

Provisoire

Réservé aux participants

22 février 2017

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3323^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 19 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

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.16-12542 (EXT)



* 1 6 1 2 5 4 2 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Commissário Afonso
Puis : M. Nolte (Vice-Président)
Membres : M. Al-Marri
M. Caflisch
M. Candioti
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Gómez-Robledo
M. Hassouna
M. Hmoud
M^{me} Jacobsson
M. Kamto
M. Kittichaisaree
M. Kolodkin
M. Laraba
M. McRae
M. Murase
M. Murphy
M. Niehaus
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Saboia
M. Singh
M. Šturma
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
M. Wisnumurti
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

(point 11 de l'ordre du jour)

Le Président, appelant l'attention sur le programme de travail révisé pour la troisième semaine de la seconde partie de la session qui a été distribué aux membres de la Commission, dit que M. Gómez-Robledo, le Rapporteur spécial pour le sujet de l'application provisoire des traités, présentera son quatrième rapport à la séance du matin le mercredi 20 juillet 2016. Ce rapport sera publié ce jour-là dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. En attendant, des versions provisoires du rapport en anglais, espagnol et français ont été distribuées. Il souligne que commencer l'examen d'un sujet sur la base de versions provisoires d'un rapport dans seulement certaines des langues officielles est une procédure exceptionnelle, et il sait gré aux membres de la Commission de la souplesse dont ils font preuve en acceptant de procéder ainsi.

M. Gómez-Robledo dit qu'il remercie lui aussi les membres de la Commission de s'adapter aux difficultés, dont il espère qu'elles ne se reproduiront pas lors du prochain quinquennat. Il est important à cette fin que le Groupe de planification veille à recommander avec insistance que l'Assemblée générale prenne des mesures pour permettre à la Commission de continuer de s'acquitter de son mandat. Les limites actuelles imposées à la longueur des documents font peser une pression indue sur le secrétariat.

M. Hmoud, faisant observer que certaines versions linguistiques du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État ne seront disponibles qu'au début du mois d'août 2016, dit que l'examen par la Commission des rapports qui n'ont pas encore été traduits dans toutes les langues officielles doit être considéré comme exceptionnel et ne constituant pas un précédent. La Commission devrait prier son secrétariat d'élaborer un autre document, pour examen à sa soixante-neuvième session, expliquant pourquoi certaines versions linguistiques des documents n'ont pas été publiées en temps voulu.

M. Kittichaisaree dit que les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies doivent être traitées de la même manière. Il importe que les rapporteurs spéciaux respectent strictement les délais que le secrétariat a fixés pour la présentation des documents afin qu'ils puissent être traduits en temps voulu. La publication tardive de certaines versions linguistiques exerce une pression indue sur les rapporteurs spéciaux concernés et les membres de la Commission, qui sont parfois contraints de consacrer un temps précieux à vérifier des traductions faites à la hâte.

M. Forteau dit qu'il appuie ce qui a été dit en ce qui concerne la nécessité de disposer en temps voulu de traductions fidèles des documents ainsi que les problèmes que la Commission a connus à cet égard au fil des ans. Cela dit, la Commission doit reconnaître qu'elle est en partie responsable de cette situation. Elle a inscrit neuf sujets à son ordre du jour à la session en cours et n'a pas toujours suivi la recommandation qu'elle a elle-même formulée en 2011, à savoir que les rapports des rapporteurs spéciaux ne doivent pas dépasser 50 pages. La Commission a donc peut-être mis les services de traduction trop lourdement à contribution. Le Groupe de planification devrait effectivement se pencher sur la question.

M. Murphy dit que la Commission se trouve dans une situation très exceptionnelle et qu'il n'est pas satisfaisant que les traductions ne soient disponibles que le jour même où l'examen d'un sujet commence. Les membres de la Commission ont besoin de temps non seulement pour lire les rapports mais aussi pour analyser les sources et effectuer des recherches. Toutefois, avant de faire d'éventuelles représentations, la Commission devrait

déterminer si les rapporteurs spéciaux respectent les délais qui leur ont été impartis pour la présentation de leurs rapports.

Le Président dit qu'en fonction du temps disponible il serait utile que les membres de la Commission organise une séance privée pour s'entretenir des délais, des limitations du nombre de pages et d'autres questions touchant la présentation et l'examen des rapports. Il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le programme de travail révisé proposé par le Bureau.

Il en est ainsi décidé.

