

Document:-
A/CN.4/SR.3317

Compte rendu analytique de la 3317e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2016, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international³²³.

70. L'évolution historique de la notion de *jus cogens* retracée dans le chapitre III 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 de 1969 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.

71. 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.

72. Le chapitre IV 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*.

73. 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 de 1969 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.

3317^e SÉANCE

Vendredi 8 juillet 2016, à 10 h 5

Président: M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Puis: M. Georg NOLTE (Vice-Président)

Présents: M. Al-Marri, M. Cafilisch, M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy,

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.

Coopération avec d'autres organismes (*fin*)

[Point 13 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Ronny Abraham, Président de la Cour internationale de Justice, et l'invite à s'adresser à la Commission.

2. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il se félicite de l'occasion de rencontrer les membres de la Commission une deuxième fois, selon une pratique établie de longue date, et de leur rendre compte des activités judiciaires et autres de la Cour durant l'année écoulée.

3. En avril 2016, pour célébrer son soixante-dixième anniversaire, la Cour a organisé une cérémonie solennelle et un séminaire dans le cadre duquel les membres de la Cour se sont entretenus avec des universitaires, des praticiens, des représentants d'États Membres et des juges internationaux des principaux défis auxquels la Cour devrait être confrontée dans les prochaines années. Des exposés et un résumé du débat seront publiés sous peu dans la revue *Journal of International Dispute Settlement*.

4. Durant l'année écoulée, trois nouvelles affaires ont été portées devant la Cour, et la procédure a repris dans une autre. Cette dernière concernait des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, dans laquelle la Cour a jugé, dans un arrêt sur le fond rendu en 2005, que chaque partie était tenue envers l'autre de l'obligation de réparer le préjudice causé par ses actes illicites. L'arrêt ne précisait pas la nature ni le montant de la réparation, laissant le soin aux parties de s'entendre, faute de quoi la Cour, à la demande de l'une ou l'autre d'entre elles, déterminerait les réparations dues. Après des négociations longues mais vaines qui ont duré plus de dix ans, la République démocratique du Congo a prié la Cour de régler la question. La Cour a décidé de reprendre la procédure et a fixé un délai pour le dépôt par chaque partie de ses pièces de procédure écrite indiquant les réparations qu'elle considère lui être dues par l'autre partie. Pour statuer dans cette affaire, la Cour invoquera à n'en pas douter la jurisprudence d'autres juridictions internationales ayant acquis une expérience dans ce domaine, mais elle devra aussi développer sa propre jurisprudence.

5. Les trois nouvelles affaires sont une instance introduite par le Chili contre l'État plurinational de Bolivie au sujet d'un différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala, une instance introduite par la Guinée équatoriale contre la France au sujet d'un différend concernant l'immunité de juridiction pénale de son second Vice-Président et le statut juridique d'un immeuble sis à Paris, et une instance introduite par la République islamique d'Iran contre les États-Unis d'Amérique (*Certains actifs*

³²³ *Annuaire...* 2006, vol. II (2^e partie), p. 186 à 193, par. 251.

iraniens) au sujet d'un différend concernant des allégations de violations du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires³²⁴, de 1955.

6. La Cour a rendu trois arrêts sur des questions de procédure, de compétence et de recevabilité. Dans le premier de ces arrêts, rendu en septembre 2015 en l'affaire concernant l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, la Cour a rejeté l'exception préliminaire à sa compétence soulevée par le Chili. Elle examine actuellement l'affaire au fond. Le deuxième arrêt concerne les exceptions préliminaires soulevées par la Colombie en l'affaire concernant des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, dans laquelle le Nicaragua alléguait que la Colombie n'avait pas exécuté l'arrêt rendu en 2012 par la Cour en l'affaire concernant un *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* et avait violé ses espaces maritimes et ses droits souverains dans les zones en question. Après l'arrêt de 2012, la Colombie a dénoncé le Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota) sur lequel reposait la compétence de la Cour en l'espèce, et elle a fait valoir que cette dénonciation avait pris effet immédiatement, rendant la nouvelle requête du Nicaragua irrecevable parce que la Cour n'était pas compétente *ratione temporis*. Le Nicaragua affirmait pour sa part qu'en application des dispositions du Pacte la dénonciation n'avait pris effet qu'un an après sa notification et qu'en conséquence sa nouvelle requête, introduite dans ce délai d'un an, était recevable. La Cour s'est rangée à cette dernière interprétation et a donc rejeté les exceptions préliminaires de la Colombie. Dans une autre instance opposant le Nicaragua à la Colombie – *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)* – la Cour a rejeté les exceptions préliminaires de la Colombie à sa compétence et à la recevabilité de la requête. Dans son arrêt, la Cour a jugé que l'arrêt de 2012 susmentionné ne pouvait être considéré comme ayant définitivement réglé la question de la délimitation du plateau continental entre les deux États par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée et que la requête du Nicaragua était donc recevable.

7. La Cour a tenu des audiences en mars 2016 dans trois affaires introduites par les îles Marshall contre l'Inde, le Pakistan et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, respectivement, en ce qui concerne des obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire. Selon les îles Marshall, ces obligations découlent non seulement du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, auquel le Royaume-Uni est partie, mais également du droit international coutumier, et donc elles s'appliquent également à l'Inde et au Pakistan. Les défendeurs ont soulevé des exceptions préliminaires à la compétence et à la recevabilité que la Cour est en train d'examiner.

8. Le 31 mai 2016, la Cour a rendu une ordonnance par laquelle elle a désigné des experts indépendants qui l'assisteront dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la*

mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et qui auront pour tâche de déterminer l'état de la côte dans la région frontalière entre les deux pays. La Cour a estimé que certaines questions de fait concernant l'état de la côte pouvaient être pertinentes pour régler le différend dont elle était saisie. Il est rare que la Cour nomme des experts; les rapports d'experts qu'elle examine sont généralement soumis par les parties concernées et tendent à étayer leurs arguments respectifs. Bien que tous les experts soient réputés neutres, on peut peut-être présumer que ceux qui sont nommés par la Cour le sont encore plus.

