

Provisoire

Réservé aux participants

17 février 2017

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3315^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 5 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

Jus cogens (suite)

Protection de l'atmosphère (*suite*)

Organisation des travaux de la session (*suite*)

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

GE.16-11612 (EXT)



* 1 6 1 1 6 1 2 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Commissário Afonso
Puis : M. Nolte (Vice-Président)
Membres : M. Caflisch
M. Candioti
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Gómez-Robledo
M. Hassouna
M^{me} Jacobsson
M. Kamto
M. Kittichaisaree
M. Kolodkin
M. Laraba
M. McRae
M. Murase
M. Niehaus
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 10 heures.

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

Le Président invite la Commission à poursuivre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur le *jus cogens* (A/CN.4/693).

M. Hassouna remercie le Rapporteur spécial pour son rapport clair et bien structuré dans lequel il s'efforce de définir la portée des travaux sur le sujet et le caractère général des normes de *jus cogens*. Si, à la Sixième Commission, de nombreux États se sont déclarés favorables à l'inscription du sujet à l'ordre du jour de la CDI, d'autres continuent d'exprimer des réserves. Même parmi les États ayant appuyé cette inscription, des divergences de vues demeurent quant à la manière d'envisager le sujet et les éléments sur lesquels faire fond. Le Rapporteur spécial devrait donc tenir compte de cette divergence de vues et aborder le sujet avec beaucoup de prudence. Son objectif ultime devrait être de clarifier le concept de *jus cogens* du point de vue du droit international en présentant des textes concrets acceptables pour les membres de la CDI comme pour ceux de la Sixième Commission.

S'agissant de la détermination des normes du *jus cogens*, M. Hassouna estime comme le Rapporteur spécial qu'il n'y a aucune raison de s'écarter de la méthode de travail ordinaire de la Commission, qui consiste à tenir compte de matériaux et de sources très divers de manière intégrée. Lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission sur le sujet, des États ont fait valoir que les travaux devaient reposer sur la jurisprudence, en particulier celle de la Cour internationale de Justice, d'autres soulignant qu'ils devaient reposer sur la pratique pertinente des États. Ces deux sources ne s'excluent pas mutuellement. La Commission devrait tenir compte de la pratique des États, de la jurisprudence, de la doctrine et des autres sources pertinentes ; le poids à accorder à chacune d'entre elles sera ensuite déterminé compte tenu des éléments examinés pour chacune.

M. Hassouna appuie l'intention du Rapporteur spécial de mener les travaux de manière fluide et souple, ce qui permettra de réexaminer les projets de conclusion au fur et à mesure que la Commission avancera. Cela ne signifie toutefois pas que ces projets de conclusion seront adoptés à titre temporaire ou provisoire. Ils ne doivent être révisés qu'à des fins de coordination et d'adaptation.

S'agissant de la proposition d'établir une liste indicative de normes ayant actuellement le statut de *jus cogens*, l'orateur estime qu'il faut le faire indirectement en donnant des exemples de telles normes dans les commentaires pour étayer les projets de conclusion. Il préférerait que la Commission attende, pour décider si elle doit annexer une liste de ces exemples aux conclusions, d'avoir défini les normes du *jus cogens*. L'important est de souligner qu'une telle liste, qu'elle figure dans les commentaires ou dans une annexe, n'est aucunement exhaustive.

Le Rapporteur spécial doit être félicité pour la description claire qu'il donne de l'évolution historique du concept de *jus cogens* et des efforts qu'il a faits pour rendre compte de manière aussi concise que possible des débats en cours sur la nature juridique du concept. Comme la Commission l'a elle-même souligné, le *jus cogens* a longuement retenu l'attention de la doctrine, ce qui rend le travail du Rapporteur spécial d'autant plus impressionnant.

En ce qui concerne les trois projets de conclusion proposés, M. Hassouna note que lorsqu'il se réfère au *jus cogens*, le Rapporteur spécial utilise tantôt le mot « normes » tantôt le mot « règles ». Or il faut faire preuve de cohérence dans l'emploi des termes ; à défaut, une explication devra être fournie. Bien que lorsqu'il a présenté son rapport le Rapporteur spécial ait proposé de remplacer « règles » par « normes » dans le projet de conclusion 1, les deux termes continuent d'être employés au paragraphe 2 du projet de conclusion 2.

Il conviendrait d'envisager d'inverser l'ordre des projets de conclusions 2 et 3, afin de commencer par décrire la nature générale des normes du *jus cogens* avant de traiter de la modification et de l'abrogation des règles du droit international et des dérogations à ces règles. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 2 semble sortir du cadre des travaux sur le sujet, car ceux-ci sont axés sur les normes du *jus cogens* et non sur le point de savoir quelles règles peuvent être modifiées ou abrogées, ou faire l'objet de dérogations, et par quels moyens. Le Rapporteur spécial devrait donc envisager de supprimer ce paragraphe du projet de conclusion et de l'insérer dans le commentaire s'il le juge nécessaire. Le projet de conclusion 2 pourrait être remanié comme suit : « Les normes impératives du droit international général ne peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées que par des règles de même caractère. »

Il conviendrait d'ajouter une définition du *jus cogens* dans le projet de conclusion 3. M. Hassouna appuie l'idée de faire reposer cette définition sur celle figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui énonce tous les principaux éléments du *jus cogens*. À cet égard, il propose que le Rapporteur spécial envisage de remplacer l'intitulé du sujet par « Le *jus cogens* en droit international », formule qui refléterait mieux l'objet des travaux de la Commission.

