

Provisoire

Réservé aux participants

18 septembre 2016

Original : français

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3316^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 7 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

Coopération avec d'autres organes

Visite de représentants du Conseil de l'Europe

Jus cogens (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 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.16-12217 (F) 150716 180916



* 1 6 1 2 2 1 7 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Comissário Afonso

Membres : M. Al-Marri
M. Caflisch
M. Candioti
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Gomez-Robledo
M. Hassouna
M. Hmoud
M^{me} Jacobsson
M. Kamto
M. Kittichaisaree
M. Kolodkin
M. Laraba
M. Murase
M. Murphy
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 10 heures.

Coopération avec d'autres organes (point 13 de l'ordre du jour)

Visite de représentants du Conseil de l'Europe

Le Président souhaite la bienvenue aux représentants du Conseil de l'Europe, M. Rietjens, Président du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe et M^{me} Requena, Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du Conseil juridique et du droit international public et Secrétaire du CAHDI. Soulignant que la Commission accorde une grande importance à sa coopération de longue date avec le Conseil de l'Europe et que la visite de ses représentants lui permet d'être informée de l'évolution de la situation dans des domaines d'intérêt commun, il les invite à prendre la parole.

M. Rietjens (Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI)) se félicite de l'occasion qui lui est donnée, pour la deuxième année consécutive en qualité de Président du CAHDI, de faire part à la Commission des principales réalisations du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public, ainsi que de ses travaux futurs. La durée du mandat de Président du CAHDI étant limitée à deux ans, la prochaine élection aura lieu à l'occasion de la cinquante-deuxième réunion du Comité, qui se tiendra les 15 et 16 septembre 2016 à Bruxelles. La tradition consistant à inviter des représentants du CAHDI à présenter ses travaux témoigne de l'intérêt que la Commission du droit international porte aux activités du Comité qui, depuis sa création il y a plus de vingt-cinq ans, œuvre en faveur du développement du droit international public.

La Conférence célébrant la cinquantième réunion du CAHDI s'est tenue le 23 septembre 2015 à la veille de ladite réunion. Intitulée « La contribution du CAHDI au développement du droit international public : réalisations et futurs défis », elle avait pour objectif de dresser un état des lieux des nombreuses contributions que le CAHDI, depuis sa création en 1991, avait apportées au développement du droit international. Tenue en présence de la plupart des anciens Présidents et Vice-Présidents du CAHDI, dont plusieurs membres actuels de la Commission ayant occupé ces fonctions, elle a permis de formuler des propositions pour les travaux futurs du CAHDI. Ses actes seront publiés en collaboration avec la société Brill Nijhoff Publishers en septembre 2016.

Le CAHDI réunit des conseillers juridiques des Ministères des affaires étrangères des 47 États membres du Conseil de l'Europe, de ses 5 États observateurs et des 4 États observateurs auprès du CAHDI, ainsi que de nombreuses organisations internationales, dont l'Organisation des Nations Unies (ONU). Cette composition variée et d'une grande richesse lui permet de mener ses activités en tenant compte de l'évolution du droit international au-delà du Conseil de l'Europe. Le CAHDI est un forum de coordination, mais surtout de discussion, de réflexion et de conseil dont les réunions semestrielles permettent à l'ensemble des participants de s'informer mutuellement de questions d'actualité, d'échanger des données d'expérience et des pratiques nationales et d'assurer un suivi régulier des questions inscrites à son ordre du jour. En outre, le niveau de représentation des délégations ainsi que leur engagement assurent une grande crédibilité à ses travaux.

M. Rietjens dit qu'il présentera tout d'abord les activités du CAHDI qui contribuent à l'évolution du droit international d'une manière générale, puis celles qui peuvent contribuer plus spécifiquement aux travaux de la Commission, et enfin celles qui sont susceptibles d'avoir des conséquences pour d'autres entités des Nations Unies et d'autres organisations internationales, telles que l'Union européenne.

En ce qui concerne le premier point, le CAHDI tient des discussions très poussées et pragmatiques sur des questions d'actualité qui se posent très souvent au sein des ministères respectifs de ses membres. Par exemple, depuis plusieurs années, il existe un vide juridique en ce qui concerne l'immunité des biens culturels appartenant à un État et prêtés temporairement à l'étranger – même si « vide juridique » n'est pas le bon terme car cette immunité est garantie par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée en 2004 mais pas encore entrée en vigueur. De fait, à plusieurs reprises, des biens culturels prêtés appartenant à un État ont été saisis ou ont fait l'objet d'une tentative de saisie à la demande de créanciers privés, afin d'exécuter des jugements. Face à ce problème qui se pose très souvent dans la pratique, une déclaration reconnaissant la nature coutumière des dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies a donc été élaborée dans le cadre du CAHDI. Il s'agit d'un document juridique non contraignant mais qui exprime une conception commune de l'*opinio juris* reposant sur la règle fondamentale selon laquelle certains types de biens appartenant à un État – les biens culturels exposés – jouissent d'une immunité contre toute mesure de contrainte. Selon cette déclaration, les biens culturels d'un État prêtés temporairement à un autre État ne peuvent être soumis à aucune mesure de contrainte telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution. À ce jour, la déclaration a été signée par les Ministres des affaires étrangères de 16 États membres du Conseil de l'Europe, le dernier signataire étant M. Lavrov, pour la Fédération de Russie. Au cours de réunions du CAHDI, plusieurs autres États ont exprimé le souhait de signer cette déclaration, et l'on peut espérer qu'une pratique se développera pour contrer les tentatives de saisie de ces biens.

Depuis mars 2014, le CAHDI passe en revue les conventions du Conseil de l'Europe et en 2016, il a examiné huit conventions et protocoles conformément à la décision prise par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en mars 2013. Parmi les points que le CAHDI considère comme importants à ce sujet, on peut citer le fait que certaines conventions, notamment la Convention européenne relative à la suppression de la légalisation des actes établis par les agents diplomatiques ou consulaires (STE n° 63), mériteraient d'être davantage promues. Cet instrument se révèle en effet d'une grande utilité pratique puisqu'il permet, en éliminant toutes les exigences d'authentification, l'utilisation de documents étrangers au même titre que ceux délivrés par les autorités nationales. Les États qui ne l'ont pas encore ratifié ont été invités à le faire. D'autres conventions, comme la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (STE n° 82), pourraient constituer la preuve d'une coutume internationale et revêtent donc une valeur et un intérêt propres. À ce sujet, M. Rietjens précise que, si certaines délégations ont estimé que cette convention avait été supplantée par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, plusieurs autres ont souligné qu'elle avait gardé une valeur propre et pourrait même constituer la preuve d'une coutume internationale. L'examen de la Convention européenne sur l'immunité des États (STE n° 74) et de son Protocole additionnel a amené le CAHDI à conclure que ces instruments peuvent être considérés comme une source de droit international coutumier et qu'ils sont toujours pertinents, même si une réflexion plus approfondie devra être menée lors de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

Le CAHDI a aussi constaté que certaines conventions du Conseil de l'Europe sont tombées en désuétude. C'est le cas notamment de la Convention européenne sur les fonctions consulaires (STE n° 61) et de ses deux protocoles, qui restent peu utilisés par les États, ceux-ci préférant avoir recours soit à la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, mieux conçue à cet égard, soit, si nécessaire, à des accords bilatéraux. Cela étant, si le CAHDI a examiné l'incidence et l'efficacité de ces conventions ainsi que leur mise en œuvre, il ne s'est pas prononcé sur leur extinction, dénonciation ou retrait éventuel, pour la simple raison qu'il n'est pas habilité à le faire. En effet, aucun comité ne

peut décider s'il doit être mis un terme à une convention. Ce sont les Parties aux conventions qui en sont les « maîtres », et c'est donc à elles qu'il revient de se prononcer. En outre, si une convention est qualifiée d'obsolète, conseiller de la dénoncer massivement poserait beaucoup de problèmes d'un point de vue technico-juridique, et ce, pas uniquement pour le dépositaire.

