[s]ans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties»). Pour une reconnaissance plus explicite de la distinction entre *jus cogens* et *jus dispositivum*, voir *Sud-Ouest africain* (note 167 *supra*), opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298 [«[le] *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international) [est une] sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les États»].

²⁰⁰ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 125 et 126. Voir également Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 60.

²⁰¹ Orakhelashvili, «Audience and authority», p. 118 («[u]ne norme du *jus cogens* est donc [...] censée s'appliquer de manière uniforme à tous les membres de la communauté [internationale]. Par indérogeabilité, il faut entendre l'impossibilité juridique de se soustraire au champ d'application matériel de la règle ou à son effet impératif, ce qui renforce l'exigence de l'uniformité permanente dans l'application de la norme en question»). Voir également Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 86 («Cet effet juridique du *jus cogens* reflète la résistance des normes impératives à toute modification ou abrogation par la volonté particulière des États pris individuellement»).

²⁰² Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 73.

75. Une disposition conventionnelle interdisant la conclusion d'un traité dérogeant à un traité antérieur ou le modifiant au sens de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas nécessairement une norme du *jus cogens*²⁰³. Une telle disposition ne serait pas une norme du droit international général et ne s'appliquerait qu'*inter partes*. Ainsi, les États qui ne sont pas parties audit traité pourraient valablement conclure un traité interdit par le traité antérieur. De plus, les conséquences de la violation d'une telle clause ne seront pas nécessairement la nullité du traité mais seront définies par d'autres règles du droit international, y compris les règles énoncées dans le traité lui-même²⁰⁴. Bien que n'étant pas en elle-même une norme du *jus cogens*, une telle disposition peut refléter une telle norme. De plus, aux fins des critères, elle peut être utile comme preuve en ce qui concerne une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

76. L'analyse ci-dessus explique de qui l'acceptation et la reconnaissance doivent émaner et ce qui doit être accepté et reconnu. Elle n'explique toutefois pas comment l'acceptation et la reconnaissance doivent être établies. Ce sont l'acceptation et la reconnaissance qui sont au cœur de l'élévation d'une norme au statut de *jus cogens*. L'élément d'acceptation et de reconnaissance est le plus important des critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international. Si le contenu des normes et les valeurs qu'elles visent à protéger constituent les raisons sous-jacentes du caractère impératif de ces normes, ce qui les identifie en tant que normes du *jus cogens* est l'acceptation et la reconnaissance de ce statut par la communauté internationale des États dans son ensemble²⁰⁵.

77. Jure Vidmar et Erika de Wet ont indiqué que l'exigence d'acceptation et de reconnaissance impliquait une «double acceptation», puisque la norme doit être acceptée d'abord comme une norme «ordinaire» du droit international, puis comme une norme impérative du droit international²⁰⁶. Cette observation est exacte, dès lors qu'il est entendu que la «première» et la «seconde» acceptations sont qualitativement différentes l'une de l'autre. Dans le cadre de la première, la norme est acceptée en tant que norme du droit international, soit par une «acceptation comme étant le droit» (*opinio juris sive*

²⁰³ L'article 41, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 dispose que «[d]eux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement [...] b) si la modification en question n'est pas interdite par le traité».

²⁰⁴ Voir, sur ce point, Costelloe, «Legal consequences of peremptory norms in international law», p. 27 [«Les articles 41, paragraphe 1, et 58, paragraphe 1, de la [Convention de Vienne de 1969] donnent à penser qu'une tentative de modification ou de suspension d'un traité non conforme à la disposition concernée sera sans effet, même si les conséquences exactes demeurent imprécisées et inconnues. Comme ces dispositions ne figurent pas dans la section 2 de la partie V de la [Convention de Vienne de 1969] («Nullité des traités»), les conséquences de tels accords *inter se* ne seront pas nécessairement celles de la nullité»].

²⁰⁵ Voir également Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 66.

