

Provisoire

Réservé aux participants

18 septembre 2016

Original : français

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3322^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 18 juillet 2016, à 15 heures

Sommaire


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 portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@unog.ch).

GE.16-12917 (F) 260716 180916



* 1 6 1 2 9 1 7 *

Merci de recycler 

Présents :

Président : M. Comissário Afonso

Membres : M. Al-Marri
M. Caflisch
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Hassouna
M. Hmoud
M^{me} Jacobsson
M. Kittichaisaree
M. Kolodkin
M. Laraba
M. McRae
M. Murase
M. Murphy
M. Nolte
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Saboia
M. Singh
M. Šturma
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
M. Wisnumurti
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 heures.

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

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

M. Petrič félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport et sa présentation orale sur le *jus cogens*, sujet aussi important que stimulant sur le plan théorique. Le rapport contient un récapitulatif intéressant des principales vues et opinions contradictoires, anciennes et contemporaines, suscitées par le *jus cogens*, une analyse détaillée de la nature juridique de cette notion et des controverses relatives à son fondement théorique, et trois projets de conclusion. M. Petrič souligne qu'il souscrit à l'approche du Rapporteur spécial et partage la plupart des vues exprimées dans son rapport. S'il convient que les travaux ont pour objet de déterminer le *jus cogens* et ses effets, et non de mettre fin aux controverses théoriques, il estime que la Commission ne pourra vraiment comprendre le rôle du *jus cogens* dans la communauté internationale contemporaine et étoffer la définition qu'en donnent les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités que si elle procède à une analyse de sa nature, de son caractère impératif, de sa position hiérarchique dans le droit international et de divers autres aspects théoriques. Il salue donc la démarche ambitieuse du Rapporteur spécial, qui n'a pas fait l'impasse sur la question épineuse du fondement théorique du *jus cogens*.

En adoptant l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les États ont accepté que, en matière de conclusion de traités, leur volonté soit limitée par le *jus cogens*. Toutefois, cette convention ne répond pas à la question de savoir quelles sont, en droit international, les normes qui relèvent du *jus cogens*, puisqu'elle indique seulement qu'une norme de *jus cogens* est une norme du droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. L'existence d'un consentement exprès et général de la communauté internationale des États semble donc être une condition *sine qua non* pour qu'une norme, une règle juridique ou un principe juridique acquière le statut de *jus cogens*.

M. Petrič souscrit à l'analyse et aux conclusions du Rapporteur spécial au sujet de la controverse concernant le rôle du consentement dans la formation du *jus cogens* et ajoute que le consentement de la communauté internationale des États dans son ensemble renvoie *ipso facto* au consentement de la société des hommes, car l'un ne saurait aller sans l'autre. Il estime en outre que le Rapporteur spécial a eu raison d'inclure la protection de valeurs parmi les éléments fondamentaux du *jus cogens*. Lorsque l'on examine les normes dont le statut de *jus cogens* est aujourd'hui indéniable, telles que l'interdiction du génocide, l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales ou encore l'interdiction de la torture, de l'esclavage ou de la piraterie, deux éléments ressortent clairement : ces normes font l'objet d'une reconnaissance générale qui dépasse le simple consensus de la communauté des États, et elles protègent des valeurs essentielles relatives à la vie et à la dignité humaines, à la paix et à la sécurité.

L'article 53 de la Convention de Vienne prévoit qu'« aucune dérogation n'est permise » à une norme de *jus cogens*, mais qu'une telle norme peut être « modifiée » par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Le Rapporteur spécial s'attache avec raison à faire la différence entre modification, dérogation et abrogation s'agissant des normes de *jus cogens*, mais un complément d'explications serait bienvenu à cet égard. Si les normes de *jus cogens* sont par nature stables, puisqu'elles protègent des valeurs fondamentales qui n'évoluent pas rapidement, cela ne signifie pas pour autant qu'elles sont immuables. Comme toute norme juridique, elles sont le reflet de la société et protègent les valeurs dominantes en vigueur à un certain moment de l'évolution

de la communauté internationale. Alors que l'esclavage, la torture et l'emploi de la force dans les relations internationales étaient acceptables à une certaine époque, ils sont désormais interdits par les normes de *jus cogens*.

En ce qui concerne le rapport proprement dit, M. Petrič estime que le résumé du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission est fidèle à la réalité et confirme, outre l'acceptation générale par les États de la notion de *jus cogens* et, partant, de la pertinence du sujet, que la portée et le contenu du *jus cogens* demeurent flous. Le Rapporteur spécial insiste sur les divergences de vues que suscite la question de savoir si la Commission devrait ou non établir une liste indicative de normes pouvant être qualifiées de *jus cogens*, question qui divise aussi la Commission et sur laquelle le Rapporteur spécial lui-même ne se prononce pas. M. Petrič est de ceux qui estiment qu'une liste indicative serait utile, et même nécessaire. Il existe des normes dont le statut de *jus cogens* recueille clairement le consensus général, comme l'interdiction du génocide ou de la torture, et il n'y a donc pas de raison de ne pas les répertorier comme telles. Comme il ressort clairement de l'article 53 de la Convention de Vienne, les normes qui ne sont pas acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble en tant que *jus cogens* ne peuvent à l'évidence pas entrer dans cette catégorie. Celles de ces normes qui ne relèvent pas encore du *jus cogens de lege lata* pourraient devenir des normes de *jus cogens de lege ferenda*. Sans prétendre établir une liste exhaustive, la Commission pourrait donner des indications sur les normes en vigueur dont la valeur de *jus cogens* est indéniable dans les commentaires, dans des notes de bas de page, sous la forme d'une liste ou dans une annexe, comme elle l'a fait avec la liste indicative de traités qui continuent de s'appliquer pendant un conflit armé, annexée au Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités. Elle aurait tort de se priver de cette possibilité, d'autant plus que la tâche n'a rien d'insurmontable. Il ne s'agit pas pour elle de décider quelles normes relèvent du *jus cogens* et quelles normes n'en relèvent pas mais de donner des exemples de normes généralement et clairement acceptées comme *jus cogens* par la communauté internationale dans son ensemble et considérées comme telles dans la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine.

M. Petrič souscrit pleinement à la position exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 11 de son rapport, où il est indiqué que les conclusions devraient refléter la pratique contemporaine et rendre compte de l'état actuel du droit international relatif au *jus cogens*. Il ne voit toutefois pas comment le Rapporteur spécial pourra y parvenir sans indiquer au minimum quelles sont les normes du droit international qui relèvent déjà du *jus cogens*. En ce qui concerne la méthode, il est entièrement d'accord avec la recommandation du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission suive la pratique habituelle et examine les différents documents et sources à sa disposition. Bien qu'elle soit relativement peu développée, la pratique des États est néanmoins l'élément le plus significatif s'agissant de déterminer l'existence et le contenu d'une norme de *jus cogens* car la condition *sine qua non* pour qu'une norme du droit international ait valeur de *jus cogens* est qu'elle soit acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble. Les États sont censés accepter et reconnaître une norme en tant que *jus cogens* dès lors que celle-ci est généralement reconnue comme telle et protège une valeur essentielle, excluant ainsi toute possibilité de dérogation par voie d'accord entre les États.

L'historique de l'évolution du *jus cogens* qui figure dans le rapport est intéressant et utile. Il montre que l'idée qu'il existe des normes impératives, c'est-à-dire des normes auxquelles les parties ou, en droit international, les États, ne peuvent pas déroger à leur guise, est ancienne et a traversé les siècles. M. Petrič est intimement convaincu qu'à chaque époque correspondent des normes auxquelles aucune dérogation n'est possible, ni par la volonté du législateur, ni, pour ce qui est du droit international, par celle des États. L'existence et le respect de ces règles et principes sont indispensables au développement de la société humaine et à la protection de l'état de droit, de la sécurité et du bien-être de la

population. Si l'on peut discuter de la nature de ces normes fondamentales, on ne peut contester qu'elles existent. Définir les critères et les moyens d'en déterminer le contenu, essentiellement en analysant la pratique des États, est une tâche importante dont la Commission s'est saisie en entreprenant d'étudier le sujet du *jus cogens*.

Aux paragraphes 28 à 42 de son rapport, le Rapporteur spécial détaille le processus qui a conduit à l'incorporation d'une disposition sur le *jus cogens* dans la Convention de Vienne. M. Petrič souhaite faire deux remarques à ce sujet. Il ressort clairement des paragraphes 30 et 31 du rapport que pour Fitzmaurice, Waldock et, plus tard, McNair, le *jus cogens* englobe aussi bien des règles que des principes du droit international. En réalité, l'interdiction de l'emploi de la force, considérée comme une norme de *jus cogens*, est un principe fondamental du droit international. Dans la mesure où tout ordre juridique comporte des principes fondamentaux, c'est peut-être une erreur de privilégier l'emploi du mot « règles » ou « normes » de *jus cogens* et d'exclure le mot « principes », et le Rapporteur spécial voudra peut-être y réfléchir. Deuxièmement, il ressort également clairement des travaux préparatoires de l'article 53 de la Convention de Vienne que les normes de *jus cogens* sont des exceptions. Ainsi, dans l'éventualité où la Commission établirait une liste de ces normes, celle-ci serait nécessairement courte.

Pour ce qui est de la nature juridique du *jus cogens*, M. Petrič souscrit pleinement à la position exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 42 de son rapport, où il est indiqué que les travaux de la Commission doivent reposer sur une conception solide et pratique de la nature du *jus cogens*, ce qui suppose l'étude de certains de ses fondements théoriques. M. Petrič approuve aussi la manière dont le Rapporteur spécial définit les éléments fondamentaux du *jus cogens*, en prenant comme point de départ l'article 53 de la Convention de Vienne et en y ajoutant d'autres éléments, notamment l'idée que les normes de *jus cogens* servent à protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale, développée aux paragraphes 70 et 71 du rapport. Ce critère, relatif au contenu, et celui du consentement, à savoir le fait que la norme doit être reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble, sont deux conditions indispensables pour qu'une norme acquière le statut de *jus cogens*.

L'article 53 de la Convention de Vienne établit sans ambiguïté qu'une norme du *jus cogens* est une norme du droit international général. Aux questions de savoir s'il peut exister un *jus cogens* régional ou si la règle de l'objecteur persistant peut s'appliquer au *jus cogens*, M. Petrič répondrait donc a priori par un non catégorique, mais il n'exclut pas la possibilité que ces questions soient examinées ultérieurement, comme l'envisage le Rapporteur spécial.

Pour ce qui est de la forme du résultat des travaux de la Commission sur le sujet, un projet de conclusions semble effectivement être celle qui convient le mieux. Les conclusions et les commentaires s'y rapportant devraient refléter le droit et la pratique en vigueur concernant les normes de *jus cogens* et indiquer les moyens de déterminer l'existence et le contenu de ces normes. Pour ce qui est des trois projets de conclusion, ils appellent diverses modifications qui pourront être apportées par le Comité de rédaction. Le projet de conclusion 2, en particulier, devrait être reformulé et son premier paragraphe, éventuellement déplacé dans les commentaires. Quant à son second paragraphe, il devrait être déplacé pour être inséré après la définition du *jus cogens*, laquelle devrait reprendre les termes de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ainsi que les éléments du second paragraphe du projet de conclusion 3.

Enfin, M. Petrič dit qu'il approuve le programme de travail, même si celui-ci dépasse le champ de l'article 53 de la Convention de Vienne, dont il ne faut pas oublier qu'il a été élaboré il y a plus d'un demi-siècle. Il appuie le renvoi des trois projets de conclusion au Comité de rédaction et espère que le texte de projets de conclusion relatifs à la portée et à la définition des normes de *jus cogens* pourra être établi à la session en cours.

M. Vázquez-Bermúdez remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur le *jus cogens*, qui, grâce à l'analyse approfondie qu'il contient et aux recherches poussées sur lesquelles il s'appuie, constitue une base solide pour les discussions de la Commission sur ce sujet important. À propos de la portée du sujet, il rappelle que le plan d'étude prévoyait l'examen de quatre questions principales : la nature du *jus cogens*, les critères à satisfaire pour qu'une norme acquière le statut de *jus cogens*, une liste indicative de normes ayant acquis ce statut et les conséquences et effets du *jus cogens*. Si elle a déjà examiné diverses questions relatives au *jus cogens* dans le cadre de ses précédents travaux, notamment sur le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la fragmentation du droit international ou encore la responsabilité des organisations internationales et le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, c'est la première fois que la Commission s'attelle à l'étude du *jus cogens* en tant que sujet à part entière. C'est l'occasion pour elle de le traiter aussi largement que possible, sans se limiter nécessairement aux quatre questions susmentionnées. Comme l'ont dit M. Murase et d'autres membres de la Commission, l'étude du sujet doit dépasser le cadre du droit des traités et inclure le droit de la responsabilité, tant des États que des organisations internationales, pour fait internationalement illicite, dont on peut supposer que le Rapporteur spécial traitera dans son rapport sur les effets et les conséquences du *jus cogens*. En effet, lorsqu'une norme est considérée comme relevant du *jus cogens*, la protection conférée à ce titre aux droits et obligations qu'elle contient va au-delà de celle qui découle des normes et principes qui n'ont pas de caractère impératif, comme dans le cas du droit de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. Il faudrait aussi étudier les normes de *jus cogens* en rapport avec les actes unilatéraux.