Directement en lien avec cette question, le CAHDI examinera à sa réunion de septembre 2016 le Projet de modèle de clauses finales pour les conventions, protocoles additionnels et protocoles d'amendement conclus au sein du Conseil de l'Europe élaboré par le Bureau des traités dans le but de mettre à jour le « Modèle des clauses finales » créé par le Comité des ministres en février 1980. La mise à jour de ces clauses répond à l'évolution qui s'est produite au sein du Conseil de l'Europe ainsi que dans la communauté internationale depuis 1980, et qui concerne notamment le type d'instruments juridiquement contraignants conçus au sein du Conseil de l'Europe ces trente-cinq dernières années. En effet, partant du constat que, depuis 1980, trois accords seulement ont été conclus contre 60 conventions, 28 protocoles additionnels et 24 protocoles d'amendement, il a été estimé qu'un modèle spécifique de clauses finales pour les accords ne présentait plus un grand intérêt. Au contraire, il semble désormais pertinent de différencier deux types de protocoles, à savoir les protocoles d'amendement et les protocoles additionnels. Sur ce point, étant donné que le recours aux protocoles additionnels a fortement augmenté mais que leur terminologie n'est pas toujours adaptée à leur contenu, il est apparu nécessaire d'élaborer un modèle de clauses finales spécifiques pour ce type d'instrument, en attirant également l'attention des rédacteurs sur le caractère trompeur ou ambigu de la terminologie. Ce projet de modèle de clauses finales est conçu comme un outil non contraignant à l'intention des comités et des groupes d'experts du Conseil de l'Europe chargés d'élaborer des conventions et des protocoles.

Enfin, le CAHDI a pour mandat de transmettre, à intervalles réguliers, des avis juridiques au Comité des ministres. C'est ainsi qu'il a récemment rendu un avis, adopté à sa cinquantième réunion, sur la Recommandation 2069 (2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée « Drones et exécutions ciblées : la nécessité de veiller au respect des droits de l'homme et du droit international ». Il s'agit d'une question aussi politique que juridique, au sujet de laquelle la communauté internationale s'est déjà exprimée à plusieurs reprises. Il convient donc de souligner l'existence d'un large consensus sur le fait que les drones armés ou, plus précisément, les « véhicules aériens sans pilote » armés ne sont pas en eux-mêmes des armes illégales mais que leur utilisation est soumise au droit international qui régit le recours à la force et la conduite des hostilités ainsi qu'au droit international humanitaire et au droit international des droits de l'homme. Des points de vue différents ont néanmoins été formulés par la communauté internationale quant à l'interprétation et à l'application des dispositions relatives à ces domaines du droit. Le CAHDI a ainsi estimé que tout examen ultérieur de cette question au sein du Conseil de l'Europe devrait tenir compte des travaux de l'ONU et de ceux du Comité international de la Croix-Rouge. Il a pour le reste souligné qu'il était disposé à examiner plus avant les questions soulevées et à maintenir le sujet à son ordre du jour, tout en estimant que la proposition de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe tendant à élaborer des lignes directrices n'était pas la meilleure façon de procéder.

En ce qui concerne les relations entre le CAHDI et la Commission du droit international et les possibilités de collaborer au développement et à la codification du droit international, les travaux de la Commission sont inscrits à l'ordre du jour des réunions du CAHDI et font l'objet de discussions enrichissantes pour l'ensemble des participants. Le CAHDI a aussi toujours eu le privilège d'accueillir un membre de la Commission pour un échange de vues sur les activités en cours à la CDI, et l'année précédente n'a pas fait exception puisque M. Singh, Président de la soixante-septième session de la Commission et hôte du CAHDI en septembre 2015, a fait un exposé très intéressant sur les activités

récentes de la CDI. L'échange de vues qui a suivi a été très apprécié par l'ensemble des membres du CAHDI. Par ailleurs, le CAHDI suit de près les travaux de la Commission et s'efforce d'y contribuer dans la mesure du possible dans le cadre de discussions récurrentes sur des thèmes spécifiques ou de conférences pouvant présenter un intérêt pour ces travaux.

Parmi les thèmes récurrents inscrits à l'ordre du jour du CAHDI, « le droit et la pratique concernant les réserves aux traités et déclarations interprétatives concernant les traités internationaux » et « l'immunité des États et des organisations internationales » font l'objet de discussions au cours desquelles les travaux de la Commission sont fréquemment mentionnés. S'agissant du premier sujet, le CAHDI, en sa capacité d'observatoire européen des réserves aux traités internationaux, analyse à chaque réunion une liste de réserves et/ou de déclarations susceptibles de donner lieu à des objections. Ce modèle est reconnu à l'intérieur comme à l'extérieur du Conseil de l'Europe. En outre, le CAHDI examine les réserves et les déclarations faites au sujet des conventions du Conseil de l'Europe et de celles des Nations Unies. Cette fonction d'observatoire qu'il exerce depuis plus de seize ans a prouvé son efficacité puisque cet exercice, d'une part, aide les États, qu'ils soient ou non membres du Conseil de l'Europe, à se positionner vis-à-vis d'une réserve qui pose problème et à agir en conséquence, et, d'autre part, contribue au retrait de certaines réserves équivoques. Sur ce dernier point, M. Rietjens relève une tendance qui est en train de renaître, et qu'il estime très problématique et même préoccupante, à savoir le cas où un État subordonne l'application des dispositions d'une convention à son droit interne, manière de procéder prohibée par le droit international en raison de l'insécurité juridique qu'elle crée lors de la mise en œuvre de la convention en question par les Parties.

Pour ce qui est de la question des immunités, celle des représentants de l'État est de plus en plus souvent abordée, même si la base de données du CAHDI porte essentiellement sur les immunités des États et des organisations internationales. Dans le but de clarifier cette situation, le CAHDI a adopté un avis sur la Recommandation 2083 (2016) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée « Les sanctions prises à l'encontre de Parlementaires ». L'examen de ce sujet l'a amené à rappeler les textes juridiques existant au sein du Conseil de l'Europe, les décisions qui ont déjà été prises par le Comité des ministres et les travaux en cours de la Commission du droit international. À cet égard, M. Rietjens remercie chaleureusement M^{me} Escobar Hernández de ses précieuses indications concernant les travaux de la Commission sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Concernant la question générale des droits des membres de l'Assemblée parlementaire, il a été rappelé qu'à ce jour, la situation juridique des membres voyageant à titre officiel vers et dans les États membres du Conseil de l'Europe est régie par le Statut du Conseil de l'Europe (STE n° 001) et par l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe (STE n° 002), ainsi que par son Protocole additionnel (STE n° 010). En effet, l'Accord général confère déjà une protection particulière aux membres de l'Assemblée parlementaire puisque son article 13 reconnaît leurs droits lorsqu'ils se rendent à une réunion officielle dans un État membre, tandis que les articles 14 et 15 reprennent les dispositions relatives aux immunités dont ils jouissent. Ces immunités sont également reprises à l'article 3 du Protocole additionnel à l'Accord général, qui les étend aux représentants de l'Assemblée parlementaire ainsi qu'à leurs suppléants lorsqu'ils participent à une commission ou une sous-commission de l'Assemblée parlementaire, s'y rendent ou en reviennent. En conséquence, le Comité des ministres a invité, à plusieurs reprises, les différents États membres à mettre pleinement en œuvre les privilèges et immunités prévus par les instruments susmentionnés. De plus, le « passeport bleu » délivré au titre du Protocole du Conseil de l'Europe depuis les années 1970 sera remplacé en 2016 par un laissez-passer du Conseil de l'Europe qui sera délivré aux membres des institutions du Conseil de l'Europe (Assemblée parlementaire et Congrès des pouvoirs locaux et régionaux), aux juges de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal administratif, aux membres des comités de suivi, y compris le Comité