²⁰⁶ De Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 542 («La communauté internationale des États dans son ensemble soumettra donc une norme impérative à une "double acceptation"»); et Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law», p. 25 («Une norme impérative peut être considérée comme soumise à une "double acceptation" de la communauté internationale des États dans son ensemble: l'acceptation du contenu de la norme, et l'acceptation de son caractère particulier, c'est-à-dire impératif»).

necessitatis) s'agissant du droit international coutumier, soit par une reconnaissance «par les nations civilisées» s'agissant des principes généraux de droit. La seconde acceptation est l'acceptation d'une qualité particulière de cette norme générale du droit international, à savoir le fait qu'il ne peut y être dérogé²⁰⁷. Cette dernière acceptation a été appelée *opinio juris cogentis*²⁰⁸. Plus important, et dans le fil de ce qui précède quant aux implications de l'expression «dans son ensemble», cette double acceptation ne nécessite pas l'«acceptation» ou le «consentement» des États pris individuellement, mais exige que la communauté internationale des États dans son ensemble, ou collectivement, considère que la norme en question ne souffre aucune dérogation²⁰⁹.

78. Si cette approche est généralement acceptée²¹⁰, la question importante est celle de savoir comment l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité – *opinio juris cogentis* – doivent être établies. Cette question en soulève elle-même deux autres. Premièrement, quels éléments peuvent être invoqués pour démontrer qu'une norme a acquis un caractère impératif ? Deuxièmement, quel doit être le contenu des éléments pertinents ?

79. En ce qui concerne la nature des éléments pouvant être invoqués pour établir l'acceptation et la reconnaissance,

²⁰⁷ Voir, sur ce point, Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law», p. 26. Voir également Costello et Foster, «Non-refoulement as custom and *jus cogens*», p. 281 («pour relever du *jus cogens*, une norme doit satisfaire aux critères ordinaires du droit international coutumier [...] et doit de plus avoir été largement considérée comme ne souffrant aucune dérogation»); et Hameed, «Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law», p. 62. Voir en outre Christenson, «*Jus cogens*...», p. 593 («[L]es éléments de preuve devront aussi démontrer l'existence de l'*opinio juris* requise quant au caractère impératif de l'obligation, en attestant l'acceptation de cette qualité primordiale de la norme»); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* [note 115 *supra*] («pour qu'une telle norme coutumière du droit international devienne une norme impérative, il faut en outre que "la communauté internationale [...] dans son ensemble" reconnaisse [qu'il s'agit] d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»).

²⁰⁸ Bartsch et Elberling «*Jus cogens* vs. State immunity, round two...», p. 485 [«Comme on peut le déduire de l'article 53 de la Convention de Vienne [de 1969], l'évolution d'une règle du *jus cogens* [...] présuppose, outre les éléments de pratique des États et d'*opinio juris*, la conviction de la grande majorité des États que la règle concernée est d'une importance fondamentale et qu'aucune dérogation n'y est donc permise (*opinio juris cogentis*)»]. Voir, sur ce point, Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», p. 167 («La plupart des propositions empruntent une voie intermédiaire. Néanmoins, la pratique et l'*opinio juris* sont requises en ce qui concerne la reconnaissance de la règle elle-même. Toutefois, l'indérogeabilité, l'*opinio juris cogentis*, peut en conséquence être établie à l'aide de critères tirés du droit conventionnel»).

²⁰⁹ Voir, par exemple, Pellet, «The normative dilemma...», p. 38, indiquant que l'exigence, énoncée à l'article 53, de l'acceptation et de la reconnaissance de la communauté internationale dans son ensemble «exclut une acceptation, ou même une reconnaissance, État par État».

