

Provisoire

**Réservé aux participants**

18 septembre 2016

Original : français

---

**Commission du droit international**  
**Soixante-huitième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3314<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 4 juillet 2016, à 15 heures

**Sommaire**

*Juge cogens*

Protection de l'atmosphère

---

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

GE.16-12013 (F) 130716 180916



\* 1 6 1 2 0 1 3 \*

Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Comissário Afonso

*Membres :* M. Caflisch  
M. Candioti  
M. El-Murtadi  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M. Forteau  
M. Gómez-Robledo  
M. Hassouna  
M<sup>me</sup> Jacobsson  
M. Kamto  
M. Kittichaisaree  
M. Kolodkin  
M. Laraba  
M. McRae  
M. Murase  
M. Niehaus  
M. Nolte  
M. Park  
M. Peter  
M. Petrič  
M. Saboia  
M. Singh  
M. Šturma  
M. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
M. Wako  
Sir Michael Wood

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 15 heures.*

**Jus cogens** (point 10 de l'ordre du jour) (A/CN.4/693)

**Le Président** invite M. Tladi, Rapporteur spécial pour le sujet « *Jus cogens* », à présenter son premier rapport (A/CN.4/693).

**M. Tladi** (Rapporteur spécial) remercie les membres de la Commission de la confiance qu'ils lui ont témoignée en le nommant Rapporteur spécial pour un sujet aussi important et sensible que le *jus cogens* et s'engage à s'acquitter de sa tâche avec tout le soin, le sérieux et l'investissement voulus. Conformément à l'esprit de collégialité qui caractérise les travaux de la Commission, le résultat de l'étude de ce sujet ne peut ni ne doit refléter les vues d'une seule personne, mais doit au contraire être le fruit de l'effort de la Commission dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a donc hâte d'entendre les vues, observations, critiques et propositions des autres membres en vue d'aboutir à un résultat dont tous pourront être fiers et qui sera accepté par les États. Comme d'autres sujets inscrits au programme de travail de la Commission, le *jus cogens* suscite un grand intérêt. M. Tladi dit que, dans le cadre de l'élaboration de son rapport, il s'est exprimé sur la question en plusieurs occasions et des représentants à la Sixième Commission lui ont demandé de tenir une réunion d'information, qu'il espère pouvoir organiser prochainement.

M. Tladi souhaite remercier tous ceux qui ont apporté une contribution au rapport à l'examen et dont les noms figurent dans la note de la première page du rapport. Il conviendra, à ce propos, de corriger les erreurs que les services d'édition ont malencontreusement apportées dans les noms des organismes dont relèvent plusieurs des personnes citées. M. Tladi prend note avec satisfaction de la diversité géographique et linguistique des différents contributeurs et tient à remercier tout particulièrement les membres de la Division de la codification pour leur aide ainsi que les personnes qui ont fait des observations sur le projet de rapport, parmi lesquelles plusieurs membres de la Commission, et notamment M. Nolte, qui l'a accueilli à Berlin pendant qu'il rédigeait le rapport, d'octobre 2015 à janvier 2016. La gratitude du Rapporteur spécial va également aux États qui ont répondu à la demande d'informations contenue dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-septième session. Les informations communiquées, même si elles n'ont pas pu servir à l'établissement du rapport en raison de leur réception tardive, seront utiles à l'examen des aspects du sujet qui seront traités dans les deuxième et troisième rapports.

Le premier rapport est à lire conjointement avec la note informelle distribuée le 13 juillet 2015, dans laquelle plusieurs questions d'ordre méthodologique étaient soulevées et dont, faute de temps, il n'a pas été possible de débattre comme prévu dans le cadre d'une consultation informelle. Une version préliminaire du rapport ayant été distribuée le 8 mars 2016, M. Tladi espère que les membres de la Commission ont eu suffisamment de temps pour étudier la teneur de celui-ci, qui traite principalement de questions conceptuelles relatives à la notion de *jus cogens*, notamment sa nature et sa définition. Le rapport retrace aussi l'évolution historique de cette notion et l'acceptation, en droit international, de ses éléments fondamentaux. Il soulève en outre diverses questions de méthode sur lesquelles les observations des membres seraient les bienvenues. Les trois projets de conclusion qui sont proposés dans le chapitre VII du rapport vont à l'essentiel et ne devraient pas être sujets à controverse. Plutôt que de répéter le contenu du rapport, le Rapporteur spécial s'attachera à en présenter l'économie générale et à expliquer certains choix terminologiques qui ont été faits dans les projets de conclusion.

Le chapitre II du rapport porte sur le débat qui a eu lieu sur le sujet à la Sixième Commission en 2014 et en 2015. Dans l'ensemble, les États, dont trois seulement ont exprimé des réserves, ont appuyé l'étude du sujet. L'une des questions soulevées par des États Membres, sur laquelle le Rapporteur spécial reviendra ultérieurement, concerne la

méthodologie, et en particulier la documentation sur laquelle la Commission fondera ses travaux et ses conclusions. Une autre question soulevée par plusieurs délégations a trait au point de savoir si la Commission devrait examiner le troisième élément du plan d'étude, à savoir l'établissement d'une liste indicative de normes ayant déjà acquis le statut de *jus cogens*. Il convient de rappeler que le plan d'étude s'articule autour des quatre éléments suivants : la nature du *jus cogens*, les critères de l'élévation d'une norme au statut de *jus cogens*, une liste indicative de normes ayant acquis ce statut, et les conséquences du *jus cogens*.

Certains États, comme la Slovaquie et l'Autriche, se sont dits favorables à ce que la Commission établisse une liste indicative, mais d'autres ont au contraire exprimé de sérieux doutes à cette perspective. La Finlande, par exemple, s'exprimant au nom des États nordiques, a fait valoir qu'une liste indicative était par définition non exhaustive et a dit craindre que les règles de droit international ayant le statut de *jus cogens* qui n'y figureraient pas soient perçues à tort comme ayant un statut inférieur à celles qui y seraient mentionnées. De même, l'Espagne a dit qu'une telle liste, même si l'on prenait soin d'en souligner le caractère indicatif, finirait par être considérée comme un *numerus clausus*. L'Afrique du Sud a évoqué le risque que cette liste, même si elle était fiable au moment de son adoption, ne devienne caduque ou incomplète avec le temps. La Nouvelle-Zélande a quant à elle réservé sa position, estimant que l'étude des critères devant être remplis pour qu'une norme acquière le statut de *jus cogens* devrait permettre de déterminer l'opportunité d'élaborer une liste indicative.

Des vues similaires ont été exprimées lors des discussions au sein du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. Si le Rapporteur spécial continue d'estimer que la Commission ne devrait pas renoncer à établir une liste clairement définie comme indicative au seul motif que celle-ci pourrait être interprétée à tort comme un *numerus clausus*, il se demande néanmoins si l'établissement d'une telle liste n'entraînerait pas une modification fondamentale de la nature du sujet. En effet, celui-ci a trait aux règles méthodologiques relatives à la détermination du statut de *jus cogens*, non aux règles normatives ou aux règles de fond applicables dans différents domaines du droit international, tels que le *jus ad bellum*, le droit pénal international, le droit international des droits de l'homme ou le droit international de l'environnement. Par exemple, si elle décidait de faire figurer l'interdiction du génocide dans la liste indicative de normes du *jus cogens*, la Commission devrait-elle entreprendre une étude approfondie des règles de droit international relatives au génocide ? Et, si une telle étude était nécessaire pour une norme comme l'interdiction du génocide dont il est clair qu'elle relève du *jus cogens*, elle le serait a fortiori pour d'autres normes dont le statut de *jus cogens* n'est pas aussi évident. L'établissement d'une liste indicative pourrait ainsi avoir pour effet de brouiller la nature du sujet, qui est essentiellement axé sur une méthodologie et un processus, en mettant l'accent sur le statut juridique de règles primaires particulières du droit international. Le Rapporteur spécial souhaiterait connaître les vues des membres de la Commission sur cette question. Il a lui-même changé d'avis et en est venu à penser que la Commission devrait envisager de ne pas établir de liste indicative, étant entendu qu'elle pourrait réfléchir à d'autres façons de donner aux États et aux praticiens des orientations concernant les normes qui, à l'heure actuelle, satisfont aux critères requis pour avoir le statut de *jus cogens*.

La question des documents sur lesquels la Commission fondera ses travaux a fait l'objet de vifs débats à la Sixième Commission. Les États-Unis d'Amérique, par exemple, estimaient que les travaux devraient se fonder avant tout sur la pratique proprement dite et non, comme le prévoit le plan d'étude, sur la jurisprudence. Cette question, qui est importante quel que soit le sujet, l'est peut-être plus encore pour un sujet comme le *jus cogens*, qui a donné lieu à de nombreuses opinions divergentes. Selon le Rapporteur spécial, la Commission devrait procéder à une analyse méticuleuse de la pratique dans toute sa diversité – aussi bien la pratique des États que la jurisprudence. Si la doctrine ne peut ni ne doit être prescriptive, elle peut aider à placer les textes à la disposition de la Commission

dans le contexte qui leur est propre. L'essentiel, dans l'étude de l'ensemble de ces documents, sera d'accorder à chacun le poids qui convient.

Le chapitre IV du rapport contient une analyse détaillée de ce que l'on pourrait appeler l'historique du *jus cogens*, dont le Rapporteur spécial ne rappellera que les étapes les plus importantes. Si, en droit international, le terme *jus cogens* n'apparaît ni dans la doctrine ni dans la pratique avant le XX<sup>e</sup> siècle, le caractère impératif du droit naturel, considéré comme immuable et supérieur au droit positif, est clairement affirmé par des auteurs des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles tels que Groot, de Vattel et Wolff. Cette école de pensée a ensuite perdu de son influence avec l'avènement du positivisme aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. Toutefois, l'idée qu'il existe des règles auxquelles les États ne peuvent pas déroger, même par un accord, a persisté dans la doctrine. C'est le fondement théorique de ce caractère « non dérogeable » qui a souvent fait l'objet de controverses.

Avant les travaux de la Commission, la doctrine favorable à l'idée de l'existence de normes non susceptibles de dérogation était abondante, mais il n'y avait, dans la pratique, que peu d'éléments à l'appui de cette affirmation. Il existait certes des accords contenant des clauses de non-dérogation, comme l'article 20 du Pacte de la Société des Nations, mais cette disposition étant une règle conventionnelle applicable aux parties, elle ne satisfaisait pas aux critères du *jus cogens*.