européen pour la prévention de la torture (CPT) et le Comité européen des droits sociaux (CEDS), ainsi qu'aux agents du Conseil de l'Europe. En ce qui concerne les questions spécifiques soulevées dans la Recommandation 2083 (2016), le CAHDI a souligné que la Commission examinait actuellement la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et a fait valoir à ce sujet que, dans les projets d'article adoptés à titre provisoire, le terme « représentant de l'État » désigne « tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ». Même si cette définition inclut « les fonctions législatives [...] qui sont propres à l'État », le CAHDI a relevé que la Commission a exclu du champ d'application du projet d'articles les « personnes attachées à [...] des organisations internationales ». Par ailleurs, il a fait remarquer que la Commission ne traite que de la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Il a aussi considéré que la responsabilité d'imposer des mesures restrictives à des individus donnés, qu'ils soient parlementaires étrangers ou pas, incombe aux États ou aux organisations internationales qui ont adopté ces mesures. Il a noté en outre que, s'agissant des mesures restrictives de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne offre une protection juridictionnelle aux personnes visées par ces mesures. Quant aux mesures restrictives adoptées par l'ONU, il a été rappelé que les procédures pour inscrire sur les listes et désinscrire ont été améliorées. Le CAHDI a finalement considéré que, s'il donnait suite à la proposition de l'Assemblée parlementaire concernant la possibilité qu'il réalise une étude de faisabilité à ce sujet, il irait au-delà de son mandat car ce domaine ne relevait pas de sa compétence.

M. Rietjens dit qu'il achèvera son exposé en présentant quelques autres activités que le CAHDI a entreprises depuis sa visite à la Commission l'année précédente pour contribuer aux travaux d'autres instances qui œuvrent au développement du droit international. La « dimension extérieure » du CAHDI – si l'on peut s'exprimer ainsi – s'illustre tout d'abord par sa composition. En effet, les conseillers juridiques des États membres et des États observateurs représentés au sein du CAHDI se retrouvent dans plusieurs autres instances – certains d'entre eux, dans l'Union européenne, et tous à l'ONU. Cela permet au CAHDI d'avoir une cohérence juridique sur certaines questions mais également de favoriser les échanges au sein de ces différentes organisations. Le CAHDI a un rôle très important à jouer dans ce processus d'échanges, dans la mesure où il constitue un laboratoire d'idées primordial pour le développement du droit international. À cet égard, M. Rietjens mentionne les discussions très intéressantes qui se tiennent actuellement sur la question du règlement des différends de droit privé auxquels une organisation internationale est partie. Il a été estimé nécessaire d'en débattre car l'immunité des organisations internationales empêche très souvent les individus victimes d'un préjudice causé par la conduite d'une organisation internationale de faire aboutir une demande en réparation devant un tribunal national. Cette immunité a, ces dernières années, été de plus en plus souvent remise en cause au motif que le maintien de l'immunité est incompatible avec le droit d'accès à un tribunal. Ce thème dépasse évidemment le cadre régional du Conseil de l'Europe.

Le CAHDI continuera en 2016 à débattre de questionnements contemporains et à proposer des solutions en la matière, tout en coopérant avec les autres acteurs de la société internationale, car la coopération est la clef en droit international – comme peuvent en témoigner les échanges très fructueux qui ont eu lieu en mars 2016 avec M^{me} Fernández de Gurmendi, Présidente de la Cour pénale internationale ou encore avec M^{me} Marchi-Uhel, Médiatrice du Comité des sanctions contre l'EIL (Daesh) et Al-Qaida du Conseil de sécurité des Nations Unies. Pour sa réunion en septembre, il aura le plaisir d'accueillir M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique des Nations Unies. Il constitue donc une instance dans laquelle les débats sur des questions de droit international contemporaines et variées sont dynamiques et poussés entre États membres, États non membres et organisations internationales. Ces discussions sont

fructueuses et contribuent au développement de la pensée juridique et ainsi qu'à une meilleure compréhension des différentes vues et interprétations du droit.

L'intérêt que porte le CAHDI aux travaux de la Commission ne pourra que se confirmer à l'avenir, compte tenu des travaux que celle-ci mène sur des sujets qui sont d'un intérêt tout particulier pour lui. Ainsi, le CAHDI attend avec impatience la suite des travaux menés sur les questions de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et de la détermination du droit international coutumier. Pour conclure, M. Rietjens remercie la Commission de lui avoir donné l'occasion de lui présenter les récents travaux du CAHDI. Comme ses prédécesseurs, il souhaite vivement que la collaboration privilégiée entre le CAHDI et la Commission se poursuive, et il réaffirme que les personnes qui participent aux travaux du CAHDI ont à cœur de promouvoir le rôle du droit international public dans les relations internationales.

M^{me} Requena (Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI)) dit qu'elle passera en revue les principaux faits nouveaux dans le domaine du droit international qui se sont produits au sein du Conseil de l'Europe depuis la précédente session de la Commission. La présidence estonienne du Comité des ministres sera axée sur trois priorités, à savoir la promotion de la Stratégie pour la gouvernance d'Internet 2016-2019 et, dans ce cadre, la promotion de la Convention sur la cybercriminalité, la Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2014-2017 et la nouvelle Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant, lancée en avril 2016. Pour ce qui est des faits nouveaux récents qui se sont produits en matière de droit des traités, en particulier en ce qui concerne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention européenne ») et les protocoles y relatifs, il est à noter que, le 29 juin 2016, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a reçu une nouvelle déclaration des autorités ukrainiennes au titre de l'article 15 de la Convention européenne concernant certains territoires. Cette déclaration contenait une liste modifiée de localités des régions de Donestk et de Luhansk où certains droits garantis par la Convention européenne ont été suspendus. Les autorités ukrainiennes soulignaient notamment la nécessité de mettre en œuvre une approche très prudente pour déterminer si les régions susmentionnées étaient placées sous le contrôle effectif de l'Ukraine ou de la Fédération de Russie. En outre, à la suite d'une décision du 15 avril 2015 dans laquelle le Comité des ministres s'est dit préoccupé par la détérioration de la situation des droits de l'homme dans l'est de l'Ukraine et en Crimée, le Secrétaire général a annoncé le 20 janvier 2016 l'envoi en Crimée d'une délégation conduite par l'Ambassadeur Gérard Stoudmann. Cette délégation était chargée d'examiner la situation des droits de l'homme et de l'État de droit dans la péninsule où vivent 2,5 millions de personnes dont les droits sont protégés par la Convention européenne.

Le 24 novembre 2015, la France a informé le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de sa décision de déroger à certains droits énoncés par la Convention européenne en raison de l'état d'urgence déclaré à la suite des attaques terroristes survenues à Paris. Le 26 février 2016, les autorités françaises lui ont fait savoir que l'état d'urgence avait été prolongé pour une période de trois mois. Le 26 mai 2016, elles l'ont informé que l'état d'urgence avait de nouveau été prolongé pour une période de deux mois. Dans cette notification, les autorités françaises ont insisté sur l'introduction de changements dans le régime des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Ainsi, la loi n'autorisait plus les perquisitions administratives dans les lieux dont il existait des raisons sérieuses de croire qu'ils étaient fréquentés par des personnes constituant une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Les autorités françaises ont en outre souligné que les mesures prises au titre de l'état d'urgence faisaient l'objet d'un contrôle judiciaire et parlementaire.