²¹⁰ Voir, par exemple, Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 20. Voir également Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate», en particulier les pages 65 à 69, examinant des approches différentes, plus marginales. L'auteur indique que les positivistes font valoir que, pour qu'il y ait pratique générale, «les États ne dérogent généralement pas à une règle de droit [...], pas plus qu'ils ne modifient généralement [une telle règle] au moyen du droit international ordinaire. Deuxièmement, il faut qu'il y ait une *opinio juris generalis*: les États doivent souscrire largement à l'opinion selon laquelle, en vertu d'un ensemble de règles coutumières faisant autorité [...] aucune dérogation à [la règle] n'est permise». Ainsi, pour les positivistes, il est aussi nécessaire de démontrer, outre qu'il existe une règle en suivant le processus ordinaire, que l'exigence coutumière d'une pratique et d'une *opinio juris* est satisfaite en ce qui concerne l'indérogeabilité.

il convient de rappeler que l'expression «communauté internationale des États dans son ensemble» implique que c'est «l'acceptation et la reconnaissance» des États qui sont en cause. Il doit donc s'agir d'éléments susceptibles d'exprimer les vues pertinentes des États. Cela signifie en particulier qu'il doit s'agir d'éléments élaborés, adoptés et/ou approuvés par les États. Les éléments émanant d'autres sources peuvent très bien être pertinents, mais en tant que source subsidiaire et moyen d'évaluation des éléments exprimant les vues des États.

80. On peut tirer des enseignements précieux en ce qui concerne les critères d'identification des normes du *jus cogens* de l'approche adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. Premièrement, conformément à l'approche générale décrite ci-dessus, la Cour déclare que l'interdiction de la torture «relève du droit international coutumier» puis note qu'«elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)»²¹¹. La Cour énumère ensuite les éléments à partir desquels elle conclut qu'il existe une *opinio juris*²¹². Cette liste comprend des traités et des résolutions et renvoie au droit interne :

Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les Conventions de Genève pour la protection des victimes de [la] guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966; la résolution [3452 (XXX)] de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales²¹³.

81. La Cour n'indique pas explicitement si elle vise l'*opinio juris cogentis* ou seulement l'*opinio juris sive necessitatis*. Il est même possible que la Cour ait combiné l'une et l'autre. Il semble toutefois qu'elle considère qu'il s'agit d'éléments pertinents pour établir l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité. La référence à des instruments «à vocation universelle» – une caractéristique fondamentale des normes du *jus cogens* – donne à penser que la Cour vise l'acceptation et la reconnaissance du caractère impératif des normes. On peut aussi penser qu'elle considère que les éléments pertinents pour évaluer l'*opinio juris* «ordinaire» sont les mêmes que ceux qui sont pertinents pour évaluer si la communauté internationale des États dans son ensemble a accepté et reconnu le caractère impératif d'une norme.

82. Si les États et autres acteurs du droit international n'indiquent pas toujours clairement sur quelle base ils se fondent pour considérer que telle ou telle norme a acquis le statut de *jus cogens*²¹⁴, l'invocation de traités et de

²¹¹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.* Cette approche est comparable à celle suivie dans le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire (A/HRC/30/37, voir *supra* la note 163). Il convient d'observer que les sources mentionnées par la Cour sont comparables à celles visées par la cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit dans l'affaire *Filartiga v. Pena-Irala*, arrêt, 30 juin 1980, 630 F.2d 876, p. 7 à 11.

²¹⁴ Voir, sur ce point, de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 544.

résolutions d'organisations internationales comme preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de l'indérogeabilité des normes est fréquente et ne devrait pas être controversée²¹⁵. L'idée que les traités et les résolutions des organisations internationales, en particulier de l'Organisation des Nations Unies, sont des instruments pertinents pour attester l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité est aussi reflétée dans des déclarations des États. Elle est de plus conforme à celle voulant que c'est l'opinion des États qui détermine la dérogeabilité.