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

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

M. Niehaus remercie le Rapporteur spécial pour son rapport utile sur un sujet dont l'étude est attendue depuis longtemps. L'importance que les États attachent au *jus cogens* et leur intérêt sont attestés par le large appui qu'a recueilli à la Sixième Commission la décision de la Commission d'étudier le sujet.

S'agissant de la relation entre les écoles jusnaturaliste et positiviste, l'orateur considère que comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 42 du rapport à l'examen les travaux de la Commission doivent reposer sur une conception solide et pratique de la nature du *jus cogens*, ce qui nécessite une étude de certains des fondements théoriques qui ont été proposés. Si le Rapporteur spécial n'essaie pas, avec raison, d'apporter une solution au débat théorique, il n'en nie pas l'importance. M. Niehaus dit qu'il souscrit quant à lui à l'opinion citée au paragraphe 59 du rapport, à savoir qu'il faut comprendre le *jus cogens* comme une interaction entre le droit naturel et le positivisme.

Aux paragraphes 61 et suivants de son rapport, le Rapporteur spécial affirme à juste titre que l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce les éléments fondamentaux des normes de *jus cogens*, qui sont des normes du droit international général reconnues par la communauté internationale et auxquelles aucune dérogation n'est permise. De plus, la pratique et la doctrine révèlent que ces normes sont universellement applicables et supérieures aux autres normes du droit international, et qu'elles protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. M. Niehaus indique qu'il a des doutes quant à la notion de *jus cogens* régional, qui selon lui est non seulement inappropriée mais aussi potentiellement dangereuse, en ce qu'elle peut amener à concevoir l'existence d'un *jus cogens* sous-régional, multinational et bilatéral, ce qui serait contraire à l'essence du *jus cogens*.

Étant donné que les valeurs fondamentales de la communauté internationale ne sont pas statiques et peuvent évoluer avec le temps, il est essentiel de souligner que le *jus cogens* peut transformer l'ordre juridique dans son ensemble et, par extension, la société internationale. Il est par exemple possible que des normes de *jus cogens* apparaissent, dans un avenir pas trop éloigné, dans des domaines relativement nouveaux comme la protection de l'environnement. Le potentiel transformateur du *jus cogens* doit donc être étudié plus en détail.

Bien que la proposition d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens* se soit heurtée à des critiques et une opposition, une telle liste serait extrêmement utile en ce qu'elle contribuerait à mettre en lumière les caractéristiques du *jus cogens*. Bien qu'une telle liste n'existe pas encore, il est possible, sur la base des éléments susmentionnés, de se faire une idée relativement claire des normes qui y figureraient. Par exemple, il n'est pas douteux que l'interdiction du génocide, de la torture, de la discrimination raciale et de

l'apartheid, le droit à l'autodétermination et les normes fondamentales du droit humanitaire font partie de ce que l'on doit entendre par « *jus cogens* ».

L'orateur pense avec le Rapporteur spécial que le résultat des travaux de la Commission sur le sujet doit effectivement prendre la forme de projets de conclusion. Ces projets devraient rendre compte de l'état actuel du droit et de la pratique concernant le *jus cogens* ; il convient d'éviter les débats théoriques inutiles.

S'agissant des projets de conclusion proposés, le projet de conclusion 1, au moins dans sa version espagnole, est source de confusion et constitue davantage une déclaration d'intention qu'une conclusion. Il devrait donc être remanié. Le texte du paragraphe 1 du projet de conclusion 2 est acceptable. Au paragraphe 2 de ce projet de conclusion, les mots « une exception à la règle énoncée au paragraphe 1 » devraient être remplacés par « une exception aux dispositions du paragraphe qui précède ». Il appartiendra toutefois au Comité de rédaction d'en décider. Le projet de conclusion 3 n'appelle pas d'objection, car il est très clair, approprié et constitue assurément le plus important des trois projets de conclusion proposés. Compte tenu de son importance et par souci de logique, M. Niehaus propose d'inverser l'ordre des projets de conclusions 2 et 3. Sous réserve que les modifications qu'il a proposées soient prises en compte, il appuie le renvoi des trois projets de conclusion au Comité de rédaction.