Pour ce qui est des protocoles additionnels à la Convention européenne, le Protocole n° 15, qui introduit une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge

d'appréciation, tout en ramenant à quatre mois le délai dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie après une décision nationale définitive, a été ratifié à ce jour par 29 États parties à la Convention et signé par 12 autres. Quant au Protocole n° 16, qui prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits reconnus par la Convention ou les protocoles s'y rapportant, il a été ratifié par 6 États et signé par 10 autres. Les membres de la Commission noteront aussi qu'en décembre 2015, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a décidé d'exercer ses compétences au titre de l'article 52 de la Convention européenne et d'ouvrir une enquête sur la manière dont l'Azerbaïdjan veille à ce que son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de la Convention. Cette prérogative n'a été utilisée qu'à huit reprises depuis l'entrée en vigueur de la Convention. Cette enquête vise à obtenir des explications sur l'exécution de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*. Cette affaire a trait à plusieurs violations de la Convention européenne dont a fait l'objet le requérant, militant politique de l'opposition arrêté et placé en garde à vue en février 2013 pour avoir contesté la version officielle des autorités concernant les violents affrontements qui se sont produits à Ismayilli le 23 janvier 2013. Dans ce cadre, le Secrétaire général a envoyé une lettre aux autorités compétentes pour leur demander pourquoi l'intéressé était toujours détenu. Il est à noter que le Comité des ministres, qui est chargé de superviser l'exécution des arrêts de la Cour conformément à l'article 46 de la Convention, a adopté des résolutions intérimaires appelant à la libération de M. Mammadov et à la protection de son intégrité physique. Le Secrétaire général a fait savoir au Comité des ministres que le conseil de M. Mammadov avait introduit devant la Cour suprême azerbaïdjanaise un recours qui est toujours pendante.

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Grande chambre a rendu très récemment son arrêt en l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* (requête n° 5809/08). Cette affaire concerne le gel des avoirs suisses de M. Al-Dulimi et de la société Montana Management Inc. en application de la résolution 1843 (2003) du Conseil de sécurité. Les requérants arguaient que leurs avoirs avaient été confisqués en l'absence de toute procédure conforme au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne, relatif au droit à un procès équitable. Dans son arrêt, la Grande chambre a estimé qu'aucune des dispositions de la résolution 1483 (2003) n'interdisait explicitement aux tribunaux suisses de vérifier, sous l'angle du respect des droits de l'homme, les mesures prises au niveau national en application des décisions du Conseil de sécurité. L'inscription de particuliers sur les listes de personnes soumises aux sanctions décrétées par le Conseil de sécurité était à l'origine d'ingérences pouvant être d'une extrême gravité pour les droits garantis par la Convention. Pour la Cour, avant d'exécuter les mesures demandées, les autorités suisses devaient s'assurer que cette inscription ne revêtait pas un caractère arbitraire. Quant aux requérants, ils auraient dû disposer d'une possibilité réelle de présenter et de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve propres à démontrer que leur inscription sur les listes litigieuses était entachée d'arbitraire. Leur droit d'accéder à un tribunal avait donc été atteint dans sa substance même et il s'ensuivait que le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne avait été violé.

Pour ce qui est des autres conventions du Conseil de l'Europe, un nouveau Protocole additionnel à la Convention pour la prévention du terrorisme a été ouvert à la signature le 22 octobre 2015 à Riga. À ce jour, il a été ratifié par un État et signé par 29 autres – pour entrer en vigueur, il doit avoir été ratifié par six États, dont quatre membres du Conseil de l'Europe. La Convention du Conseil de l'Europe sur une approche intégrée de la sécurité, de la sûreté et des services lors des matches de football et autres manifestations sportives a été ouverte à la signature à Saint-Denis (France) le 3 juillet 2016. Cet instrument, qui doit

avoir été ratifié par trois États membres pour entrer en vigueur, a d'ores et déjà été signé par 14 États membres. Il convient également de signaler que le Protocole portant amendement à la Convention européenne du paysage, adopté à la 1260^{ème} réunion des Délégués des Ministres, sera ouvert à la signature le 1^{er} août 2016. Enfin, le projet de modification de la Convention sur la coproduction cinématographique a été adopté par le Comité des ministres le 29 juin 2016 à la 1261^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Plus généralement, il faut savoir que le Bureau des traités du Conseil de l'Europe examine un nombre croissant de demandes d'adhésion aux conventions du Conseil de l'Europe émanant d'États non membres. En effet, 161 des 218 conventions du Conseil de l'Europe sont ouvertes aux États non membres et depuis juillet 2015, le Bureau a enregistré 15 accessions et 5 signatures parmi ces États. Ainsi, les pays suivants ont adhéré à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Arabie saoudite, Barbade, Brésil, Chine, Israël, Jamaïque, Kenya, Maurice, Nauru, Nioué, Ouganda, République dominicaine, Sénégal, Singapour et Uruguay.

Enfin, M^{me} Requena indique que la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) a rendu récemment un avis sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au tribunal constitutionnel de Pologne, ainsi qu'un avis concernant la loi fédérale n° 129-FZ de la Fédération de Russie portant révision de certains actes législatifs (loi fédérale sur les activités indésirables d'organisations non gouvernementales étrangères et internationales). En ce qui concerne la crise migratoire en Europe, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a envoyé, le 2 mars 2016, une lettre aux chefs de gouvernement des 47 États membres du Conseil de l'Europe pour les appeler à améliorer la sécurité et le traitement des enfants migrants et demandeurs d'asile. Cette lettre faisait suite à celle qu'il avait envoyée le 8 septembre 2015 à tous les États membres pour leur rappeler leurs obligations au titre de la Convention européenne. En janvier 2016, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a nommé l'Ambassadeur Tomáš Boček Représentant spécial sur la migration et les réfugiés et l'a chargé de recueillir des informations sur la situation des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés en Europe et d'élaborer des propositions d'action. À l'issue de sa mission en Grèce et en ex-République yougoslave de Macédoine, le Représentant spécial a, dans son rapport (SG/Inf(2016)18), lancé un appel au Conseil de l'Europe afin qu'il mobilise les ressources nécessaires pour répondre aux besoins des migrants et des réfugiés en matière de logement et pour leur assurer des conditions de vie décentes.

M. Kittichaisaree voudrait savoir si le vol de devises virtuelles (bitcoins par exemple) constitue une infraction au titre de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité. Il serait aussi intéressant de savoir si le CAHDI a engagé une réflexion sur la question de l'existence, en droit international, d'un droit à la légitime défense contre des acteurs non étatiques tels que l'État islamique en Iraq et au Levant (EIL).

M. Vázquez-Bermúdez demande si, dans le cadre de ses travaux sur le *jus cogens*, le CAHDI a examiné la question de l'existence et du contenu d'un éventuel *jus cogens* régional.

Sir Michael Wood souhaite savoir si le CAHDI envisage de prendre des mesures pour accélérer la procédure de divulgation de certains de ses documents classés secrets.

M. Kamto fait observer que, lorsqu'il a évoqué la Déclaration reconnaissant la nature coutumière de certaines dispositions de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, le Président du CAHDI a dit que celui-ci espérait qu'une pratique se développerait pour contrer les tentatives faites pour saisir des biens culturels appartenant à un État exposés à l'étranger. Or si la pratique ne s'est pas encore développée, peut-on réellement parler de coutume ? Par ailleurs, si coutume il y avait, s'agirait-il d'une coutume régionale européenne ou d'une coutume

universelle, opposable aux États qui ne sont pas représentés au CAHDI ni membres du Conseil de l'Europe? Quant à la relation entre la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre et le Statut de Rome, M. Kamto fait observer que le principe de l'imprescriptibilité n'a pas été consacré dans le Statut de Rome en tant que principe de droit coutumier, la question de savoir s'il avait ou non un caractère coutumier n'ayant pas été abordée lors de la Conférence de Rome.

M. Gómez-Robledo dit qu'il croit savoir, s'agissant des biens culturels, qu'un autre processus de négociation a été engagé au sein du Conseil de l'Europe sur le trafic de ces biens, et il souhaiterait en connaître l'état d'avancement.