Il existait également une jurisprudence reconnaissant l'existence de règles auxquelles les États ne pouvaient pas se soustraire. On peut citer notamment la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Pablo Najera* par la Commission des réclamations franco-mexicaine et l'opinion individuelle du juge Schücking de la Cour permanente de Justice internationale concernant l'affaire *Oscar Chinn*, dont on notera toutefois qu'elles se fondaient toutes les deux sur une obligation conventionnelle. En résumé, à l'époque de la Seconde Guerre mondiale, la doctrine reconnaissait depuis le XVII<sup>e</sup> siècle l'existence de normes auxquelles les États ne pouvaient pas se soustraire et rien n'y remettait sérieusement en question cette idée, même si les vues divergeaient quant au fondement théorique de cette affirmation. La pratique en la matière n'était toutefois guère développée, et les rares éléments qui existaient concernaient des règles conventionnelles impératives qui s'appliquaient aux parties à des traités, non des règles de droit international général.

Comme il est indiqué dans le plan d'étude, la Commission a contribué au développement, à l'acceptation et à l'intégration du *jus cogens* dans le droit international. En effet, il ressort du rapport que la pratique, tant jurisprudentielle qu'étatique, s'est en grande partie inspirée des travaux de la Commission. Les paragraphes 29 à 32 du rapport montrent que la notion de *jus cogens*, déjà largement admise par les auteurs d'avant-guerre, a été plutôt facilement acceptée par les membres de la Commission, qui, lorsqu'ils ont examiné la proposition érigeant l'incompatibilité avec le *jus cogens* en cause de nullité, ont débattu de son libellé et de son fondement théorique, mais n'ont jamais contesté la proposition elle-même ni sa place dans le droit international. C'est toutefois la réaction des États aux travaux de la Commission qui a mis en évidence un aspect que celle-ci n'avait jusqu'alors pas pris en considération : l'acceptation de la proposition par les États. Presque tous les États ont été favorables à l'idée défendue par la Commission, même si certains ont exprimé des réserves et recommandé la prudence, en particulier s'agissant du libellé de la disposition. Seul le Luxembourg l'a désapprouvée, estimant qu'elle visait à « introduire [...] une cause de nullité analogue aux critères de moralité et d'« ordre public » qui servaient en droit interne », ce qui montrait clairement qu'il considérait que la disposition relevait du développement progressif. C'est à la faveur de ce climat propice au sein de la Commission et au-delà, en particulier parmi les États, que le projet d'article 50 a été incorporé dans les Articles sur le droit des traités.

L'adhésion des États à l'idée que tout traité en conflit avec le *jus cogens* est nul s'est confirmée à la Conférence de Vienne, même si certains États, tout en appuyant la disposition, ont exprimé de sérieuses réserves quant à son libellé. La France, les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, en particulier, craignaient qu'en l'absence d'orientations plus précises quant aux normes relevant du *jus cogens*, le texte ne soit utilisé pour remettre en cause des traités valablement conclus. La réponse à cette préoccupation, qui sera examinée dans un rapport ultérieur, se trouve à l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969, qui assigne à la Cour internationale de Justice un rôle important s'agissant des cas dans lesquels le *jus cogens* est invoqué pour invalider un traité. Il convient cependant de souligner que ces États, contrairement à ce que l'on croit souvent, n'ont pas remis en cause la notion de *jus cogens* ni le fait qu'elle faisait partie du droit international. D'autres États, notamment la Turquie et l'Australie, ont contesté ce dernier point, mais lorsque la Convention sur le droit des traités a été adoptée, tant la doctrine que les déclarations des représentants d'États témoignaient d'une large adhésion à la reconnaissance du *jus cogens* comme élément du droit international en vigueur. Les travaux de la Commission semblent en outre avoir inspiré la jurisprudence, avant même l'adoption de la Convention ; le *jus cogens* a par exemple été mentionné par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, ainsi que par les juges Fernandes et Tanaka dans leurs opinions individuelles concernant respectivement l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* et l'*Affaire du Sud-Ouest africain, deuxième phase*.

Depuis l'adoption de la Convention de Vienne, les États, notamment dans leur correspondance diplomatique, ont souvent invoqué le *jus cogens*. Les juridictions judiciaires nationales, régionales et internationales en ont fait autant, en particulier la Cour internationale de Justice, qui, alors qu'elle avait auparavant une position très prudente à ce sujet, a récemment pleinement reconnu le *jus cogens* comme étant un élément du droit international.

Si la place du *jus cogens* dans le droit international ne peut plus désormais être sérieusement contestée, son fondement théorique ne cesse pour sa part de faire débat depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, comme il ressort des paragraphes 50 à 60 du chapitre V du rapport. Sans prétendre à mettre fin aux controverses concernant le *jus cogens*, il est nécessaire d'examiner ce débat théorique si l'on veut tenter d'énoncer des critères permettant de déterminer les normes du *jus cogens*. Les deux grandes théories – la doctrine du droit naturel et le positivisme – ont chacune leurs partisans, mais, comme le montre l'analyse effectuée dans le rapport, aucune n'a encore expliqué adéquatement le caractère unique du *jus cogens* en droit international.

La section C du chapitre V du rapport vise à dégager, à partir de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine, les éléments fondamentaux du *jus cogens*, qui sont repris dans les projets de conclusion proposés au chapitre VII. Plutôt que résumer cette section, le Rapporteur spécial dit qu'il préfère présenter les projets de texte en question.

Le projet de conclusion 1, qui n'est pas un « projet de conclusion » à proprement parler, définit la portée du projet de conclusions. La Commission a intégré une disposition semblable dans le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier adopté provisoirement par le Comité de rédaction et dans le projet de directive 2 sur la protection de l'atmosphère adopté à sa session précédente. Elle pourra toutefois préférer, comme elle l'a fait dans le projet de principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, traiter la question de la portée du projet dans une section introductive. Le projet de conclusion 1 énonce les principaux éléments devant être examinés dans le cadre du sujet, à savoir la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être déterminées et les conséquences qui découlent de ces règles. Le Rapporteur spécial propose de remplacer le mot « règles » par le mot « normes », par souci de cohérence avec la terminologie d'usage concernant le sujet, notamment celle employée dans la Convention

de Vienne. S'il n'a pas fait mention de la liste indicative dans le projet de conclusion 1, c'est parce qu'il estime que la Commission devrait envisager de ne pas établir une telle liste, position qui semble partagée par la majorité des membres – dans le cas contraire, la portée du projet lui semble libellée en termes suffisamment généraux pour englober cette possibilité.

Le projet de conclusion 2 vise à établir une distinction entre les normes du *jus cogens* et les autres règles du droit international, qui peuvent être modifiées, abrogées ou faire l'objet de dérogations par voie d'accord entre les États (*jus dispositivum*). Cette distinction, qui est évidente à de nombreux égards, apparaît dans l'arrêt rendu en 1969 par la Cour internationale de Justice sur les *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord*, ainsi que dans plusieurs opinions dissidentes et individuelles dont on trouvera des exemples dans le rapport. Fait plus important, elle a également été reconnue par les États, tant dans le contexte des travaux de la Commission sur le droit des traités que dans le cadre de la Conférence de Vienne, comme l'illustrent les notes 220 et 221 du rapport. La seconde phrase du premier paragraphe du projet de conclusion 2, qui énonce les voies par lesquelles les règles du *jus dispositivum* peuvent être modifiées, abrogées ou faire l'objet de dérogations, ne devrait pas non plus susciter de controverse.

Le principe énoncé au second paragraphe du projet de conclusion 2, selon lequel le *jus cogens* constitue une exception au *jus dispositivum* dont relèvent généralement les règles du droit international, est étayé par la doctrine classique ainsi que par la jurisprudence et la pratique des États. Quant à la condition exigeant que les normes du *jus cogens* ne puissent être modifiées que par d'autres normes de même caractère, elle s'appuie sur l'article 53 de la Convention de Vienne. Les mots « abrogées », « auxquelles on ne peut déroger » et « modifiées » ont été choisis avec soin de manière à rendre compte des différents effets qu'un accord peut produire sur des règles du *jus dispositivum* et correspondent aux différentes voies permettant de se soustraire à des règles du droit international. La « modification » renvoie aux ajustements ou modifications apportés à des règles données. Ainsi, deux États peuvent convenir d'appliquer entre eux une règle existante du *jus dispositivum* différemment de ce que prévoit l'interprétation généralement admise de la règle en question. L'abrogation et la dérogation, bien que présentant des similitudes, sont fondamentalement différentes. Déroger à une règle signifie ne pas l'appliquer, en tout ou partie, sans pour autant remettre en cause sa validité. Ainsi, des États peuvent décider, par voie d'accord, de ne pas appliquer une règle donnée du *jus dispositivum* dans une circonstance particulière, mais de continuer à l'appliquer par la suite. L'abrogation a quant à elle pour effet d'annuler la règle, soit totalement, soit entre les États ayant décidé l'abrogation.

Le projet de conclusion 3 décrit la nature générale des normes du *jus cogens*. Le premier paragraphe est aussi inspiré de la définition des normes du *jus cogens* donnée dans la Convention de Vienne, à laquelle a été ajoutée une référence au fait que les normes du *jus cogens* ne peuvent être ni modifiées ni abrogées. Le Rapporteur spécial estime après réflexion que cet ajout n'a pas lieu d'être car il ne concerne pas l'application des normes mais leur modification, qui est traitée dans le projet de conclusion 2, et qu'il serait peut-être préférable de revenir au libellé de la définition figurant dans la Convention de Vienne.

Le second paragraphe du projet de conclusion 3 dispose 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 applicables. Chacun de ces éléments est attesté par la pratique et largement accepté dans la doctrine. L'idée que le *jus cogens* protège les valeurs de la communauté internationale prend sa source dans l'article 53 de la Convention de Vienne, qui dispose qu'une norme n'est dite de *jus cogens* que si elle est « reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Les valeurs en question sont, pour reprendre

les termes employés par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, celles qui « confirme[nt] et (...) sanctionne[nt] les principes de morale les plus élémentaires ».