Au vu de ce qui précède et compte tenu du fait qu'elle a déjà établi des listes d'exemples de normes de *jus cogens* dans le contexte d'autres travaux, la Commission devrait a fortiori en établir une dans le cadre de l'étude du *jus cogens*. Le contenu de normes particulières de *jus cogens* peut en outre être une source d'information utile à la caractérisation des normes de *jus cogens* en général. La Commission doit utiliser tous les documents et sources à sa disposition – traités, pratique des États, jurisprudence nationale et internationale et doctrine.

Au cours des deux décennies passées, la jurisprudence relative au *jus cogens* s'est développée, notamment à la Cour internationale de Justice, dans les juridictions pénales internationales et dans les juridictions nationales et régionales. Le Rapporteur spécial fait référence dans son rapport à de nombreux exemples de décisions, rendues notamment par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans lesquelles des normes particulières ont été reconnues comme normes de *jus cogens*, par exemple l'interdiction des disparitions forcées et l'accès à la justice dans l'affaire *Goiburú et al. v. Paraguay* ou l'interdiction des crimes contre l'humanité dans l'affaire *Almonacid Arellano et al. v. Chili*. Dans son avis consultatif OC-18/03, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a en outre affirmé que le principe d'égalité devant la loi, d'égale protection de la loi et de non-discrimination appartient au *jus cogens* parce qu'il est le fondement de toute la structure juridique de l'ordre public national et international et imprègne tout le droit. Il faudra approfondir encore l'analyse de cette abondante jurisprudence à mesure que progressera l'étude des éléments fondamentaux des normes de *jus cogens*.

Pour ce qui est de la méthode, la Commission devrait s'en tenir à sa pratique habituelle et éviter de revenir sur les projets de conclusion qui auront été approuvés avant leur adoption en première lecture, à moins que cela ne soit absolument nécessaire pour garantir la cohérence du texte dans son ensemble.

La partie du rapport consacrée à l'évolution historique de la notion de *jus cogens* et aux différentes doctrines juridiques ayant tenté d'expliquer le fondement de cette notion est très instructive et repose sur un travail de recherche considérable pour lequel il y a lieu de

féliciter le Rapporteur spécial. Le rapport montre que, lorsque la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités a été adoptée, la notion de normes impératives du droit international faisait déjà partie du droit international. À l'heure actuelle, le *jus cogens* est indéniablement une notion juridique consacrée et essentielle du droit international. L'apparition de normes impératives du droit international général contribue à l'édification progressive d'un ordre public international qui protège juridiquement les valeurs et intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Le contenu des droits et obligations découlant de ces normes revêt une importance suprême pour la communauté internationale, qui leur reconnaît à ce titre le caractère de normes impératives auxquelles aucune dérogation n'est permise.

Dans le cadre de son analyse de la nature du *jus cogens*, le Rapporteur spécial donne des informations intéressantes sur le débat doctrinal relatif au fondement théorique du caractère impératif du *jus cogens*, tout en précisant bien qu'il n'est pas nécessaire, aux fins du sujet, de trancher ce débat. M. Vázquez-Bermúdez ne souscrit toutefois pas à la conclusion, tendant à considérer le consentement comme le fondement du droit international coutumier, que le Rapporteur spécial tire de l'analyse de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, dont il dit qu'elle semble parfois « faire fond sur des théories positivistes et axées sur le consentement ». En particulier, il ne saurait suivre le Rapporteur spécial lorsqu'il dit, au sujet de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, que celle-ci « a adopté ce que l'on peut interpréter comme une approche de la détermination du *jus cogens* fondée sur le consentement, au moins dans la mesure où le droit international coutumier est envisagé comme reposant sur le consentement », alors que la Cour a au contraire affirmé dans cet arrêt que « [l'interdiction de la torture] repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États ». Même si, dans les décisions citées au paragraphe 55 et dans la note 193, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a insisté sur le consentement comme fondement du caractère impératif de certaines normes, cela ne permet pas davantage de conclure que le consentement est effectivement le fondement du *jus cogens*.

Il convient de rappeler que, comme la Cour internationale de Justice l'a elle-même dit, les normes du droit international coutumier naissent d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, c'est-à-dire d'une pratique générale assortie de la conviction qu'il existe une obligation juridique ou un droit. C'est aussi la définition qu'en donnent les projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par la Commission en première lecture.

Les normes de *jus cogens* sont essentiellement des normes du droit international coutumier qui s'imposent à tous les sujets de droit international, États comme organisations internationales. Si elles peuvent être incorporées dans des traités, à l'instar de l'interdiction de l'emploi de la force reprise dans la Charte des Nations Unies, c'est par leur codification ou leur cristallisation en tant que normes du droit international coutumier, avant ou après l'adoption du traité, qu'elles acquièrent le caractère de normes impératives du droit international général. Comme l'a confirmé la Commission, un traité peut exprimer une norme du droit international coutumier, être à l'origine d'une norme coutumière par cristallisation ou donner naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit et créer ainsi une nouvelle norme du droit international coutumier. Les normes du droit international coutumier peuvent être contenues dans des traités ratifiés universellement ou quasi universellement, auquel cas normes coutumières et normes conventionnelles coexistent.

Cela étant, une norme de *jus cogens* n'est pas une norme ordinaire du droit international coutumier. L'existence d'une pratique générale des États acceptée comme étant le droit ne suffit pas ; il faut, outre la conviction qu'il existe une obligation juridique ou un droit, que cette obligation ou ce droit ait un caractère impératif et n'admette aucune

dérogation. En d'autres termes, il doit s'agir d'une pratique générale assortie de ce que l'on pourrait appeler une *opinio juris cogens*.

Il convient de rappeler en outre que les principes généraux de droit énoncés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont une autre source essentielle du droit international. Ils font aussi partie à ce titre du droit international général. À cet égard, les travaux que le Rapporteur spécial prévoit de mener sur la question de savoir si les principes généraux du droit peuvent aussi être une source du *jus cogens* revêtent une grande importance. Il serait d'ailleurs bon que la Commission engage dans un avenir proche des travaux distincts sur le sujet des principes généraux du droit en tant que source du droit international afin de clarifier la nature de ces principes, leur portée et les moyens d'en déterminer le contenu.

Pour ce qui est des éléments fondamentaux du *jus cogens*, M. Vázquez-Bermúdez souscrit dans l'ensemble à l'analyse du Rapporteur spécial et espère que ces éléments, en particulier la prohibition de toute dérogation et la nécessité que la norme soit « acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble », seront examinés plus en détail dans son prochain rapport. Au sujet du second élément susmentionné, il se bornera à dire, comme M. Caflisch, que l'« acceptation » et la « reconnaissance » ne sont pas synonymes de « consentement ».

La règle énoncée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités voulant qu'une norme de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une norme ayant le même caractère signifie qu'une norme de *jus cogens* ne peut être modifiée que par une autre norme de *jus cogens*, c'est-à-dire par une autre norme qui protège les valeurs fondamentales de la communauté internationale et réunit tous les éléments d'une norme impérative du droit international général.

M. Vázquez-Bermúdez souscrit entièrement aux observations de M. Caflisch quant au fait que les normes de *jus cogens* sont, par leur nature même, incompatibles avec la doctrine de l'objecteur persistant. On ne saurait concevoir par exemple qu'un État puisse se soustraire à l'interdiction du génocide ou des crimes contre l'humanité au motif qu'il s'y est opposé de manière persistante, car cela reviendrait à lui permettre de bafouer les valeurs fondamentales et les intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble sans encourir la moindre conséquence juridique.

En outre, les règles relatives à la responsabilité de l'État et des organisations pour fait internationalement illicite prévoient des conséquences particulières pour les violations des normes de *jus cogens*, à savoir que les États ne doivent pas reconnaître comme licites des situations créées par de telles violations et doivent coopérer pour mettre fin aux violations en question.

Passant aux projets de conclusion, M. Vázquez-Bermúdez dit que l'on peut se demander, à la lecture du projet de conclusion 1 relatif à la portée du sujet, si des aspects essentiels tels que la nature juridique du *jus cogens* et son contenu, qui ne sont pas mentionnés expressément, sont également compris dans l'étude du sujet, et il propose de remanier le texte comme suit : « Le présent projet de conclusions concerne les normes de *jus cogens*, leur nature et leurs effets juridiques, ainsi que la manière dont ces normes doivent être déterminées ».

Tel qu'il est rédigé, le premier paragraphe du projet de conclusion 2 sème la confusion au lieu d'apporter des éclaircissements. Tout d'abord, il fait uniquement référence aux États et omet les autres sujets de droit international, comme les organisations internationales. Ensuite, si la notion de *jus dispositivum*, habituellement utilisée en droit interne pour distinguer le droit privé du droit public, peut éventuellement s'appliquer à des normes du droit international modifiées par la voie de traités, elle ne peut renvoyer à des normes du droit international modifiées par de nouvelles normes du droit international

coutumier. Enfin, le libellé proposé porte à croire que le droit international coutumier est une forme d'accord, ce qui est faux, comme l'a fait observer M. Nolte. La théorie assimilant le droit international coutumier à un accord tacite, qui avait cours jusqu'au début du XX^e siècle, est tombée en désuétude il y a longtemps déjà. Les normes du droit international coutumier naissent d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, c'est-à-dire d'une pratique générale assortie de la conviction qu'il existe une obligation juridique ou un droit. Il vaudrait peut-être mieux, comme cela a déjà été proposé, intégrer dans les commentaires, en les explicitant, les éléments figurant dans le premier paragraphe du projet de conclusion 2.

Le second paragraphe du projet de conclusion 2, une fois reformulé, pourrait être inséré dans le projet de conclusion 3, qui contient une ébauche de définition du *jus cogens* ainsi que des éléments relatifs à sa nature juridique. Il serait préférable, dans le premier paragraphe du projet de conclusion 3, de reprendre les termes de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Commission devrait réfléchir à la possibilité d'employer l'expression « communauté internationale dans son ensemble » sans faire référence aux États de manière à englober d'autres sujets de droit international, tels que les organisations internationales, dont la pratique peut aussi contribuer, dans certaines circonstances, à la formation de normes du droit international coutumier. Il y a lieu de noter que cette expression est couramment employée dans les articles, commentaires et autres textes adoptés par la Commission.

Le projet de conclusion 3 ne devrait pas se borner à reproduire les termes de l'article 53 de la Convention de Vienne mais devrait apporter des précisions sur la nature juridique du *jus cogens*. Le second paragraphe contient à cet égard deux éléments importants – les normes de *jus cogens* protègent des valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble, et elles sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international – qui ont été expressément reconnus par la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija* à l'égard de l'interdiction de la torture.

La Commission a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le rang supérieur des normes de *jus cogens* en 2006, dans le cadre de son étude sur la fragmentation du droit international, dans les conclusions de laquelle elle a affirmé, au sujet des rapports hiérarchiques reconnus en fonction de la teneur des règles quant au fond, qu'« [u]ne règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international ».

Enfin, contrairement aux membres de la Commission qui estiment qu'il ne faut pas exclure la possibilité qu'un *jus cogens* régional existe, M. Vázquez-Bermúdez estime que, si certains régimes normatifs régionaux peuvent prévoir des normes de caractère impératif, généralement dans le cadre de traités, cet aspect n'entre pas dans la définition proprement dite du *jus cogens* en tant qu'élément du droit international général et ne devrait pas être examiné aux fins du sujet, car cela risquerait d'élargir excessivement la portée des travaux. Un autre aspect qui devra en revanche être examiné dans les rapports ultérieurs est la relation entre les normes de *jus cogens* et les obligations *erga omnes*. M. Vázquez-Bermúdez appuie le renvoi des projets de conclusions 1 et 3 et du second paragraphe du projet de conclusion 2 au Comité de rédaction.

M. Kolodkin dit que le premier rapport sur le *jus cogens*, très intéressant et bien documenté, augure déjà que les travaux de la Commission sur ce sujet particulièrement complexe seront couronnés de succès. Le Rapporteur spécial a adopté la bonne approche en présentant dans son rapport les principaux fondements théoriques du *jus cogens* et en se gardant d'entrer dans les querelles sans fin sur la nature du droit en général et, en particulier, sur celle des normes impératives du droit international. Il est en effet peu

probable que les membres de la Commission, qui ont à cet égard des points de vue différents, soient disposés à en changer au cours du débat.