Si les projets de conclusion proposés constituent un point de départ utile pour les travaux, plusieurs questions semblent devoir être clarifiées. La première est la notion de dérogation. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 dispose que « [l]es normes impératives du droit international général ... ne peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées que par des règles de même caractère ». Or, le caractère impératif d'une norme implique précisément qu'elle ne peut faire l'objet de dérogations au moyen d'une autre norme créée par certains États ; si la communauté internationale des États dans son ensemble adopte une norme impérative, cette norme modifiera la norme impérative existante, mais n'y dérogera pas. À cet égard, il faut aussi noter que le paragraphe 1 du projet de conclusion 3, qui prévoit que les normes impératives sont des normes qui ne peuvent être modifiées, contredit le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 et, ce qui est plus grave, l'article 64 de la Convention de Vienne. Le Rapporteur spécial devrait développer l'analyse qui étaye actuellement les projets de conclusions 2 et 3.

Une deuxième question qui doit être clarifiée est celle de l'effet invalidant du *jus cogens*. Si le Rapporteur spécial indique, au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, que les normes impératives sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international, l'effet invalidant du *jus cogens*, énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne et intrinsèquement lié à l'idée de hiérarchie, n'est pas mentionné dans le projet de conclusions. Bien que cette question puisse être traitée dans les rapports futurs, il serait souhaitable de renvoyer à cet article dans le contexte à l'examen. De toute façon, le Rapporteur spécial devrait se pencher sur les questions importantes que soulève la nullité des normes en conflit avec le *jus cogens*, par exemple celle de savoir qui détermine quelles normes sont nulles et si des normes autres que conventionnelles peuvent également être considérées comme nulles.

Une troisième question est celle du *jus cogens* régional. Le Rapporteur spécial semble supposer, au paragraphe 68 de son rapport, que comme les normes de *jus cogens* sont universellement applicables, elles ne s'appliquent pas sur une base exclusivement régionale. Or cette affirmation, également reflétée au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, est démentie par le fait que la pratique reconnaît l'existence d'un *jus cogens* régional. En 1987, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a reconnu qu'il existait dans les États membres de l'Organisation des États américains une norme reconnue du *jus cogens* qui interdisait l'exécution des enfants. L'existence d'un *jus cogens* régional et son application dans le contexte de l'application universelle des normes du *jus cogens* mérite donc d'être examinée plus avant, ce que le Rapporteur spécial pourrait faire dans ses futurs rapports.

À la lumière de ces observations, M. Hassouna approuve le renvoi des trois projets de conclusion au Comité de rédaction.

Quant au résultat des travaux de la Commission, M. Hassouna croit comme le Rapporteur spécial qu'il doit prendre la forme de projets de conclusion, car ceux-ci viseront à clarifier l'état du droit sur la base de la pratique actuelle en matière de *jus cogens*. Il approuve également la feuille de route proposée par le Rapporteur spécial pour les travaux sur le sujet, étant entendu que, outre les questions que le Rapporteur spécial a l'intention d'examiner dans ses futurs rapports, les questions soulevées et propositions faites tant au sein de la CDI qu'à la Sixième Commission devront être prises en considération.

M. Kittichaisaree remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport, qui repose sur des recherches approfondies et dans lequel il analyse les approches jusnaturaliste et positiviste de l'origine des normes du *jus cogens*, tout en admettant que dans ce domaine la pratique des États est rare. Lui-même n'est un tenant ni de l'école jusnaturaliste ni de l'école positiviste. En tant que publiciste pragmatique ou réaliste, il donne de la reconnaissance du *jus cogens* dans la Convention de Vienne sur le droit des traités l'explication suivante.

C'est peu après la Seconde Guerre mondiale, à une époque où le souvenir des atrocités commises par le régime nazi était encore frais dans la mémoire de l'humanité, que la Commission a mené ses travaux ayant abouti à la Convention de Vienne. L'invocation de la piraterie et de l'esclavage en tant que crimes contraires à l'ordre et à la morale publics a non seulement réaffirmé que certains crimes relevaient de la compétence universelle mais également prouvé que certains actes étaient universellement proscrits. C'est sur cette base que des normes impératives ont été reconnues, y compris leur caractère *erga omnes*.

Les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, les crimes contre la paix et ce qui allait être défini comme le génocide ont été réprimés lors du procès de Nuremberg, le Tribunal militaire international jugeant que les crimes de droit international étaient commis par des êtres humains et non par des entités abstraites, légitimant ainsi pour la première fois le principe de la responsabilité pénale individuelle après que divers efforts à cette fin eurent échoué par crainte de violer un autre principe, le principe de légalité, ou *nullum crimen sine lege*. La résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée « Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg », adoptée à l'unanimité le 11 décembre 1946, atteste une pratique des États reconnaissant que les crimes dont les auteurs ont été jugés à Nuremberg sont universellement condamnés. Dans certaines des premières affaires dont a connu le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal a cité cette résolution comme fondement principal pour juger que, lorsque des crimes relevant de son statut avaient été commis, ils étaient déjà considérés comme des crimes en droit international coutumier; il n'y avait donc pas violation du principe de légalité.