Dans leurs observations sur le projet d'article 50 du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités, des États ont également insisté sur le fait que le *jus cogens* protégeait les intérêts de la communauté internationale – on se reportera, en particulier, aux déclarations du Nigéria et du Liban citées dans les notes 110 et 112 du rapport. Le lien fondamental entre la nature des valeurs protégées par une norme et la reconnaissance de cette norme en tant que *jus cogens* a également été confirmé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, notamment au sujet de l'interdiction de la torture et des disparitions forcées.

Pour ce qui est de la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens*, la Commission a déjà reconnu, dans les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international adoptées en 2006, que ces normes étaient supérieures à d'autres règles du droit international « du fait de l'importance de [leur] contenu ainsi que de l'acceptation universelle de [leur] supériorité ». Enfin, la nature universellement applicable des normes du *jus cogens* a été reconnue par la Cour internationale de Justice, par exemple dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, ainsi que par le TPIY et par des juridictions nationales dans de nombreuses décisions. Le commentaire de l'article 50 des Articles sur le droit des traités semble aussi indiquer que la Commission considère que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables, puisqu'elle y renvoie, en réponse à la contestation par certains juristes de l'existence en droit international de règles relevant du *jus cogens*, au droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force comme exemple de règle relevant du *jus cogens*.

En ce qui concerne la forme du résultat des travaux de la Commission, le Rapporteur spécial est convaincu qu'un projet de conclusions est la forme la plus appropriée pour un sujet tel que le *jus cogens*. Enfin, pour ce qui est des travaux futurs, il propose, sans préjudice des décisions que prendra la Commission dans sa nouvelle composition, que le deuxième rapport (2017) soit consacré aux critères de détermination des normes du *jus cogens*, le troisième (2018) aux conséquences du *jus cogens*, et le quatrième (2019) à diverses questions soulevées lors des débats à la CDI et à la Sixième Commission.

**M. Murase** remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur le *jus cogens* et sa présentation orale, et tient à saluer son remarquable travail de recherche et la manière dont il s'est saisi d'un sujet complexe en compilant la doctrine pertinente la plus qualifiée. M. Murase ne comprend toutefois pas très bien pourquoi le rapport limite la portée du sujet au contexte du droit des traités et ignore la finalité du *jus cogens* dans le contexte du droit de la responsabilité de l'État, aspect tout aussi essentiel du sujet examiné. En 2013, lors d'une séance du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, il avait déjà insisté sur le fait que la Commission ne pouvait pas faire l'impasse sur la notion de *jus cogens* dans le contexte du droit de la responsabilité de l'État, où cette notion a un rôle distinct.

Les observations ci-après seront donc axées sur la portée du sujet et formulées dans un esprit de critique constructive. Si le Rapporteur spécial estime que la notion de *jus cogens* ne présente pas de différences selon qu'on l'envisage sous l'angle du droit des traités ou du droit de la responsabilité de l'État, il aurait dû expliquer pourquoi dans son rapport, ce qu'il n'a pas fait. L'on peut toutefois douter que la nature juridique, le contenu et la fonction du *jus cogens* soient les mêmes en droit des traités et en droit de la responsabilité de l'État. Si ces doutes se révèlent fondés, il faudra élaborer une définition large du *jus cogens*, valable pour les deux branches du droit international applicables.



Il faudra aussi indiquer dans le projet de conclusion relatif à la portée du sujet examiné que celui-ci ne se limite pas au droit des traités.

Il est regrettable que le rapport ne comporte aucune analyse du *jus cogens* dans le cadre du droit de la responsabilité de l'État. L'absence de référence à la responsabilité de l'État, qui n'est que brièvement mentionnée à la note 134, est frappante. Le chapitre IV (Évolution historique de la notion de *jus cogens*) et la section 3 du chapitre V (Nature juridique du *jus cogens*) ne reflètent pas l'importance de la responsabilité de l'État, sujet parmi les plus notables traités par la Commission. Il est également regrettable que le Rapporteur spécial n'envisage pas de s'en saisir dans son programme de travail futur.

Aux paragraphes 43 et 48 du rapport, il est question du rôle du *jus cogens* « en dehors de la Convention de Vienne » et « hors du cadre conventionnel », sans plus de précision, et il faut espérer que le Rapporteur spécial en dira davantage à ce sujet. Il semble toutefois, à la lecture du premier rapport, que les conséquences et les effets du *jus cogens* ne seront examinés dans les rapports suivants que sous l'angle du droit des traités. Or, les effets de la violation de normes de *jus cogens* en droit des traités sont déjà clairement précisés aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne qui prévoient que tout traité conclu en violation d'une norme de *jus cogens* est « nul », mais n'envisagent pas les conséquences de la violation d'une norme de *jus cogens* elle-même. De plus, l'article 71 de la Convention de Vienne, conformément auquel les parties sont tenues « d'éliminer [...] les conséquences » de la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international général, ne se réfère pas à la responsabilité de l'État. Les conséquences de la violation de normes de *jus cogens* sont pourtant ici très différentes. Bien délimiter le champ du sujet suppose donc de préciser d'emblée le contenu, le rôle et les effets du *jus cogens* dans ces deux branches.

On se souviendra que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, provisoirement adopté en première lecture par la Commission en 1980, renvoyait en son projet d'article 19 aux crimes internationaux, qui étaient considérés comme des violations de normes de *jus cogens*. L'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la Commission en seconde lecture en 2001 prévoit qu'« aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ». Les articles 40 et 41 visent les violations graves d'obligations découlant d'une norme impérative du droit international général. L'article 48, relatif à l'invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé, énonce des obligations *erga omnes* et *erga omnes partes*. Ces obligations *erga omnes* sont fondées sur une extension « horizontale » des obligations de l'État tandis que les obligations de *jus cogens* s'inscrivent dans une relation normative « verticale ». À l'évidence, les obligations *erga omnes* ne sont pas toutes des obligations de *jus cogens*, mais il arrive que les deux se recoupent. Le paragraphe 1) c) de l'article 50 renvoie aux obligations de *jus cogens* considérées comme des exceptions aux contre-mesures. Enfin, on considère généralement que l'article 54 reconnaît la possibilité de contre-mesures licites en cas de violations graves de normes de *jus cogens*.

Nul n'ignore que le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État prévoit l'application de règles secondaires en cas d'acte illicite et est étranger aux règles primaires relatives aux obligations des États en droit international. Il reste que ces dispositions sont fondées sur l'existence d'obligations de *jus cogens* dont la violation engage la responsabilité de l'État. La Commission ne devrait donc pas perdre de vue que la notion de *jus cogens* présente des différences en droit des traités ou en droit de la responsabilité de l'État. Dans le premier cas, les notions de hiérarchie des normes et de non-dérogation au droit supérieur sont des aspects essentiels du *jus cogens*, la notion de « hiérarchie des normes » étant utilisée ici pour signifier qu'une règle supérieure annule une règle de rang inférieur. Par opposition, en droit de la responsabilité de l'État, la notion de

*jus cogens* s'entend simplement d'un ensemble de normes d'importance fondamentale et, dans ce cadre, ce n'est pas la notion de « hiérarchie des normes » qui est un aspect essentiel du *jus cogens*, mais la « primauté des normes ».

Dans le projet d'articles de 1980 sur la responsabilité de l'État, le paragraphe 3) du projet d'article 19 comportait une liste indicative de crimes internationaux destinée à illustrer le *jus cogens*. Toutefois, ces crimes n'ont pas été choisis parce qu'ils constitueraient des règles supérieures du droit international, mais parce qu'ils revêtent une importance cruciale pour l'ensemble de la communauté internationale. Ainsi, même s'il n'existe à l'évidence aucune règle supérieure interdisant, par exemple, la pollution massive de l'atmosphère, cette interdiction est néanmoins considérée comme étant une norme de *jus cogens* dans le contexte de la responsabilité de l'État, simplement parce qu'il s'agit d'une règle de droit international particulièrement importante. Plusieurs décisions de cours et tribunaux internationaux intéressant le *jus cogens* sont citées dans le rapport, par exemple aux notes 146 à 153, 187 et 188. Toutefois, le *jus cogens* n'a été invoqué, entre autre, à l'appui de la nullité alléguée de traités en droit des traités que dans deux affaires. Toutes les autres concernent d'une manière ou d'une autre la responsabilité de l'État, les États en cause étant accusés de génocide, de torture, d'emploi illicite de la force et d'autres violations graves de normes de *jus cogens*.

Pour répondre à la question de savoir s'il faut établir une liste indicative des normes ayant actuellement le statut de normes de *jus cogens*, il est crucial de tenir compte des travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État. Or, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne donnent pas d'exemples précis du *jus cogens* et la liste indicative qui figurait dans le projet d'article 19 susmentionné n'a pas été retenue par la Commission en seconde lecture, ce qui est une indication de taille. La question de la portée du sujet et celle de son intitulé – que M. Murase juge inapproprié – devraient être étudiées plus avant par le Rapporteur spécial. Si l'on s'en tient à son approche actuelle, il faudrait plutôt dire « Le *jus cogens* en droit des traités ». Toutefois, les commentaires sur les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sont déjà très nourris et si la Commission suivait cette approche, elle n'irait pas au-delà d'un commentaire sur les commentaires. Les travaux n'auront de véritable utilité que s'ils couvrent la responsabilité de l'État, et le sujet devrait alors s'intituler « Le *jus cogens* en droit international ». La Commission souhaitera peut-être créer un groupe de travail chargé de délimiter la portée du sujet. Les projets de conclusion seront examinés à la lumière des rapports suivants qui, il faut l'espérer, couvriront la question de la responsabilité de l'État. Il faudrait aussi rédiger, outre une conclusion sur la portée du sujet, une conclusion définissant la notion de *jus cogens* pour que l'on puisse savoir de quoi il est question dans le projet de conclusions. Cette définition pourrait figurer dans un nouveau projet de conclusion 3, mais M. Murase y reviendra ultérieurement.