9. Le 16 décembre 2015, la Cour a rendu un arrêt sur le fond dans deux instances jointes – *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* – qui étaient intéressantes quant au fond, et plus précisément en ce qui concerne le droit international de l'environnement. Ces affaires soulevaient plusieurs questions relatives à un différend concernant la souveraineté territoriale sur un petit territoire à la frontière entre les deux États et au droit international relatif à la protection contre les dommages transfrontières. S'agissant de la souveraineté territoriale, l'arrêt ne dit rien de nouveau du point de vue du droit international substantiel: la Cour a jugé que le Costa Rica avait souveraineté sur le territoire litigieux, que le Nicaragua avait violé la souveraineté territoriale du Costa Rica en menant des activités et en établissant une présence militaire sur ce territoire, et qu'il avait l'obligation d'indemniser le Costa Rica à raison des dommages causés. S'agissant du droit international de l'environnement, ces affaires ont permis à la Cour de clarifier plusieurs questions concernant les obligations des États lorsqu'ils mènent sur leur propre territoire des activités susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur le territoire d'un État voisin. En particulier, la Cour a distingué entre obligations procédurales et obligations de fond, estimant qu'un État peut avoir observé les premières mais manqué aux secondes, et vice-versa. Ainsi, la Cour a conclu que le Costa Rica avait violé son obligation procédurale d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement en ce qui concerne la construction d'une route le long du fleuve San Juan, qui fait partie de la frontière entre les deux pays et dont le lit appartient au Nicaragua, mais qu'il n'avait pas manqué à ses obligations de fond concernant la prévention des dommages transfrontières. Pour parvenir à ses conclusions, la Cour a considéré que la construction d'une route par le Costa Rica comportait un risque de causer un dommage transfrontière important et que le Costa Rica était donc tenu d'évaluer l'impact environnemental du projet avant de commencer les travaux. La Cour a toutefois jugé que les travaux effectués par le Costa Rica n'avaient pas causé de dommage au lit du fleuve ou à tout autre territoire nicaraguayen; le Costa Rica n'a donc pas manqué à ses obligations de fond.

10. Dans les affaires en question, chaque État alléguait un manquement de l'autre à ses obligations internationales: le Nicaragua faisait valoir que le Costa Rica avait manqué à ses obligations en construisant une route le long de la frontière, et le Costa Rica que le Nicaragua avait fait de même en procédant au dragage du fleuve Colorado. Les obligations invoquées par les deux États ne découlent pas du droit conventionnel. Dans leurs écritures, les parties

³²⁴ Traité entre les États-Unis et l'Iran, signé à Téhéran, le 15 août 1955, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 284, n° 4132, p. 93.

ont visé marginalement certains instruments juridiques, mais la Cour ne les a pas jugés pertinents. Les débats entre les parties ont essentiellement concerné le droit non conventionnel. La Cour a jugé que tant l'obligation procédurale d'effectuer une évaluation préalable de l'impact sur l'environnement que l'obligation de fond de prévenir les dommages transfrontières importants découlaient du droit international coutumier ou général. Bien que la Cour ait déjà visé de telles obligations dans l'affaire concernant les *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, elle a dans les espèces en question confirmé et clarifié leur contenu, élargissant ainsi sa jurisprudence antérieure et confirmant l'existence de certaines obligations de droit international général.

11. Du point de vue de la terminologie, on peut noter que, dans son arrêt du 16 décembre 2015, la Cour a visé des obligations résultant tant du droit international coutumier que du droit international général sans faire de distinction nette entre l'un et l'autre. Il ne faut toutefois pas en déduire que la Cour considère que ces expressions sont synonymes. Il peut arriver – ou ne pas arriver – que les concepts qu'elle désigne se recoupent dans une certaine mesure, mais on ne peut en déduire rien de plus à cet égard du texte de l'arrêt, et il faut se garder de le « surinterpréter », ce à quoi les auteurs sont souvent enclins.

12. Dans la section de l'arrêt concernant le manquement allégué à l'obligation de notification et de consultation, la Cour a clarifié les conclusions auxquelles elle était parvenue dans des arrêts antérieurs. Lorsque des instruments juridiques internationaux imposent, en matière de notification aux États voisins et de consultation de ces États, des obligations précises, il est évident que ces obligations conventionnelles s'appliquent. Toutefois, dans les affaires en question, la Cour devait déterminer si, dans des situations ne relevant pas de dispositions conventionnelles, une obligation de notification et de consultation préalables existait en droit international général. Dans sa réponse relativement prudente, la Cour a établi que l'existence d'une telle obligation dépendait du point de savoir si l'État planifiant les activités était ou non tenu d'une obligation internationale d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement. Elle a considéré, sur la base de précédents que, si des activités risquaient de causer un dommage transfrontière important, l'État qui les envisageait devait effectuer une évaluation préalable de l'impact sur l'environnement. Si le résultat de cette évaluation confirmait l'existence d'un tel risque, l'État concerné devait consulter les États sur le territoire desquels le dommage était susceptible d'être causé sur les mesures à prendre pour le prévenir ou le limiter autant que possible. Dans certaines situations, qui doivent être évaluées au cas par cas, les États peuvent devoir coopérer pour prévenir le dommage, car il se peut qu'un seul d'entre eux soit en possession des informations, des compétences et du savoir-faire techniques nécessaires pour déterminer les mesures préventives à prendre. Ainsi, l'obligation de notification et de consultation préalables existe uniquement lorsque, après une évaluation au cas par cas, il apparaît qu'une coopération entre les États est nécessaire pour définir les mesures nécessaires propres à prévenir ou limiter les dommages transfrontières. Dans les affaires en question, la Cour a jugé qu'il n'avait pas été manqué à l'obligation de notification et de consultation.