C'est pourquoi, bien que les crimes en question fassent l'objet de conventions internationales distinctes, le but de ces conventions est de faire en sorte qu'ils soient réprimés le plus largement possible dans le cadre des ordres juridiques internes et qu'une coopération internationale s'instaure pour que leurs auteurs ne puissent trouver refuge nulle part. Toutefois, lors des conférences internationales par lesquelles les conventions concernées ont été adoptées, la compétence universelle n'a généralement pas été admise, excepté à raison des violations graves des quatre Conventions de Genève de 1949.

Dans ce contexte, il sera difficile de trouver des critères permettant d'identifier les normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial pourrait toutefois, par exemple, analyser comment l'interdiction de la torture est devenue une norme du *jus cogens*, en utilisant l'approche inductive et l'approche déductive pour établir des critères appropriés afin d'identifier de nouvelles normes du *jus cogens* et d'évaluer la pratique des États à l'appui de leur existence. Il pourrait aussi se pencher sur le rôle éventuellement joué à cet égard par les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. Par exemple, la pédopornographie et l'exploitation sexuelle des enfants sont des crimes dans le cadre de la plupart des systèmes juridiques. Cette incrimination fait-elle partie du *jus cogens* ? Si tel n'est pas le cas, pourquoi ?

Bien que les travaux doivent viser la détermination du *jus cogens* en général et ses conséquences, l'orateur souscrit à l'idée d'une liste indicative des normes du *jus cogens*, figurant à la fois dans les commentaires et en annexe du projet de conclusions. S'il est clairement indiqué que cette liste n'est pas exhaustive, elle ne pourra être interprétée comme telle.

En ce qui concerne les projets de conclusions 1 et 2, M. Kittichaisaree souscrit à l'opinion exprimée à la séance précédente par Sir Michael. Quant au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, si les principaux éléments retenus par le Rapporteur spécial pour définir le *jus cogens* semblent appropriés, il convient d'expliquer exhaustivement dans le commentaire le sens de l'expression « valeurs fondamentales de la communauté internationale ». L'expression « hiérarchiquement supérieures aux autres normes » devrait être soit modifiée, afin d'exprimer l'idée de supériorité sans renvoyer à une hiérarchie, soit expliquée dans le commentaire. En particulier, le Rapporteur spécial devrait préciser en quoi la supériorité hiérarchique du *jus cogens* diffère en droit international et en droit interne et comment déterminer, lorsque deux normes ou plus sont en conflit, celle qui doit prévaloir. La supériorité hiérarchique n'est pas une condition aux fins de la détermination, mais l'une des conséquences du *jus cogens*. C'est pourquoi, bien que l'idée de supériorité doive être mentionnée, M. Kittichaisaree craint qu'en traiter au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 ne brouille la distinction entre la détermination du *jus cogens* et les conséquences de celui-ci et ne rende la définition circulaire. Si l'article 20 du Pacte de la Société des Nations et l'article 103 de la Charte des Nations Unies, qui sont cités au paragraphe 28 du rapport, sont des exemples intéressants dans ce contexte, on voit mal comment l'idée de hiérarchie peut contribuer à mettre en lumière les critères permettant d'identifier les normes du *jus cogens*.

Enfin, l'expression « universellement applicable » devrait être conservée et expliquée dans le commentaire par un renvoi à l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, aux termes duquel les principes susceptibles d'être qualifiés de *jus cogens* doivent être reconnus comme liant les États, même en l'absence d'obligation conventionnelle, et comme étant de caractère universel. Si l'universalité doit être considérée comme une caractéristique du *jus cogens* – et M. Kittichaisaree pense qu'elle doit l'être – on ne peut accepter la notion de *jus cogens* régional.

Le Rapporteur spécial devrait également distinguer entre le fait qu'il est universellement admis que les normes du *jus cogens* ne peuvent faire l'objet de dérogations, d'une part, et le fait que les États peuvent ne pas accepter la compétence universelle à l'égard des crimes commis sur leurs territoires respectifs ou par ou contre leurs nationaux, de l'autre.

M. McRae félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui atteste la qualité des recherches effectuées et éclaire nombre des questions préliminaires auxquelles la Commission est confrontée. La description de l'évolution historique du concept de *jus cogens* est très éclairante et met en lumière certaines des contradictions et difficultés fondamentales entourant le sujet.

Le Rapporteur spécial a adopté une approche équilibrée et, en réponse aux vues exprimées par les États Membres à la Sixième Commission, a indiqué qu'il ferait preuve de prudence. Les rapporteurs spéciaux et la Commission dans son ensemble sont toutefois prudents de par leur nature et leur composition mêmes, et M. McRae n'est pas certain que l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle il sera prudent ajoute quoi que ce soit, du point de vue méthodologique, au traitement du sujet par la Commission. Plus importante est son indication selon laquelle ses travaux reposeront sur les éléments sur lesquels la Commission fait normalement fond, à savoir la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, et qu'il n'établira pas de nouvelles priorités entre eux aux fins des travaux sur le sujet.

Comme le Rapporteur spécial l'indique dans son analyse de l'évaluation historique de l'idée de *jus cogens*, ce concept repose à la fois sur le droit naturel et le positivisme. C'est dans le droit naturel que le *jus cogens* trouve son origine, mais la méthode utilisée pour déterminer l'existence d'une règle de *jus cogens* est essentiellement positiviste. Bien que le Rapporteur spécial ait évité de trancher les questions théoriques, les choix effectués reposent toujours sur un fondement théorique. Dans le cas du *jus cogens*, une idée née du droit naturel a été adaptée pour la faire entrer dans un cadre positiviste.