En ce qui concerne le projet de conclusion 1, il est à noter que ce n'est pas « la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées » qui doit retenir l'attention de la Commission pour délimiter la portée du sujet, mais l'existence et le contenu des règles du *jus cogens*. Comme M. Murase l'a déjà souligné plusieurs fois dans le cadre des travaux sur la détermination du droit international coutumier, les mots « identifier » ou « identification » prêtent à confusion. « L'identification » n'est-elle qu'un simple exercice théorique de reconnaissance ou s'entend-elle d'un exercice normatif visant à déterminer l'existence et le contenu d'une norme et à interpréter et appliquer celle-ci ? Si la Commission décide d'étudier le *jus cogens* en relation avec la responsabilité de l'État, il faudra entièrement remanier le projet de conclusion 1 qui est calqué sur l'article 53 de la Convention de Vienne. En ce qui concerne le projet de conclusion 2, M. Murase dit que la référence au *jus dispositivum*, au paragraphe 1, est de nature à induire en erreur et devrait être déplacée dans le commentaire. De plus, le paragraphe 2 de ce projet de conclusion et le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 étant pratiquement identiques, ils devraient être

regroupés dans une même disposition. Enfin, le projet de conclusion 3 est circulaire et n'aurait de sens que s'il énonçait une définition du *jus cogens*. On peut en outre se demander quelles sont les « valeurs fondamentales » de la communauté internationale dont il est question au paragraphe 2 de ce projet de conclusion. Dans ce même paragraphe, les mots « hiérarchiquement supérieures » sont pertinents pour caractériser le *jus cogens* en relation avec le droit des traités, mais on ne retrouve pas forcément cet élément hiérarchique en droit de la responsabilité de l'État où les normes de *jus cogens* sont simplement considérées comme des normes particulièrement importantes.

**M. Caflisch**, relevant que l'article 139, alinéa 3, de la Constitution fédérale suisse, relatif à l'initiative populaire en matière constitutionnelle, dispose que « lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas [...] les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale [le Parlement] la déclare totalement ou partiellement nulle », dit que cette disposition montre bien que la notion de *jus cogens* est reconnue en droit constitutionnel suisse et que l'identification des règles de *jus cogens* revêt une grande importance pour son pays. C'est pourquoi il est favorable à l'établissement d'une liste, au moins indicative, de ce type de règles. Certes, il subsiste bien des incertitudes dans ce domaine, mais les travaux engagés par la Commission perdraient beaucoup de leur intérêt et de leur valeur si l'on n'essayait pas à tout le moins de dresser une telle liste. Et malgré ces incertitudes, il serait regrettable qu'au lieu d'établir ne serait-ce qu'une « liste indicative » et provisoire, la Commission se borne à citer des « exemples » en prétextant que « le sujet, tel que défini dans le plan d'étude, concerne essentiellement un processus et une méthodologie et non le contenu de règles ou normes spécifiques », comme indiqué au paragraphe 16. Au paragraphe 73 de son rapport, le Rapporteur spécial propose que le résultat des travaux de la Commission prenne la forme de « projets de conclusion ». M. Caflisch dit qu'il peut appuyer cette proposition, ainsi que les trois projets de conclusion proposés au paragraphe 74 qui peuvent être renvoyés au Comité de rédaction – même s'il faudrait peut-être intervertir l'ordre des projets de conclusions 2 et 3.

Au paragraphe 14, le Rapporteur spécial évoque une question d'ordre méthodologique soulevée pendant le débat à la Sixième Commission : les travaux de la CDI doivent-ils être fondés sur la pratique des États, sur la jurisprudence ou sur la doctrine ? M. Caflisch signale que la Commission a coutume de s'appuyer sur ces trois éléments et que rien ne justifie de procéder différemment pour le sujet à l'examen. À cet égard, l'on notera que la pratique des États – y compris des textes tels que la disposition constitutionnelle suisse susmentionnée – et la jurisprudence internationale et nationale sont appelées à jouer un rôle clef.

M. Caflisch appuie également les considérations du Rapporteur spécial sur l'évolution historique de la notion de *jus cogens*, qui figurent aux paragraphes 18 à 41. L'on considère généralement que l'idée de l'existence d'un corpus de règles impératives en droit des gens est récente – or, elle a joué un rôle capital dans l'histoire de ce droit, même si elle était réalisée par des moyens différents. Cela étant, il semble possible d'affirmer que le *jus cogens* a en quelque sorte supplanté une partie du droit naturel lorsqu'il s'est agi de « moraliser » le droit international public. S'il est sans doute instructif et pertinent de relever, aux paragraphes 46 et 47 du rapport, que la Cour internationale de Justice s'est référée à 11 reprises au *jus cogens* et que cette notion a été mentionnée 78 fois dans les opinions individuelles de ses membres, M. Caflisch estime que l'existence de règles impératives du droit international n'est plus sérieusement contestée aujourd'hui.

Pour ce qui est du fondement de ces règles, le Rapporteur spécial a raison de souligner au paragraphe 50 qu'il n'y a pas de théorie du *jus cogens* fondée sur le droit naturel, pas plus que sur le droit positif, encore que les jusnaturalistes seraient peut-être plus enclins à alléguer l'existence de telles règles là où il n'y en a pas. Mais en principe, le problème – et sa solution – se situent au-delà des querelles d'école. Le *jus cogens* n'est

certainement pas immuable, contrairement à ce qu'ont pu affirmer les jusnaturalistes au sujet du droit naturel. C'est même exactement le contraire qui découle de l'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Est-il exact, comme le Rapporteur spécial l'affirme au paragraphe 53, que le *jus cogens* résulte du consentement de la communauté des États ? Peut-on vraiment parler ici de « consentement », conception qui tend à réduire l'ensemble du droit international à un phénomène consensuel ? Pour M. Caflisch, la règle de *jus cogens*, qui relève de la catégorie des règles coutumières, tire sa force obligatoire, comme toute règle de cette nature, d'une pratique générale suivie par les États qui la considèrent comme étant le droit. De plus, un troisième élément vient s'ajouter aux deux autres : les États estiment que la règle en cause ne souffre aucune dérogation, même si elle peut être remplacée par une autre règle ayant la même nature mais un contenu différent. Les raisons de l'existence d'une telle règle ne sont pas, à strictement parler, du ressort du juriste, mais de celui du moraliste, du théologien, du sociologue, du philosophe, de l'économiste ou du politicien. Une théorie du consentement au sens strict de ce terme n'est pas indispensable, dans ce contexte, pour expliquer le fondement et de la coutume et du *jus cogens*.

Aux paragraphes 61 à 72 de son rapport, le Rapporteur spécial s'emploie à recenser les « éléments fondamentaux du *jus cogens* », autrement dit ses caractéristiques. M. Caflisch n'a pas de problème avec les éléments retenus par le Rapporteur spécial qui, en dressant sa liste, évoque deux questions intéressantes. La première a trait au point de savoir si l'idée de *jus cogens* peut s'appliquer en droit international régional. Le Rapporteur spécial tend à répondre par la négative, ce qui semble opportun pour plusieurs raisons. Premièrement, l'idée de normes régionales de *jus cogens* va à l'encontre de la thèse selon laquelle ces règles sont universelles. Deuxièmement, l'existence de telles normes poserait la question de leurs effets : quel serait le sort d'un traité conclu entre un État faisant partie d'une « région » donnée et un État situé en dehors de celle-ci ? Troisièmement, l'on a déjà pu constater que le champ d'application spatial d'une règle régionale était défini par le territoire des États y ayant souscrit : quel serait alors l'effet d'une règle de *jus cogens* vis-à-vis d'un État de la région qui ne l'aurait pas acceptée ? Quatrièmement, quelle serait la relation entre les règles du *jus cogens* universelles et les éventuelles règles impératives contraires de caractère régional ?

En ce qui concerne la question de l'objecteur persistant, qui réapparaît malheureusement dans le premier rapport sur le *jus cogens*, M. Caflisch rappelle qu'il s'était dit opposé à l'inclusion d'une règle à ce sujet dans le projet d'articles relatif à la détermination du droit international coutumier. Il espère que la Commission rejettera fermement l'idée qu'il existe des règles impératives de droit international contraignantes pour tous, à l'exception des objecteurs persistants. Enfin, il voudrait faire remarquer que, dans son premier rapport, le Rapporteur spécial n'aborde pas les questions des conflits éventuels entre des règles impératives contradictoires ni de la manière de les régler.

**M. Kamto** fait observer que, sauf à considérer qu'il y a une identité parfaite entre les règles du droit international coutumier et les normes de *jus cogens*, il ne lui semble pas possible d'affirmer que, parce qu'on a admis le principe de l'objecteur persistant concernant les premières, il en résulte nécessairement que ce principe vaut aussi pour les secondes.

**Sir Michael Wood** est très reconnaissant au Rapporteur spécial de son premier rapport et de sa présentation orale. D'une lecture très intéressante, ce rapport mêle des éléments théoriques et pratiques, ce qui est approprié pour un rapport initial, et se fonde sur une approche essentiellement pratique, qui également appropriée compte tenu du sujet examiné. Comme il s'agit, précisément, d'un rapport initial que le Rapporteur spécial semble qualifier de préliminaire, la Commission devrait s'abstenir d'adopter des textes à ce

stade des travaux, sauf si elle a la certitude d'avoir passé en revue l'ensemble de la documentation et de la pratique disponibles.

Si le sujet examiné est assurément difficile, il n'est en aucun cas nouveau pour la Commission puisque celle-ci s'en est déjà saisie dans le cadre de ses travaux sur d'autres thèmes comme le droit des traités, la responsabilité de l'État, les réserves aux traités ou la fragmentation du droit international. La Commission et les États ont déjà examiné la question du *jus cogens* de manière relativement approfondie et ce, dès 1953, avec le premier rapport de Hersch Lauterpacht sur le droit des traités. Le résultat de ces travaux, en particulier les articles 53, 64 et 66 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, seront certainement un des aspects essentiels du sujet examiné. L'histoire des négociations de l'article 53, dont le Rapporteur spécial rend compte aux paragraphes 28 à 41 du rapport, revêt une importance particulière. Sir Michael Wood nuancerait légèrement ce qui est dit au paragraphe 41, à savoir que des États ont contesté l'inclusion de l'article 53 parce qu'ils pensaient que les normes spécifiques ayant acquis le statut de *jus cogens* n'étaient pas clairement identifiées. Les préoccupations exprimées par les États à cet égard étaient plus profondes et révélaient aussi des doutes sur les moyens de déterminer l'existence de telles règles dans la pratique. Pour certains États, le sens du membre de phrase « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » n'était pas évident. Expliquer comment déterminer l'existence de normes de *jus cogens* sera donc un des aspects essentiels des travaux de la Commission sur le sujet examiné.