83. Si les traités et résolutions sont des exemples d'instruments pouvant attester l'acceptabilité et la reconnaissance de la non-dérogeation, ce ne sont pas les seuls documents pertinents pour identifier les normes du *jus cogens*. Tout document attestant que les États considèrent collectivement que telle ou telle norme est une norme à laquelle aucune dérogeation n'est permise est pertinent aux fins de l'identification des normes du *jus cogens*. Comme l'*opinio juris sive necessitatis*, l'acceptation et la reconnaissance peuvent « revêtir une grande variété de formes²¹⁶ ». Les documents visés dans la liste non exhaustive des formes de preuve de l'*opinio juris* figurant dans la conclusion 10 du projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier peuvent également servir de preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de l'indérogeabilité²¹⁷. Ainsi, outre les dispositions conventionnelles et les résolutions, les déclarations publiques faites au nom des États, les publications officielles, les avis juridiques gouvernementaux, la correspondance diplomatique et les décisions des juridictions nationales peuvent également servir de preuves de l'acceptation et de la reconnaissance²¹⁸. C'est

²¹⁵ Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [note 43 *supra*], aux pages 110 et 111, par. 161; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [note 44 *supra*], à la page 442, par. 87. Voir également *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, à la page 595, par. 28, dans lequel la Cour évoque les arguments de la Guinée selon lesquels le droit à un procès équitable relève du *jus cogens* sur le fondement, notamment, de divers instruments; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, opinion individuelle du Vice-Président Ammoun, à la page 79, invoquant des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité pour conclure que le droit à l'autodétermination est un droit impératif; exposé écrit des Îles Salomon inclus dans la lettre du 19 juin 1995 du représentant permanent des Îles Salomon auprès de l'Organisation des Nations Unies, concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, p. 41, par. 3.39 (« [i] est tout à fait normal en droit international que les règles les plus communes et les plus fondamentales soient réaffirmées et incorporées à maintes reprises dans des traités »). Le texte de cet exposé écrit est disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite (en anglais seulement).

²¹⁶ Paragraphe 2 du commentaire de la conclusion 10 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2016*, vol. II (2^e partie), p. 77 et 78.

²¹⁷ Le paragraphe 2 de la conclusion 10 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier (*ibid.*, p. 65) contient une liste d'exemples des formes de preuves de l'*opinio juris*.

²¹⁸ Voir, par exemple, *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 156, dans lequel le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie mentionne, entre autres, les décisions de juridictions internes ci-après : *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (note 49 *supra*); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (note 115 *supra*); tribunal de district des États-Unis pour le sud de l'État de New York, *Cabiri*

toutefois le contenu de ces diverses formes de preuve qui détermine si elles constituent l'acceptation comme étant le droit (aux fins du droit international coutumier), ou l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité (aux fins du *jus cogens*).

84. Parce que ce sont l'acceptation et la reconnaissance des États qui sont requises pour établir qu'une norme fait partie du *jus cogens*, tous les types de documents cités ci-dessus émanent de processus étatiques. Cela ne signifie toutefois pas que des documents émanant de la société civile, d'organes d'experts et d'autres sources ne peuvent être utilisés pour évaluer les instruments émanant des États et leur donner un contexte. Dans l'affaire *RM and Another v. Attorney General*, par exemple, la Haute Cour du Kenya a invoqué l'observation générale n° 18 (1989) du Comité des droits de l'homme, relative à la non-discrimination²¹⁹, pour décider si la non-discrimination était une norme impérative du droit international général²²⁰. De même, pour conclure que le principe du non-refoulement était une norme du *jus cogens*, la Cour pénale internationale a invoqué, notamment, l'opinion du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés²²¹. De même, la conclusion du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija*, selon laquelle l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, reposait notamment sur les observations de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, du Comité des droits de l'homme et du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²²². Ces « autres » documents peuvent, bien entendu, ne pas constituer des preuves de l'acceptation et de la reconnaissance. Toutefois, ils peuvent donner un contexte aux principales formes de preuve et contribuer à leur évaluation.