13. M. KITTICHAISAREE, se référant aux conclusions de la Cour figurant aux paragraphes 112 à 114 de son arrêt du 17 mars 2016 sur les exceptions préliminaires en l'affaire de la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne*, demande comment la Cour a l'intention de procéder dans cette affaire, alors qu'elle ne sait pas si le Nicaragua est fondé à revendiquer un droit sur une zone située au-delà de 200 milles marins de sa côte et que la Colombie n'est pas partie à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et ne peut donc se prévaloir de la procédure de la Commission des limites du plateau continental pour établir la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

14. M. MURPHY demande s'il est probable qu'à l'avenir la Cour désignera plus fréquemment elle-même des experts, ayant par le passé eu du mal à statuer sur la seule base des dires des experts désignés par les parties. La Cour juge-t-elle nécessaire d'obtenir le consentement des parties pour faire appel à des experts indépendants, ou est-elle prête à le faire même si les parties s'y opposent? Il se demande si le recours à des experts indépendants est influencé par la manière – requête unilatérale ou compromis – dont l'affaire a été portée devant la Cour.

15. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que l'arrêt rendu le 17 mars 2016 par la Cour en l'affaire de la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne* portait sur la compétence et la recevabilité, et non sur le fond de l'affaire. La principale question que la Cour devait trancher était celle de savoir si l'autorité de la chose jugée de son arrêt de 2012 dans l'affaire concernant un *Différend territorial et maritime* empêchait le Nicaragua d'introduire une requête en l'espèce. La Cour a décidé qu'il n'en était rien, puisqu'en 2012 elle n'avait pas statué sur la délimitation, et que la requête du Nicaragua était recevable, nonobstant le fait que la Commission des limites du plateau continental n'avait pas formulé de recommandations sur la revendication par le Nicaragua d'un plateau continental étendu. Dans son arrêt de 2012, la Cour a jugé que le fait que la Colombie ne soit pas partie à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne dégageait pas le Nicaragua des obligations que lui imposait la Convention, en particulier son obligation de demander à la Commission susmentionnée de formuler des recommandations. La Cour a confirmé cette conclusion dans son arrêt de 2016. La Cour décidera lorsqu'elle examinera l'affaire au fond de la manière de déterminer les droits respectifs des parties à un plateau continental en l'absence de recommandations de la Commission des limites du plateau continental. La participation à la procédure des deux parties, ou de l'une d'entre elles seulement, dépendra de la Colombie étant donné qu'après le prononcé de l'arrêt de la Cour en mars 2016 les autorités colombiennes ont fait des déclarations publiques à l'effet qu'elles ne considéraient pas que la Cour eût compétence pour connaître de l'affaire et qu'elles n'avaient l'intention de reconnaître aucune de ses décisions ultérieurement en l'espèce. Le fait qu'un État défendeur déclare officiellement qu'une décision par laquelle la Cour se déclare compétente nonobstant son opinion contraire lui déplaît

ne signifie pas nécessairement qu'il ne participera pas aux phases suivantes de la procédure. La Cour a fixé des délais pour la présentation du mémoire et du contre-mémoire, et n'a reçu aucune information indiquant que la Colombie n'avait pas l'intention de déposer son contre-mémoire, malgré les déclarations susmentionnées. La Cour ne peut que considérer ces déclarations comme malheureuses, car quelque mécontent qu'un État ou son conseil puisse être après le prononcé d'un arrêt qui n'a pas fait droit à ses conclusions, tous les États parties au Statut de la Cour internationale de Justice doivent se conformer aux arrêts de celle-ci.

16. La désignation d'experts par la Cour n'est pas une nouveauté; en fait, elle est prévue dans son règlement. La Cour examine la nécessité de nommer des experts au cas par cas et, même si cette mesure restera probablement exceptionnelle, elle ne peut être exclue dans des affaires futures. Il est toutefois impossible de dire si cette pratique deviendra plus ou moins fréquente que par le passé. La Cour a le pouvoir de nommer des experts indépendants si elle décide que cela est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Si la Cour doit informer les parties de ses intentions à cet égard et recueillir leurs vues, leur consentement n'est pas nécessaire et la Cour n'est pas liée par les objections qu'elles peuvent formuler. La probabilité que la Cour envisage de recourir à des experts indépendants est peut-être légèrement plus élevée lorsque l'instance est introduite par une requête unilatérale.

17. M. FORTEAU note que, bien que la Cour ait clarifié le droit applicable en matière d'indemnisation en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, il lui incombera, de l'avis du Président, de développer sa jurisprudence en la matière dans le cadre de la reprise de la procédure en l'affaire concernant des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*. Il demande s'il serait utile que la Commission entreprenne une étude de cette question dans un proche avenir, comme cela est proposé dans un document de travail élaboré par le Secrétariat sur les sujets susceptibles d'être inscrits au programme de travail à long terme de la Commission (A/CN.4/679/Add.1).

18. Sir Michael WOOD dit qu'il prendra dûment en considération les observations très intéressantes du Président de la Cour sur les termes « droit international coutumier » et « droit international général ». Il a aussi pris note de l'injonction du Président de ne pas lire dans les arrêts de la Cour davantage que ce qui s'y trouve. Ce ne sont toutefois pas seulement les auteurs, mais aussi les praticiens plaçant devant la Cour dans des affaires ultérieures qui doivent s'efforcer de comprendre le raisonnement qui sous-tend un arrêt. Il se demande quel enseignement il faut tirer sur cette question particulière des opinions individuelles de la juge Donoghue et du juge ad hoc Dugard, en décembre 2015, dans l'affaire concernant *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*. Le Président souhaite-t-il faire des observations sur la pratique et la politique de la Cour en ce qui concerne les opinions individuelles et dissidentes ?

19. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que si la Cour a déjà été saisie

de demandes d'indemnisation, notamment en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la principale question qui se pose en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* est celle de la nature et du montant de la réparation due, en partie pour les dommages corporels et la perte de nombreuses vies humaines résultant de crimes commis sur une grande échelle. Il serait certainement très utile que la Commission du droit international procède à une étude de l'indemnisation en droit international car, même si la Cour reste libre de se faire sa propre opinion et n'est pas liée par les recommandations ou textes de la Commission, elle examine toujours les travaux de celle-ci avec le plus grand intérêt et n'a jamais statué sur un point de droit sans prendre dûment en considération l'opinion de la Commission en la matière.