Au chapitre II du rapport, le Rapporteur spécial revient utilement sur le débat tenu sur le sujet à la Sixième Commission en 2014 et 2015. Il semble que, de manière générale, les États aient appuyé l'étude du sujet, déclarant toutefois que la Commission devait l'aborder avec prudence. Au paragraphe 11 du rapport, le Rapporteur spécial souscrit à ces conseils et dit qu'il veillera attentivement à ce que ses rapports reflètent la pratique contemporaine et ne s'égarerent pas dans des théories qui n'ont pas été mises à l'épreuve.

Le chapitre III du rapport soulève plusieurs questions d'ordre méthodologique. En ce qui concerne en particulier l'ordre dans lequel les différentes questions recensées dans le plan d'étude pourraient être examinées, le Rapporteur spécial indique que, étant donné que ces questions sont liées entre elles, il proposera une approche fluide et souple. Il semble vouloir dire par là que, même si la Commission les a déjà adoptés, certains projets de conclusion devront parfois être réexaminés avant même la première lecture à la lumière de la progression des travaux. Si une telle démarche a déjà été adoptée par le passé, par exemple sous la direction de M. Gaja dans le cadre de l'examen du sujet de la responsabilité des organisations internationales, c'était en réponse aux observations formulées par des États au sujet de projets adoptés par la Commission à l'issue d'un examen approfondi, et non parce que la Commission souhaitait revenir sur ses propres décisions après avoir étudié plus avant le sujet. De manière générale, il ne semble pas très judicieux d'adopter des projets de conclusion à la légère, en se disant que l'on pourra toujours revenir sur leur libellé avant la première lecture. Il devrait s'agir là d'une exception et non de la règle, sous peine de subvertir les procédures habituelles de la Commission et d'accroître encore la difficulté qu'ont les États, notamment, à savoir où en est la Commission sur un sujet donné. On ne voit pas, par exemple, pourquoi il faudrait « revenir sur les questions de définition [...] à mesure que les travaux progresseront et que davantage d'exemples de la pratique seront examinés ». Bien sûr, il faudra peut-être tout reprendre en seconde lecture – et tel sera de toute façon le cas – mais il en va ainsi pour tous les sujets et cela ne signifie pas qu'en l'espèce, on puisse adopter des textes avant d'avoir procédé à un examen complet de la pratique pertinente. Si les différentes questions recensées dans le plan d'étude et précisées dans le rapport à l'examen sont si étroitement liées qu'il est impossible de parvenir à une conclusion concernant l'une sans examiner les autres, cela ne devrait pas inciter la Commission à adopter un texte à titre provisoire en prévoyant d'y

revenir, mais plutôt à adopter un ensemble de textes en une seule fois. C'est du reste ce qui s'est passé avec le sujet du droit international coutumier : la Commission n'a adopté aucun projet de conclusion jusqu'à la session en cours, où un ensemble complet de projets a été élaboré par le Comité de rédaction à la lumière des débats tenus en plénière sur les quatre rapports du Rapporteur spécial, des deux études réalisées par le secrétariat et des débats successifs tenus à la Sixième Commission.

Le Rapporteur spécial a demandé l'avis des membres sur le point de savoir s'il convenait ou non d'établir une liste indicative de normes de *jus cogens*. Sir Michael Wood partage les doutes exprimés sur ce point à la Sixième Commission et convient qu'il peut y avoir des raisons de revenir sur cette question. Le Rapporteur spécial dit toutefois au paragraphe 17 du rapport que, même si elle n'établit pas de liste indicative, la Commission devra donner des exemples de normes de *jus cogens* lorsqu'elle examinera la manière de déterminer ces normes, et qu'elle pourrait réunir ces exemples et les présenter dans une annexe. Cela étant, il relève aussi les difficultés que poserait cette entreprise. Quels exemples figureront dans cette liste – puisque, lorsqu'elle examinera des normes, la Commission ne se prononcera pas nécessairement sur leur valeur de *jus cogens* ? Comment considérer une telle liste, et pourquoi des normes devraient-elle y figurer du simple fait qu'elles sont mentionnées dans les commentaires à titre d'exemple ? Pour résumer, Sir Michael Wood n'est guère convaincu par l'idée de faire figurer en annexe une liste « indirecte », notamment pour des raisons similaires à celles exposées dans le rapport.

Quant au fait que les points de vue à la Sixième Commission soient partagés en ce qui concerne les matériaux à examiner dans le cadre du sujet à l'étude, Sir Michael Wood partage le point de vue du Rapporteur spécial, selon qui la Commission devrait, comme à l'accoutumée, examiner tous les matériaux qu'elle peut trouver, la question du poids à leur accorder demeurant distincte.

Le chapitre IV du rapport comprend deux parties. La partie A est une synthèse intéressante de certains antécédents historiques de la notion de *jus cogens*, dont il ne semble néanmoins ni possible, ni souhaitable de tirer des conclusions particulières. La partie B offre pour sa part des éléments d'information très importants car elle rappelle comment la Commission, les États et la Conférence de Vienne en sont venus à élaborer les dispositions de la Convention de Vienne relatives au *jus cogens*. Si le rapport est naturellement axé, à ce stade préliminaire des travaux de la Commission, sur ce qui est devenu l'article 53, il ne faut pas perdre de vue qu'à la Conférence de Vienne, les États ont accordé une grande attention aux conditions procédurales de l'invocation du *jus cogens*. Cela a donné lieu à l'article 66 a) de la Convention qui dispose que, lorsqu'une partie invoque le *jus cogens* comme motif de contestation de la validité d'un traité et que dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution, « toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage ». Il importe que la Commission garde à l'esprit ces aspects procéduraux à mesure qu'elle progressera dans ses travaux, et Sir Michael Wood se réjouit que le Rapporteur spécial ait dit avoir l'intention de traiter cette question dans un rapport ultérieur.

Dans la partie A du chapitre V du rapport, le Rapporteur spécial démontre de manière convaincante, en s'appuyant sur la pratique des États et la jurisprudence, que le *jus cogens* fait aujourd'hui partie du droit international contemporain, ce qui est la pierre angulaire des travaux de la Commission sur ce sujet. Sir Michael Wood a lu avec intérêt la partie B du chapitre V sur le fondement théorique du caractère impératif du *jus cogens*. Si le Rapporteur spécial dit, à juste titre, qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir ces questions théoriques, il semble entrer inutilement dans le détail de certaines d'entre elles.

À ce stade initial des travaux, ce qu'il serait utile de dire, et que l'on peut dire, se trouve dans la définition du *jus cogens* figurant dans la seconde phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui se lit comme suit : « ... 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 ». Si les premiers mots de la phrase sont « aux fins de la présente Convention », rien ne dit qu'« aux fins du présent sujet », la Commission devrait proposer une autre définition. Elle ne l'a pas fait dans le cas d'autres sujets traitant du *jus cogens*. La définition de la Convention de Vienne étant largement acceptée par les États et par les spécialistes du droit international de manière générale, il faudrait, pour que la Commission s'en écarte, qu'elle ait de très bonnes raisons de le faire. Sir Michael Wood estime donc qu'il conviendrait de conserver le libellé exact de la Convention de Vienne et de l'insérer très tôt dans le projet de conclusions.

Dans la partie C du chapitre V, intitulée « Éléments fondamentaux du *jus cogens* », le Rapporteur spécial s'efforce, sans se montrer très convaincant, de pousser l'analyse des dispositions de l'article 53 de la Convention de Vienne en introduisant la notion d'« éléments fondamentaux ». Il indique ainsi au paragraphe 63 du rapport, qu'outre les éléments mentionnés expressément à l'article 53 de la Convention de Vienne, il existe trois autres « éléments fondamentaux » qui caractérisent les normes de *jus cogens* : elles sont universellement applicables, supérieures aux autres normes et elles servent à protéger des valeurs fondamentales de la communauté internationale. Selon Sir Michael Wood, ces éléments ne sont guère utiles et le Rapporteur spécial semble en les insérant s'écarter de l'engagement qu'il a initialement pris de veiller à ce que ses rapports reflètent la pratique contemporaine. De fait, cette insertion ne s'appuie sur quasi aucune référence à la pratique. En tout état de cause, sur le fond, on peine à voir ce que ces éléments ajoutent aux termes de l'article 53 – et, s'ils y ajoutent quelque chose, c'est au risque de questions épineuses. Alors que la Commission se doit d'être très prudente pour ne pas porter à croire qu'elle crée de nouvelles conditions pour la reconnaissance d'une norme de *jus cogens*, le libellé du projet de conclusion 3 ne permet pas de savoir avec certitude si le Rapporteur spécial affirme que l'on doit établir la preuve de ces éléments supplémentaires pour démontrer l'existence d'une norme de *jus cogens* : tel n'est probablement pas le cas, mais quel est alors leur effet ?

À la lecture des explications données par le Rapporteur spécial, la notion d'applicabilité universelle ne semble rien ajouter à celle de caractère non dérogeable. Au paragraphe 68 du rapport, le Rapporteur spécial expose les deux conséquences de cet élément supplémentaire, en précisant qu'il s'agit de considérations provisoires sur lesquelles il reviendra dans ses rapports suivants : premièrement, la règle de l'objecteur persistant ne serait pas applicable aux normes de *jus cogens*, et deuxièmement, les normes de *jus cogens* ne peuvent s'appliquer sur une base régionale ou bilatérale. Sir Michael Wood appelle à la prudence en ce qui concerne ces affirmations, car il est difficile de juger de leur exactitude sans avoir au préalable étudié en profondeur l'article 53 de la Convention de Vienne et la pratique des États. Comment affirmer que la règle de l'objecteur persistant n'est pas applicable au *jus cogens* – ce que Sir Michael Wood croit être juste – sans s'être au préalable accordé sur le sens de l'expression « acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble » ? Et est-il demandé aux membres d'exclure la possibilité d'un *jus cogens* régional, alors que cette question doit précisément être examinée dans un rapport ultérieur ? M. Caflisch a fait sur ces deux points des observations très intéressantes qui seront certainement prises en considération ultérieurement.