M^{me} Escobar Hernández demande, en ce qui concerne la recrudescence des réserves et déclarations visant à subordonner l'application de dispositions conventionnelles au droit interne évoquée par le Président du CAHDI, si celui-ci dispose de données sur la question. Elle souhaiterait connaître le nombre de ces réserves et déclarations et savoir si elles sont d'ordre général ou concernent des domaines ou points de droit spécifiques. S'agissant de la relation entre le règlement des différends de droit privé auquel des organisations internationales sont parties et l'immunité de ces organisations, ainsi que les effets de cette immunité sur le droit d'accès à la justice, elle aimerait connaître la position du CAHDI sur ce problème et savoir s'il mène des travaux sur le sujet.

M^{me} Jacobsson fait observer que, étant donné que les tentatives de saisie dont font l'objet des biens culturels d'État sont de plus en plus fréquentes, les travaux du CAHDI sur l'immunité de ces biens sont les bienvenus et à cet égard, elle fait siennes les questions posées par M. Kamto.

M. Rietjens (Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI)), répondant à la question de M. Kittichaisaree concernant l'EUIL, dit que le CAHDI ne s'est pas penché sur ce problème mais souligne que plusieurs pays qui y sont représentés ont adressé au Président du Conseil de sécurité une lettre dans laquelle ils expliquent pourquoi ils estiment pouvoir invoquer le droit de légitime défense collective face à l'EUIL. Ces lettres sont publiées comme documents du Conseil de sécurité et peuvent être consultées.

S'agissant du *jus cogens*, il n'y a pas eu de débat sur le sujet au CAHDI, mais à l'issue de l'exposé de M. Singh, des questions ont été posées sur la manière dont la Commission envisageait la question et M. Singh y a répondu et a informé le CAHDI de l'état des travaux de la Commission sur le sujet. Quant à savoir s'il existe une conception régionale du *jus cogens*, la question n'a pas encore été débattue au sein du CAHDI mais elle pourrait l'être à l'avenir car elle est importante.

En réponse à la question de M. Kamto et M^{me} Jacobsson sur les biens culturels, M. Rietjens reconnaît qu'il a peut-être, d'un point de vue strictement juridique, utilisé le mot « pratique » un peu à la légère, bien que la législation belge, par exemple, interdise déjà la saisie des biens culturels d'État exposés à l'étranger. Les auteurs de la Déclaration qu'il a évoquée, qui a son origine dans une proposition de l'Autriche et de la République tchèque, reconnaissent l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle les biens culturels d'État sont insaisissables, l'idée étant qu'il est souhaitable que le plus grand nombre possible d'États n'attendent pas l'entrée en vigueur de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et s'efforcent dans la pratique de contrer les tentatives de saisie visant ces biens exposés à l'étranger. Cela étant, si coutume il y avait, le CAHDI considère qu'elle ne peut qu'être universelle, car on voit mal pourquoi les biens culturels de l'État ne seraient insaisissables que sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et pourraient être saisis dans d'autres régions du monde. Un État non membre du Conseil de l'Europe a d'ailleurs déjà signé la Déclaration.

S'agissant de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, le CAHDI n'a pas examiné la question quant au fond mais l'a abordée dans le cadre d'un examen général des conventions du Conseil de l'Europe effectué en application d'une décision du Comité des ministres du Conseil. Un débat a eu lieu à cette occasion sur la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, et c'est dans le cadre de ce débat que certaines délégations ont affirmé que cette convention avait été supplantée par le Statut de Rome et d'autres qu'elle gardait sa valeur propre et pourrait même constituer la preuve d'une coutume internationale.

En ce qui concerne la question de M^{me} Escobar Hernández relative à l'augmentation du nombre des réserves et déclarations visant à subordonner des dispositions conventionnelles au droit interne, M. Rietjens indique que le CAHDI dispose de données mais qu'il ne les a pas encore rassemblées et analysées. Il estime qu'il serait cependant utile de le faire car on pourrait en tirer des conclusions intéressantes. En effet, de plus en plus, lors des débats sur les objections aux réserves, ce sont les réserves de ce type qui sont concernées. Elles peuvent être générales ou viser tel ou tel article d'un traité mais ne concernent pas des domaines spécifiques et ne sont pas toujours formulées de la même manière. Le CAHDI s'efforcera de rassembler les données dont il dispose afin d'avoir une idée plus claire de ce phénomène.

S'agissant de l'état des travaux sur le règlement des différends de droit privé auxquels une organisation internationale est partie, le CAHDI a, sur la base d'un document des Pays-Bas analysant la question, adressé à ses membres un questionnaire élaboré par ce pays et il entend, sur la base des réponses qu'il recevra, essayer de dégager des tendances en la matière.

M^{me} Requena (Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI)), répondant à la question de M. Kittichaisaree sur le point de savoir si le vol de devises virtuelles relève de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, dit que cette convention réprime l'utilisation d'Internet pour commettre des actes considérés en droit comme des infractions pénales. En conséquence, pour que cette convention s'applique au vol de devises virtuelles, il faut d'abord que celui-ci soit érigé en infraction pénale. S'agissant de la seconde question de M. Kittichaisaree, relative à l'EUIL, M^{me} Requena précise que c'est parce que son mandat se limite aux questions de droit international touchant les États et les organisations internationales que le CAHDI ne s'est pas penché sur le problème, ainsi que l'a indiqué son président. D'autres organes du Conseil de l'Europe sont néanmoins compétents pour connaître de la conduite des acteurs non étatiques, et étant donné les incidences que les activités de l'EUIL peuvent avoir en droit international public, il est probable que le Conseil de l'Europe sera amené à se saisir prochainement de la question.

Pour ce qui est de la question de Sir Michael sur la déclassification des documents du Conseil de l'Europe, celui-ci a, comme toute organisation internationale, ses propres règles en la matière. Les documents confidentiels, par exemple ceux qui reproduisent les réponses des États à un questionnaire du CAHDI, peuvent être déclassifiés à l'issue d'une période de dix ans. La prochaine réunion du CAHDI pourrait à cet égard être une bonne occasion pour celui-ci de demander aux États s'ils ne s'opposent pas à ce que leurs réponses aux questionnaires qui leur sont adressés soient déclassifiées. Les réponses au questionnaire sur les missions spéciales, notamment, devraient être déclassifiées sous peu car le CAHDI est en train d'élaborer une publication sur cette question.

Pour ce qui est de la question de M. Gómez-Robledo, M^{me} Requena dit qu'effectivement, face aux actes de terrorisme visant des biens culturels et des sites inscrits au patrimoine mondial de l'humanité, le Conseil de l'Europe a décidé d'élaborer une nouvelle convention érigeant en infraction non seulement le trafic mais aussi la destruction de biens culturels. Comme il s'agit d'un accord international, les négociations vont prendre

un certain temps, mais le Comité sur les infractions visant les biens culturels a déjà tenu une première réunion. De plus amples renseignements pourront être fournis à la Commission si elle le souhaite.

S'agissant de la question sur les réserves et déclarations visant à subordonner des dispositions conventionnelles au droit interne posée par M^{me} Escobar Hernández, on constate effectivement une recrudescence de ces réserves et déclarations, qui sont essentiellement d'ordre général et visent surtout deux conventions, la Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote) et la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) qui, comme les membres de la Commission ne l'ignorent pas, présentent un certain parallélisme avec la Convention relative aux droits de l'enfant et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, respectivement.