À la Sixième Commission, les États Membres ont encouragé le Rapporteur spécial à déduire le *jus cogens* de la pratique des États, ce qui atteste une perspective positiviste. Ce que montre la pratique des États est qu'aucun État ne nie l'existence d'un principe de droit international de *jus cogens*. Lorsqu'il s'agit de déterminer si une norme a le statut de *jus cogens*, par contre, la question demeure de savoir si la Commission doit appliquer la même méthode qu'elle a appliquée pour déterminer le droit international coutumier. Si elle le fait, elle s'apercevra soit que l'*opinio juris* est abondante mais qu'il n'y a pas de preuves véritables d'un usage constant et uniforme, soit que les preuves de ce qui constitue la pratique sont essentiellement les mêmes que celles qui attestent l'existence de l'*opinio juris*. Se pose ainsi la question de savoir si, selon les normes énoncées par la Commission dans le cadre de ses travaux sur le droit international coutumier, il peut être plus facile d'identifier une norme du *jus cogens* qu'une règle coutumière du droit international. Toutefois, dans l'affaire concernant les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour internationale de Justice a jugé qu'il existait une règle coutumière relative à l'emploi de la force sur la base de ce qu'avaient dit les États et elle n'a pas tenu compte du fait que ce que faisaient nombre d'entre eux en pratique était contraire à ce qu'ils déclaraient sur l'illicéité de l'emploi de la force. La règle identifiée par la Cour était peut-être une norme du *jus cogens*, un point sur lequel le Rapporteur spécial pourrait peut-être se pencher dans ses rapports futurs. Quoi qu'il en soit, l'affaire met en lumière les difficultés conceptuelles auxquelles le Rapporteur spécial fera face s'agissant d'élaborer des projets de conclusion sur la manière d'identifier les normes du *jus cogens*.

Utiliser, pour identifier ces normes, la méthode utilisée pour déterminer le droit international coutumier pose d'autres problèmes, y compris celui de la pertinence de la notion d'objecteur persistant. M. McRae dit que, s'il comprend les arguments de certains membres pour qui la règle de l'objecteur persistant ne doit pas s'appliquer à l'identification des normes du *jus cogens*, il n'est pas certain qu'ils soient justifiés. Si l'on applique la méthode de détermination du droit international coutumier à l'identification des normes du *jus cogens*, la question se pose de savoir comment les différents éléments de cette méthode doivent être choisis. Il incombe ainsi au Rapporteur spécial de trouver une bonne raison d'exclure la règle de l'objecteur persistant.

D'autres questions appellent des éclaircissements. Le Rapporteur spécial affirme dans ses projets de conclusion qu'une norme du *jus cogens* peut être modifiée par le droit international coutumier, mais l'on peut se demander comment. Le premier cas de pratique des États s'écartant d'une norme du *jus cogens* sera automatiquement nul, comme le sera toute pratique ultérieure de même nature. De plus, comme une identité d'action universelle des États créant instantanément une norme de droit international coutumier est inconcevable, le Rapporteur spécial devra se demander si la seule manière dont une norme du *jus cogens* peut être remplacée serait l'adoption d'un traité multilatéral auquel l'adhésion est universelle. Le problème n'est pas propre au sujet à l'examen mais est également inhérent à l'article 53 de la Convention de Vienne. Le Rapporteur spécial devra examiner de telles questions dans ses rapports suivants.

En ce qui concerne la proposition du Rapporteur spécial d'adopter une « approche fluide et souple » dans le cadre de laquelle certaines questions et certains projets de conclusion seront réévalués, M. McRae est d'accord avec ceux qui estiment que la Commission n'a pas pour pratique de procéder ainsi et qu'en le faisant elle risque de perdre du temps. Comme le Rapporteur spécial travaille sur un sujet en évolution, peut-être devrait-il repenser son plan de travail au fur à mesure que ses recherches progressent et traiter ultérieurement des sujets sur lesquels davantage de recherches sont nécessaires.

M. McRae convient que les résultats des travaux de la Commission sur le sujet doivent prendre la forme de conclusions. Quant à savoir s'ils doivent contenir une liste indicative, il n'est pas douteux que dans le cadre de ses travaux, la Commission sera amenée à indiquer ce qu'elle considère comme des normes du *jus cogens*. Savoir si ces normes doivent être réunies dans une annexe ou une liste indicative semble être une question de forme qui pourra être tranchée ultérieurement, lorsque la Commission aura une idée plus claire des normes en question.

La question de savoir si la Commission doit entreprendre une nouvelle étude sur d'autres normes du *jus cogens* est plus complexe. Bien qu'une telle liste présenterait à n'en pas douter beaucoup d'intérêt, la question se pose de savoir si elle modifierait ou non la nature du projet. Comme elle risque de nécessiter un travail supplémentaire considérable et une analyse détaillée de domaines substantiels du droit, il est peut-être prématuré d'en décider au stade actuel. La Commission pourra revenir sur cette question lorsque ses travaux sur le sujet auront davantage progressé et que la gamme de normes du *jus cogens* émergeant de ses travaux sera mieux comprise, comme ce qu'impliquera l'établissement d'une annexe ou d'une liste indicative de normes additionnelles.