85. Des décisions de juridictions internationales ont également été régulièrement citées pour déclarer que telle ou telle norme avait acquis le statut de *jus cogens*. Dans l'affaire *Le Procureur c. Popović*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a cité l'observation de la Cour internationale de Justice figurant dans l'arrêt *Application de la Convention pour la prévention et la répression du*

v. Assasie-Gyimah, 921 F. Supp. 1189 (1996), 1196; cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *In re Estate of Ferdinand E. Marcos*, 978 F.2d 493; et Cour suprême des États-Unis, *Marcos Manto v. Thajane*, 508 US 972, 125L Ed 2d 661, 113 S. Ct. 2960.

²¹⁹ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18 (1989) sur la non-discrimination (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 40 [A/45/40 (Vol. I)]*, annexe VI, sect. A), par. 1.

²²⁰ Haute Cour du Kenya, *RM and Another v. Attorney General*, jugement, 1^{er} décembre 2006, *Kenya Law Reports*, p. 18.

²²¹ Voir *Katanga* (note 190 *supra*), par. 30, visant l'avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement émis en 2007 par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. La Cour a également visé plusieurs conclusions du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire.

²²² Voir *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 144 et 153. Le Tribunal a cité la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », l'observation générale n° 24 (1994) du Comité des droits de l'homme sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 [A/50/40 (Vol. I)]*, annexe V) et un rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (E/CN.4/1986/15).

crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*) [citant *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*] selon laquelle «la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international (*jus cogens*)²²³». Bien que la Cour internationale de Justice n'ait pas mentionné le *jus cogens* dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*²²⁴, cet avis consultatif a souvent été cité pour conclure que l'interdiction du génocide était une norme du *jus cogens*²²⁵. L'observation faite par la Cour internationale de Justice concernant les conséquences des «principes intransgressibles du droit international coutumier» dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* a également été citée à l'appui de la conclusion selon laquelle les violations graves des Conventions de Genève de 1949 constituaient des violations de normes du *jus cogens*²²⁶. Dans l'affaire *Furundžija*, par exemple, la conclusion du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie selon laquelle l'interdiction de la torture est une norme du *jus cogens* repose notamment sur l'étendue de cette interdiction, y compris le fait que les États «ne peuvent [...] expulser, refouler ou extraditer» une personne vers un lieu où elle risque d'être torturée²²⁷. Pour démontrer l'étendue de cette interdiction, le Tribunal a notamment cité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁸. Dans l'affaire *Ayyash et autres*, le Tribunal spécial pour le Liban a conclu que les principes de légalité²²⁹ et de l'équité

du procès²³⁰ avaient le statut de *jus cogens*, et, dans l'affaire *El Sayed*, que le droit d'accès à la justice revêtait «le caractère de norme impérative (*jus cogens*)²³¹» sur la base, notamment, de la jurisprudence de juridictions nationales et internationales.

86. Les travaux de la Commission ont également été cités pour déterminer si telle ou telle norme avait acquis le statut de *jus cogens*. Il est notoire que lorsqu'elle a évalué le statut de l'interdiction de l'emploi de la force, la Cour internationale de Justice a observé que «la Commission du droit international a exprimé l'opinion que "le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*"²³²». La plupart des contributions donnant une liste de normes du *jus cogens* généralement acceptées s'inspirent de la liste incorporée par la Commission dans le commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État²³³. Les travaux de la Commission peuvent ainsi également contribuer à l'identification des normes du *jus cogens*. La doctrine peut aussi être utile, à titre secondaire, pour évaluer les principales formes de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du statut de norme impérative et leur donner un contexte²³⁴.

d'appel, par. 76, citant le cas du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

²²³ *Le Procureur c. Popović et consorts*, affaire n° IT-05-88-T, jugement, 10 juin 2010, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, par. 807, note de bas de page 2910. Pour d'autres renvois à des jugements de la Cour pénale internationale concernant la Bosnie-Herzégovine, voir *Karadžić* (note 159 *supra*), par. 539, note de bas de page 1714.