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

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

M. Murphy, relevant que, dans le troisième chapitre de son rapport le Rapporteur spécial préconise « fluidité et souplesse » et semble envisager de demander à la Commission d'adopter des projets de conclusion avant d'être certaine qu'ils sont corrects, dit qu'il n'est pas favorable à une telle approche, estimant que le Rapporteur spécial devrait analyser de manière approfondie toute question sur laquelle il demande à la Commission d'adopter un projet de conclusion, et ne pas attendre de celle-ci qu'elle revienne en permanence sur les projets déjà adoptés. Par exemple, il n'est pas rationnel de demander à la Commission de déclarer dans le projet de conclusion 3 que les normes du *jus cogens* sont « universellement applicables » tout en affirmant au paragraphe 68 du rapport à l'examen qu'une telle conclusion ne peut être que provisoire et fera « l'objet d'une étude plus détaillée dans les rapports suivants » : cela revient à mettre la charrue avant les bœufs.

Au paragraphe 17 de son rapport, le Rapporteur spécial demande si la Commission doit élaborer une liste indicative de normes du *jus cogens*. Comme le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission, M. Murphy n'y est pas favorable. Mais dans le même temps, le Rapporteur spécial déclare, dans le même paragraphe, que dans le cadre de ses travaux sur le sujet la Commission sera inévitablement amenée à donner des exemples de normes du *jus cogens* « pour étayer ses conclusions ». Peut-être en est-il ainsi, mais l'approche actuellement suivie aux fins des travaux sur la détermination du droit international coutumier, dans le cadre de laquelle les renvois à la jurisprudence figurant dans les commentaires illustrent la méthodologie sans viser le fond des décisions citées, montre qu'il est tout à fait possible de mener à bien les travaux sur un sujet en faisant fond sur une source de droit pour en tirer des exemples de la pratique en vigueur sans nécessairement souscrire aux règles de fond particulières énoncées dans cette source.

S'il juge l'historique figurant dans le quatrième chapitre du rapport intéressant, M. Murphy doute que la section A soit pertinente, et il préférerait donc qu'elle ne figure pas dans le commentaire. Le fait, par exemple, qu'en droit romain les conventions privées ne pouvaient déroger au droit public, ou que dans la plupart des pays la législation ne peut déroger au droit constitutionnel ou encore que le droit administratif ne peut déroger à la législation, n'apprend pas à la Commission grand-chose sur la place du *jus cogens* en droit international contemporain. Il existe bien entendu des hiérarchies dans les systèmes juridiques, mais ce fait ne donne guère d'indications quant au rôle qui est aujourd'hui celui du *jus cogens* en droit international.

En ce qui concerne le chapitre V, et en particulier sa section C, sur les éléments fondamentaux du *jus cogens*, M. Murphy estime comme d'autres membres que les trois notions énoncées – l'universalité, la supériorité hiérarchique et les valeurs fondamentales de la communauté internationale – ne sont pas étayées par une étude approfondie de la pratique des États, de la jurisprudence ou de la doctrine. De fait, il ne se souvient pas que la Cour internationale de Justice ait jamais, s'agissant du *jus cogens*, évoqué des « valeurs fondamentales », même si un juge a pu le faire à l'occasion dans une opinion dissidente. Ces notions semblent être des extrapolations non étayées des dispositions de l'article 53 de la Convention de Vienne.

M. Murphy souscrit à l'opinion exprimée au paragraphe 73 de son rapport par le Rapporteur spécial, pour qui le résultat des travaux devrait prendre la forme de « projets de conclusion », mais il n'est pas persuadé qu'il faille adopter des projets de conclusion à la session en cours ; le Rapporteur spécial pourra vouloir, à la lumière du débat, envisager de revenir sur tout ou partie de ses propositions pour une analyse plus approfondie, comme cela a été fait récemment dans le cadre des travaux sur d'autres sujets.

Passant aux projets de conclusion proposés dans le chapitre VII du rapport, M. Murphy dit qu'il suppose qu'il est inévitable de commencer par une disposition relative à la portée du projet. Notant que le projet de conclusion 1 proposé présente une certaine similitude avec le projet de conclusion 1 du sujet « Détermination du droit international coutumier », mais que « *identified* » y est utilisé de préférence à « *determined* », il invite la Commission à prendre le temps de la réflexion pour choisir le plus approprié de ces termes. Il approuve la proposition du Rapporteur spécial tendant à remplacer le mot « règles » par le mot « normes », qui est employé dans l'article 53 de la Convention de Vienne, même si, pour sa part, il emploie généralement plus volontiers le premier.

Comme d'autres membres de la Commission, M. Murphy juge le projet de conclusion 2 plus problématique. Le paragraphe 1, qui traite des voies par lesquelles les règles du droit international peuvent normalement être modifiées, abrogées ou faire l'objet de dérogations, semble servir à démontrer, au paragraphe 2, en quoi le *jus cogens* est différent. Or, son libellé est très simpliste et ne rend pas du tout compte de la complexité des voies en question. M. Murphy estime que la Commission serait malavisée de chercher à donner une description réductrice des voies complexes par lesquelles les règles du droit international peuvent normalement être modifiées, question qui, du reste, est hors sujet.

Par exemple, un petit nombre d'États pourraient décider d'élaborer par la voie d'un traité une règle différente d'une règle de droit international coutumier applicable à tous, qu'ils appliqueraient entre eux. Faudrait-il alors considérer que la règle de droit international coutumier en question a été modifiée, abrogée ou qu'elle a fait l'objet d'une dérogation ? La réponse à cette question est à la fois oui et non : oui s'agissant des États parties au traité, et non pour ce qui est des États qui n'y sont pas parties. Le libellé simpliste du paragraphe 1 du projet de conclusion 2 ne rend pas cette nuance et est par conséquent trompeur.

Le projet de conclusion 3 contient une version profondément remaniée de la seconde phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne. Le premier paragraphe ne reprend que quelques éléments de cet article et le second paragraphe introduit des éléments nouveaux, qui ne sont pas analysés de manière approfondie dans le rapport. Prenant exemple sur le projet de conclusion 1 du sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », dans lequel la Commission a repris les principaux éléments de l'article 31 de la Convention de Vienne, M. Murphy propose que le libellé de la seconde phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne soit reproduit dans le projet de conclusion 2 afin d'ancrer le lecteur dans une définition reconnue du *jus cogens* avant d'explorer de nouvelles pistes de raisonnement.

Si M. Murphy appuie le renvoi du projet de conclusion 1 au Comité de rédaction, il a de sérieux doutes concernant le bien-fondé du projet de conclusion 2, qu'il serait préférable de mettre de côté pour le moment. Il serait également prématuré de renvoyer le projet de conclusion 3 au Comité de rédaction, à moins que ce ne soit dans le but d'y restituer la définition du *jus cogens* telle qu'elle est énoncée dans la Convention de Vienne.

M. Park salue le travail d'analyse considérable que le Rapporteur spécial a accompli pour établir son premier rapport qui, par la multiplicité des documents et sources citées, témoigne de l'étendue et de la complexité du sujet. Le *jus cogens* suppose l'existence et le développement d'une notion admise par la communauté internationale organisée dans son ensemble. C'est certainement l'un des sujets les plus importants du droit international contemporain mais aussi l'un des plus compliqués, et la première difficulté consiste à déterminer comment l'appréhender et quelle méthode appliquer. Si nul ne conteste l'existence du *jus cogens*, sa nature et ses conséquences juridiques et politiques font toujours débat. L'une des priorités de l'étude du sujet devrait donc être de réfléchir à l'approche et à la méthode à adopter. M. Park fera porter ses observations sur les six points suivants : la terminologie, la liste indicative de normes ayant acquis le statut de *jus cogens*, le fondement théorique, les éléments fondamentaux, les trois projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial et les travaux futurs.