En ce qui concerne les trois projets de conclusion, la question de savoir si la portée du projet doit être envisagée dans le projet de conclusion 1 ou dans une introduction pourra être tranchée par le Comité de rédaction lorsqu'il examinera l'économie générale du résultat des travaux sur le sujet. Quant au fond du projet de conclusion 1, M. McRae dit qu'il attend avec intérêt la réponse du Rapporteur spécial à la question de M. Murase sur le point de savoir si, en pratique, les travaux de la Commission sur le sujet sont ramenés au *jus cogens* dans le contexte du droit des traités. Axer les travaux sur la nature des normes du *jus cogens* en tant qu'elles sont hiérarchiquement supérieures à d'autres normes tout en

tenant compte de leur interaction avec les traités n'est peut-être pas la bonne manière d'envisager le rôle que le *jus cogens* joue dans d'autres domaines.

Le projet de conclusion 2 préoccupe M. McRae à plusieurs égards. Premièrement, son paragraphe 1 n'a pas trait aux normes du *jus cogens* mais est une proposition générale sur la mesure dans laquelle les règles du droit international peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées. Deuxièmement, cette proposition n'est étayée par aucune analyse, ce qui risque d'être source de confusion. M. McRae se demande comment ce projet de conclusion se rattache à l'article 41 de la Convention de Vienne, qui adopte une position plus nuancée sur la modification, au moins en ce qui concerne les traités. De plus, le projet de conclusion, peut-être inintentionnellement, semble évoquer le débat qui a lieu actuellement au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur la mesure dans laquelle les parties aux accords de l'OMC peuvent conclure un accord bilatéral modifiant leurs relations au sein de cette organisation. Il ne semble pas que les implications du paragraphe 1 du projet de conclusion 2 aient été pleinement analysées. Troisièmement, M. McRae ne pense pas qu'il soit utile d'insister sur le caractère exceptionnel des normes du *jus cogens* au paragraphe 2 du projet de conclusion 2, en particulier au début du projet de conclusions. Envisager les normes du *jus cogens* comme étant au sommet d'une hiérarchie pour dire ensuite qu'il s'agit d'exceptions aux normes qui leur sont inférieures dans cette hiérarchie crée une certaine confusion. De plus, on voit mal comment le projet de conclusion 2 contribue à expliquer comment identifier les normes du *jus cogens* et leurs conséquences juridiques.

Pour M. McRae, le Rapporteur spécial devrait revoir le projet de conclusion 2 et décider s'il existe une proposition concernant les normes du *jus cogens* qui mérite d'être énoncée dans cette disposition. Si tel est le cas, cette proposition ne doit pas viser la modification ou l'abrogation des traités ou des normes coutumières, ni les dérogations à ceux-ci. M. McRae indique qu'il souscrit à la proposition tendant à ce que l'idée que le Rapporteur spécial s'efforce d'exprimer soit énoncée dans le commentaire, où elle pourra l'être plus clairement qu'actuellement.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, M. McRae partage les doutes exprimés par d'autres membres sur le point de savoir s'il définit adéquatement les normes du *jus cogens*. En affirmant que ces normes ne peuvent faire l'objet de dérogations, le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 semble contredire le paragraphe 2 du projet de conclusion 2, qui explique comment les normes du *jus cogens* peuvent faire l'objet de dérogations. Le projet de conclusion 3 s'écarte également de la définition des normes du *jus cogens* figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne en ajoutant à la dérogation, la modification et l'abrogation et en prenant une position absolue sur la modification – toutes questions qui appellent des explications.

Le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 semble ajouter à la définition des normes du *jus cogens* des conditions qui ne sont pas suffisamment étayées dans le rapport. S'il est peut-être exact de dire, du point de vue descriptif, que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, la signification normative de cette disposition n'est pas claire. De même, il n'est pas certain que l'expression « hiérarchiquement supérieures » dise quoi que ce soit d'utile sur la gamme des normes de *jus cogens* existantes. S'il convient qu'il est essentiel de définir les normes du *jus cogens* dans le cadre des travaux, M. McRae considère qu'on peut le faire en modifiant le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 et en supprimant le paragraphe 2, dont l'objet et la substance peuvent être plus pleinement expliqués dans le commentaire.

M. McRae dit que, compte tenu de ce qui précède, il estime que les projets de conclusions 1 et 3 devraient être renvoyés au Comité de rédaction uniquement s'ils sont révisés par le Rapporteur spécial de manière à refléter le débat en cours. Il n'est pas favorable au renvoi du projet de conclusion 2 au Comité de rédaction, sauf s'il existe un

consensus pour ce faire, auquel cas des modifications majeures devront y être apportées qui dépendront en partie de la manière dont le projet de conclusion 3 sera remanié.

En conclusion, M. McRae souligne que le Rapporteur spécial a donné un excellent aperçu de l'histoire du concept de *jus cogens* et des questions théoriques et pratiques auxquelles la Commission doit faire face. Ses rapports suivants, qui analyseront plus avant ces questions, constitueront une contribution extrêmement précieuse aux travaux de la Commission.

M. Nolte dit que le premier rapport du Rapporteur spécial constitue une introduction solide et qu'il partage nombre des opinions qui y sont exprimées. Par exemple, il estime lui aussi que les travaux sur le sujet doivent reposer sur la pratique effective des États, non sur des « théories qui n'ont pas été mises à l'épreuve ». Presque 50 ans après l'adoption des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne, l'existence de normes du *jus cogens* n'est plus mise en doute, comme le démontre abondamment le Rapporteur spécial. Peu après la Seconde Guerre mondiale, il a été nécessaire d'établir que le droit international comportait certaines normes impératives fondamentales, comme l'interdiction du génocide, de l'emploi de la force ou de la torture. Ces normes impératives sont maintenant établies. Une question différente se pose aujourd'hui – la difficulté qu'il y a à déterminer le bien-fondé des arguments prêtant à telle ou telle règle le caractère de *jus cogens*. Des prétentions moins évidentes qu'auparavant sont avancées, comme celles des personnes faisant valoir que leur droit d'accès à un tribunal a été violé par l'application au plan national de certaines résolutions du Conseil de sécurité imposant des sanctions.

Dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment jugé que l'accès à un tribunal, qui est un droit de l'homme, n'était pas une norme du *jus cogens*. Cette affaire et d'autres portent à croire que la difficulté aujourd'hui n'est pas d'établir et de développer les normes du *jus cogens*, mais de réaliser l'équilibre approprié entre les règles ordinaires du droit international qui peuvent être modifiées par des procédures ordinaires, d'une part, et certaines règles fondamentales exceptionnelles qui ne peuvent être modifiées de cette manière, de l'autre. Pour réaliser cet équilibre, il est nécessaire d'analyser de près la pratique des États et la jurisprudence, d'utiliser les procédures disponibles, comme celles prévues à l'article 66 de la Convention de Vienne, et de ne pas se contenter d'invoquer la morale et la justice. Le moment est venu pour la Commission d'étudier le sujet pour aider les États et les tribunaux à envisager le *jus cogens* en termes pratiques et comme relevant de la *lex lata*. La Commission doit aider les États et les tribunaux à trouver le bon équilibre entre pas assez de *jus cogens* et trop de *jus cogens*.

M. Nolte préférerait que la Commission n'établisse pas de liste indicative de normes du *jus cogens*, car il craint que cela n'entraîne des débats improductifs sur les raisons pour lesquelles certaines normes y figurent et d'autres pas. Il serait préférable de donner dans les commentaires quelques exemples illustrant la manière dont les normes du *jus cogens* peuvent être identifiées et quels sont leurs effets juridiques. Toutefois, de telles normes ne doivent pas être reconnues comme existant pour elles-mêmes. Cette approche présente l'avantage supplémentaire d'éviter la question complexe des fondements théoriques du *jus cogens*. M. Nolte n'est pas convaincu par l'affirmation figurant au paragraphe 59 du rapport du Rapporteur spécial selon laquelle il est impossible et inutile de concilier les approches positiviste et jusnaturaliste du *jus cogens*. Les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne offrent une solution satisfaisante en soulignant l'acceptation et la reconnaissance d'une norme par la communauté internationale des États et la possibilité que de nouvelles normes du *jus cogens* apparaissent de par cette acceptation et cette reconnaissance. De plus, M. Nolte ne considère pas que les règles de la Convention de Vienne, qui font partie du droit positif, soient, pour reprendre les termes employés par le Rapporteur spécial, contraires à l'idée qu'il existe des normes supérieures auxquelles aucune dérogation n'est

permise même si les États y consentent ou le veulent, ou l'expression d'un « froid cynisme positiviste ». Les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne démontrent qu'une approche positiviste n'est pas nécessairement froide ou amoral. Une approche positiviste éclairée peut prévenir les approches naturalistes ou moralistes qui invitent ceux qui les appliquent à projeter leurs propres préférences sur le droit.

S'agissant de la méthodologie, M. Nolte pense lui aussi que le sujet soulève différentes questions liées entre elles et que le Rapporteur spécial doit procéder avec prudence. Il n'est toutefois pas convaincu qu'il faille pour cela suivre une approche « fluide » dans le cadre de laquelle tout demeure provisoire. Le Rapporteur spécial a à juste titre fait un parallèle entre le présent sujet et ceux de la détermination du droit international coutumier et des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, qui tous soulèvent des questions difficiles à énoncer clairement. Pourtant la nature des travaux de la Commission est telle qu'une fois qu'un projet de conclusion est provisoirement adopté il n'est plus « fluide » : toute modification appelle une nouvelle décision, prise généralement par consensus. M. Nolte préférerait donc que l'on ajourne l'adoption de certains aspects des projets de conclusion proposés jusqu'à ce que leurs implications soient plus claires.

S'agissant de ces projets de conclusion, il approuve la substance du projet de conclusion 1 mais estime que le Comité de rédaction pourra le libeller plus simplement, par exemple comme suit : « Le présent projet de conclusions concerne l'identification des normes du *jus cogens* et leurs conséquences juridiques. »

Le projet de conclusion 2 soulève deux difficultés. La première concerne la seconde partie de la première phrase, « à moins qu'elles n'interdisent une telle modification, dérogation ou abrogation ». M. Nolte ne pense pas en effet qu'il existe une règle générale du droit international permettant aux parties à un traité d'établir une obligation conventionnelle contenant une interdiction immuable de modifier cette obligation. Au contraire, les parties à un traité peuvent, en principe, modifier toute règle qu'elles ont établie par voie d'accord, y compris une règle conventionnelle interdisant la modification du traité. Par exemple, si les parties à la Charte des Nations Unies avaient ajouté à l'article 51 une clause disposant qu'en raison de sa nature même, le droit de légitime défense ne pouvait être modifié, elles auraient pu, après avoir abrogé cette clause, amender l'article 51. Il peut très bien y avoir des exceptions, mais il n'est assurément pas généralement admis que les parties à un traité peuvent se lier à jamais en déclarant simplement qu'une disposition particulière du traité ne peut être modifiée par leur propre accord. Une règle n'acquiert pas le caractère de *jus cogens* uniquement par l'accord des parties à un traité. Cela dit, M. Nolte n'entend pas nier la nature particulière du *jus cogens*, mais souhaite seulement indiquer qu'il estime que le libellé du projet de conclusion 2 est trop général. La seconde difficulté que lui pose ce projet de conclusion concerne la deuxième phrase, qui porte sur les modalités d'une modification, d'une dérogation ou d'une abrogation. M. Nolte pense avec le Rapporteur spécial que celles-ci peuvent s'effectuer dans le cadre d'un traité ou de la coutume, mais il ne considère pas que le processus du droit international coutumier puisse être décrit comme l'une des formes d'« accord » possibles. Une obligation de droit coutumier peut voir le jour même si un État ne l'a pas acceptée.