²²⁴ Voir, sur ce point, *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, p. 501, par. 54, note de bas de page 190, où il est indiqué que, si la Cour internationale de Justice ne mentionne pas explicitement le *jus cogens* ou des normes impératives, elle décrit l'interdiction du génocide en des termes qui dénotent un caractère impératif.

²²⁵ Voir, par exemple, *Karadžić* (note 159 *supra*), par. 539; Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, dossier n° 002/19-09-2007-CETC/BCJI, décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture, 11 avril 2011, document n° D427/1/30, par. 244; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* [note 84 *supra*], à la page 32, par. 66; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [note 43 *supra*], aux pages 110 et 111, par. 161; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [note 44 *supra*], à la page 442, par. 87.

²²⁶ Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture (voir *supra* la note 225), par. 256; et Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de première instance, dossier n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, décision relative aux éléments de preuve obtenus sous la torture, 5 février 2016, document n° 350/8, par. 25, où est notamment cité l'arrêt relatif aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95). Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont, dans leur décision relative aux éléments de preuve obtenus sous la torture, cité d'autres décisions internationales, notamment *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012 (extraits); et *Cabrera Garcia et Montiel Flores c. Mexique*, arrêt, 26 novembre 2010, Cour interaméricaine des droits de l'homme.

²²⁷ *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 144.

²²⁸ *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série An° 161; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201; et *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

²²⁹ *Le Procureur c. Ayyash et autres*, affaire n° STL-11-01/I, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, 16 février 2011, Chambre

²³⁰ *Le Procureur c. Ayyash et autres*, affaire n° STL-11-01/PT/AC/AR90.1, arrêt relatif aux appels interjetés par la défense contre la décision relative aux contestations par la défense de la compétence et de la légalité du Tribunal, 24 octobre 2012, Chambre d'appel [citant l'arrêt *Kadi* (voir *supra* la note 62) du Tribunal de première instance des Communautés européennes].

²³¹ *El Sayed*, affaire n° CH/PRES/2010/01, ordonnance portant renvoi devant le juge de la mise en état, 15 avril 2010, Président du Tribunal spécial pour le Liban, par. 29 (citant des jugements de la Cour interaméricaine des droits de l'homme).

²³² *Activités militaires et paramilitaires* (voir *supra* la note 73), à la page 100, par. 190. Voir également Cour suprême du Chili, *Re Víctor Raúl Pinto, Re, Pinto v. Relatives of Tomás Rojas*, affaire n° 3125-04, décision sur l'annulation, 13 mars 2007, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1093 (CL 2007), par. 29 et 31.

²³³ Paragraphe 5 du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90. Voir den Heijer et van der Wilt, «*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law», p. 9, décrivant les normes figurant dans cette liste comme celles qui «ne sont pas contestables»; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 151; et Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 202. Voir également de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 543. Celle-ci cite non la liste de la Commission, mais celle figurant dans le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international [*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1], une liste légèrement différente. Par exemple, dans cette liste, «le droit de légitime défense» est en lui-même une norme de *jus cogens*, alors que la liste de la Commission cite «l'interdiction de l'agression» mais non «la légitime défense» en tant que norme du *jus cogens* indépendante.

²³⁴ Voir, par exemple, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company* (note 50 *supra*), p. 108, citant Bassiouni, «Crimes against humanity»; *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara*, affaires n°s SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), décision relative à une contestation de compétence: amnistie de l'Accord de Lomé, 13 mars 2004, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, par. 71, citant Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*; et *Bayan Muna* (note 53 *supra*), citant Bassiouni, «International crimes...». Voir également *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (note 49 *supra*), p. 718, citant plusieurs auteurs, y compris Parker et Neylon, «*Jus cogens...*», et Randall, «Universal jurisdiction under international law», à l'appui de la proposition selon laquelle l'interdiction de la torture est une norme du *jus cogens*.