En ce qui concerne la terminologie, il serait bon de confirmer dès le départ que les termes « *jus cogens* » et « normes impératives » sont employés indifféremment dans le rapport. Il faudrait également préciser le sens des termes « fondamental », « absolu », « prohibition de toute dérogation » et « qu'il est impossible d'écarter », dont le lien avec la nature du *jus cogens* n'est pas évident. L'adjectif « fondamental », par exemple, semble être employé dans des sens différents selon qu'il qualifie des normes, règles ou lois (comme aux paragraphes 18, 21, 32 et 34 du rapport) ou des valeurs (comme aux paragraphes 56 et 63 et dans le second paragraphe du projet de conclusion 3, sans qu'aucune explication claire ne soit donnée à ce sujet. Il faudrait savoir ce que signifie « fondamental » s'agissant de la nature du *jus cogens*, et quel rapport il y a entre les normes fondamentales du droit international et les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Compte tenu de ces considérations, il pourrait être utile de prévoir une section « Définitions » au début du projet.

Le Rapporteur spécial a demandé l'avis de la Commission et des États membres sur l'opportunité d'établir une liste indicative de normes ayant le statut de *jus cogens*. Les points de vue divergent sur cette question, y compris au sein de la Commission. Il est vrai que l'idée que les normes relevant du *jus cogens* puisse être répertoriées de manière détaillée et exhaustive est controversée. M. Park estime toutefois qu'une liste d'exemples de ces normes serait utile aux États, car elle les aiderait à reconnaître les normes qui relèvent du *jus cogens* et leur permettrait de mieux comprendre les critères relatifs à la formation de nouvelles normes impératives. Peut-être faudra-t-il que le Rapporteur spécial réorganise les projets de conclusion pour y incorporer ces éléments.

Dans le rapport qu'il a établi en 2006 (A/CN.4/L.682), le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a cité plusieurs exemples de normes relevant du *jus cogens* qui seront utiles aux travaux de la Commission, notamment l'interdiction de l'emploi agressif de la force, le droit de légitime défense, l'interdiction du génocide, l'interdiction de la torture, l'interdiction des crimes contre l'humanité, l'interdiction de l'esclavage et de la traite des esclaves, ou encore l'interdiction des hostilités dirigées contre la population civile (« règles fondamentales du droit international humanitaire »). Compte tenu de ses précédents travaux, la Commission est parfaitement fondée à approfondir la question de la teneur du *jus cogens* et à établir une liste indicative qui servira à la codification et au développement progressif du droit international. L'étude analytique des instruments et de la jurisprudence pertinents pourrait lui servir de préparation à cette

prochaine étape. À cet égard, il pourra être utile de consulter la thèse de doctorat de Thomas Weatherall intitulée « *Jus cogens : International Law and Social Contract* » (2015), qui contient une liste non exhaustive de normes relevant du *jus cogens* et une synthèse des décisions de juridictions internes en la matière.

Comme il ressort des paragraphes 18 à 50 du rapport, les vues divergent quant au fondement théorique du *jus cogens*. En effet, l'idée que le *jus cogens* n'est susceptible d'aucune dérogation pourrait être associée à la théorie du droit naturel. D'un autre côté, les positivistes, pour qui la volonté joue un rôle clef, considèrent au contraire que le droit est un ensemble de règles établies par les hommes ou par les États dont l'existence peut être reconnue et le contenu déterminé sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur une justification tirée du droit naturel ou sur toute autre institution non juridique. Le fondement théorique du *jus cogens* pourrait résider dans chacune de ces théories, mais mieux vaut laisser à chaque juriste le soin de se forger sa propre explication puisque, comme il est dit à juste titre au paragraphe 59 du rapport, aucune théorie n'a encore expliqué adéquatement le caractère unique du *jus cogens* en droit international et la force contraignante et impérative du *jus cogens* doit se comprendre comme une interaction entre le droit naturel et le positivisme. Il convient de se montrer pragmatique et de se concentrer sur l'analyse de la pratique des États, des travaux de la Commission et de la jurisprudence.

Le Rapporteur spécial dégage au paragraphe 63 de son rapport trois éléments fondamentaux qui caractérisent les normes du *jus cogens* : leur caractère universellement applicable, leur supériorité et leur vocation à protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Pour ce qui est du premier élément, l'idée qu'un *jus cogens* régional puisse exister semble de prime abord contraire à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose qu'« une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Il ne faudrait pas pour autant écarter à ce stade initial des travaux l'idée de l'existence possible d'un *jus cogens* régional, qui, tant en théorie que du point de vue de la pratique, ne peut être totalement exclue, en particulier si l'on admet que la formation du *jus cogens* est étroitement liée aux traités ou au droit international coutumier. Cette question mérite d'être examinée de manière plus approfondie.

M. Park convient avec le Rapporteur spécial que la doctrine de l'objecteur persistant n'est pas applicable au *jus cogens* et estime que toute possibilité en ce sens devrait être catégoriquement exclue. Cela étant, la Commission a accepté cette doctrine dans le contexte du droit international coutumier, de sorte qu'il semble vain de décréter qu'elle n'est pas applicable au *jus cogens* dès lors qu'elle fait partie des règles de droit international coutumier – même si l'on peut se demander comment déterminer avec certitude qu'une règle de droit international coutumier en voie de formation acquerra ou non le statut de *jus cogens* dans l'avenir.

Le Rapporteur spécial indique dans son rapport que l'ordre public semble plus apte à expliquer la qualité des normes et que les normes d'ordre public peuvent être expliquées aussi bien selon la théorie positiviste que selon la théorie du droit naturel. M. Park convient que l'approche fondée sur l'ordre public présente un certain intérêt, mais il ne pense pas qu'elle soit adaptée s'agissant de droit public international. Historiquement, il est vrai que le dualisme du *jus cogens* et du *jus dispositivum* provient du système de droit privé romain, et que l'analogie avec le droit privé a joué un rôle dans le passé. Toutefois, cette analogie n'est pas toujours pertinente dans les relations internationales : l'ordre juridique international ne s'est pas construit à partir de l'ordre juridique interne d'un seul État mais sur la base de différents systèmes culturels, religieux, politiques et économiques. Le débat relatif à l'ordre public intéresse davantage le droit international privé. Il n'est pas exclu que la Commission examine un jour ce que l'on appelle « l'ordre public international » ou « la

constitutionnalisation de l'ordre international », mais cette discussion portera sur une autre question de droit.

Pour ce qui est des valeurs fondamentales, M. Park s'associe aux propos de M. Nolte. Le *jus cogens* couvre deux domaines distincts : la protection de la dignité humaine et la protection de la souveraineté de l'État. Le premier est axé sur la protection des personnes en temps de guerre ou la protection contre de graves violations des droits de l'homme en temps de paix. Le second concerne les principes westphaliens traditionnels. Il faudrait par conséquent élargir le champ de l'analyse de la raison d'être du *jus cogens*.

En ce qui concerne les projets de conclusion, M. Park dit pouvoir accepter le projet de conclusion 1 sous réserve que le mot « règles » soit remplacé par le mot « normes » comme l'a proposé le Rapporteur spécial. Certains membres ont estimé que celui-ci limitait à tort la portée du sujet aux seules questions afférentes au droit des traités. M. Park estime pour sa part qu'il ressort clairement du rapport que le Rapporteur spécial est conscient que le rôle du *jus cogens* dépasse le cadre du droit des traités. La logique de son raisonnement est solidement étayée, en particulier aux paragraphes 44 à 49, où il examine, outre le droit des traités, la responsabilité de l'État et la sanction pénale des auteurs de violations, en se fondant sur la pratique des États et des organisations internationales ainsi que sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

En outre, il y aurait peut-être lieu d'étendre la portée du sujet aux acteurs non étatiques, dont le rôle s'est indéniablement accru ces dernières années. La Commission pourrait être amenée à déterminer si les acteurs non étatiques devraient eux aussi être soumis aux règles impératives du droit international dès lors qu'ils sont en mesure de commettre des violations massives du droit international des droits de l'homme. Des individus peuvent être tenus pour responsables de crimes visés par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Ainsi le meurtre, la réduction en esclavage, l'extermination, la torture et l'esclavage sexuel pratiqués massivement et systématiquement par des acteurs non étatiques pourraient tomber sous le coup du Statut de Rome. En outre, les débats qui ont eu lieu récemment dans les cercles universitaires au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales (entreprises) à l'égard de graves violations des droits de l'homme incitent à se demander si la Commission ne devrait pas étendre le champ de l'étude du *jus cogens* à d'autres domaines que les domaines traditionnels du droit international. Par exemple, comme l'ont montré les travaux de Luke Eric Peterson et Kevin R. Gray sur les traités bilatéraux d'investissement, l'application du *jus cogens* pourrait être envisagée en cas de complicité entre des investisseurs et des États hôtes dans la perpétration de violations massives des droits de l'homme.