La notion de « supériorité » est incertaine et peut prêter à confusion. En conséquence, se contenter de parler d'une « hiérarchie » au sein du droit international, ou de dire que

certaines règles sont « supérieures » à d'autres, sans expliquer en quoi, n'a pas grand sens. On peut savoir quels sont les effets éventuels du *jus cogens* en ce qui concerne les traités, dans le domaine de la responsabilité internationale et dans celui de l'immunité de l'État, mais l'ensemble de la question de ses effets et conséquences doit être traité dans un rapport ultérieur et il convient de ne pas en préjuger en invoquant une vague notion de « supériorité ». La question des relations entre les normes de *jus cogens* elles-mêmes sera probablement traitée dans un rapport ultérieur. N'importe quelle norme de *jus cogens* n'étant pas « supérieure » à une autre norme de *jus cogens*, le fait de dire que les normes de *jus cogens* sont « supérieures aux autres normes du droit international » risque de poser des problèmes.

La mention des « valeurs de la communauté internationale » n'est pas utile non plus. L'existence d'une norme de *jus cogens* est en effet subordonnée à l'acceptation et la reconnaissance dont elle fait l'objet en tant que telle de la part de la communauté internationale des États dans son ensemble, et non à l'appréciation subjective de « valeurs ».

Pour ce qui est du chapitre VI du rapport, Sir Michael Wood estime lui aussi que des projets de conclusion sont la forme la plus appropriée pour le résultat des travaux de la Commission sur le sujet, et il se réjouit que l'objectif du Rapporteur spécial soit que le projet de conclusions « [reflète] le droit et la pratique contemporains en matière de *jus cogens* en évitant les débats théoriques ».

Passant aux projets de conclusion proposés au chapitre VII du rapport, Sir Michael Wood dit que le projet de conclusion 1 semble exprimer de manière appropriée la portée que l'on entend donner au projet de conclusions et qu'il n'a d'autres observations que d'ordre rédactionnel, notamment en ce qui concerne l'emploi curieux de l'expression « règles de *jus cogens* » déjà mentionnée par le Rapporteur spécial. Le texte correspond à la description de l'objet des travaux de la Commission faite par le Rapporteur spécial, à savoir « élaborer un ensemble de conclusions rendant compte de l'état actuel du droit international relatif au *jus cogens* ». Le projet de conclusion 2 semble avoir un caractère essentiellement explicatif et ses dispositions gagneraient peut-être à figurer dans le commentaire plutôt que dans le corps du projet de conclusions. Quoi qu'il en soit, il est pour l'essentiel plutôt discutable. Le premier paragraphe parle, par exemple, de modification, dérogation et abrogation, et Sir Michael Wood entend examiner avec attention les explications que le Rapporteur spécial a données à ce sujet lors de la présentation de son rapport, d'autant que, s'agissant du projet de conclusion 3, le Rapporteur spécial a décidé de revenir à la formulation de la Convention de Vienne, qui ne mentionne naturellement que les dérogations. Le membre de phrase « peut résulter d'un traité, du droit international coutumier ou d'un autre accord » soulève de nombreuses questions concernant les relations entre les différentes sources du droit international auxquelles la Commission n'a pas à s'intéresser dans le cadre du sujet à l'examen. Le projet de conclusion 2 ne devrait donc pas être adopté, du moins pour l'heure. Il pourrait être examiné en Comité de rédaction, si le Rapporteur spécial le souhaite, mais pas dans la perspective de l'adopter sous forme de projet de conclusion. Certains de ses éléments pourraient figurer dans un projet de conclusion ultérieur ou dans un éventuel commentaire. Alors que le premier paragraphe du projet de conclusion 2 semble constituer une déclaration au sujet de la modification et de l'abrogation des règles de droit international et des dérogations à ces règles de manière générale, l'on peut se demander pourquoi il faut expliquer d'abord comment les règles du droit international peuvent être « ordinairement » modifiées ou supprimées avant d'examiner les normes de *jus cogens* – car de fait, il est difficile de décrire en un seul paragraphe d'un projet de conclusion la manière « ordinaire » dont les règles changent.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, intitulé « Nature générale des normes de *jus cogens* », Sir Michael Wood estime que la Commission devrait, avant de chercher à expliquer la « nature générale » du *jus cogens*, quel que soit le sens que revêt cette



expression dans le contexte, donner une définition du *jus cogens*. Mieux vaudrait à cette fin, comme il l'a déjà dit, reprendre la formulation exacte de la seconde phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne, car toute modification serait une grave erreur. Quant aux propositions figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, concernant les valeurs, la supériorité hiérarchique et l'universalité, qu'il a déjà dit juger inutiles, Sir Michael Wood précise que, pour autant qu'elles aient un sens, elles portent sur des questions qu'il conviendra d'examiner de manière approfondie et prudente à un stade ultérieur. Même étant entendu, comme l'a dit le Rapporteur spécial, que la Commission pourra le réexaminer avant la première lecture, il serait prématuré d'adopter le paragraphe 2, qui doit donc être laissé de côté, du moins pour le moment.

Enfin, la façon dont le Rapporteur spécial envisage la poursuite des travaux sur le sujet à l'examen, exposée au chapitre VIII du rapport, convient à Sir Michael Wood qui espère que l'examen du sujet pourra ainsi être achevé au cours du prochain quinquennat, ce qui devrait être l'objectif à atteindre.

Pour conclure, Sir Michael Wood dit que, nonobstant les réserves importantes qu'il a formulées au sujet de certains éléments du projet de conclusion 3, il n'est pas opposé au renvoi des projets de conclusion 1 et 3 au Comité de rédaction si tel est le souhait du Rapporteur spécial à l'issue du débat en cours. Cela ne veut pas dire pour autant que le Comité de rédaction devrait adopter les trois projets de conclusion à ce stade de l'examen du sujet, avant que la Commission ait examiné les rapports ultérieurs du Rapporteur spécial. Enfin, Sir Michael Wood souscrit aux observations faites par M. Murase au sujet des projets de conclusion.

#### **Protection de l'atmosphère** (point 8 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/692)

##### *Rapport du Comité de rédaction* (A/CN.4/L.875)

**M. Šturma** (Président du Comité de rédaction) dit qu'il est heureux de présenter le cinquième rapport du Comité de rédaction au titre de la soixante-huitième session de la Commission, rapport qui porte sur le sujet de la protection de l'atmosphère et qui est publié sous la cote A/CN.4/L.875. Figurent dans ce rapport un paragraphe supplémentaire du préambule et cinq projets de directive. À la session en cours, le Comité de rédaction a consacré cinq séances, les 7, 8 et 9 juin 2016, à l'examen des projets de directives 3, 4, 5, 6 et 7 ainsi que du paragraphe du préambule, qui lui ont été renvoyés par la Commission à sa 3311<sup>e</sup> séance, tenue le 7 juin 2016. Il convient de remercier le Rapporteur spécial, dont la maîtrise du sujet, l'esprit constructif et la coopération ont considérablement facilité la tâche du Comité et celle de son Président, ainsi que les membres du Comité pour leur participation active aux travaux. Le Comité de rédaction était également saisi d'un document de travail contenant les propositions de remaniement des projets de directive et des paragraphes du préambule tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Celui-ci avait présenté ces propositions lors de son résumé du débat pour tenir compte des différentes observations formulées en plénière. Il convient de rappeler que le Comité de rédaction élabore des projets de « directive » sur le sujet à l'examen conformément à l'accord de 2013 et qu'il n'a pas tranché la question de savoir si ces « directives » seront présentées comme contenant « des principes directeurs concernant » la protection de l'atmosphère ou comme « trait[ant] de » ladite protection. On peut également rappeler qu'à la session précédente, sur recommandation du Comité de rédaction, la Commission a adopté trois projets de directive, les projets de directives 1, 2 et 5, ainsi que quatre paragraphes du préambule. Faisant sienne la proposition formulée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, le Comité de rédaction a fait du projet de directive 5, sur la coopération internationale, le projet de directive 8 qui apparaît sous ce titre dans le rapport du Comité de rédaction, étant entendu que le numéro 5 figurant entre crochets rappelle la numérotation précédente et que le texte reste celui qui a été adopté à la session

précédente. Outre les projets de directives 3, 4, 5, 6 et 7, le Comité de rédaction a adopté, sur la base de la proposition faite par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, un paragraphe du préambule qui constituera le quatrième du texte déjà adopté.

Passant au texte des projets de directive, M. Šturma dit que le projet de directive 3, sur l'obligation de protéger l'atmosphère, s'inscrit au cœur de l'ensemble du projet de directives. Les projets de directives 4, 5 et 6, qui ont aussi été adoptés à la session en cours, découlent du projet de directive 3 et s'attachent en particulier à établir un lien, par analogie, entre différents principes du droit international de l'environnement et la situation particulière de la protection de l'atmosphère. On se rappellera qu'à la session précédente le Rapporteur spécial avait proposé dans son deuxième rapport un projet de directive dont le renvoi au Comité de rédaction avait été reporté à la suite du débat en plénière, dans l'attente d'un examen plus approfondi par le Rapporteur spécial visant à tenir compte, notamment, de la critique selon laquelle la qualification d'obligation *erga omnes* qu'il avait appliquée au devoir de protéger n'était pas suffisamment étayée dans le deuxième rapport. Pour tenter de répondre à cette critique, le Rapporteur spécial a donc fait dans son troisième rapport une proposition tendant à limiter la portée de l'obligation, qui semblait très large, expressément à la pollution atmosphérique et à la dégradation atmosphérique, et à distinguer les types d'obligations se rapportant à ces deux aspects, tout en se gardant de trancher le point de savoir si l'obligation de prévention dans le contexte de la protection de l'atmosphère constituait ou non une obligation *erga omnes*.

Le Comité de rédaction a travaillé sur la base d'une proposition révisée faite par le Rapporteur spécial compte tenu des observations formulées en plénière, en particulier de la nécessité de mieux rattacher le chapeau du projet de directive et ses deux paragraphes portant respectivement sur la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Il a finalement été décidé de réunir ces éléments en un paragraphe unique. Dans sa formulation actuelle, le projet de directive 3 dispose que les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Ce libellé trouve son origine dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain, reprenant l'arbitrage de la *Fonderie de Trail*, et on le retrouve dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. La mention des « États » aux fins du projet de directive doit être comprise comme visant la possibilité d'une action « individuelle » ou « conjointe » desdits États, selon qu'il convient.

Il faut rappeler que le projet de directive 1, adopté à titre provisoire à la session précédente, définit déjà la pollution atmosphérique comme l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la terre. Cette définition comporte déjà un élément « transfrontière ». En outre, la définition de la dégradation atmosphérique comme « toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la terre », a elle aussi une dimension « mondiale ». Le Comité de rédaction a donc décidé de supprimer les termes « transfrontière » et « mondiale » du projet de directive proposé par le Rapporteur spécial.