87. On aura remarqué que les documents visés ci-dessus sont essentiellement les mêmes que ceux qui sont pertinents pour la détermination du droit international coutumier, c'est-à-dire qu'ils peuvent être invoqués en tant que pratique ou preuve de l'*opinio juris*. Comme cela est indiqué ci-dessus, ce qui distingue l'acceptation et la reconnaissance en tant que critères du *jus cogens* des utilisations potentielles de ces documents pour la détermination du droit international coutumier est que, dans le premier cas, les documents doivent attester que la communauté internationale des États dans son ensemble considère que la norme en question est une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise²³⁵. Des dispositions conventionnelles interdisant les réserves ou le retrait et toute dérogation, sans être concluantes, seront elles aussi pertinentes à cette fin.

88. C'est en examinant tous les documents dans leur contexte et en leur accordant le poids pertinent que l'on détermine s'ils permettent de conclure que la communauté internationale des États dans son ensemble considère qu'une norme ne souffre pas de dérogation. Divers facteurs peuvent être pertinents lorsque l'on évalue si les documents disponibles apportent la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme comme relevant du *jus cogens*. L'indication expresse dans ces documents qu'une norme du droit international général ne souffre pas de dérogation est un facteur important. Il importe également que les documents, envisagés comme un tout, montrent que la communauté internationale des États dans son ensemble considère qu'aucune dérogation n'est permise.

²³⁵ Voir *supra* les notes 207 et 208.

89. Comme cela est indiqué ci-dessus, les caractéristiques du *jus cogens* identifiées dans le premier rapport du Rapporteur spécial et explicitées dans le présent rapport ne sont pas des critères d'identification des normes du *jus cogens*. Il s'agit plutôt d'éléments descriptifs qui caractérisent la nature du *jus cogens*. Il n'est donc pas nécessaire de montrer que telle ou telle norme revêt ces caractéristiques pour qu'elle soit considérée comme une norme du *jus cogens*. En d'autres termes, ces éléments descriptifs ne sont pas des critères additionnels d'identification des normes du *jus cogens*. Toutefois, à la lumière des éléments de preuve persuasifs cités ci-dessus, le fait que les États considèrent que telle ou telle norme possède ces caractéristiques peut être invoqué pour en établir l'indérogeabilité. Ainsi, lorsque les documents, examinés dans leur contexte et comme un tout, montrent que la communauté internationale des États dans son ensemble accepte et reconnaît qu'une norme du droit international général protège ou reflète des valeurs fondamentales de la communauté internationale, est hiérarchiquement supérieure aux autres normes du droit international et est universellement applicable, on peut y voir la preuve que les États considèrent que cette norme ne souffre pas de dérogation et est donc une norme du *jus cogens*. La pertinence de ces caractéristiques, même si elles n'ont de valeur qu'indicative, tient au fait que, comme l'a noté la Cour internationale de Justice, la question de savoir si une règle relève du *jus cogens* « a trait à la nature juridique de cette règle²³⁶ ».

²³⁶ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 84 *supra*), à la page 258, par. 83.

CHAPITRE III

Propositions

A. Intitulé du sujet

90. Compte tenu du débat de la Commission à sa soixante-huitième session, le Rapporteur spécial propose de modifier l'intitulé du sujet, «*Jus cogens*», qui deviendrait «*Normes impératives du droit international (jus cogens)*».

B. Projets de conclusion

91. Sur la base de l'analyse qui précède, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion ci-après à l'examen de la Commission.

«*Projet de conclusion 4. Critères du jus cogens*

«Pour identifier une norme en tant que norme de *jus cogens*, il est nécessaire de montrer que la norme en question satisfait à deux critères :

«a) il doit s'agir d'une norme du droit international général ; et

«b) elle doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«*Projet de conclusion 5. Les normes du jus cogens en tant que normes du droit international général*

«1. Une norme du droit international général est une norme dont le champ d'application est général.