20. La question de Sir Michael Wood au sujet de l'interprétation des décisions de la Cour et de la manière dont ces décisions peuvent être interprétées par les auteurs et les praticiens est naturellement d'une importance majeure pour les États, leurs agents et leurs conseils. Une décision est ce qui est écrit et ce qui peut être déduit logiquement et nécessairement de ce qui est écrit. Les déductions qui peuvent être logiquement tirées du texte d'un arrêt lient la Cour, alors même que les juges ont très bien pu ne pas se rendre compte des implications de ce texte, puisque ce qui est implicite est inhérent à ce qui est explicite. Il convient de raisonner logiquement, et non de tenter de deviner, par de vaines spéculations ou suppositions, quelles peuvent être les intentions motivant la position de la Cour. Le Président indique que, de fait, ce qu'il vient de dire ne lie pas la Cour, parce que cela ne figure pas dans une de ses décisions; il s'agit simplement de sa propre opinion.

21. Les opinions individuelles ou dissidentes clarifient non la position de la Cour mais celle des juges concernés. Il arrive qu'elles éclairent *a contrario* la position de la Cour parce que si un juge trouve à redire à une décision, cela peut signifier que la Cour a fait sien le point de vue opposé. Une opinion individuelle critiquant un arrêt peut aussi permettre de tirer une conclusion quant à ce que la Cour a effectivement voulu dire dans sa décision, lorsqu'un juge se considère comme tenu de formuler une opinion dont il sait que la majorité des juges la partage mais qui n'a pas été explicitement exprimée dans la décision. Pour cette raison, l'interprétation *a contrario* d'un arrêt sur la base d'une critique figurant dans une opinion individuelle est une question délicate, et il faut donc faire preuve de la plus grande prudence lorsque l'on invoque ces opinions. Si elles donnent des éclaircissements sur ce que pense le juge concerné dans telle ou telle affaire, elles n'indiquent pas nécessairement quelle position il prendra dans une affaire ultérieure, car un juge peut changer d'avis. Même s'ils peuvent critiquer une décision lorsqu'elle est adoptée, les juges peuvent se considérer comme étant liés par elle et, dans une affaire ultérieure, ils se rangeront à l'opinion majoritaire de la Cour par souci de cohérence judiciaire.

22. M. PARK s'enquiert de l'état actuel du fonds d'affection spéciale du Secrétaire général destiné à aider les États à porter leurs différends devant la Cour internationale de Justice.

23. M. VALENCIA-OSPINA demande que les réponses données par le Président de la Cour aux questions posées par les membres soient pleinement rapportées dans le compte rendu de la séance de la Commission.

24. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit, en ce qui concerne le fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général destiné à aider les États à porter leurs différends devant la Cour internationale de Justice, qu'il n'a rien de précis à ajouter aux informations publiées dans les documents de l'Organisation des Nations Unies. La Cour demeure convaincue de la nécessité de veiller à ce que le Fonds fonctionne efficacement en pratique et soit suffisamment bien financé pour permettre à tous les États d'avoir accès à la justice internationale; la Cour elle-même ne peut toutefois pas faire grand-chose à cet égard.

25. M. KAMTO dit que les visites du Président de la Cour internationale de Justice à la Commission établissent une passerelle précieuse entre les travaux des deux organes. Les observations du Président ont contribué à clarifier certaines questions pour la Commission. Celle-ci doit bien entendu s'efforcer de tenir dûment compte des décisions de la Cour, mais elle doit prendre soin de ne pas donner l'impression qu'elle accorde autant d'importance aux opinions individuelles ou dissidentes qu'aux vues de la Cour. Les observations du Président à cet égard sont particulièrement pertinentes.

26. L'orateur se félicite de ce que la Cour ait décidé en mai 2016, dans l'affaire concernant la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique*, de faire appel à des experts, car cela contribuera à dissiper certaines craintes quant aux méthodes utilisées ces derniers temps par la Cour pour parvenir à ses décisions. Évoquant la décision rendue le 16 décembre 2015 dans l'affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, il demande si, dans un différend relatif à la souveraineté territoriale, la Cour procède différemment que dans une affaire concernant la responsabilité de l'État.

27. M. HMOUD dit qu'il souhaiterait savoir comment la Cour envisage la jurisprudence des autres juridictions internationales lorsque leurs décisions sur des questions de droit international sont incompatibles avec ses interprétations. Il demande ce que pense le Président de la Cour de l'affirmation de certains États selon lesquels l'interprétation des règles du droit international que la Cour donne dans ses avis consultatifs n'a pas force obligatoire et si, lorsqu'elle rend ses arrêts, la Cour envisage les obstacles possibles à leur exécution, compte tenu des cas dans lesquels les parties à des affaires contentieuses n'exécutent pas ses arrêts.

28. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice), répondant à M. Kamto, dit que la question de la responsabilité de l'État peut se poser dans toute affaire concernant des faits internationalement illicites, notamment des violations de la souveraineté territoriale. Il n'y a donc rien d'inhabituel à ce que des questions de responsabilité de l'État soient examinées dans le cadre d'une affaire concernant la souveraineté territoriale, comme cela était le cas dans l'affaire de la *Construction d'une*

route au Costa Rica le long du fleuve San Juan. Dans cette affaire, le Costa Rica a demandé à la Cour de déclarer qu'il avait souveraineté sur un territoire litigieux revendiqué par lui-même et par le Nicaragua, que le Nicaragua avait en conséquence violé sa souveraineté en menant certaines activités sur ce territoire et que le Nicaragua était donc tenu de réparer le préjudice causé par ses activités illicites. La Cour devait donc décider quel État avait souveraineté sur le territoire en question puis statuer sur la question de la responsabilité internationale.