Dans sa version actuelle, le projet de directive ne préjuge pas de la question de savoir si l'obligation de protéger l'atmosphère est ou non une obligation *erga omnes*. Ce point figurera dans le commentaire. Il y sera aussi précisé que l'obligation d'exercer la diligence requise est une obligation de comportement, et non de résultat, qui exige des États qu'ils prennent les mesures appropriées pour contrôler la conduite des acteurs publics et privés. La diligence requise emporte un devoir de vigilance et de prévention. Elle exige

également que l'on prenne en considération le contexte et l'évolution des normes, sur les plans réglementaire ou technique.

La Commission a déjà reconnu la nature fluide et dynamique de l'atmosphère dont découle le transport et la propagation en son sein des substances polluantes et des substances de dégradation. En outre, l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, ainsi qu'aux écosystèmes aquatiques et terrestres. C'est sur cette base qu'il est constaté dans l'un des paragraphes du préambule adopté par la Commission à titre provisoire à la session précédente que « la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale ». En conséquence, les verbes « prévenir, réduire ou maîtriser » renvoient aux diverses mesures qui peuvent être prises par les États, individuellement ou conjointement, conformément aux règles applicables concernant, selon qu'il y a lieu, la pollution atmosphérique, d'une part, et la dégradation atmosphérique, de l'autre. Ce membre de phrase est inspiré de formules figurant à l'article 194 de la Convention sur le droit de la mer et à l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. De plus, l'Accord de Paris prévoit en son article 2 qu'il convient de maintenir la température moyenne de la planète aux niveaux convenus, reconnaissant que « cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques », en « renforçant les capacités d'adaptation aux effets néfastes des changements climatiques » et « en promouvant la résilience à ces changements et un développement à faible émission de gaz à effet de serre ».

Si les mesures appropriées visant à « prévenir, réduire ou maîtriser » s'appliquent à la fois à la pollution atmosphérique et à la dégradation atmosphérique, il est entendu que la mention des « règles de droit international applicables » a pour objet de signaler une distinction entre les mesures prises, compte tenu du caractère transfrontière de la pollution atmosphérique et du caractère mondial de la dégradation atmosphérique, ainsi que des différentes règles applicables en l'espèce. Diverses « règles de droit international applicables » entrent en jeu dans chacune de ces deux situations, et c'est le commentaire qui s'emploiera à en préciser les contours.

Le titre du projet de directive 3, devenu « Obligation de protéger l'atmosphère » après que le Comité de rédaction a supprimé les mots « des États » après « obligation », vise à accentuer le caractère central de l'obligation de protéger.

Le projet de directive 4 porte sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement. C'est le premier de trois projets de directive qui découlent du projet de directive 3. Au paragraphe 153 de l'arrêt qu'elle a rendu le 16 décembre 2015 en l'affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, la Cour internationale de Justice a affirmé que, « au titre de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants, un État doit vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État ». Dans sa formulation actuelle, le projet de directive 4 dispose que « Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique ».

Le Comité de rédaction a travaillé sur une proposition révisée du Rapporteur spécial qui visait à tenir compte des vues exprimées en plénière. Les principaux points de discordance concernaient la portée du projet de directive, tenue pour encore trop large. La disposition a d'abord été reformulée à la voix passive : « Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation ... », au lieu de « Les États ont l'obligation de procéder à une évaluation... », de façon à indiquer qu'il s'agit d'une obligation de comportement et que,

compte tenu de la diversité des acteurs économiques, elle ne s'attache pas nécessairement à l'État lui-même. Ce qui importe, c'est que celui-ci mette en place les mesures législatives, réglementaires et autres nécessaires pour qu'il soit procédé à une évaluation concernant les activités visées. La notification et les consultations sont des éléments clefs d'une telle évaluation.

Deuxièmement, l'absence de limite spatiale a été jugée préoccupante. Le membre de phrase « des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle » vise à préciser que l'obligation faite aux États de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement concerne les activités relevant de leur juridiction ou contrôle. Les risques environnementaux ne respectant pas les frontières, cela n'exclut en principe pas la possibilité qu'un groupe d'États, dans le cadre de la gouvernance mondiale de l'environnement, se constitue pour convenir qu'il soit procédé à une évaluation d'une activité relevant de leur juridiction ou contrôle ou susceptible d'avoir un impact sur des territoires sous leur juridiction ou contrôle.

La troisième préoccupation concernait la question de savoir si un seuil était nécessaire, du fait en particulier que la définition des termes « pollution atmosphérique » et « dégradation atmosphérique » figurant dans la directive 1 provisoirement adoptée en 2015 prévoyait déjà un seuil. Le Comité de rédaction a estimé que cela était nécessaire, car c'est le franchissement du seuil prévu dans les projets de directive actuels qui déclenche l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement. La formule « qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important » s'inspire du principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. De plus, d'autres instruments, comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, prévoient un seuil comparable. La Cour internationale de Justice a également, dans plusieurs arrêts, notamment ceux rendus dans les affaires du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* et de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, évoqué l'importance des évaluations de l'impact sur l'environnement. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, elle a indiqué que « l'on [pouvait] désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur des ressources partagées ». Le seuil défini par la formule « susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important » dans le projet de directive 4 signifie qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement ne sera pas nécessaire dans le cas d'une activité dont il est probable que l'impact sera mineur ou transitoire. L'impact du dommage potentiel doit être « important » et, étant donné que le sujet porte à la fois sur la « pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique », ce qui constitue un impact « important » reste une question de fait. Pour que le seuil de prévisibilité soit respecté avant que naisse l'obligation, l'« évaluation de l'impact sur l'environnement » à effectuer n'est plus désormais qualifiée d'« indiquée ».

Si le Comité de rédaction a estimé que l'expression « en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique » n'était pas, du point de vue formel, totalement heureuse, il a considéré qu'il importait de mentionner les deux problèmes principaux qu'envisage le projet de directives en matière de protection de l'environnement, à savoir la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique transfrontières. Le commentaire expliquera dans quelle mesure l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement s'applique dans les contextes transfrontière et mondial.

Le Comité de rédaction a reconnu que la transparence et la participation de la population étaient importantes s'agissant d'assurer l'accès à l'information et la

représentation, mais il a estimé que les aspects procéduraux de l'évaluation de l'impact sur l'environnement devaient être envisagés dans le commentaire et non dans le projet de directive comme le proposait le Rapporteur spécial.

Le Principe 10 de la Déclaration de Rio prévoit que la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Cette participation comprend l'accès à l'information, la possibilité de participer aux processus de prise de décisions et un accès effectif à des recours judiciaires et administratifs. La Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement traite de ces questions. Le projet de directive 4 est intitulé « Évaluation de l'impact sur l'environnement », comme l'avait proposé le Rapporteur spécial.

Le projet de directive 5 porte sur l'utilisation durable de l'atmosphère. L'atmosphère est une ressource limitée dont la capacité d'assimilation est limitée. Le plus souvent, elle n'est pas considérée comme exploitable au sens où les ressources minérales, pétrolières et gazières sont explorées et exploitées mais, dans les faits, elle est exploitée dans ses composantes physiques et fonctionnelles. Le pollueur exploite l'atmosphère en réduisant sa qualité et sa capacité d'assimiler les polluants. En premier lieu, le projet de directive 5 fait une analogie avec la notion de « ressource partagée », tout en reconnaissant que l'unité de l'atmosphère mondiale appelle la reconnaissance d'une communauté d'intérêts. C'est pourquoi il part du principe que l'atmosphère est une ressource limitée dont la capacité de soutenir la vie sur Terre subit l'impact des activités anthropogènes. Pour en assurer la protection, il importe de la considérer comme une ressource qui est exploitée, ce qui l'assujettit aux principes de conservation et d'utilisation durable. Il convient de noter que certains membres ont dit douter que l'atmosphère puisse à cet égard être traitée comme les aquifères et les cours d'eau.

Le projet de directive 5 comprend deux paragraphes. Le paragraphe 1 constate que l'atmosphère est « une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée ». Le Comité de rédaction a préféré cette formule à l'expression « Le caractère fini de l'atmosphère » proposée par le Rapporteur spécial, car il a jugé que celle-ci était imprécise et ne manquerait pas de soulever des questions puisque c'est l'introduction ou l'émission de substances dans l'atmosphère et les modifications de l'atmosphère qui ont nécessairement un impact sur celle-ci. La seconde partie du paragraphe 1 vise à intégrer la conservation et le développement afin que les modifications de la planète ne compromettent pas la survie et le bien-être des organismes sur la terre en indiquant que l'utilisation de l'atmosphère devrait être entreprise de manière durable. Ce libellé s'inspire des articles 4 et 5 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en 2008 et des articles 5 et 6 de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

Le terme « utilisation » doit être entendu au sens large et en termes généraux comme renvoyant à des notions qui vont au-delà de l'exploitation effective, et le commentaire développera ce point. Il convient de noter que la notion d'« utilisation » a posé des problèmes à certains membres du Comité de rédaction, au motif que c'était souvent les activités humaines qui, directement ou indirectement, avaient un impact sur l'atmosphère en tant qu'enveloppe gazeuse et que ce n'était pas l'utilisation de l'atmosphère elle-même qui était la préoccupation majeure. Le Comité de rédaction a néanmoins considéré que la proposition « son utilisation devrait être entreprise de manière durable » était simple et n'était pas indûment legaliste. Cette formule reflète mieux le changement de paradigme qui fait que l'atmosphère est maintenant considérée comme une ressource naturelle qui doit être utilisée de manière durable. Il s'agit davantage d'une déclaration de politique et de réglementation internationales que d'un code opérationnel déterminant les droits et obligations des États.

Le paragraphe 2 s'inspire du libellé du paragraphe 140 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, qui évoque la « nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement ». La formulation proposée par le Rapporteur spécial, qui invoquait la nécessité de « maintenir un juste équilibre », a été jugée inutilement conflictuelle en ce qu'elle opposait le développement économique à la protection de l'environnement. De plus, l'emploi de l'expression « protection de l'atmosphère » par opposition à « protection de l'environnement » vise à axer le paragraphe sur la matière du sujet à l'examen, qui est la protection de l'atmosphère.