«2. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens* du droit international.

«3. Les principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens* du droit international.

«4. Une disposition conventionnelle peut refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens* du droit international général.

«*Projet de conclusion 6. L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du jus cogens*

«1. Une norme du droit international général est identifiée en tant que norme de *jus cogens* lorsqu'elle est acceptée et reconnue en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«2. L'exigence qu'une norme soit acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise exige une évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble.

«*Projet de conclusion 7. Communauté internationale des États dans son ensemble*

«1. C'est l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble qui sont pertinentes pour l'identification des normes du *jus cogens*. En conséquence, c'est l'attitude des États qui est pertinente.

«2. Si l'attitude d'acteurs autres que les États peut être pertinente pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble, cette attitude ne peut, en elle-même, constituer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble. Les attitudes d'autres acteurs peuvent être pertinentes pour donner un contexte aux attitudes des États et les évaluer.

«3. L'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*. L'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise.

«*Projet de conclusion 8. Acceptation et reconnaissance*

«1. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* est distincte de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier. Elle est de même distincte de l'exigence de reconnaissance aux fins des principes généraux de droit au sens

de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice.

«2. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* signifie que la preuve doit être apportée que, outre qu'elle est acceptée comme étant le droit, la norme en question est acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«*Projet de conclusion 9. Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance*

«1. Les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme du droit international général en tant que norme de *jus cogens* peuvent prendre des formes variées et être reflétées dans des documents divers.

«2. Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du fait qu'une norme du droit international général a été élevée au rang de *jus cogens*: traités, résolutions adoptées par des organisations internationales, déclarations publiques faites au nom des États, publications officielles, avis juridiques gouvernementaux, correspondance diplomatique et décisions des juridictions nationales.

«3. Les jugements et décisions des cours et tribunaux internationaux peuvent également servir de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance pour l'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* du droit international.

«4. D'autres documents, comme ceux issus des travaux de la Commission du droit international, des travaux d'organes d'experts et de la doctrine peuvent constituer un moyen secondaire d'identification des normes du droit international auxquelles aucune dérogation n'est permise. Ces documents peuvent également être utiles pour évaluer le poids des documents principaux.»

CHAPITRE IV

Programme de travail futur

92. Le présent rapport est axé sur les critères d'identification des normes du *jus cogens*. Le premier rapport du Rapporteur spécial était axé sur la nature et l'évolution historique du *jus cogens*. Dans ce premier rapport, le Rapporteur spécial proposait également une feuille de route pour 2017, 2018 et 2019. Il était indiqué que cette feuille de route serait envisagée avec souplesse, mais le Rapporteur spécial ne voit, au stade actuel, nul besoin de s'en écarter.

93. Dans son prochain rapport, en 2018, le Rapporteur spécial entend commencer l'examen des effets ou conséquences du *jus cogens*. Ce rapport traitera entre autres des conséquences du *jus cogens* en termes généraux. Il portera également sur les effets du *jus cogens* en droit conventionnel et dans d'autres domaines du droit international, comme le droit de la responsabilité de l'État et les règles

relatives à la compétence. En ce qui concerne les effets du *jus cogens*, le Rapporteur spécial souhaiterait que la Commission fasse des commentaires sur d'autres domaines du droit international susceptibles de bénéficier de l'étude. Le quatrième rapport du Rapporteur spécial portera sur des questions diverses soulevées lors des débats au sein de la Commission du droit international et à la Sixième Commission.

94. Le Rapporteur spécial examinera également, compte tenu des débats au sein de la Commission du droit international et à la Sixième Commission, si, sur quelle base et sous quelle forme il convient de proposer une liste indicative de normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial présentera des propositions sur cette question dans son quatrième rapport.