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

M. Comissário Afonso dit que le rapport est un modèle d'érudition et de recherche et présente un examen succinct des nombreuses questions complexes qui se posent. Les déclarations des États Membres à la Sixième Commission montrent l'importance qu'ils attachent au sujet. C'est la première fois depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 que la Commission étudie le sujet en profondeur, et elle doit donc veiller à ce que les résultats des travaux ne puissent être interprétés comme s'écartant du texte de cet instrument. Dans l'analyse des fondements théoriques qui figure dans le rapport, tant l'opposition entre l'école jusnaturaliste et l'école positiviste que la conclusion qui en est tirée sont d'un intérêt particulier. Comme l'ont dit d'autres membres de la Commission, les deux approches ne sont pas antagonistes et peuvent toutes deux être mises à profit pour expliquer le concept de *jus cogens*.

L'orateur pense avec le Rapporteur spécial que la Commission ne doit pas s'écarter de ses méthodes de travail habituelles, qui reposent sur la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine ; le poids particulier à accorder à chacune dans le résultat final des travaux variera nécessairement. Bien que la Commission soit divisée quant à l'opportunité d'établir une liste indicative de normes du *jus cogens*, une telle liste est importante et nécessaire car il faut étayer le concept de *jus cogens*, qui est quasi-universellement admis et n'est plus sérieusement contesté. Depuis la signature de la Convention de Vienne, la structure juridique de la communauté internationale a énormément évolué et s'est développée de telle sorte que l'ordre juridique international actuel a besoin de certitude et de sécurité. Une société mondiale a besoin de normes mondiales. Les États Membres auraient du mal à comprendre que la Commission puisse entreprendre de développer progressivement le *jus cogens* sur la seule base de la définition de ce concept et d'autres fondements théoriques, sans mentionner et énumérer les normes ayant le statut de *jus cogens*. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 73 de son rapport, les travaux sur le sujet devraient viser essentiellement à clarifier l'état du droit sur la base de la pratique actuelle.

Les conséquences de l'applicabilité universelle des normes du *jus cogens* visées au paragraphe 68 du rapport, à savoir que la doctrine de l'objecteur persistant n'est pas applicable au *jus cogens* et que les normes du *jus cogens* ne s'appliquent pas sur une base régionale ou bilatérale, résultent peut-être du parallèle trop étroit qui est fait entre le droit

international coutumier et le *jus cogens*. La question mérite d'être examinée plus avant dans les rapports futurs. Une lecture attentive de l'article 53 de la Convention de Vienne et du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice montre que ces articles n'ont que deux mots en commun, à savoir « acceptées » et « reconnues ». Si le champ d'application du Statut est clairement limité à une certaine catégorie d'États, l'article 53 de la Convention dispose qu'une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble. Tirer de ce texte l'idée d'un *jus cogens* régional exigerait une gymnastique intellectuelle de grande ampleur et risquerait d'affaiblir le régime de Vienne au lieu de le renforcer et, en dernière analyse, de promouvoir le relativisme juridique et d'aggraver la fragmentation du droit international. Des normes impératives de caractère régional sont tout à fait acceptables et peuvent très bien exister, mais elles ne peuvent être considérées, sur cette base, comme des normes du *jus cogens* ; ces dernières doivent, entre autres choses, être acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble. Pour qu'elles soient ainsi acceptées et reconnues, les valeurs qu'elles visent à protéger doivent non seulement avoir un caractère universel mais également constituer une préoccupation fondamentale de l'humanité. Le même raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la règle de l'objecteur persistant, qui pour M. Comissário Afonso n'a pas sa place dans le *jus cogens*.

S'agissant du résultat final des travaux sur le sujet, il estime comme le Rapporteur spécial qu'il doit prendre la forme de projets de conclusion. Les trois projets de conclusion proposés dans le rapport, même s'ils prêtent à controverses, devraient tous être renvoyés au Comité de rédaction compte tenu des observations qui suivent. Le contenu du projet de conclusion 1 est acceptable et, pour ce qui est de sa forme, la Commission devrait suivre l'approche adoptée pour le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Si elle estime que cette disposition ne traite pas de la portée du sujet en tant que telle, elle devra en modifier le titre. Le projet de conclusion 2 est inutile ; la distinction qu'il vise à faire entre *jus cogens* et *jus dispositivum* peut être expliquée dans le commentaire. M. Comissário Afonso dit qu'il souscrit aux observations de M. McRae concernant le projet de conclusion 2. Il approuve le projet de conclusion 3, qui est d'une importance cruciale. Toutefois, s'agissant du paragraphe 1, la Commission devrait prendre garde à ne pas s'écarter de l'article 53 de la Convention de Vienne ; si nécessaire, ce paragraphe 1 devrait reproduire le texte de l'article 53, moyennant des adaptations mineures. M. Comissário Afonso dit qu'il approuve l'idée générale qui sous-tend le paragraphe 2, qui est bien-fondé ; en fait, il devrait constituer un projet de conclusion distinct.