Certains membres du Comité de rédaction ont estimé que le paragraphe 2 était inutile parce qu'il ne faisait qu'énoncer une indication qui pourrait, par exemple, figurer dans un commentaire expliquant la directive.

Le titre du projet de directive 5 est « Utilisation durable de l'atmosphère » comme l'avait proposé le Rapporteur spécial. Comme on l'a déjà indiqué, le projet de directive 5, sur la coopération internationale, provisoirement adopté en 2015 est désormais le projet de directive 8.

Le projet de directive 6 porte sur l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère, élément important mais autonome de la durabilité visée dans le projet de directive 5. Le Comité de rédaction l'a examiné sur la base d'un texte révisé présenté par le Rapporteur spécial pour tenir compte des observations faites en plénière. Comme le projet de directive précédent, certains membres en ont contesté l'utilité en relation avec l'atmosphère, d'autant plus que le projet de directive 5 traite déjà de l'utilisation durable.

Comme le projet de directive 5, le projet de directive 6 est formulé de manière largement abstraite et générale. Au lieu de dire que les États « devraient utiliser l'atmosphère », il dispose que « [l']atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures ».

Ce projet de directive est formulé en termes généraux et vise à appliquer le principe d'équité à la protection de l'atmosphère en tant que ressource naturelle partagée par tous. La première partie traite de l'utilisation « équitable et raisonnable ». La proposition « l'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable » s'inspire en partie de l'article 5 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et de l'article 4 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Les différences entre l'atmosphère d'une part et les cours d'eau et les aquifères de l'autre ont été soulignées par des membres du Comité de rédaction. Elles nécessitent une mise en balance des intérêts et la prise en considération de tous les facteurs pertinents propres à la pollution atmosphérique d'une part et à la dégradation atmosphérique de l'autre.

La seconde partie du projet de directive concerne l'équité intra et intergénérationnelle. Pour faire le lien entre ces deux aspects de l'équité, le Comité de rédaction a choisi d'employer l'expression « compte tenu des intérêts des générations présentes et futures » au lieu de « dans l'intérêt des générations présentes et futures de l'humanité ». Dans le texte anglais, les mots « *taking into account the interests* » ont été substitués à l'expression « *for the benefit of* » pour souligner le caractère intégré de l'atmosphère, dont l'« exploitation » doit mettre en balance des intérêts pour assurer la préservation du vivant sur la terre.

Le projet de directive est intitulé « Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère », les mots « et raisonnable » ayant été ajoutés au titre qu'avait proposé le Rapporteur spécial.

Le Président du Comité de rédaction indique qu'avant d'aborder la dernière directive, il souhaite dire quelques mots du paragraphe du préambule que le Comité de rédaction a examiné et adopté, puisque ce paragraphe avait été proposé par le Rapporteur spécial en relation avec les considérations d'équité, en particulier l'équité intragénérationnelle.

Le Comité de rédaction a travaillé sur une proposition révisée du Rapporteur spécial qui visait à refléter la notion de « situations nationales différentes » dans le texte. Cette expression a été jugée inappropriée dans ce contexte, au motif qu'elle renvoyait à une notion plus large et était associée à la notion de responsabilités communes mais différenciées qui, aux termes de la décision prise en 2013, ne relevait pas du sujet.

Le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport était tiré du neuvième alinéa du préambule du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, et le texte actuel s'inspire du septième alinéa du préambule de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Ainsi, tel qu'actuellement libellé, ce paragraphe se lit comme suit : « *Conscients* de la situation et des besoins particuliers des pays en développement, ». Suivant la proposition du Rapporteur spécial, il constituera le quatrième paragraphe du préambule. Il prend simplement acte de la situation et des besoins particuliers, dans les faits, des pays en développement.

Le projet de directive 7 porte sur les activités dont l'objet même est de modifier l'atmosphère, l'intention claire et concrète étant de la modifier sur une grande échelle. Le Rapporteur spécial l'avait initialement proposé en tant que projet de directive 7, puis en avait fait un nouveau paragraphe 3 du projet de directive 5 dans les propositions révisées qu'il a présentées compte tenu du débat en plénière ; finalement, après l'avoir examiné, le Comité de rédaction a considéré que la question dont il traitait méritait une directive distincte. De plus, sur le fond, le Rapporteur spécial proposait dans son troisième rapport un projet de directive sur la géo-ingénierie, qui a été révisé en termes généraux à l'issue du débat en plénière. C'est sur la base de ce texte révisé que le Comité de rédaction a travaillé.

Au Comité de rédaction, bien qu'on ait considéré que la formulation en termes généraux constituait un pas dans la bonne direction, la portée de la disposition proposée, qui semblait large, a suscité des préoccupations. De fait, plusieurs membres n'étaient toujours pas convaincus qu'un projet de directive sur des questions qui pour l'essentiel demeuraient controversées et qui n'était guère étayé par la pratique fût nécessaire.

Le texte du projet de directive, tel qu'actuellement libellé, est le suivant : « Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international ».

Le terme « activités » s'entend au sens large mais il s'agit des « activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ». Le Comité de rédaction a examiné différentes formulations avant de retenir ce libellé qui suit la définition de la « géo-ingénierie » et des « techniques de modification de l'environnement » figurant dans la Convention de 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (la Convention sur les techniques de modification de l'environnement), qui vise toute technique ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique.

Comme on l'a déjà dit, le terme « activités » doit s'entendre au sens large. Certaines autres activités sont interdites par le droit international, mais le Comité de rédaction considère qu'elles ne relèvent pas du présent projet de directive. La Convention sur les techniques de modification de l'environnement, par exemple, vise spécifiquement à

prévenir l'utilisation de l'environnement comme moyen de guerre en interdisant toute manipulation délibérée de processus naturels qui risque de produire des phénomènes tels que des ouragans, des raz-de-marée ou des changements climatiques et d'avoir des « effets étendus, durables ou graves » (art. 1). De plus, le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux contient des dispositions qui complètent la Convention sur les techniques de modification de l'environnement en cas de conflit armé : si celle-ci interdit la modification délibérée de l'environnement comme moyen de guerre, le Protocole I interdit les attaques contre l'environnement en tant que tel, quels que soient les moyens utilisés (aux articles 35, par. 3, et 55 ; et voir également l'article 8 2) b) iv) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale).

Lors du débat au Comité de rédaction, une proposition a été présentée qui visait à préciser que le terme « activités » s'entendait uniquement des activités « non militaires ». Étant donné qu'il est entendu que ce projet de directive ne s'applique pas aux activités militaires, un échange de vues a eu lieu sur le point de savoir si le projet de directives dans son ensemble s'appliquait uniquement aux activités « non militaires ». Pour certains membres, cette limitation ne valait que pour le projet de directive 7, au motif que toute autre interprétation remettrait en cause le champ d'application du projet de directives, défini dans une directive adoptée à titre provisoire en 2015 sans aucune limitation comparable. Pour d'autres, le retrait de la proposition susmentionnée afin que les « activités » ne soient pas qualifiées de « non militaires » avait été effectué précisément parce qu'il leur avait été donné à entendre que l'ensemble du projet de directives ne s'appliquait pas aux activités militaires.

Certaines des activités sont réglementées et continueront d'être assujetties aux divers régimes applicables. Par exemple, le boisement a été incorporé dans le régime du Protocole de Kyoto et dans l'Accord de Paris (art. 5, par. 2). Des mesures de réglementation du captage et du stockage du carbone ont été adoptées en vertu de certains instruments juridiques internationaux. Le Protocole de 1996 à la Convention de Londres de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières comprend maintenant une disposition amendée et une annexe, ainsi que de nouvelles directives relatives à la lutte contre l'immersion de déchets et d'autres matières. Dans la mesure où la « fertilisation des océans par le fer » et l'« alcalinisation des océans » impliquent l'immersion de substances dans les océans, cette convention et ce protocole sont pertinents.

Le projet de directive n'entend nullement étouffer l'innovation et le progrès scientifique. Les principes 7 et 9 de la Déclaration de Rio soulignent l'importance des techniques nouvelles et novatrices et de la coopération dans ce domaine. Le projet de directive 7 ne vise donc pas à interdire ces activités, bien que les États puissent s'entendre pour le faire, et ne fait qu'énoncer le principe selon lequel ces activités doivent être menées avec prudence et précaution. L'expression « avec prudence et précaution » est tirée du texte des décisions rendues par le Tribunal international du droit de la mer dans les *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)* (par. 77), l'*Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)* (par. 84) et l'*Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)* (par. 99). Le projet de directive est rédigé sous forme d'exhortation et vise à promouvoir l'élaboration de règles régissant ces activités dans le cadre des régimes applicables dans les divers domaines touchant la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Il convient en outre de noter que le projet de directive fixe un seuil important à ces activités : elles doivent viser la modification « intentionnelle » et être menées « à grande échelle ».



Le projet de directive se termine par les mots « sous réserve de toute règle applicable de droit international ». Un débat a eu lieu au Comité de rédaction sur le point de savoir si, comme le proposait initialement le Rapporteur spécial, la formule « et dans le respect du droit international existant » avait bien sa place dans une directive à valeur d'exhortation. Certains ont proposé de supprimer cette formule. Tel que le projet de directive est actuellement libellé, la première partie se termine par une virgule et doit s'entendre « sous réserve de toute règle applicable de droit international ». Il est entendu que le droit international demeure applicable en relation avec ce projet de directive.

Le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial mentionnait la « transparence » mais le Comité de rédaction a décidé de traiter cette question dans le commentaire. De même, l'évaluation de l'impact sur l'environnement faisant l'objet du projet de directive 4, il a décidé de supprimer la seconde phrase du projet de directive proposé par le Rapporteur spécial, qui disposait que les activités en cause devaient faire l'objet d'études d'impact environnemental, et de traiter cette question dans le commentaire.

Le titre du projet de directive 7 est « Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère » et non « Modification de l'atmosphère », titre d'une proposition présentée précédemment au Comité de rédaction. Il vise à souligner que le projet de directive ne concerne que les modifications intentionnelles à grande échelle de l'atmosphère.

En conclusion, le Président du Comité de rédaction dit qu'il espère que la Commission pourra adopter provisoirement les projets de directive et le paragraphe du préambule qu'il a présentés.

*La séance est levée à 18 h 10.*