M. Nolte dit que le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 le préoccupe à plusieurs égards, tout d'abord parce que l'expression « valeurs fondamentales » est trop limitative. Dans son rapport, le Rapporteur spécial justifie cette expression en invoquant un avis de la Cour internationale de Justice sur la Convention sur le génocide et le caractère humanitaire de certaines normes. Cette dimension humanitaire est assurément une source importante de normes du *jus cogens*, mais celui-ci ne se limite pas aux normes destinées à protéger les êtres humains pris individuellement. D'importantes règles interétatiques, comme

l'interdiction du recours à la force, ont aussi le caractère de *jus cogens*. Ces normes sont de nature plus formelle et protègent donc les valeurs humanitaires plus indirectement que les règles fondamentales de caractère humanitaire. M. Nolte propose donc de remplacer l'expression « les valeurs fondamentales » par « les principes les plus fondamentaux ».

En outre, s'il convient que le projet ne doit traiter que des règles du *jus cogens* de caractère universel, il ne lui semble pas judicieux d'exclure, au moins au stade actuel, les formes régionales ou autres formes du *jus cogens*. Puisque, comme le Rapporteur spécial l'a à juste titre souligné, le concept de *jus cogens* a son origine en droit interne, et puisque les normes du *jus cogens* sont caractéristiques du droit interne, il n'y a aucune raison pour qu'elles ne soient pas reconnues au sein d'une communauté limitée d'États. En Europe, certaines règles sont reconnues comme des éléments de l'ordre public européen qui, avec le principe de la primauté du droit de l'Union européenne, produisent des effets qui sont très similaires à ce que l'on appelle le *jus cogens* au niveau universel. M. Nolte ne considère pas que la notion de « normes de *jus cogens* » doive se limiter aux normes « universellement applicables », mais il ne s'oppose pas à ce que la portée du projet se limite à ces normes.

La dernière préoccupation concernant le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 a trait à l'expression « hiérarchiquement supérieures ». Cette notion n'est pas aussi claire qu'elle le semble parce que les effets juridiques de normes « hiérarchiquement supérieures » peuvent être différents. La signification de l'expression « hiérarchiquement supérieures » est liée à la question des conséquences juridiques des règles du *jus cogens*, que le Rapporteur spécial a l'intention d'étudier ultérieurement. M. Nolte fait donc siens les doutes exprimés sur l'opportunité de préjuger la question à ce stade en employant le terme « hiérarchiquement supérieures », qui est ambigu.

En conclusion, M. Nolte souligne que le rapport est un excellent point de départ pour les travaux de la Commission sur le sujet.

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

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

Le Président invite les membres de la Commission à adopter le titre et le texte des projets de directives 3, 4, 5, 6 et 7 ainsi qu'un alinéa du préambule provisoirement adoptés par le Comité de rédaction les 7, 8 et 9 juin 2016 et reproduits dans le document A/CN.4/L.875.

Alinéa du préambule

M. Kittichaisaree dit qu'au Comité de rédaction il ne s'est pas opposé à l'adoption de cet alinéa du préambule, dont le libellé est tiré du septième alinéa du préambule de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation. Il souhaite toutefois qu'il soit pris acte de ce que, selon lui, la Commission ne suggère pas ni ne reconnaît que les pays en développement sont libres de causer un dommage à l'atmosphère.

L'alinéa du préambule est adopté.

Projet de directive 3

Obligation de protéger l'atmosphère

M. Kittichaisaree dit que, s'il ne s'oppose pas au projet de directive 3, il tient à ce qu'il soit clair qu'il estime qu'en ce qui concerne les pays en développement, leur capacité nationale et les technologies dont ils disposent constituent un facteur à prendre en compte dans l'évaluation de leur obligation de faire preuve de la diligence requise.

Le projet de directive 3 est adopté.

Projet de directive 4

Évaluation de l'impact sur l'environnement

M. Park dit que si, en sa qualité de membre du Comité de rédaction, il s'est joint au consensus sur le projet de directive 4 et n'est pas opposé à son adoption dans son ensemble, il doute fortement que les États aient l'obligation juridique de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités projetées qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique. Il estime qu'au stade actuel la pratique des États en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement n'est pas suffisante à cet égard. Pour cette raison, il considère la fin du projet de directive 4 comme relevant purement et simplement de la *lex ferenda*.

Le projet de directive 4 est adopté.