Pour ce qui est du résultat des travaux de la Commission, M. Kolodkin convient avec le Rapporteur spécial qu'il devrait prendre la forme de conclusions. De telles conclusions, à caractère non contraignant, seraient en effet très utiles aux praticiens pour régler les problèmes liés à la détermination du droit applicable auxquels ils doivent et devront inévitablement faire face. Pour qu'elles soient le plus utile possible, il faudrait établir une liste indicative des normes impératives du droit international. Lorsque cette question s'est posée il y a une cinquantaine d'années dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités, la Commission a décidé de ne pas retenir cette option. À l'époque cependant, elle ne faisait que commencer à élaborer des règles relatives à des normes de *jus cogens* devenues par la suite seulement des parties intégrantes du droit international. Les Conventions de Vienne sur le droit des traités n'existaient pas encore et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (« le projet d'articles sur la responsabilité de l'État »), qui comporte des dispositions sur les normes impératives, n'avait pas été élaboré. Il n'y avait pas encore de jurisprudence nationale ou internationale, ni de résolutions d'organisations internationales renvoyant aux normes de *jus cogens*. Quant à la communauté internationale, elle n'était pas encore fermement convaincue de l'existence de certaines normes fondamentales auxquelles il ne peut être dérogé. Compte tenu de ce qui précède, la Commission doit-elle procéder comme si rien n'avait changé depuis cinquante ans et décider une nouvelle fois de ne pas dresser de liste indicative des normes impératives du droit international à l'intention des États ? M. Kolodkin considère pour sa part qu'une telle liste serait très utile et marquerait un important progrès parce qu'elle permettrait aux juridictions internes d'étayer leurs décisions en matière de détermination de ces normes. Force est toutefois de constater qu'il n'y a pas de consensus sur cette question au sein de la Commission, qui devra y revenir ultérieurement.

Relevant que plusieurs exemples de décisions de juridictions nationales et régionales se référant au *jus cogens* sont donnés dans le rapport, M. Kolodkin dit qu'il souhaite citer quelques exemples de décisions prises par des juridictions de la région et du pays dont il est originaire. En 2003, la Cour suprême de la Fédération de Russie, dans une décision rendue en plénière, a donné aux juges des tribunaux de rang inférieur des indications sur la manière d'appliquer les principes du droit international universellement reconnus, lesquels font partie intégrante du droit interne, conformément à la Constitution de la Fédération de Russie. Ce faisant, elle a affirmé que ces principes, dont faisaient partie le principe du respect universel des droits de l'homme et celui de la mise en œuvre de bonne foi des engagements souscrits au plan international, s'entendaient des normes impératives fondamentales du droit international, reconnues par la communauté internationale dans son ensemble et auxquelles il était impossible de déroger.

Dans une décision de 2003 relative à une entreprise de charbonnage de la région de Kouzbass, le Tribunal de la Communauté économique eurasiatique – devenue l'Union économique eurasiatique – a évoqué le caractère impératif du principe *pacta sunt servanda*, soulignant que tout acte ou toute action contraires ou non conformes à une décision de justice étaient nuls en droit. L'on notera en outre qu'en 2015, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, dans une décision relative à la constitutionnalité d'une disposition de la loi portant ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des protocoles y afférents, a indiqué que le principe de l'égalité souveraine des États, le respect des droits inhérents à la souveraineté de l'État et le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États comptaient parmi les normes impératives de *jus cogens*.

Toutes ces décisions sont riches d'enseignements parce qu'elles reflètent la position de juges qui ont été nourris dans la doctrine soviétique et russe du droit international, la seconde étant largement inspirée de la première. Selon cette doctrine, et la pratique judiciaire sur laquelle elle se fonde, les normes impératives sont avant tout des principes fondamentaux du droit international – il est à noter que cette approche a depuis été nuancée. Quoi qu'il en soit, M. Kolodkin tient à faire observer que ce sont précisément ces vues sur les normes de *jus cogens* – dont la position de la délégation de l'URSS et de celles d'autres républiques fédérées de l'URSS s'inspirait largement à l'époque – qui ont joué un rôle important dans l'insertion d'une disposition relative aux normes de *jus cogens* dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. À cet égard, il voudrait appeler l'attention des membres sur le fait qu'au paragraphe 40 du rapport, le Rapporteur spécial affirme que la Conférence de Vienne a adopté en tant qu'article 53 une version légèrement modifiée du texte de la Commission (art. 50 du projet d'articles sur le droit des traités). Or, on peut douter qu'il s'agisse d'une description exacte des différences entre ces deux textes, certains auteurs ayant estimé que ces différences étaient au contraire substantielles. Comme chacun sait, l'article 53 a été divisé en deux phrases, la seconde étant aujourd'hui considérée comme énonçant la définition des normes de *jus cogens*, c'est-à-dire des normes acceptées et reconnues en tant que telles par la communauté internationale des États dans son ensemble. Cet aspect revêt une importance cruciale puisque, ce faisant, la notion même de « communauté internationale dans son ensemble » est établie en droit. Comme la Commission le souligne au paragraphe 2) du commentaire de l'article 64 de son projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, « ce qui fait le caractère impératif d'une règle de *jus cogens* est que celle-ci est "acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble" comme ayant cet effet ».

Pour ce qui est de la portée du sujet, M. Kolodkin croit comprendre que le Rapporteur spécial entend étudier la question du *jus cogens* en droit international en général et pas uniquement dans le contexte du droit des traités, ce qui l'amènera nécessairement à examiner, entre autres, la relation entre les règles de *jus cogens* et les règles du droit international coutumier, les principes généraux du droit, les obligations *erga omnes*, les résolutions des organisations internationales et les actes unilatéraux des États. Dans ce contexte, il voudrait faire quelques observations sur la notion de dérogation qui lui semble importante au regard des caractéristiques des règles de *jus cogens*. L'on considère généralement aujourd'hui qu'une des principales caractéristiques des normes impératives est l'impossibilité d'y déroger, mais on peut avancer qu'il est aussi impossible de déroger aux obligations *erga omnes* du fait de leur nature. L'impossibilité de déroger est ainsi à la fois une caractéristique des normes impératives et des normes et obligations *erga omnes*. Or, les normes impératives se distinguent des autres règles de droit international en ce que les dérogations à ce type de règles se soldent par l'invalidité ou par la nullité de l'acte dérogatoire, ce qui n'est pas le cas des dérogations aux obligations *erga omnes* qui se soldent par l'engagement de la responsabilité internationale mais n'entraînent pas la nullité de l'acte dérogatoire – sous réserve, bien entendu, que cette obligation *erga omnes* ne soit pas en même temps une norme impérative du droit international.

De manière générale, les règles du droit international autorisent un comportement, confèrent un droit ou prescrivent un acte ou une action. Les normes impératives étant avant tout des normes prescriptives, on peut concevoir l'existence de dérogations à celles-ci, mais comment concevoir des dérogations à une règle impérative qui autoriserait tel ou tel comportement ?

Il est indiqué à plusieurs reprises dans le rapport que certains aspects du sujet seront traités ultérieurement. Bien qu'il eût été préférable de s'engager dans la rédaction de projets de texte après avoir examiné les principaux aspects du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a fait le choix d'en proposer trois et M. Kolodkin n'a pas d'objection de principe au renvoi

des projets de conclusions 1 et 3 au Comité de rédaction. Le projet de conclusion 3 appelle toutefois d'importants remaniements, et M. Kolodkin partage l'avis selon lequel la définition des règles de *jus cogens* énoncée au paragraphe 1 de ce projet de texte ne devrait pas trop s'écarter de celle figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne. De plus, la première phrase de cet article, relative à l'effet de nullification des règles de *jus cogens*, est étroitement liée à la définition de ces règles, même si l'on considère généralement qu'elle n'en fait pas partie. Pour M. Kolodkin, elle a un double rôle : préciser les effets juridiques des règles impératives et décrire leurs principales caractéristiques. Certes, elle intéresse le droit des traités, mais elle porte essentiellement sur la relation entre les normes impératives et d'autres sources du droit international. Il serait donc préférable de la faire figurer dans la définition proposée au paragraphe 1 du projet de conclusion 3, même si cet aspect n'a pas encore été examiné. Enfin, M. Kolodkin estime qu'il serait prématuré de renvoyer le projet de conclusion 2 au Comité de rédaction et partage les critiques émises par les membres pour qui les dispositions de ce projet de texte pourraient figurer dans un commentaire.

M. Šturma remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur le *jus cogens* qui est, comme il se doit, de nature introductive et largement axé sur les questions de méthode et sur l'évolution historique de la notion de *jus cogens*, ce qui est particulièrement bienvenu compte tenu de la complexité du sujet et de son caractère théorique. S'il est acquis que la notion de *jus cogens* relève du droit international positif, les critères de détermination de l'existence et du contenu de ces règles continuent de prêter à controverse. Il semble que la querelle entre jusnaturalistes et positivistes au sujet de la nature du *jus cogens* soit sans fin. Si la théorie fondée sur le droit naturel a historiquement joué un rôle certain dans la promotion de cette notion, il y a aujourd'hui assez d'éléments nouveaux en droit international contemporain pour pouvoir déterminer les éléments du *jus cogens* et leurs conséquences en droit positif. M. Šturma convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'y a pas de théorie du *jus cogens* fondée sur le droit naturel, tout comme il n'y a pas de théorie du *jus cogens* fondée sur le droit positif, mais qu'il y a des théories jusnaturalistes et des théories positivistes qui peuvent être conciliées. Martii Koskeniemi, par exemple, considère que c'est l'interaction entre le droit naturel et le droit positif qui explique le mieux le caractère contraignant et impératif du *jus cogens*. Or, pour M. Šturma, c'est plutôt l'articulation entre le contenu du *jus cogens* et sa forme qui est essentielle à cet égard, car des conditions de fond et de forme doivent être réunies pour que l'on soit en présence d'une véritable règle de *jus cogens*. On peut difficilement nier que les règles impératives (à tout le moins au sens de l'article 53, point de départ obligé des travaux sur le sujet) protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Toutefois, ces valeurs fondatrices ne suffisent pas à elles seules pour établir l'existence d'une règle de *jus cogens*. Le positivisme moderne, contrairement au jusnaturalisme, considère qu'il n'y a pas de lien direct et immédiat entre ces valeurs et les normes impératives et que ces valeurs doivent se voir attribuer une forme juridique résultant du consentement des États, ou de leur pratique, et de l'*opinio juris*.

En d'autres termes, le *jus cogens* est aussi une technique juridique qui vise à éviter la fragmentation de certaines normes internationales, mais pour M. Šturma, il ne saurait s'y réduire. Il peut aider à distinguer les normes impératives (telles que l'interdiction du génocide, de la torture ou de l'emploi de la force), parfois appelées normes d'ordre public, des autres techniques juridiques qui prévoient le caractère contraignant ou non contraignant d'autres règles, ou simplement leur application prioritaire. Il peut être impossible de déroger à ces autres règles pour des raisons d'utilité publique ou de logique et l'on songe à cet égard à la règle de l'inviolabilité des missions et des représentants diplomatiques, également énoncée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, ou au principe *pacta sunt servanda*.

M. Šturma approuve l'approche retenue par le Rapporteur spécial, qui consiste à partir de la définition ou de la nature générale des normes de *jus cogens* pour traiter dans les

rappports futurs la question des sources du *jus cogens* et celles de la détermination des normes de *jus cogens* et de leurs conséquences. Dès lors, il ne comprend pas pourquoi certains membres ont estimé que la portée du sujet était limitée au droit des traités. Le premier instrument de droit positif reconnaissant expressément l'existence de règles du *jus cogens* étant la Convention de Vienne de 1969 (plus précisément ses articles 53 et 64), les éléments qu'elle contient doivent être le point de départ des travaux sur le sujet. Il faut espérer que, lorsqu'elle examinera les conséquences du *jus cogens*, la Commission s'intéressera aussi aux règles relatives à la responsabilité de l'État et à d'autres branches du droit international.

M. Šturma est favorable à l'établissement d'une liste indicative de règles de *jus cogens*, même si cela peut poser certains problèmes, ou à tout le moins, à ce que des exemples de ces règles soient donnés dans l'annexe du projet de conclusions, pour diverses raisons d'ordre méthodologique et pratique. Tout d'abord, il semble difficile de parvenir à déterminer quelles sont les véritables normes impératives si la Commission ne donne aucun exemple de normes de *jus cogens*. Ensuite, les caractéristiques générales ou les critères du *jus cogens* devraient être étayés par au moins quelques exemples des normes qui en relèvent. Enfin, cette liste nécessairement partielle donnera des indications théoriques et pratiques et n'empêchera pas le développement futur de nouvelles normes. Elle servira aussi de signal d'alerte en cas d'invocation injustifiée, par certains auteurs qui fondent leur approche sur le droit naturel, du caractère impératif de normes n'ayant en réalité pas encore acquis ce statut.