29. Dans le cas précis des différends concernant une délimitation maritime à l'occasion desquels la Cour établit une frontière maritime entre des États, il n'est pas nécessairement vrai que toute activité menée dans la zone en litige avant le tracé de la frontière constitue un fait internationalement illicite. Dans son arrêt de 2012 concernant le *Différend territorial et maritime*, la Cour a estimé que, tant qu'elle n'avait pas fixé la frontière maritime entre les deux États, cette frontière n'existait pas et qu'en conséquence aucun État ne pouvait être considéré comme ayant mené des activités violant la souveraineté territoriale de l'autre. Par contre, une fois que la frontière a été fixée, les actes accomplis par un État sur le territoire de l'autre peuvent engager sa responsabilité internationale. C'est précisément pour formuler une telle prétention contre la Colombie que le Nicaragua est revenu devant la Cour; celle-ci a jugé qu'elle était compétente pour connaître de l'affaire et elle va procéder à son examen au fond. Si elle juge que la Colombie a violé les droits souverains du Nicaragua, elle jugera nécessairement la Colombie responsable de faits internationalement illicites. La question de la responsabilité de l'État n'est pas distincte des autres aspects de fond d'une affaire. Bien que certaines réserves aient été exprimées quant à la double nature de certaines affaires concernant des différends territoriaux, le Président de la Cour internationale de Justice estime, comme la Cour elle-même, que rien n'empêche celle-ci de fixer des limites territoriales et d'établir une responsabilité internationale dans le cadre d'une même procédure.

30. S'agissant des questions de M. Hmoud, la Cour tient compte de la jurisprudence des autres juridictions internationales et s'efforce d'assurer la cohérence du droit international en alignant ses décisions sur celles d'autres organes. Elle a souvent été amenée à citer des décisions de ces organes. Cela dit, la Cour et ces autres organes ne sont pas liés par leurs décisions respectives et peuvent prendre et prennent effectivement des positions différentes sur la même question, intentionnellement ou non. Dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a, en 2007, réexaminé son arrêt de 1996 dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* à la lumière d'une décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie mais n'a pas été convaincue par l'opinion de ce tribunal et a maintenu sa position antérieure.

31. S'agissant du caractère obligatoire des décisions de la Cour, le Président de la Cour rappelle que, si les avis consultatifs ne sont pas obligatoires, les arrêts le

sont, mais uniquement entre les parties à l'affaire en cause et en ce qui concerne cette affaire particulière. Il n'y a aucune obligation juridique pour les autres États ou pour les parties à une affaire de se considérer liés par, ou contraints d'appliquer, les prononcés généraux ou raisonnements de la Cour, même s'il convient d'accorder à ceux-ci la plus grande attention en tant qu'expressions des vues de la Cour et de l'état du droit international. Par exemple, si l'arrêt rendu dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, qui stipule que les États sont exempts de la juridiction civile des autres États au moins en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, est pertinent pour tous les États et situations comparables, seules l'Allemagne et l'Italie sont formellement liées par cet arrêt, et ce, uniquement en ce qui concerne les affaires spécifiques devant les tribunaux italiens qui étaient l'objet de la procédure.

32. Dans l'affaire susmentionnée concernant des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes*, le Nicaragua accuse la Colombie d'avoir délibérément méconnu la décision rendue en 2012 par la Cour en l'affaire du *Différend territorial et maritime* qui fixait la frontière maritime entre les deux États. Si, dans le cadre de l'examen de l'affaire au fond, la Cour confirme que la Colombie a accompli les actes allégués, ceux-ci constitueront une violation des droits souverains du Nicaragua et probablement également un manquement par la Colombie à son obligation de se conformer à l'arrêt de la Cour. Dans ses exceptions préliminaires, la Colombie a soulevé la question de savoir si la Cour peut elle-même décider qu'un État n'a pas exécuté une de ses décisions antérieures, faisant valoir qu'en vertu de la Charte des Nations Unies c'est au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies qu'il incombe de faire exécuter les arrêts de la Cour. La Cour a rejeté cet argument au motif que le Nicaragua demande directement à la Cour non pas de faire exécuter une décision mais de déterminer si la Colombie a violé ses droits souverains dans des espaces maritimes, des droits qui découlent non de la décision de la Cour mais du droit de la mer. La question des rôles respectifs de la Cour et du Conseil de sécurité ne se pose donc pas en l'espèce, même si elle pourrait se poser dans des affaires futures.

33. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ demande quel est l'effet des traditions juridiques différentes dont sont issus les juges de la Cour sur le fonctionnement de celle-ci.

34. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) répond que les différences d'approche concernent surtout des questions de procédure. Bien qu'il soit normal que des divergences d'opinions sur des questions de fond existent, elles tiennent rarement à des différences de culture juridique. De plus, le droit international qu'applique la Cour est une langue commune qui unit les diverses traditions juridiques.

35. Le PRÉSIDENT remercie le Président de la Cour internationale de Justice de sa contribution éclairante aux travaux de la Commission.

M. Nolte, premier Vice-Président, prend la présidence.

***Jus cogens (suite)* [A/CN.4/689, partie II, sect. H, A/CN.4/693]**

[Point 10 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

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

37. M. CANDIOTI remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport clair et bien structuré qui constitue une base solide pour les travaux de la Commission sur le sujet. Il est opportun que la Commission entreprenne une étude pour systématiser les éléments de normes du *jus cogens* et les conséquences du *jus cogens*. Dans le cadre de travaux de codification antérieurs, la Commission a souligné la pertinence et l'importance du *jus cogens* dans l'ordre juridique international, par exemple dans les projets de texte qui sont devenus les articles 53, 64 et 71 communs à la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) et à la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales³²⁵ (Convention de Vienne de 1986) et dans les articles 26, 40 et 41 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³²⁶, de 2001.