Projet de directive 5

Utilisation durable de l'atmosphère

M. Kittichaisaree dit qu'il souhaite qu'il soit pris acte qu'il considère qu'aucun État ne doit invoquer le « développement économique » comme prétexte pour ne pas protéger l'environnement. Les pays en développement devraient toutefois se voir accorder des périodes de grâce raisonnables pour procéder aux ajustements nécessaires afin que leurs activités de développement économique ne portent pas préjudice à l'atmosphère.

Le projet de directive 5 est adopté.

Projet de directive 6

Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

Le projet de directive 6 est adopté.

Projet de directive 7

Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

M. Park dit que, en qualité de membre du Comité de rédaction, il s'est joint au consensus sur le projet de directive 7 et n'est pas opposé à son adoption. Ce projet de directive était initialement intitulé « Géo-ingénierie » et était étroitement lié aux changements climatiques. Le débat en plénière a fait apparaître une divergence d'opinions, certains étant pour et d'autres contre ce projet de directive. Il continue de penser que le contenu et l'applicabilité de ce projet de directive sont controversés ; les technologies en cause sont encore au stade initial de leur développement, et le projet de directive n'est pas étayé par la pratique et l'*opinio juris*. Sur ce dernier point, il semble que son contenu n'ait pas été établi d'une manière qui corresponde exactement aux méthodes de travail habituelles de la Commission. Enfin, M. Park indique qu'il considère que ce projet de directive et les futurs projets de directive dans leur ensemble s'appliqueront aux activités non militaires. Pour éviter toute erreur d'interprétation des projets de directive, il sera nécessaire de revenir rapidement sur leur champ d'application.

M. Kamto dit qu'en plénière, la plupart des membres qui se sont exprimés au sujet de ce projet de directive, qui visait auparavant la géo-ingénierie, se sont opposés à son renvoi au Comité de rédaction. Il n'est pas satisfait de la version établie par celui-ci. L'idée

que la Commission puisse formuler une directive sur des activités visant à modifier intentionnellement l'atmosphère sur une grande échelle est très préoccupante et il entretient de sérieuses réserves à cet égard.

M. Forteau indique qu'au Comité de rédaction, il ne s'est pas joint au consensus sur ce projet de directive, qui n'est étayé ni par la pratique des États ni par la jurisprudence. Il est opposé à ce projet de directive parce que, entre autres choses, son libellé semble légitimer des activités visant à modifier intentionnellement l'atmosphère sur une grande échelle. Des problèmes peuvent se poser à l'avenir si ce projet de directive est interprété comme indiquant que la Commission approuve de telles activités.

M. Kittichaisaree dit que durant l'établissement du projet de directive, suite à une proposition qu'il avait faite, l'expression « et conformément au droit international existant » a été remplacée par « sous réserve de toute règle applicable de droit international » pour indiquer que la modification intentionnelle de l'atmosphère sur une grande échelle est assujettie à toutes les règles applicables du droit international positif qui existent ou qui pourraient voir le jour. Le point de savoir si les activités militaires ou non militaires relèvent de ce projet de directive dépendra du champ d'application du projet de directives dans son ensemble.

M. Nolte dit qu'il partage pleinement l'opinion de M. Forteau : la Commission ne doit pas sembler encourager les activités visant à modifier intentionnellement l'atmosphère sur une grande échelle. Si ce projet de directive est adopté, cette préoccupation doit être mentionnée dans le commentaire. D'autre part, M. Nolte est surpris par la préoccupation opposée, qu'il ne partage pas, à savoir que le projet de directive serait indûment restrictif, puisque sa portée est strictement limitée et qu'en fait il n'interdit pas les modifications intentionnelles de l'atmosphère sur une grande échelle mais indique seulement que celles-ci doivent être menées avec prudence et précaution. Si la Commission traite de la question, une telle formule est nécessaire.

M^{me} Jacobsson dit qu'elle souscrit pleinement à la déclaration de M. Nolte.

M. Kamto dit qu'il aurait peut-être dû exprimer son opposition, et pas seulement ses réserves, à l'adoption du projet de directive 7. Aucune des explications données par divers membres de la Commission et rien dans le rapport du Président du Comité de rédaction ne milite en faveur de son adoption. Il ne suffit pas de dire que le projet de directive n'encourage pas « les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ». Ce membre de phrase indique clairement que la Commission a pris note du fait que de telles activités peuvent exister et qu'elle s'efforce de définir les conditions dans lesquelles elles peuvent être menées. Le projet de directive est donc insatisfaisant et repose apparemment sur des dispositions conventionnelles relatives à la modification de l'atmosphère dans le cadre d'un conflit armé qui ont été élaborées en vue de réglementer des activités dans ce domaine. En conclusion, il déclare que le projet de directive 7 ne le satisfait pas.

Le projet de directive 7 est adopté.

Projet de directive 8

Coopération internationale

Le projet de directive 8 est adopté.

Le Président dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur la protection de l'atmosphère publié sous la cote A/CN.4/L.875 dans son ensemble, sous réserve d'une modification éditoriale mineure.

Il en est ainsi décidé.

La séance est suspendue à 11 h 40 ; elle reprise à 12 h 45.

M. Nolte (Premier Vice-Président) prend la présidence.

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

M. Šturma (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur le sujet de l'application provisoire des traités est composé de M. Forteau, M. Kamto, M. Kolodkin, M. McRae, M. Nolte, M. Petrič, M. Vázquez-Bermúdez et Sir Michael Wood, ainsi que de M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial) et M. Park (Rapporteur), membres de droit.

La séance est levée à 12 h 50.