Venant au projet de conclusion 1, relatif à la portée, M. Šturma dit qu'il est favorable à ce que les conclusions portent sur la manière dont les normes de *jus cogens* doivent être identifiées et sur les conséquences juridiques découlant de ces normes. Sa religion n'est pas faite quant à l'emploi du mot « règle » plutôt que « norme », mais il note que, si certains membres de langue anglaise penchent pour le premier, c'est le second qui est employé à l'article 53 de la Convention de Vienne. Quoi qu'il en soit, la Commission doit faire preuve de cohérence et utiliser le même mot dans l'ensemble du projet de conclusions, sauf si des raisons valables justifient d'utiliser l'un ou l'autre.

L'ordre des projets de conclusions 2 et 3 devrait être inversé. En effet, l'actuel projet de conclusion 3, relatif à la nature générale des règles du *jus cogens*, énonce en réalité une définition, tandis que le projet de conclusion 2 est consacré à un élément de la définition des normes de *jus cogens* qui, contrairement au *jus dispositivum*, n'autorisent aucune dérogation, sauf par une norme de même caractère. Pour ce qui est de l'harmonisation des libellés de ces deux projets de conclusion, M. Šturma note que les mots « modification, dérogation ou abrogation » s'écartent de la définition de l'article 53. Rien n'empêche de procéder ainsi, sous réserve toutefois de justifier davantage ce choix. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 3, qui reprend les éléments figurant à l'article 53, ne pose pas de problème particulier, si ce n'est qu'il répète en partie ce que dit déjà le projet de conclusion 2. Le paragraphe 2 de ce projet de texte est celui qui, à en juger par les observations faites jusque-là, pose le plus problème. S'il approuve les trois éléments qui figurent dans ce paragraphe, et qui sont à ses yeux particulièrement importants, M. Šturma estime qu'on pourrait les déplacer dans une autre conclusion soutenue par une analyse plus approfondie. Quant à l'affirmation selon laquelle les normes de *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, M. Šturma a déjà dit qu'il l'approuvait pleinement, mais cet aspect peut être lié à l'examen des différentes théories relatives aux normes auxquelles il ne peut être dérogé. La question de la hiérarchie est tout aussi importante mais il faudrait en préciser les particularités s'agissant du *jus cogens*, domaine où elle découle de la nullité de traités contraires à une norme impérative, ce qui la distingue d'autres types de hiérarchie en droit international, par exemple celle qui est établie par l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Enfin, M. Šturma appuie le dernier élément du paragraphe 2 relatif aux normes de *jus cogens*, à savoir leur caractère universel, mais

considère qu'il faudrait étudier plus avant la question de l'existence de normes régionales de *jus cogens*, dont un des exemples les plus emblématiques est la Convention européenne des droits de l'homme, présentée par la Cour européenne des droits de l'homme comme un instrument d'ordre public européen. Cet aspect pourrait être étudié sous l'angle de la relation entre le *jus cogens* et les clauses de non-dérogation prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme. On aboutira probablement à la conclusion que les normes impératives au sens de l'article 53 et du projet de conclusions à l'examen doivent être d'application universelle, mais cela aura le mérite d'étayer solidement cette affirmation. En conclusion, M. Šturma approuve le renvoi de l'ensemble des projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Hmoud remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur le *jus cogens*. D'une lecture agréable et bien documenté, ce rapport repose sur une grande quantité d'éléments et sur une analyse très approfondie de l'évolution historique de la notion de *jus cogens*, de ses fondements théoriques et de ses principales caractéristiques. Le Rapporteur spécial indique clairement comment il entend avancer dans ses travaux et les mener à leur terme. Il a adopté une approche à la fois prudente et souple et s'est gardé de tirer des conclusions prédéterminées sur le contenu du résultat final, ce qui est bienvenu. Il ressort clairement de sa présentation que le résultat des travaux de la Commission doit être une œuvre collective qui reflète l'état du droit ainsi que la pratique des États et la jurisprudence. Bien que sa portée soit limitée – détermination des normes de *jus cogens* et des effets de ces normes – le sujet soulève un certain nombre de difficultés allant de la détermination de ses fondements théoriques et de sa place dans l'architecture juridique internationale à l'examen des incidences des politiques juridiques et au moyen d'éviter des conséquences indésirables. Dans ces conditions, il convient de se réjouir une fois encore de ce que le Rapporteur spécial ait opté pour une approche prudente et souple, grâce à laquelle les travaux de la Commission contribueront à une meilleure compréhension par les États et par la communauté internationale en général des mécanismes du *jus cogens*. La Commission ne doit pas viser à créer de nouvelles règles relatives au *jus cogens*. Elle doit aussi se garder d'accueillir des affirmations indiquant que telle ou telle norme relève du *jus cogens* si celles-ci obéissent à des motivations subjectives. Sans non plus toucher à la structure actuelle du droit international, elle doit partir de l'idée que les règles de *jus cogens* ne sont pas des normes ordinaires et qu'elles constituent une exception très limitée. Ainsi, elle évitera le déséquilibre qui résulterait d'un traitement large du sujet et de l'adoption de règles qui ne seraient pas fondées sur une pratique bien établie.

Il est tentant de décortiquer la notion de *jus cogens* pour en préciser les éléments et leurs conséquences, mais il serait peut-être plus judicieux de décrire les faits juridiques qui fondent cette notion, tels que reflétés dans la pratique des États et dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. Autrement dit, on pourrait adopter une approche plus inductive que déductive. M. Hmoud note que, si le Rapporteur spécial entend éviter les débats théoriques sur le *jus cogens*, il juge néanmoins important de décrire le fondement théorique de cette notion. C'est bien entendu essentiel pour mieux comprendre la nature du *jus cogens*, mais, comme le Rapporteur spécial et d'autres membres l'ont souligné, l'accent devrait être mis sur un exercice normatif basé sur la description du contenu des normes de *jus cogens*, de sa relation avec les autres règles de droit international et de ses effets. À cet égard, il convient de relever qu'une distinction doit être établie entre les déclarations des cours et tribunaux internationaux, en tant que source permettant de déterminer les normes de *jus cogens*, et la pratique par laquelle les États reconnaissent les normes de *jus cogens* et leur confèrent un caractère impératif. Les premières peuvent révéler l'existence d'une norme, tandis que la seconde est un élément de sa formation. Cela ne signifie évidemment pas que les déclarations des cours et tribunaux internationaux ne peuvent pas être à l'origine de la formation d'une norme de *jus cogens*, mais c'est la pratique des États qui lui donne sa forme et son contenu. Le Rapporteur spécial devrait examiner de plus près les

sources de la pratique des États et distinguer entre les déclarations et actes verbaux des États en tant que forme de la pratique et ceux qui reflètent une *opinio juris* ou une reconnaissance du caractère impératif d'une norme de *jus cogens*.

Pour M. Hmoud, rien n'empêche, dans le cadre de cette approche descriptive, d'inclure dans la définition de la portée du sujet une liste non exhaustive de normes de *jus cogens* actuellement reconnues par la communauté internationale. Cela n'a rien d'incompatible avec la nature des travaux engagés par la Commission ni avec leur objectif qui est de donner des orientations sur les moyens de déterminer l'existence de normes de *jus cogens*. Dans le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission a précisé les conditions d'extinction, de suspension de l'application ou de retrait des traités, mais elle a aussi dressé une liste de traités dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer pendant un conflit armé. Par conséquent, énoncer les critères permettant de déterminer l'existence d'une norme de *jus cogens* n'empêche pas d'établir une liste indicative, dont on ne voit pas comment elle pourrait devenir exhaustive. Non contraignante pour les États et autres acteurs, une telle liste leur serait utile lorsqu'ils appliquent les critères précisés dans le projet de conclusions pour déterminer l'existence de normes de *jus cogens*. Sa valeur juridique dépendra de la manière dont elle sera présentée par la Commission, qui peut décider d'être moins prescriptive en donnant des exemples de normes de *jus cogens* tirés de ses travaux sur le sujet.

L'évolution historique de la notion de *jus cogens* montre que la communauté internationale en reconnaît aujourd'hui la validité en droit. Toutefois, il ne faut pas oublier que la reconnaissance du *jus cogens* trouve essentiellement son origine dans l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et de son article 53, ce qui pose la question de savoir si le traitement de la notion de *jus cogens* doit être axé sur sa relation avec le droit des traités et avec la capacité de l'État de s'acquitter de certaines obligations conventionnelles. Bien entendu, la question du *jus cogens* dépasse celle de sa relation avec le droit des traités puisqu'il repose sur l'interdiction d'actes qui lui sont contraires, ce qui a des conséquences particulières. Cela étant, pour replacer la notion dans une perspective historique, tant les jusnaturalistes que les positivistes ont considéré dès le départ que les États ne pouvaient pas déroger à leurs obligations de *jus cogens*. Il importe de trancher cette question pour comprendre le processus de création des normes de *jus cogens* et les conséquences de leur existence. S'il n'est permis de modifier une telle règle ou d'y déroger que par une règle de droit international de même caractère mais qu'en même temps, toute pratique contraire à cette règle est nulle, comment une norme subséquente pourrait-elle être créée pour remplacer l'ancienne ? Comment la communauté internationale, qui reconnaît les normes de *jus cogens*, peut-elle revenir sur cette reconnaissance ? Un traité universel modifiant une norme de *jus cogens* ou y dérogeant est-il juridiquement valable ? L'article 53 répond à cette question par la négative ; or, si la pratique étatique ne peut pas être contraire à une norme existante et si les traités universels contraires au *jus cogens* sont nuls, il devient impossible de modifier la règle ou d'y déroger. Comme il n'y a pas d'exemples de normes de *jus cogens* subséquentes venues remplacer des normes précédentes, il est essentiel d'examiner le processus par lequel la communauté internationale peut le faire, y compris au moyen de la création d'une nouvelle norme par l'accord des États.

L'évolution historique de la notion de *jus cogens* pose la question de savoir qui détermine les valeurs fondamentales que partage la communauté internationale dans son ensemble. Bien entendu, les tribunaux ont un rôle à jouer à cet égard, mais c'est la communauté internationale dans son ensemble qui reconnaît la norme et en détermine le contenu. Par conséquent, les travaux devraient aussi porter sur la relation entre l'existence de valeurs fondamentales fondant une norme de *jus cogens* et l'expression de leur existence.

Revenant à la question du fondement théorique du caractère impératif du *jus cogens*, M. Hmoud dit que ni l'approche jusnaturaliste ni l'approche positiviste n'offrent une explication satisfaisante de sa nature. Pour les jusnaturalistes, des valeurs essentielles pour la communauté internationale existent indépendamment de la volonté de l'État et fondent la supériorité hiérarchique du *jus cogens*, mais cette approche néglige un élément constitutif essentiel du *jus cogens*, à savoir le fait que c'est la reconnaissance et l'acceptation communes des États dans leur ensemble qui élèvent la norme considérée au statut de *jus cogens*, et ne permet pas non plus d'expliquer comment une norme modifiant une norme de *jus cogens* ou y dérogeant peut être créée par la volonté de la communauté internationale des États. Les positivistes mettent au contraire l'accent sur le rôle du consentement et de la volonté des États dans la création de la norme mais n'expliquent pas pourquoi, une fois que celle-ci est créée, son caractère impératif ne dépend pas de la volonté des États. Il ressort clairement de la documentation que les États et les juridictions internationales, notamment la Cour internationale de Justice, ne se sont pas prononcés explicitement sur le fondement du *jus cogens* et sur sa nature impérative. Dès lors, comment lever cette incertitude théorique ? Une solution aisée serait de jeter des ponts entre ces deux doctrines ou d'adapter l'approche jusnaturaliste à un cadre positiviste. En effet, si le fondement théorique du *jus cogens* est bien évidemment utile pour en comprendre la nature, il n'est pas essentiel, aux fins du sujet, de retenir une approche théorique particulière. La Commission devrait examiner les conditions de la création du *jus cogens*, la manière de déterminer l'existence de ces règles et leurs conséquences. Elle devrait aussi préciser le lien entre la volonté des États de reconnaître une norme de *jus cogens* et la modification de cette règle dans le cadre d'une approche descriptive de l'état du droit relatif au *jus cogens*, en tenant compte de la pratique et de la jurisprudence disponibles sans prendre parti pour l'un ou l'autre des fondements théoriques du *jus cogens*.