38. Comme le relève le Rapporteur spécial dans son premier rapport, d'une manière générale les États Membres se sont félicités, dans le cadre de la Sixième Commission, de la décision de la Commission d'étudier le *jus cogens* et ont estimé que ses travaux permettraient de mieux comprendre la nature, le contenu et les effets des normes du *jus cogens*. Le sujet représente donc pour la Commission un défi et une responsabilité considérables, et le résultat de ses travaux pourrait constituer une contribution précieuse au développement progressif et à la codification du droit international. M. Candiotti pense avec le Rapporteur spécial que le sujet doit être envisagé avec souplesse et pragmatisme, en mettant l'accent sur l'analyse de la pratique des États et de la jurisprudence, et, si nécessaire, de la doctrine et d'autres sources utiles.

39. Le droit impératif a évolué au fil du temps et il continuera de le faire, et sa reconnaissance dans l'ordre juridique international tient à n'en pas douter à la décision d'énoncer, dans la Charte des Nations Unies, des principes sur la protection des valeurs que les États reconnaissent comme fondamentales et essentielles dans l'intérêt de la paix et de la sécurité internationales et du respect des droits de l'homme. On se souviendra que les normes fondamentales du droit international issues de la Charte ont été développées et clarifiées dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États

³²⁵ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 269, 284 et 290 (projets d'articles 50, 61 et 67).

³²⁶ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

conformément à la Charte des Nations Unies, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

40. L'orateur dit qu'il approuve dans son principe la proposition de dresser une liste indicative des normes actuellement considérées comme faisant partie du *jus cogens*. On voit mal en effet comment il serait possible de parvenir à des conclusions sur de telles normes *in abstracto*, sans les identifier et en examiner de près le contenu et le champ d'application matériel. Comme l'a souligné M. Park à la séance précédente, la Commission a déjà indiqué clairement dans le cadre de travaux antérieurs quelles étaient les principales normes impératives. Dans les commentaires relatifs aux projets d'articles 26, 40 et 41 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté en 2001, la Commission a donné les exemples suivants de normes du *jus cogens* reconnues dans la pratique des États, les conventions internationales et la jurisprudence : l'interdiction de l'agression, du génocide, de l'esclavage et de la traite des esclaves, l'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid, des crimes contre l'humanité et de la torture, les règles fondamentales du droit international humanitaire applicables aux conflits armés et l'obligation de permettre et de respecter l'exercice du droit à l'autodétermination.

41. Pour ce qui est de l'intitulé du sujet, le terme latin *jus cogens* risque, pris isolément, de paraître peu familier ou peu clair au lecteur. La Commission reconnaît qu'il importe de faire en sorte que les acteurs internationaux comprennent ses projets de texte et autres propositions normatives, qu'ils soient ou non des spécialistes du droit international ou, dans le cas du *jus cogens*, des latinistes. L'abus des termes latins est pour cette raison critiqué au sein de la Commission ; or ces termes sont maintenant de nouveau utilisés assez fréquemment. L'orateur propose donc que l'intitulé final du sujet vise les normes du *jus cogens* à l'aide du terme équivalent dans chacune des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies – par exemple *peremptory norms* en anglais ou « normes impératives » en français – suivi du terme latin *jus cogens* entre parenthèses. C'est la méthode suivie par la Commission pour le sujet « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » ; les titres des articles 53 et 64 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 pourraient aussi servir de précédents.

42. S'agissant du projet de conclusion 1, il n'appelle aucune objection majeure quant au fond mais, comme l'ont déjà dit des membres de la Commission, il ne s'agit pas tant d'une conclusion que d'une introduction décrivant l'objet et le but des projets de conclusion qui suivent. Comme l'a noté M. Park, il serait préférable d'utiliser un seul terme pour désigner les règles du *jus cogens* dans l'ensemble des projets de conclusion. M. Candioti dit qu'il préférerait quant à lui l'expression « normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », suivant la terminologie utilisée dans le cadre de travaux antérieurs de la Commission.

43. Le premier projet de conclusion proprement dit devrait contenir une définition des normes impératives

aux fins des conclusions. Cette définition combinerait comme il convient les éléments visés dans le projet de conclusion 3 et indiquerait donc que les normes en question visent à protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont universellement applicables, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont acceptées et reconnues comme des normes impératives par la communauté internationale, et qu'on ne peut les modifier, les abroger ou y déroger que par des règles de même caractère. La définition d'autres termes pourrait être insérée ultérieurement dans l'introduction, si on le juge approprié.

44. Comme d'autres membres de la Commission, M. Candioti estime que le projet de conclusion 2 peut être supprimé, car son paragraphe 1 ne relève pas directement du sujet, et son paragraphe 2 est superflu si le fait qu'on ne peut modifier ni abroger les normes impératives ni y déroger est indiqué dans la définition ou, à défaut, énoncé et développé dans un projet de conclusion ultérieur.

45. Quant aux travaux futurs sur le sujet, l'orateur approuve les propositions du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 75 à 77 du rapport à l'examen. S'agissant de la forme du résultat des travaux, il estime lui aussi qu'elle doit être celle de projets de conclusion, comme pour les sujets « Détermination du droit international coutumier » et « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». Le document final pourrait comprendre trois parties. La première, valant introduction, pourrait donner un aperçu du sujet et une description détaillée des principales questions, selon l'approche adoptée pour la « Fragmentation du droit international » et, plus récemment, « La clause de la nation la plus favorisée ». Dans la seconde partie, le Rapporteur spécial pourrait présenter un ensemble de conclusions concrètes, précises et bien structurées, la troisième partie étant réservée à des commentaires comparables à ceux que la Commission formule lorsqu'elle élabore des projets d'article.

46. M. FORTEAU remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui permet à la Commission d'entamer sur une excellente base ses travaux sur le *jus cogens*. Il indique qu'il ne s'arrêtera pas sur la question du fondement théorique du *jus cogens* ni sur l'opposition entre les écoles volontariste et jusnaturaliste, car le débat sur ces questions n'aura guère d'impact sur les travaux de la Commission. Fidèle à sa méthode traditionnelle, celle-ci essaiera de mettre par écrit ce qui lui paraît résulter de la pratique et de la jurisprudence contemporaines. Ce faisant, elle n'a pas à prendre parti pour une école plutôt que pour une autre. Contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport, la Commission peut faire l'économie d'un débat théorique et trouver les principaux éléments du *jus cogens* dans les Conventions de Vienne et dans la pratique et la jurisprudence qui en ont résulté.