Pour ce qui concerne le projet de conclusion 2, M. Park estime que le paragraphe 1, trop général, est superflu, et ce d'autant plus que la règle du *jus dispositivum* qui y est énoncée peut être inférée du projet de conclusion 3. Si nécessaire, cette règle pourrait être explicitée dans le commentaire du projet de conclusion. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 est très étroitement lié au paragraphe 1 du projet de conclusion 3, puisque tous deux ont trait à la définition du *jus cogens* ou de sa nature juridique. Il y aurait par conséquent lieu de les réunir en un seul projet de conclusion qui s'intitulerait « Définition du *jus cogens* ». Il serait également bon, comme l'a dit Sir Michael, de reprendre le libellé exact de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Quant au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, son examen devrait être reporté à un stade ultérieur des travaux étant donné que la signification des expressions « valeurs fondamentales », « hiérarchiquement supérieures » et « universellement applicables » demande à être précisée et que ces notions ont trait aux effets ou conséquences du *jus cogens*.

Au sujet des travaux futurs, M. Park, notant que la *lex lata* du *jus cogens* n'est pas toujours claire, se dit favorable à l'idée que le rapport suivant soit consacré aux règles relatives à la détermination des normes du *jus cogens* et approuve globalement l'approche

proposée par le Rapporteur spécial. Il souhaiterait toutefois réitérer deux remarques dont il pourrait être utile de tenir compte dans les travaux futurs. Premièrement, la Commission a récemment adopté en première lecture des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier dans lesquels la question du *jus cogens* n'est pas traitée. Or, dans la mesure où le droit international coutumier peut être un élément du *jus cogens*, il faudrait clarifier la relation entre la détermination du droit international coutumier et le *jus cogens*. Il faudrait en particulier examiner le point de savoir si les règles énoncées dans les projets de conclusion sur le droit international coutumier qui ont été adoptés pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* au *jus cogens*. On a certes déjà évoqué le fait que la doctrine de l'objecteur persistant, même si elle est admise dans le domaine du droit international coutumier, n'est pas applicable au *jus cogens*, mais cette question mérite d'être examinée plus avant à la lumière des règles générales du droit international coutumier.

Deuxièmement, les travaux sur les conséquences du *jus cogens* seront étroitement liés à la délimitation de la portée du sujet. Si l'on veut être exhaustif, l'étude du *jus cogens* ne devrait pas se limiter à la discipline de la Convention de Vienne sur le droit des traités, même si c'est dans ce contexte que la notion de *jus cogens* est née, mais s'étendre à d'autres domaines intéressant le sujet, comme la responsabilité de l'État, l'immunité de l'État, les questions relatives aux organisations internationales et à la responsabilité pénale des personnes en droit international, etc. En d'autres termes, l'étude du *jus cogens*, en particulier de ses conséquences juridiques, entraînera la Commission sur un terrain bien plus vaste et plus complexe qu'elle ne l'avait prévu si elle ne se dote pas d'une feuille de route claire pour guider ses travaux.

M. Saboia félicite le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport dont le contenu, clairement structuré et fondé sur un rigoureux travail de recherche, donne à la Commission une base solide pour ses travaux sur le sujet complexe du *jus cogens*. Le plan d'étude sur la base duquel le sujet a été inscrit au programme de travail de la Commission s'articulait autour de quatre questions : a) la nature du *jus cogens* ; b) les critères d'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens* ; c) une liste indicative de normes ; et d) les conséquences ou effets du *jus cogens*. Compte tenu de la portée de ces questions, M. Saboia estime, comme MM. Murase et Hassouna, que le sujet aurait mérité un titre plus ambitieux.

Selon le Rapporteur spécial, le rapport à l'examen a deux objectifs : i) proposer une approche du sujet en vue d'obtenir les vues de la Commission ; et ii) donner un aperçu général des questions conceptuelles que soulève le *jus cogens* en se limitant dans un premier temps à définir la nature essentielle du *jus cogens*.

En ce qui concerne la méthodologie à adopter, M. Saboia estime comme le Rapporteur spécial que la Commission devrait conduire ses travaux en s'appuyant sur les divers documents et sources à sa disposition. Il est favorable à la fluidité et à la souplesse préconisées par le Rapporteur spécial en ce qui concerne l'ordre d'examen des questions, bien qu'il partage les doutes exprimés par Sir Michael quant à l'application de cette approche aux projets de conclusion.

M. Saboia est favorable à l'idée d'une liste indicative de normes ayant le statut de *jus cogens* et estime, comme M. Caflisch, que les travaux de la Commission sur le sujet à l'étude perdraient beaucoup de leur valeur et de leur intérêt si l'on ne tentait même pas d'établir cette liste. Le sujet ne porte pas uniquement sur le processus par lequel des normes acquièrent le statut de *jus cogens* et la méthodologie relative à la détermination de ces normes, mais aussi sur la nature du *jus cogens*, et une liste indicative pourrait à cet égard être riche d'enseignements. Dans le cadre de ses précédents travaux, la Commission a déjà établi des listes indicatives de normes relevant du *jus cogens*, par exemple dans les commentaires relatifs au projet d'articles sur la responsabilité de l'État ou dans les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international.

L'évolution historique de la notion de *jus cogens* retracée dans le chapitre IV illustre bien la manière dont la notion de normes auxquelles il est impossible de déroger a persisté pendant les premières décennies du XX^e siècle, pourtant dominées par la conception positiviste du droit, centrée sur l'État et dédaignant les valeurs morales et humanistes. La Convention de Vienne sur le droit des traités n'a fait que concrétiser une idée qui avait déjà fini par être largement acceptée, à savoir qu'il pouvait exister des traités dont l'objet était inadmissible au regard de normes impératives du droit international général reconnues par la communauté internationale et acceptées comme telles par les États.

La création de l'Organisation des Nations Unies et les travaux de la Cour internationale de Justice, du Tribunal militaire international de Nuremberg et, plus tard, d'autres juridictions internationales et de nombreuses organisations internationales ont donné corps à l'idée d'un ordre public mondial fondé sur des valeurs et ont renforcé l'attachement de la communauté internationale aux droits de l'homme et son action dans ce domaine.

Le chapitre V contient une analyse de la nature juridique du *jus cogens* qui, laissant de côté les débats théoriques, établit fermement, à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, nationales et internationales, ainsi que de la pratique des États, que le *jus cogens* fait partie de la *lex lata*.

M. Saboia n'a pas d'objection à faire aux projets de conclusion, même s'il partage certaines des réserves qui ont été exprimées quant à l'utilité du projet de conclusion 2 dans sa forme actuelle. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 devrait être reformulé de manière à donner une définition du *jus cogens* et inséré après la disposition relative à la portée du projet. Le paragraphe 2 devrait être conservé, car il incorpore dans la définition de la Convention de Vienne sur le droit des traités les éléments importants que sont les valeurs fondamentales de la communauté internationale, la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* et leur acceptation universelle.

La séance est levée à 13 h 5.