Passant à la question des éléments fondamentaux du *jus cogens*, ainsi qu'aux projets de conclusion tels qu'ils figurent dans le rapport, M. Hmoud souhaite faire quelques observations au sujet du paragraphe 61 du rapport qui décrit les éléments du *jus cogens* énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il ne sait pas, tout d'abord, si les éléments cités sont exhaustifs ou si, comme le dit le rapport, outre ces éléments la pratique et la doctrine révèlent d'autres éléments essentiels caractéristiques du *jus cogens*. Si la définition du *jus cogens* figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne a été élaborée aux fins de cet instrument, on peut néanmoins se demander s'il est opportun, à ce stade des travaux de la Commission, de faire figurer dans le projet de conclusions une description de cette notion qui ne coïncide pas nécessairement avec la teneur de l'article 53. En outre, si M. Hmoud souscrit à l'idée selon laquelle les normes de *jus cogens* sont universellement applicables, il estime que ce point devra être examiné dans un rapport ultérieur, en lien avec les conséquences attachées à ce type de normes. C'est dans ce contexte que des questions connexes comme la doctrine de l'objecteur persistant et la possibilité d'un *jus cogens* régional pourront être approfondies. Mais déclarer que les normes de *jus cogens* sont universellement applicables sans examiner leur fondement aboutirait à préjuger de la question de leurs conséquences, notamment en ce qui concerne l'objecteur persistant et le *jus cogens* régional. Il en va de même pour la supériorité hiérarchique. S'il est établi qu'un traité est nul ou devient nul s'il est en conflit avec une norme de *jus cogens* et que les normes de *jus cogens* sont supérieures aux autres normes, il n'en demeure pas moins indispensable d'analyser plus avant les relations entre les normes de *jus cogens* et les autres normes du droit international général. M. Hmoud souscrit également à l'idée selon laquelle les normes de *jus cogens* visent à protéger des valeurs fondamentales de la communauté internationale comme l'interdiction du génocide ou de la torture. Cependant cette affirmation ne révèle rien de la teneur des valeurs fondamentales dont la protection est visée. Existerait-il des principes constitutionnels internationaux dont la protection serait garantie par le *jus cogens* ? Ces questions méritent plus ample analyse et, en tout état de cause, auraient davantage leur place dans les commentaires. En ce qui

concerne les éléments énoncés à l'article 53, on peut se demander si le caractère « non dérogeable » des normes de *jus cogens* tient à leur nature ou s'il n'est qu'une conséquence de l'appartenance de ces normes à la catégorie du *jus cogens*, étant entendu qu'il doit être considéré comme tributaire de la non-acceptation et de la non-reconnaissance éventuelles de ces normes comme ayant ce caractère par la communauté internationale dans son ensemble et constituant avec elles un seul et même élément. En outre, à supposer que ce soit un élément constitutif du *jus cogens*, il conviendrait de le compléter par l'exigence selon laquelle le *jus cogens* ne saurait être modifié que par une norme de droit international général postérieure de même nature. Compte tenu de ce qui précède, M. Hmoud approuve le renvoi du projet de conclusion 1 au Comité de rédaction sous réserve que, outre la détermination des règles de *jus cogens*, il vise également celle de ses éléments.

Les projets de conclusions 2 et 3 gagneraient à être remaniés pour refléter la teneur de l'article 53 de la Convention de Vienne et éviter une éventuelle contradiction entre le second paragraphe du projet de conclusion 2 et le premier paragraphe du projet de conclusion 3. Relevant qu'en ce qui concerne la modification par des normes postérieures, la Convention de Vienne est fondée sur l'idée selon laquelle les normes postérieures dérogent aux normes antérieures, M. Hmoud dit qu'il préférerait que la Commission ne s'écarte pas du libellé de l'article 53, sous peine d'en bouleverser l'équilibre et de porter inutilement à croire qu'elle a entrepris de modifier cet instrument. Étant donné que le sujet à l'examen ne porte pas sur la modification ou l'abrogation des règles du droit international ni sur les dérogations à ces règles, le paragraphe 1 du projet de conclusion 2 devrait être supprimé. Quant au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, il conviendrait d'en différer le renvoi au Comité de rédaction tant que la supériorité et l'applicabilité universelle des normes de *jus cogens* n'auront pas fait l'objet d'une étude plus poussée.

M^{me} Jacobsson félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur le *jus cogens*, qui est nourri d'impressionnants travaux de recherche, et pour la présentation détaillée et éclairante qu'il en a faite tout en apportant des modifications bienvenues à certains des projets de conclusion proposés. Même si elle ne se prête guère à la codification, cette question est importante et il est utile qu'elle fasse l'objet d'un examen approfondi par la Commission, pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial dans son premier rapport et celles avancées au cours des débats du Groupe de travail à long terme, qui ont contribué à l'élaboration de la version finale du plan d'étude.

Commençant par des observations d'ordre général, M^{me} Jacobsson note que le Rapporteur spécial a très habilement synthétisé en quelques pages l'évolution historique du *jus cogens*, offrant ainsi une base essentielle aux travaux futurs de la Commission sur le sujet à l'examen. Il est en effet indispensable de replacer le *jus cogens* dans son contexte historique pour pouvoir analyser « l'état du droit international relatif au *jus cogens* » et présenter un exposé faisant autorité sur sa nature, puisque tel est le but du projet tel qu'il est décrit dans le plan d'étude annexé au rapport de la Commission pour 2014. Les travaux sur ce sujet vont se heurter à des difficultés d'ordre méthodologique, comme l'apparente rareté de la pratique des États, dont le Rapporteur spécial a bien conscience et à laquelle il apporte une réponse satisfaisante dans le rapport comme dans sa présentation. Ainsi, c'est à juste titre qu'il écrit au paragraphe 45 du rapport que ce qui importe aux fins des travaux de la Commission, c'est de savoir si le *jus cogens* trouve un appui dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales et internes.

Le Rapporteur spécial ayant demandé aux membres de la Commission s'ils estiment qu'il convient d'élaborer une liste indicative de normes de *jus cogens* ou si l'on peut se contenter de déterminer les éléments de celui-ci, M^{me} Jacobsson dit qu'elle nourrit de sérieux doutes sur l'opportunité d'une telle liste, pour plusieurs raisons. L'expérience a en effet montré que l'établissement d'une liste, même indicative ou non exhaustive, non seulement prend beaucoup de temps mais impose par définition d'opérer un choix définitif

entre les éléments qui doivent ou non s'y trouver. On peut à cet égard rappeler les discussions menées pour établir la liste indicative de traités dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer, en tout ou en partie, au cours d'un conflit armé, qui est annexée au Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités. Il faudra en outre que chacune des normes susceptibles de figurer sur cette liste initiale emporte la conviction des membres de la Commission. Les éléments de la liste seront non seulement considérés comme la première génération des normes de *jus cogens*, mais aussi comme le noyau dur de ces normes. Il sera donc difficile de leur adjoindre de nouvelles normes – ou de modifier les normes existantes, si tant est que l'on admette cette possibilité pour le *jus cogens* – sur le fondement, notamment, de revirements jurisprudentiels convaincants, de sorte que même une liste indicative risquerait de geler l'état du droit. M^{me} Jacobsson tient toutefois à préciser que ses objections ne tiennent pas au fait qu'elle souhaiterait voir la catégorie des normes de *jus cogens* s'élargir indéfiniment, mais à ce qu'elle estime au contraire que l'une des tâches essentielles de la Commission en l'espèce est de veiller à ce que les autres règles du droit international (non impératives) ne perdent pas de leur valeur du simple fait qu'elles ne sont pas considérées comme relevant du *jus cogens*. Selon le plan d'étude, l'examen du sujet par la Commission pourrait s'articuler autour de quatre axes, à savoir la nature du *jus cogens*, les critères d'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens* – ce que le Rapporteur spécial a reformulé au paragraphe 12 du rapport comme étant « les conditions d'élévation d'une norme au statut de *jus cogens* », mais qui ne revient pas au même –, l'établissement d'une liste indicative de normes ayant acquis le statut de *jus cogens* et les conséquences ou effets du *jus cogens*. Aux paragraphes 12 et 13 du rapport, le Rapporteur spécial souligne les liens existant entre ces différents éléments et indique qu'il entend adopter une approche fluide et souple. Si tel est le cas – et il semble bien s'être engagé dans cette voie – l'accent devrait être mis sur les critères d'identification, sans quoi les travaux de la Commission risquent d'être centrés sur les normes susceptibles de se voir reconnaître la valeur de normes de *jus cogens* et non sur les éléments constitutifs de celles-ci. Une fois que ces éléments auront été déterminés, ils pourront être illustrés par des exemples insérés dans le commentaire, ce qui est de loin préférable à une liste. M^{me} Jacobsson partage à cet égard les préoccupations de M. Nolte concernant l'ardeur excessive avec laquelle certains tentent d'établir une liste de règles relevant du *jus cogens* en prétendant que certaines règles juridiques essentielles relèvent de cette catégorie. Lors de son intervention, M. Nolte a mentionné l'Affaire *Al-Dulimi c. Suisse* dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le droit d'accès à un tribunal ne figurait pas – encore – parmi les normes de *jus cogens*. Dans ses fonctions de conseil, M^{me} Jacobsson a vu semblables tentatives des parties à telle ou telle affaire pour élever certaines règles au rang de *jus cogens* et elle relève que cette tendance existe également dans le débat sur le statut de différents droits de l'homme. C'est pourquoi elle souscrit entièrement aux propos de M. Nolte d'après qui cette affaire, parmi d'autres, montre qu'aujourd'hui la difficulté ne consiste pas à établir quelles sont les normes relevant du *jus cogens* pour se contenter d'en élargir la catégorie, mais à trouver un juste équilibre entre, d'un côté, les règles ordinaires du droit international susceptibles d'être modifiées par la voie de procédures ordinaires, et de l'autre, certaines règles fondamentales, exceptionnelles, qui ne le peuvent pas. Le sujet à l'examen ne doit pas constituer un instrument de promotion et d'élargissement du *jus cogens*. Au contraire, la tâche essentielle de la Commission devrait être de sauvegarder la légalité à tous les niveaux, qu'il s'agisse de protéger le *jus dispositivum* ou d'adopter une conception étroite de ce qui constitue une norme de *jus cogens*. Les normes de *jus cogens* sont, et doivent rester, l'exception – sans quoi elles perdraient leur valeur.

S'il est important d'analyser le contexte historique de la notion et stimulant d'en étudier les fondements théoriques, c'est à raison que le Rapporteur spécial dit au paragraphe 42 du rapport que la Commission doit se concentrer sur une conception pratique de la nature du *jus cogens*. À cet égard, la Convention de Vienne sur le droit des traités offre une solution propre à résoudre tous les problèmes pratiques qui se posent, et en faire le point de

départ des travaux de la Commission ne revient pas à cantonner ceux-ci au droit des traités. Il est au contraire reconnu à l'article 64 de ladite Convention, de manière particulièrement pertinente pour le sujet à l'examen, qu'une nouvelle norme impérative peut voir le jour parallèlement au droit conventionnel en vigueur, ce qui a pour effet que « tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

Passant aux projets de conclusion, M^{me} Jacobsson dit que, si elle souscrit à l'idée d'un projet de conclusion sur la portée qui soit synthétique et ciblé, et accueille favorablement le projet de conclusion 1, sous réserve de remplacer « normes » par « règles », elle estime toutefois que la version anglaise pourrait être raccourcie pour se lire : « *The present draft conclusions concern how jus cogens norms are to be identified, and the legal consequences flowing from them* ». Pour ce qui est du projet de conclusion 2, elle craint que le fait de consacrer une disposition générale à la modification, l'abrogation des règles du droit international ou les dérogations à ces règles ne soit source de confusion. Si (et puisque) les travaux de la Commission sont centrés sur l'état des normes de *jus cogens* et du droit international, il faut tenir pour acquis qu'il existe d'autres règles de droit international susceptibles de modification ou d'abrogation. Se lancer dans l'examen des modalités de cette modification ou abrogation reviendrait à traiter d'un autre sujet, fût-il connexe. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 est lié au paragraphe 1 du projet de conclusion 3. Si la Commission juge superflu le paragraphe 1 du projet de conclusion 2, la question de « l'exception » figurant à son paragraphe 2 pourra être laissée de côté, ce qui serait préférable. Le projet de conclusion 3 constitue un bon point de départ pour décrire ce qui constitue l'essence d'une norme impérative. M^{me} Jacobsson doute toutefois de l'opportunité de s'écarter de la définition figurant dans la Convention de Vienne pour plusieurs raisons, même si, comme le dit clairement l'article 53, cette définition est « aux fins de la Convention ». Il va sans dire que l'on court toujours le « risque », lorsque la définition d'une norme ou d'une notion figure dans un traité, que cette définition soit perçue comme étant générale et valable également à des fins étrangères au contexte du traité. Tel est le cas de la définition des crimes contre l'humanité figurant dans le Statut de la Cour pénale internationale, dont la Commission a maintenant du mal à s'écarter. Cela étant, une définition mérite parfois d'être reconnue en dehors du champ d'application du traité dans lequel elle figure, ce qui est le cas de la définition des normes impératives figurant dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment parce qu'elle est utilisée depuis longtemps par les tribunaux. Si le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 a sa place dans le projet de conclusions, son libellé gagnerait à être précisé, notamment l'expression « hiérarchiquement supérieures », et il faudrait conserver l'expression « universellement applicable » même si la Commission décidait de traiter aussi de l'existence éventuelle de normes de *jus cogens* régional. Il serait également préférable de remplacer « protègent » par « reflètent ». La mention des valeurs fondamentales de la communauté internationale est essentielle, car que reflètent les normes de *jus cogens* sinon précisément ces valeurs, et quelle serait autrement leur raison d'être ? Ces valeurs fondamentales ne se limitent pas aux droits de l'homme mais comprennent d'autres normes, comme l'interdiction de l'agression, qui ont pour objet de garantir la souveraineté et l'égalité des États, ainsi que l'obligation qui leur est faite de résoudre pacifiquement leurs différends. M^{me} Jacobsson est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction, malgré les réserves qu'elle nourrit au sujet de l'utilité du projet de conclusion 2, qu'elle estimerait toutefois prématuré de supprimer à ce stade.