47. L'orateur indique que sa réticence à entrer dans les méandres d'un débat théorique tient également au fait qu'il pense que les publicistes ne sont pas les plus qualifiés pour prendre position sur des questions théoriques hautement abstraites et qu'en tentant de le faire ils risquent de faire des contresens. Les publicistes contemporains décrivent par exemple de manière erronée ce

qu'a été le droit naturel dans l'histoire de la pensée juridique parce qu'ils ne sont pas des spécialistes du droit romain et médiéval. Le Rapporteur spécial affirme ainsi à plusieurs reprises dans son premier rapport que le droit naturel est immuable, en d'autres termes qu'il existe indépendamment du temps et de l'espace. Les historiens du droit, en particulier les spécialistes du droit antique et médiéval tels que Michel Villey, ont pourtant montré que le droit naturel était un droit évolutif – la nature humaine n'étant pas, à la différence de la nature divine, quelque chose de fixe et d'immuable. Dans sa *Somme théologique*, Saint Thomas d'Aquin, suivant les pas d'Aristote, rappelait qu'il convient de distinguer la justice générale (de l'ordre du divin et de la morale) de la justice particulière, en d'autres termes du droit naturel, lequel épouse les contingences de la vie en société et ses évolutions. Dire que le droit naturel est immuable est de ce point de vue un contresens historique, que les volontaristes du XX^e siècle se sont empressés d'entretenir pour mieux discréditer ce droit.

48. En ramenant le débat à un niveau plus technique et juridique, la Commission simplifiera sa tâche. Le *jus cogens* et le droit naturel partagent la même nature, celle de véhicule juridique permettant de transporter les valeurs fondamentales d'une société telles qu'elles existent à un moment donné. Ainsi, M. Forteau ne voit pas en quoi les conceptions jusnaturalistes et positivistes s'opposent en ce qui concerne le *jus cogens*. En droit interne, l'«ordre public» n'est généralement pas le fruit d'une volonté. Son contenu concret tend à être dégagé par le juge en fonction de ce qu'il estime être, à un moment donné, les valeurs fondamentales de la société. Le *jus cogens* a ainsi repris la fonction qui était celle du droit naturel mais par le biais d'une technique différente.

49. En droit international public, il existe actuellement des véhicules juridiques autres que le *jus cogens* qui expriment des valeurs internationales fondamentales. À cet égard, il aurait été utile que le Rapporteur spécial s'intéresse à l'ordre public transnational, de plus en plus invoqué devant les tribunaux arbitraux internationaux et appliqué par ceux-ci dans des affaires d'investissement étranger, en particulier depuis que le Tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, sous la présidence du juge Guillaume, a rendu une sentence dans l'affaire *World Duty Free Company Limited v. the Republic of Kenya*. L'ordre public transnational est étroitement lié au *jus cogens* et mérite d'être étudié plus avant.

50. Il n'est pas douteux que le sujet ne se limite pas au droit des traités. Il s'agit pour la Commission de déterminer le rôle et l'effet du *jus cogens* dans l'ensemble des branches du droit international. À cet égard, il aurait été nécessaire que le Rapporteur spécial étudie, dans le chapitre III de son premier rapport, les travaux de la Commission sur le droit de la responsabilité, qui ont enrichi le débat sur le *jus cogens*, en particulier au moment de l'adoption en 1976 du projet d'article 19³²⁷ sur le crime de l'État puis, entre 1998 et 2001, au moment de l'adoption des articles 40 et 41 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

51. M. Forteau indique qu'il est favorable à l'établissement d'une liste indicative des normes actuellement considérées comme relevant du *jus cogens*. La question de la forme que doit prendre une telle liste est secondaire et pourra être tranchée ultérieurement. Il est favorable à une telle liste pour quatre raisons. Premièrement, une telle liste fait partie du plan d'étude adopté lorsque le sujet a été inscrit au programme de travail à long terme puis à l'ordre du jour de la Commission. Deuxièmement, on ne peut pas dire que le *jus cogens* soit un sujet purement méthodologique comme l'est celui de la détermination du droit international coutumier. Le sujet du *jus cogens* a été inscrit à l'ordre du jour avec trois grandes ambitions: éclairer les critères d'identification du *jus cogens*, proposer une liste indicative de normes qui en relèvent et en déterminer les conséquences juridiques. Encore une fois, il n'y a pas de raison déterminante de s'écarter de ce plan d'étude. Troisièmement, s'il serait impossible de dresser une liste des règles du droit coutumier, il est facile de dresser une liste indicative des règles de *jus cogens* qui sont, par nature, en nombre plus limité. Quatrièmement, l'orateur ne comprend pas bien les craintes qui ont été exprimées à cet égard. En 1966, puis en 2001, la décision de la Commission d'établir des listes comparables n'a guère été contestée. Il serait pour le moins surprenant que la Commission s'abstienne de faire de même alors même qu'elle a décidé d'inscrire le sujet du *jus cogens* à son ordre du jour.

52. Dans l'établissement d'une liste indicative, la Commission devra faire preuve de sa prudence habituelle et limiter cette liste aux normes qui ont été incontestablement reconnues comme impératives. En cas de doute, la Commission devrait invoquer la pratique et la jurisprudence pour expliquer pourquoi elle n'est pas en mesure de dire, avec certitude, que telle ou telle norme fait partie du *jus cogens*. Comme le dit le Rapporteur spécial au paragraphe 11 de son premier rapport, l'objectif de la Commission doit être de rendre compte de l'état actuel du droit international relatif au *jus cogens*.