Avant de conclure, M^{me} Jacobsson souhaite faire deux observations supplémentaires concernant la méthode et les sources. En premier lieu, il serait bon que le Rapporteur spécial fasse plus amplement usage des travaux de la Commission sur la fragmentation, et qu'il prenne en considération l'essentiel des travaux réalisés par le Groupe d'étude, notamment sur des questions telles que la hiérarchie des normes, la relation entre les normes de *jus cogens* et les obligations *erga omnes* et le lien entre le *jus cogens* et la

responsabilité de l'État. Alors que la Commission a consacré des travaux importants à l'étude de la fragmentation, ceux-ci ne sont pas facilement accessibles dans leur ensemble car ils n'ont pas été publiés au sens traditionnel du terme, et il serait regrettable qu'ils ne soient pas pleinement exploités. En second lieu, les normes de *jus cogens* ont souvent pour objectif de protéger les individus et, en tant que telles, elles devraient être universelles et offrir une égale protection aux hommes et aux femmes. Cette question a été traitée par Hilary Charlesworth et Christine Chinkin, qui font valoir que les principes des droits de l'homme le plus souvent désignés comme normes de *jus cogens* sont marqués par une différenciation fondée sur le sexe et ne protègent donc pas les hommes et les femmes de la même manière – ainsi, mettre l'accent sur la protection contre les violences commises par les acteurs étatiques reviendrait à désavantager les femmes car la majorité des violences faites aux femmes se produisent dans la sphère privée. D'autres auteurs, comme Bruno Simma et Philip Alston, ont également traité cette question et il serait bon que le Rapporteur spécial et la Commission la prennent en considération dans leurs travaux futurs sur le sujet à l'examen.

M. Singh remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur le *jus cogens*, qui est le fruit de recherches approfondies et contient des analyses très riches. Il le remercie également de la présentation orale qu'il en a faite. Il lit avec satisfaction que le Rapporteur spécial souscrit aux conseils de prudence formulés par les États à la Sixième Commission et qu'il entend veiller à ce que ses rapports reflètent la pratique contemporaine et ne s'égarer pas dans des théories qui n'ont pas été mises à l'épreuve. En outre, M. Singh relève que de nombreux États sont d'avis que la meilleure contribution que la Commission puisse apporter à la compréhension du *jus cogens* concerne les conditions qui doivent être satisfaites pour qu'une norme acquière le statut de *jus cogens*. Pour ce qui est de la question méthodologique de l'ordre dans lequel mener l'examen du sujet, il estime comme Sir Michael, M. Nolte et d'autres membres que l'approche fluide et souple proposée par le Rapporteur spécial pose problème, car dès lors qu'un projet de conclusion est adopté à titre provisoire, il perd toute « fluidité » et sa modification est subordonnée à une nouvelle décision de la Commission. Dans la mesure où certains projets de conclusion présentent entre eux des liens étroits, il serait préférable d'attendre qu'ils puissent être adoptés conjointement, sous la forme d'un ensemble complet de dispositions. Pour ce qui est de l'élaboration d'une liste indicative, M. Singh partage les doutes formulés à la Sixième Commission, ainsi que par certains membres de la Commission, au sujet du bien-fondé de cette démarche, le risque étant que d'autres normes du droit international se voient dans les faits accorder un rang inférieur. Bien que ce point soit mentionné dans le plan d'étude, le Rapporteur spécial, tout en disant que la Commission ne devrait pas s'abstenir d'établir une telle liste pour la seule raison qu'elle pourrait être considérée à tort comme exhaustive, estime aux paragraphes 15 et 16 du rapport qu'il pourrait y avoir différentes raisons de revenir sur l'opportunité de cette démarche. M. Singh convient néanmoins que, même si elle n'établit pas de liste indicative, la Commission devra donner des exemples de normes de *jus cogens* afin de fournir des indications quant à ces normes. En d'autres termes, ainsi qu'il est dit au paragraphe 17 du rapport, lorsqu'elle examinera les divers éléments du sujet, la Commission devra donner des exemples dans les commentaires pour étayer ses conclusions, de sorte qu'elle établira, même si ce n'est qu'indirectement, une liste indicative.

Dans la section A du chapitre V du rapport, le Rapporteur spécial démontre de façon convaincante, en se fondant sur la pratique des États et la jurisprudence, que le *jus cogens* fait aujourd'hui partie du droit international. C'est sur ce fondement solide que reposent les travaux de la Commission sur le sujet. Pour ce qui est du chapitre VI, M. Singh convient avec le Rapporteur spécial que des projets de conclusion seraient la forme la plus appropriée pour le résultat des travaux de la Commission et que le projet de conclusions

devrait refléter le droit et la pratique contemporains en matière de *jus cogens* en évitant les débats théoriques qui accompagnent souvent les discussions sur ce sujet.

Passant aux projets de conclusion, M. Singh dit que le projet de conclusion 1 reflète l'objet des travaux décrit au paragraphe 11 du rapport, à savoir « élaborer un ensemble de projets de conclusion rendant compte de l'état actuel du droit international relatif au *jus cogens* ». Il rejoint toutefois les membres qui doutent de l'utilité du projet de conclusion 2, car dans la mesure où il semble chercher à expliquer les modalités de la modification, de l'abrogation des règles du droit international ou des dérogations qui leur sont apportées et les raisons pour lesquelles le *jus cogens* est différent à cet égard, ce texte ne paraît pas s'inscrire dans le champ du sujet à l'examen. En ce qui concerne le projet de conclusion 3, M. Singh partage l'avis des membres qui ont dit qu'il conviendrait de faire figurer au début du projet une définition du *jus cogens*, plutôt que d'essayer d'expliquer sa « nature générale », et il estime également que la Commission devrait s'inspirer du libellé de la seconde phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour définir le *jus cogens* sans tenter de le modifier, ni d'élaborer une nouvelle définition. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 pose problème parce qu'on ne voit pas bien en quoi le fait de décrire les normes de *jus cogens* comme des normes « hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international » renforce leur caractère impératif ou « non dérogeable », énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne. Ce point devrait être traité à un stade ultérieur des travaux lorsque le Rapporteur spécial examinera la question des conséquences juridiques de règles de *jus cogens*. On ignore en outre ce qu'il faut entendre par « valeurs fondamentales de la communauté internationale » et comment ces valeurs peuvent être déterminées.

M. Valencia-Ospina, félicitant le Rapporteur spécial pour son premier rapport sur le *jus cogens*, rappelle que, s'il s'agit en effet d'un sujet important et sensible, ce n'est pas la première fois que la Commission s'en saisit. Il ne faut pas oublier que c'est précisément grâce aux travaux de la Commission sur le droit des traités que la notion de *jus cogens* a trouvé sa place dans le droit international positif, et que la Commission a également apporté une large contribution à la détermination du *jus cogens* dans le cadre de ses travaux sur d'autres sujets, notamment la responsabilité de l'État et la fragmentation du droit international. Compte tenu du caractère très controversé du sujet, il n'est guère surprenant que l'on ait déjà assisté à un large débat et sans revenir sur ce qui a déjà été dit, M. Valencia-Ospina entend centrer ses observations sur certains points qui lui paraissent mériter une approche différente de celle choisie par le Rapporteur spécial.

La question de savoir dans quelle mesure les travaux de la Commission sur le sujet à l'examen doivent être éclairés par la théorie est essentielle. Les paragraphes 11 et 73 du rapport indiquent que le Rapporteur spécial semble craindre de s'égarer dans des considérations théoriques et le paragraphe 59, qu'il n'entend pas résoudre le débat théorique sur l'origine du caractère impératif du *jus cogens*, même s'il lui consacre huit pages de son rapport. Or, M. Valencia-Ospina ne souscrit pas à cette approche pour deux raisons principales.

En premier lieu, il est indispensable que la Commission prenne clairement position sur certaines questions théoriques, notamment celle de savoir si elle revient à l'idée, non seulement utile mais fondamentale, de fournir une liste de normes de *jus cogens*, indépendamment du caractère illustratif ou indicatif de cette liste. Il y a déjà deux décennies de cela, la Commission a décidé de désigner comme telles certaines normes ayant un lien particulièrement étroit avec la notion de crime d'État, les faisant figurer à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial souligne au chapitre III du rapport, consacré à la méthodologie, que les fondements théoriques du *jus cogens* auront une influence sur la définition qui lui sera donnée aux fins des travaux de la Commission. M. Valencia-Ospina estime donc,

contrairement à d'autres membres qui se sont exprimés avant lui, que le Rapporteur spécial ne devrait pas se méfier de la théorie, mais au contraire en tirer parti. En comparaison avec la profondeur et l'ampleur du discours doctrinal sur le *jus cogens*, la pratique s'y rapportant demeure assez restreinte, qu'il s'agisse de celle des États ou des tribunaux. Pour ce qui est de cette dernière, il convient de noter que durant près de quarante ans après l'adoption de la Convention de Vienne, la Cour internationale de Justice a habilement évité de se prononcer clairement et fermement sur sa conception du *jus cogens*. Dans sa jurisprudence, les occurrences du terme *jus cogens* antérieures à l'arrêt de 2006 rendu en l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (Nouvelle requête : 2002) (*République démocratique du Congo c. Rwanda*) ne constituaient que des citations neutres tirées des plaidoiries des parties ou du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités et des commentaires y relatifs, par exemple dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*). Par conséquent, la Commission pourrait se trouver dans une situation où, étant donné que même cette pratique restreinte est dans une large mesure empreinte de considérations théoriques antérieures, le fait d'ignorer la théorie la conduirait inévitablement à une appréciation incomplète du *jus cogens* contemporain.

En second lieu, alors que le Rapporteur spécial souligne à diverses reprises qu'il n'entend pas entrer dans des débats théoriques, M. Valencia-Ospina partage l'avis de M. McRae selon qui des choix importants sur le plan théorique marquent déjà le rapport. La conception du *jus cogens* défendue dans le rapport est, en particulier, fermement fondée sur le consentement dans la mesure où elle reprend largement la définition figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Mieux vaudrait donc traiter ouvertement de ce choix à la lumière de ses fondements théoriques, au lieu de se contenter de l'étayer par une pratique supposée et de faire l'impasse sur l'explication théorique. En outre, il devient nécessaire pour le Rapporteur spécial d'expliquer son choix lorsqu'il expose plus en détail son adoption sans réserve de l'approche du *jus cogens* découlant de la Convention de Vienne. Celle-ci reflète le consensus auquel sont parvenus les États dans les années 1950. Il est douteux que ce consensus représente aujourd'hui encore l'approche la plus propice à la définition de normes impératives en droit international, si tel a jamais été le cas. Sir Michael a noté que la Commission a toujours suivi l'article 53 de la Convention de Vienne lorsqu'elle faisait référence au *jus cogens*, mais il s'agissait dans tous les cas de références accessoires car le *jus cogens* n'était pas encore inscrit au programme de travail en tant que sujet distinct. Malgré l'importance qu'il attache à la cohérence des travaux de la Commission, M. Valencia-Ospina estime que les occasions précédentes dans lesquelles celle-ci a traité du *jus cogens* ne devraient pas la dissuader de revoir sa position, puisque ce sujet est aujourd'hui au cœur de ses travaux.