53. Il est plus facile aujourd'hui que par le passé d'établir une telle liste. Durant les 15 dernières années, les juridictions internationales ont, d'un côté, banalisé le *jus cogens* en y faisant référence plus fréquemment qu'autrefois mais en ont, d'un autre côté, réduit la portée en refusant de reconnaître certaines normes comme en faisant partie ou en refusant de donner à ces normes l'effet juridique recherché par les parties. C'est le cas tout récemment de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* et de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. Dans ces conditions, la Commission peut faire œuvre utile en élaborant une liste indicative dans un contexte qui semble plus apaisé que par le passé.

54. Avant de poursuivre les travaux sur le sujet, la Commission doit clarifier les différences existant entre le *jus cogens* et les mécanismes juridiques qui s'en rapprochent. Le Rapporteur spécial n'évoque qu'en passant l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, au paragraphe 28 de son premier rapport, sans expliquer en quoi cette disposition se rapproche mais aussi se distingue du *jus cogens*. M. Forteau a de même été très surpris

³²⁷ *Annuaire...* 1976, vol. II (2^e partie), p. 89.

que le Rapporteur spécial ne dise rien de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969, qui limite les cas dans lesquels des États parties à un traité multilatéral peuvent y déroger par le biais d'un accord bilatéral ou plurilatéral. À certains égards, cet article relève de la même logique que le *jus cogens*, et le Rapporteur spécial devrait déterminer quelles sont les différences entre cet article 41 et l'article 53 de la Convention, en particulier par un examen des travaux préparatoires de cette convention. Un tel examen est nécessaire pour mieux cerner les contours du *jus cogens* en tant que mécanisme distinct de celui établi à l'article 41 de la Convention, lequel n'a pas été pleinement pris en considération au paragraphe 1 du projet de conclusion 2.

55. L'orateur dit qu'il ne pense pas que l'on puisse écarter d'emblée la possibilité qu'un *jus cogens* régional existe. Des recherches approfondies s'imposent avant que la Commission puisse prendre position sur ce point. Il est vrai que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 vise uniquement le *jus cogens* universel, mais cela n'exclut pas l'apparition d'autres formes de normes impératives. Durant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, certaines délégations ont défendu l'idée d'un *jus cogens* régional et, depuis lors, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont développé une jurisprudence qui fait écho à cette idée. Il s'agit donc d'une question qui devra être étudiée plus avant.

56. Dans le même ordre d'idée, M. Forteau ne voit pas bien pourquoi, par principe, la théorie de l'objecteur persistant ne pourrait pas s'appliquer au *jus cogens*. Au paragraphe 67 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial affirme qu'on voit mal comment une règle à laquelle aucune dérogation n'est permise ne s'appliquerait qu'à certains États, mais il confond la cause et l'effet. Une norme de *jus cogens* ne produit d'effets que pour les États auxquels elle s'impose. Si l'on accepte la règle de l'objecteur persistant – une question que le Rapporteur spécial devrait étudier en détail – alors le *jus cogens* ne produira aucun effet pour les États concernés. Pour décider si la règle de l'objecteur persistant s'applique au *jus cogens*, il convient, d'abord, de déterminer quels sont les modes de formation du *jus cogens* et en particulier s'ils reposent sur le consentement de tous les États ou plutôt sur une forme d'opinion majoritaire. M. Forteau prend bonne note de la décision du Rapporteur spécial d'examiner cette question dans un rapport ultérieur.

57. La Commission devrait suivre sa méthode traditionnelle et rejeter l'approche du sujet proposée par le Rapporteur spécial, qui consisterait à réexaminer les projets de conclusion déjà adoptés au fur et à mesure de l'avancée des travaux. Une telle approche compliquerait singulièrement la tâche de la Commission et risquerait de rendre plus difficile la réalisation d'un consensus sur chacun des projets de texte.

58. M. Forteau dit qu'il souscrit à l'idée d'adopter un premier projet de conclusion sur la portée du projet. À cet égard, encore faut-il que la Commission se mette d'accord sur l'objet de ses travaux sur le *jus cogens*. Dans le projet de conclusion 1, il devrait être fait expressément référence à l'identification non seulement des critères du *jus cogens*

mais aussi du contenu du *jus cogens*. Cela suppose que la Commission décide si elle entend ou non établir une liste indicative des normes du *jus cogens*.

59. Le projet de conclusion 2 d'une part ne relève pas du sujet, d'autre part introduit des incertitudes et crée des difficultés juridiques. La notion de *jus dispositivum*, en particulier, est passablement obscure. Comme M. Nolte, M. Forteau juge très contestable l'idée que le droit coutumier constituerait une forme d'accord. Par ailleurs, une décision d'une organisation internationale, qui n'est pas un accord, peut elle aussi déroger à un traité. De ce fait, le projet de conclusion 2 ne rend pas compte avec exactitude de l'état actuel du droit international.

60. Au paragraphe 1 du projet de conclusion 3, la Commission devrait simplement reprendre, à la lettre, le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, sans aucune modification. M. Forteau n'est par ailleurs pas favorable à l'adoption du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, parce qu'il ne semble pas reposer sur la pratique ni sur la jurisprudence et contient des termes juridiquement ambigus. Les notions de «valeurs fondamentales» et de «hiérarchie» sont en particulier absentes de la Convention, et les consacrer dans le projet de conclusions constituerait une innovation juridique qui n'est au demeurant pas nécessaire. Une fois que le Rapporteur spécial aura fourni des éclaircissements sur ce point, la Commission devra déterminer quelles autres conséquences juridiques découlent le cas échéant du *jus cogens*.

61. En résumé, M. Forteau dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction du projet de conclusion 1, sous réserve que la Commission ait pris une décision claire quant à l'objet de ses travaux sur le *jus cogens*. Il est également favorable au renvoi du paragraphe 1 du projet de conclusion 3 au Comité de rédaction, sous réserve qu'il soit reformulé conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

La séance est levée à 12 h 55.

3318^e SÉANCE

Mardi 12 juillet 2016, à 10 heures

Président: M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Présents: M. Al-Marri, M. Cafilisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, 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. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.