L'approche adoptée par le Rapporteur spécial à la section C du chapitre V du rapport, sur les éléments fondamentaux du *jus cogens*, pose elle aussi des problèmes. En empruntant à l'article 53 de la Convention de Vienne l'exigence d'une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble », le Rapporteur spécial fait figurer parmi les éléments fondamentaux du *jus cogens* un critère d'identification axé sur le consentement. Cependant, certaines des limites d'une approche fondée sur le consentement sont mises en lumière dans le rapport lui-même, lorsqu'il est souligné que les États ne devraient pas pouvoir retirer ultérieurement leur consentement car, comme indiqué au paragraphe 53 du rapport, « même s'il était possible d'expliquer l'apparition de normes impératives par le consentement, ou le consensus, on voit mal pourquoi les États qui se sont joints au consensus pourraient ultérieurement retirer leur consentement, portant ainsi atteinte au consensus ». Enfin, fonder le *jus cogens* sur le consentement de l'État ne permet pas de donner une explication plausible de ce qui fait qu'une norme impérative possède ce caractère impératif. Plusieurs membres de la Commission ont établi un lien entre les éléments fondamentaux du *jus cogens* identifiés

dans le rapport et la notion de droit international coutumier qui est examinée parallèlement par la Commission – la question récurrente du traitement à réserver aux objecteurs persistants témoigne d'ailleurs de la pertinence de ce rapprochement. Selon leur raisonnement, le *jus cogens* pourrait être décrit comme du droit coutumier assorti d'un caractère « non dérogeable ». L'élément du consentement serait donc assimilable à l'*opinio juris*. Toutefois, il semble qu'en considérant le *jus cogens* comme du droit coutumier, même revêtant une forme particulière, on élargisse exagérément la notion traditionnelle de droit international coutumier, car celle-ci exige à la fois une pratique et une *opinio juris* alors que la pratique des États est inexistante ou contradictoire pour de nombreuses normes considérées comme relevant du *jus cogens*. En outre, il est permis de douter que l'on puisse parvenir dans la pratique à un consentement unanime (*opinio juris*) général de tous les États, soit de « la communauté des États dans son ensemble ». Il convient d'ailleurs de ne pas oublier que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 n'a pas été adopté à l'unanimité lors de la Conférence de Vienne et que, sur les sept États qui ont voté contre son adoption en séance plénière, deux n'ont toujours pas l'intention d'adhérer à la Convention.

Si la Commission entendait toutefois maintenir le critère du consentement, il faudrait que cette décision soit étayée par un raisonnement cohérent. Pour conclure sur la question du consentement, la Commission ne devrait pas négliger les débats qu'elle mène parallèlement sur des sujets comme les crimes contre l'humanité et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il existe à n'en pas douter un rapport étroit entre les normes de *jus cogens* et les normes des droits de l'homme. Ces dernières pâtissent souvent de ce que l'élaboration et l'application des lois appartiennent aux États, alors que ceux-ci sont les principaux, et parfois par définition les seuls, auteurs de violations des droits de l'homme. Les réticences dont font preuve les États dans le cadre des débats concernant les travaux en cours de la Commission sur les sujets susmentionnés, par exemple lorsqu'il s'agit d'accepter de limiter l'immunité de leurs représentants, pourraient laisser présager des réticences similaires en matière de consentement aux normes de *jus cogens*, lesquelles pourraient restreindre considérablement le champ d'action des États ou donner lieu à la mise en jeu de leur responsabilité. Cela étant, il se pourrait qu'une approche fondée sur le consentement comme plus petit commun dénominateur se révèle la seule possible pour permettre à la Commission de recueillir l'approbation nécessaire des États sur le résultat final de ses travaux sur le sujet à l'examen. En conséquence, le Rapporteur spécial et la Commission auraient tout intérêt à peser soigneusement la question de savoir s'ils devraient viser le résultat le plus acceptable ou plutôt le résultat que la Commission estimerait le plus cohérent, en ayant à l'esprit le rôle fondamental qui lui a été confié en matière de développement progressif du droit international.

S'agissant des valeurs en tant qu'élément fondamental des normes de *jus cogens*, il faut se demander comment et par qui ces valeurs sont censées être identifiées. Si cet élément vise à compléter substantiellement la définition du *jus cogens*, il semble contre-intuitif d'en laisser la détermination aux seuls États, car il risque d'être indistinguable du consentement des États à certaines normes de *jus cogens*. Dans ce contexte, le rapport mentionne à la fois la communauté internationale et la communauté internationale des juristes, ce qui semble indiquer que le Rapporteur spécial ne considère pas nécessairement la communauté au sein de laquelle ces valeurs ont cours comme identique à la communauté de tous les États. Malheureusement, le rapport ne donne pas d'indications quant à la communauté visée. L'observation selon laquelle « [l]a principale [difficulté] demeure la question de savoir qui détermine le contenu du droit naturel » fait une brève apparition et la question de la détermination des valeurs est encore compliquée par le fait que le rapport évoque la fonction ou l'« essence civilisatrice » de ces valeurs, inscrivant ainsi le sujet dans le débat qui oppose en permanence relativisme culturel et universalité du droit international. Il est compréhensible que le Rapporteur spécial s'écarte à cet égard de l'article 53 de la

Convention de Vienne, mais le rôle des valeurs dans la définition et la détermination du *jus cogens* appelle des explications et des analyses beaucoup plus développées si l'on veut qu'il contribue au progrès des travaux sur le sujet.

En outre, le rapport insiste fortement sur l'opposition entre le droit naturel et la conception positiviste du droit, subsumant ainsi implicitement les approches axiologiques sous les approches fondées sur le droit naturel. La réfutation de celles-ci repose donc principalement sur une caractéristique présentée comme propre à ce droit, à savoir son immuabilité, mais le rapport n'explique pas la mesure dans laquelle la même considération vaut pour les autres approches axiologiques du *jus cogens*. On peut donc considérer le droit naturel comme une source possible de valeurs, mais non subsumer toutes les approches axiologiques sous le droit naturel. La distinction entre approche fondée sur le consentement et approche non fondée sur le consentement, mentionnée dans la note 171, semble plus adéquate.

De plus, il peut être intéressant dans ce contexte d'examiner la relation entre les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, mais le Rapporteur spécial indique au paragraphe 4 de son rapport qu'il a l'intention d'examiner cette relation uniquement dans le contexte des conséquences des normes de *jus cogens*. Or les obligations *erga omnes*, depuis leur première apparition dans un *obiter dictum* de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, sont souvent considérées comme protégeant des valeurs fondamentales et des intérêts communs à tous, et c'est pourquoi l'examen de cette relation dans le cadre d'une analyse du *jus cogens* sous l'angle des valeurs pourrait donner des indications sur la nature des valeurs ainsi invoquées.

Enfin, la question de la hiérarchie appelle trois observations. Comme l'ont souligné plusieurs membres de la Commission, la primauté hiérarchique des normes de *jus cogens* est déjà bien établie, pour ne pas dire évidente. Le rapport de la Commission sur la fragmentation du droit international atteste cette relation hiérarchique ; l'absence de déterminations nettes et claires dans la plupart des sections de ce rapport montre que cette hiérarchie est admise pratiquement sans réserve. Deuxièmement, d'un point de vue plus philosophique, la question se pose de savoir si cette primauté hiérarchique est inhérente à la notion du *jus cogens*, ou si elle nécessite un cadre extérieur de hiérarchies en droit international. Si c'est à cette dernière question que l'on répond par l'affirmative, il faudra, troisièmement, revenir à la réalité : est-on en train d'assister à une multiplication des structures hiérarchiques en droit international et dans les relations internationales, ou l'idée d'un droit international et de relations internationales hiérarchiquement structurées – probablement inspirée par la conception westphalienne de l'État – est-elle de plus en plus irréaliste ? Les réponses à ces questions devraient aider la Commission à décider de la place à accorder à la hiérarchie dans le contexte du *jus cogens*.

En conclusion, M. Valencia-Ospina invite le Rapporteur spécial à se pencher sur les questions théoriques et à ne pas se limiter au cadre étroit de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Au stade initial où en sont les travaux de la Commission sur le sujet et comme l'a souligné M. Murphy lors d'une séance précédente, rédiger des projets de conclusion avant que les questions de fond évoquées dans le rapport soient réglées n'est pas la meilleure façon de faire avancer les travaux sur cet important sujet.

M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle considère que le rapport à l'examen constitue une introduction au sujet, comme le montrent les considérations du Rapporteur spécial sur des questions telles que les sources à utiliser, le point de savoir s'il convient d'élaborer une liste indicative des normes de *jus cogens* existant en droit international contemporain, la forme que doit prendre le résultat des travaux et le programme de travail futur, esquissé aux paragraphes 75 et 76 du rapport.

Du point de vue normatif comme structurel, le *jus cogens* revêt une importance particulière en droit international contemporain. La Commission s'y est intéressée en diverses occasions, en particulier en relation avec le droit des traités et la responsabilité internationale, deux questions qui, comme l'ont déjà noté de précédents orateurs et notamment M. Murase, devront être dûment prises en compte dans le cadre des travaux sur le sujet. Ainsi, s'il est exact que la Convention de Vienne est le point de départ incontournable de tout traitement du *jus cogens*, la Commission ne peut laisser de côté le régime spécial qu'elle a défini pour la violation des règles impératives du droit international non seulement à l'article 26 mais également aux articles 41, 48 et 50 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il faut ajouter à cela, d'autre part, l'effet interprétatif particulier des normes de *jus cogens*, que la Commission a déjà examiné. De plus, le *jus cogens* comporte une importante dimension axiologique que le Rapporteur spécial lui-même évoque dans son rapport, que l'on ne peut négliger sans modifier le concept et la nature du *jus cogens* et sans laquelle il n'est pas possible de comprendre la place qu'occupent les normes impératives en droit international contemporain. Tous ces aspects doivent être pris en compte et traités conjointement dans le cadre des travaux sur le sujet.

Une première observation de caractère général qu'appelle le rapport à l'examen concerne la place disproportionnée, pas moins de 15 pages sur les 48 que compte le rapport, accordée à l'analyse historique. Le désir d'exhaustivité et de rigueur du Rapporteur spécial l'amène, dans sa recherche des origines des normes impératives, à remonter jusqu'au droit romain et aux « pères fondateurs » du droit des gens, mais il est dommage à cet égard qu'il ne soit pas allé jusqu'aux sources de l'école espagnole du XVI^e siècle, où il aurait sans doute trouvé des précédents plus proches à certains égards de la notion moderne de *jus cogens*, par exemple la définition que Francisco de Vitoria donne, dans sa *Relectio de Indis*, du *jus cogens* comme un consensus de la majeure partie du monde (la communauté internationale ou la communauté des nations), en particulier au nom du bien commun de tous. Pour ce théologien et juriste, le droit des gens est valide non seulement pour l'existence des traités et du consensus entre les êtres humains, mais aussi parce que le monde forme une communauté politique unique au sein de laquelle les normes générales et les normes des peuples sont valides en temps de paix comme en temps de guerre. La position complémentaire adoptée par Francisco Suarez (dans son *De legibus*), Domingo de Soto, Baltasar de Ayala ou encore Alonso de la Veracruz n'est pas moins importante. Et, du point de vue axiologique, il pourrait être intéressant pour le Rapporteur spécial d'analyser les réflexions de Bartolomé de las Casas sur les droits des Indiens du Nouveau Monde. Quoiqu'il en soit, toute analyse historique doit s'effectuer dans son contexte, sous peine de s'exposer à des transpositions difficiles à maintenir, et il faut également en tenir compte dans le cadre des travaux sur le sujet.

En second lieu, il convient de noter que le Rapporteur spécial entame ses travaux avec la louable intention de ne pas se livrer à des analyses exclusivement théoriques, puisque l'objectif ultime des travaux sur le sujet revêt une dimension concrète marquée qui doit être préservée pour que le résultat soit utile aux États et plus généralement à tous les praticiens du droit. Malgré cela, et inévitablement, la particularité du *jus cogens* l'amène à analyser les différentes approches doctrinales pour mieux comprendre la nature juridique de cette catégorie de normes et leur fondement. Il poursuit dans la même voie lorsqu'il analyse la dimension historique comme étant directement liée à la nature juridique du *jus cogens*. Cela l'amène à aborder la « controverse » opposant tenants du droit naturel et positivistes. Bien qu'elle puisse comprendre cette préoccupation du Rapporteur spécial, M^{me} Escobar Hernández estime que le résultat final n'est pas suffisamment clair pour résoudre les problèmes auxquels la Commission doit faire face. La question ne peut être résolue en opposant droit naturel et positivisme, et encore moins en opposant primauté de la volonté de l'État et exclusion de la volonté de l'État. La nature du *jus cogens* ne saurait en effet être autre que celle d'une norme positive, car dans le cas contraire ce droit ne pourrait produire les effets

que lui attribue la Convention de Vienne sur le droit des traités et les articles sur la responsabilité de l'État. Le problème n'est pas de savoir si les normes de *jus cogens* sont des normes du droit positif ou non – pour M^{me} Escobar Hernández elles le sont assurément – mais bien de déterminer comment elles se forment, quel rôle attribuer à la volonté de l'État dans leur formation et pour quelles raisons cette volonté, qui a été nécessaire – même diluée dans un consensus – à cette formation, est reléguée au second plan une fois que la norme de *jus cogens* est née et jusqu'à ce que celle-ci soit modifiée par une autre norme de même nature. C'est là le véritable problème auquel la Commission doit faire face.

En ce qui concerne les aspects méthodologiques évoqués par le Rapporteur spécial dans le rapport à l'examen et dans la présentation orale qu'il en a faite, trois aspects appellent de brèves observations.

En premier lieu, en ce qui concerne les éléments à prendre en considération, il n'y a aucune raison de s'écarter de la méthode de travail traditionnellement suivie par la Commission. Il faudra donc tenir dûment compte de la pratique normative, de la jurisprudence nationale et internationale et de toute autre manifestation de la pratique des États. M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle a à ce propos été surprise de lire au paragraphe 10 du rapport à l'examen que l'étude du sujet devait se faire sur la base de la pratique effective des États et non sur la seule base de la jurisprudence. Peut-être cela tient-il à sa traduction en espagnol, mais cette phrase est malheureuse en ce qu'elle risque de porter à croire que la jurisprudence nationale présente moins d'intérêt pour les travaux que les autres manifestations de la pratique étatique à prendre en compte.

En second lieu, s'agissant de l'élaboration d'une liste indicative des normes actuellement considérées comme faisant partie du *jus cogens*, M^{me} Escobar Hernández partage pleinement l'opinion exprimée par d'autres membres de la Commission, à savoir qu'une telle liste apportera une valeur ajoutée aux travaux sur le sujet et doit donc figurer dans le projet de conclusions. En effet, ce n'est pas tant la question de la notion même de normes impératives et de leurs effets qui alimente depuis des années le débat sur le *jus cogens* que l'incertitude qui prévaut quant aux normes qui font ou non partie de celui-ci. On comprendrait donc mal que la Commission entreprenne la tâche complexe consistant à définir les éléments fondamentaux des normes impératives et à expliquer comment identifier ces normes dans la pratique et quels sont leurs effets dans l'ordre international sans indiquer de quelles normes il s'agit. À la différence du Rapporteur spécial, M^{me} Escobar Hernández ne croit pas que le sujet, comme celui de la détermination du droit international coutumier, ait un caractère purement procédural et formel, estimant au contraire que le *jus cogens* présente des caractéristiques qui obligent à se pencher sur sa dimension et son contenu substantiels. Enfin, la Commission a déjà abordé le sujet et, si elle n'a pas adopté de liste, elle a identifié certaines normes comme relevant du *jus cogens*, et elle prêterait donc le flanc à la critique si, alors qu'elle traite précisément des normes impératives, elle passait ces précédents sous silence.

Une autre question est celle de la forme que doit revêtir la liste en question. Pour M^{me} Escobar Hernández, la question n'est pas de savoir s'il faut ou non élaborer une liste mais de fixer des critères quant à la manière dont celle-ci doit être établie ; il faut en particulier donner la priorité aux normes dont la pratique atteste qu'elles ne sont pas controversées et admettre que la liste sera nécessairement courte. Enfin, si on ne peut nier qu'il existe un risque que la liste soit considérée comme exhaustive ou statique et que l'on pense que la Commission entend privilégier certaines normes du *jus cogens* par rapport à d'autres, ce risque peut être écarté par une étude approfondie de la pratique et par l'élaboration de commentaires détaillés sur les projets de conclusion concernés par la liste et sur la liste elle-même. La Commission pourra décider ultérieurement de l'endroit où placer cette liste dans le projet de conclusions.

Pour en finir avec les questions méthodologiques, M^{me} Escobar Hernández indique qu'elle souscrit au principe énoncé par le Rapporteur spécial au paragraphe 13 du rapport à l'examen, à savoir que les travaux sur le sujet doivent être marqués par la fluidité et la souplesse. Cette approche nécessite toutefois beaucoup de prudence, car il faut éviter que les travaux ne se transforment en un débat permanent et circulaire empêchant d'aboutir à des résultats raisonnables, et M^{me} Escobar Hernández ne peut donc souscrire à la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que les projets de conclusion adoptés puissent être révisés si la Commission le juge nécessaire. Cette proposition va à l'encontre des méthodes de travail de la Commission et, de plus, créera un nombre non négligeable de problèmes au moment de déterminer s'il est ou non nécessaire de modifier tel ou tel projet de conclusion. Si la Commission juge nécessaire de réviser des projets de conclusion déjà adoptés, elle pourra toujours le faire en seconde lecture. Quoi qu'il en soit, la stabilité des projets de conclusion sera d'autant plus grande que le programme de travail proposé par le Rapporteur spécial sera plus clair et son exécution fidèle une fois qu'il aura été adopté. Le programme de travail futur proposé dans le rapport à l'examen est donc particulièrement important mais il serait souhaitable que le Rapporteur spécial en présente une version plus détaillée.

En ce qui concerne les projets de conclusion proposés, le projet de conclusion 1 définit la portée du sujet comme il est habituel dans le cadre des travaux de la Commission et conformément au plan d'étude, dans lequel la Commission soulignait la nécessité de définir clairement la portée et les limites du projet. S'il ne pose donc pas de problème dans son principe, son contenu est plus critiquable. Il mentionne uniquement « la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées, et les conséquences juridiques découlant de ces règles ». Mais même si on laisse de côté l'emploi du verbe « *determinar* » et non « *identificar* » dans la version espagnole, ce projet de conclusion ne vise que deux des questions à étudier mentionnées dans le plan d'étude, à savoir les « critères d'identification » des normes du *jus cogens* et les « conséquences ou effets du *jus cogens* », et omet la « nature du *jus cogens* » et l'élaboration d'une « liste indicative » des normes de celui-ci. Sans vouloir revenir sur cette question, M^{me} Escobar Hernández estime que la portée du sujet telle qu'énoncée dans le projet de conclusion 1 est très limitée et n'est pas vraiment conforme à l'objectif fixé dans le plan d'étude et dans le rapport du Rapporteur spécial lui-même, qui affirme que cet objectif est de « clarifier l'état du droit sur la base de la pratique actuelle ». Ce projet de conclusion devrait donc être révisé par le Comité de rédaction.

Le projet de conclusion 2 pose plusieurs problèmes. En premier lieu, le paragraphe 1 est sans rapport aucun avec le sujet. Bien qu'on puisse comprendre que le Rapporteur spécial veuille établir une base de comparaison entre les normes de *jus cogens* et les autres normes du droit international, ce paragraphe 1 ne sert pas cet objectif et risque de susciter des doutes et des controverses majeures. Dans la première phrase, il semble viser uniquement les normes conventionnelles, puisqu'il emploie l'expression « par voie d'accord entre les États », alors que dans la seconde il mentionne le droit international coutumier, ce qui risque de susciter un débat sur la nature même de cette catégorie de normes et sur le rôle que l'« accord entre les États » joue dans leur formation. En deuxième lieu, le terme « interdire » semble viser le cas où des normes de droit international non impératives (ou, pour employer la terminologie du Rapporteur spécial, relevant du *jus dispositivum*) ne peuvent être modifiées, suspendues ou abrogées, ce qui ne paraît pas conforme au caractère précisément de *jus dispositivum* desdites normes. Une analyse de la pratique permettrait de conclure qu'il est mieux et plus souvent rendu compte de ce phénomène par l'emploi d'expressions telles que « n'est pas permise » ou « sauf s'il en est disposé autrement ». La notion d'interdiction paraît renvoyer à la catégorie des normes impératives. En troisième lieu, la référence générale à la modification, la suspension ou l'abrogation d'une norme du droit international par un traité ou par le droit international

coutumier sans autre précision sur la relation entre les deux catégories de normes peut induire en erreur, car elle risque d'être interprétée comme signifiant qu'une coutume peut modifier, suspendre ou abroger un traité, ce qui n'est pas le cas en droit international et ne reflète certainement pas l'intention du Rapporteur spécial. En outre, la référence à un « autre accord » est malheureuse, en particulier parce qu'elle oblige à se demander de quel autre accord il peut s'agir sans proposer d'éléments de réponse. Enfin, le rapport ne contient aucune analyse susceptible de servir de fondement au paragraphe en question.

Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 est par contre en relation directe avec le sujet mais sa forme est problématique. Premièrement, il fait partiellement double emploi avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 et devrait pour cette raison être incorporé à celui-ci. Deuxièmement, il présente les normes de *jus cogens* comme une « exception ». Bien que l'on puisse comprendre l'emploi du terme « exception » eu égard au caractère de *jus dispositivum* des autres normes du droit international, ce terme ne semble pas le plus adéquat pour désigner les normes du *jus cogens*. En effet, bien que ces normes aient un caractère extraordinaire et soient en nombre limité, elles peuvent d'autant moins être considérées comme une « exception » en droit international contemporain qu'elles expriment des valeurs essentielles de la communauté internationale et jouent de ce fait un rôle privilégié dans le processus normatif et la responsabilité internationale. Pour ces raisons, le projet de conclusion 2 devrait être supprimé et la teneur de son paragraphe 2 incorporée au paragraphe 2 du projet de conclusion 3.

Quant au projet de conclusion 3, il constitue le véritable point de départ du traitement du sujet et doit donc être envisagé avec la plus grande prudence pour ne pas induire en erreur, créer la confusion ni préjuger l'évolution future du projet de conclusions. Vu sous cet angle, il est à la fois insuffisant et excessif. Il est insuffisant parce que son paragraphe 1 ne reprend que quelques-uns des éléments définissant le *jus cogens* énumérés à l'article 53 de la Convention de Vienne, et ce, dans une rédaction différente, remplaçant l'expression « à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée » par « qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées et auxquelles aucune dérogation n'est permise ». Bien que le Rapporteur spécial ait expliqué dans sa présentation orale pourquoi il propose cette modification, les raisons avancées ne sont guère convaincantes ni justifiées par le contenu du rapport. En outre, ce projet de conclusion ne reprend pas la proposition « qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Cette omission n'est pas justifiée, en particulier parce que les deux caractéristiques des normes du *jus cogens* se cumulent, comme l'atteste l'emploi de la conjonction « et » à l'article 53 de la Convention de Vienne, et que ni la notion de *jus cogens* ni la nature juridique de celui-ci ne peuvent se comprendre exclusivement sur la base d'une seule d'entre elles. En résumé, M^{me} Escobar Hernández considère que le projet de conclusion 3 devrait suivre la définition des normes impératives figurant dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, à laquelle la Commission n'a apporté aucune modification lors des travaux qu'elle a menés depuis l'adoption de cet instrument sur les normes impératives du droit international, en particulier en relation avec la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite.

Le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 comprend des éléments de nature très diverse dont M^{me} Escobar Hernández ne croit pas qu'ils puissent être associés aux éléments définissant la nature du *jus cogens* en termes normatifs ni confondus avec ceux-ci. Bien qu'elle pense comme le Rapporteur spécial que « les normes de *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale », cette caractéristique n'est pas un élément normatif du *jus cogens* mais bien la raison d'être de son existence. Ensuite, elle n'est pas sûre que l'expression « hiérarchiquement supérieures » définisse adéquatement la position qu'en termes structurels le *jus cogens* occupe dans l'ordre international, non plus que sa relation avec les normes de *jus dispositivum*. Enfin, l'indication selon laquelle il s'agit de normes « universellement applicables » préjuge l'issue du débat futur sur le point

de savoir s'il existe un « *jus cogens* régional », question qui, comme l'indique le Rapporteur spécial lui-même, sera analysée dans un rapport ultérieur. D'autre part, M^{me} Escobar Hernández considère que le contenu du paragraphe 2 du projet de conclusion 3 n'est pas justifié par l'analyse figurant dans le rapport à l'examen. Ce paragraphe devrait être supprimé et les éléments qu'il contient figurer dans des projets de conclusion distincts.

Pour conclure, M^{me} Escobar Hernández recommande que les projets de conclusion présentés par le Rapporteur spécial soient renvoyés au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci les analysera à la lumière des observations faites en plénière par tous les membres de la Commission, y compris celles relatives à la suppression du projet de conclusion 2 et du paragraphe 2 du projet de conclusion 3.

La séance est levée à 18 h 10.