M. Kamto félicite le Rapporteur spécial de son remarquable premier rapport, en particulier la section IV de celui-ci, qui donne un aperçu de l'évolution historique du concept de *jus cogens* et constitue un bon point de départ pour les travaux sur le sujet.

Le sujet du *jus cogens* a ceci de particulier par rapport à la plupart des sujets traités par la Commission qu'il est purement conceptuel ; les questions théoriques qu'il soulève ne peuvent donc être ni ignorées ni abordées de façon cursive. Ce n'est que grâce à une compréhension claire de la manière dont une norme juridique en vient à être considérée comme relevant du *jus cogens* que la nature de celui-ci peut être examinée. Malgré ce qu'a pu en dire la doctrine, le *jus cogens* n'est pas et ne peut pas être une norme technique. Il s'agit d'une norme de valeur juridicisée ; ce n'est pas nécessairement une norme morale, et peu importe la sphère du monde des valeurs dont elle relève. Il s'agit là de la source métajuridique, et non de l'*instrumentum*, de la norme de *jus cogens*, et c'est à cette question que l'examen de la nature du *jus cogens* vise à répondre. L'*instrumentum* peut être un traité ou une coutume, et la source métajuridique peut être religieuse, philosophique, déduite de la logique naturelle ou de la raison, ou liée à l'émergence d'un ordre public international.

À cet égard, le Rapporteur spécial a eu sans doute raison de s'intéresser aux deux principales théories que sont le jusnaturalisme et le positivisme juridique. Il ne s'agit pas de réexaminer ces théories ou les éléments qu'elles comportent, mais de les prendre comme point de départ pour expliquer les fondements de la normativité juridique, soit pour essayer de situer l'origine du *jus cogens*, soit pour dégager ce qui fait sa caractéristique par rapport aux autres règles de droit, dites « ordinaires ». Il y a sur ce point un certain manque de clarté dans la manière dont le Rapporteur spécial appréhende la notion de « nature », dans la mesure où il vise les « fondements » du *jus cogens* au paragraphe 42 de son rapport et le « rôle » du *jus cogens* en dehors de la Convention de Vienne au paragraphe 43. Techniquement, l'article 53 de la Convention de Vienne doit certes être le point de départ de l'étude ; toutefois, bien que cet article indique la manière dont une norme du droit international général devient une norme impérative, il n'explique pas pourquoi une telle norme revêt la caractéristique particulière de « norme impérative entraînant la nullité de tout traité contraire ». Si cette question n'est pas examinée, l'avènement du *jus cogens* sera limité aux seuls cas dans lesquels une telle norme est prévue par un traité et est ainsi une expression claire de la volonté des États concernés. En revanche, cela n'expliquerait pas pourquoi une norme coutumière deviendrait une norme du *jus cogens*.

Pour établir pourquoi seules certaines règles du droit international coutumier ou du droit international général deviennent des normes du *jus cogens*, il faut distinguer entre les normes du *jus cogens* découlant de traités et celles découlant du droit international coutumier ou du droit international général. Dans le premier cas, une norme fait partie du *jus cogens* parce qu'elle est désignée comme telle par un traité auquel la communauté des États dans son ensemble est partie. Toutefois, une norme conventionnelle qui n'est pas désignée comme relevant du *jus cogens* dans le traité concerné peut être déclarée telle sur un fondement coutumier par une juridiction internationale dans le cadre d'un différend qui lui est soumis, comme cela a été le cas pour l'interdiction de la torture dans le cadre du jugement rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija*, visée au paragraphe 55 du rapport.

Une norme d'origine coutumière peut devenir une norme du *jus cogens* sur la base de l'article 66 de la Convention de Vienne, qui confie à la Cour internationale de Justice le soin de déterminer si une norme a un caractère impératif. On peut toutefois également soutenir qu'une norme de droit international coutumier ou de droit international général est une norme impérative parce qu'elle est l'expression d'une valeur fondamentale de la communauté internationale des États.

Pour M. Kamto, il convient de combiner les deux idées. Si, comme l'ont dit certains membres, le *jus cogens* non conventionnel doit être déterminé sur la base de la pratique, on ne saura pas pourquoi une telle pratique devient une règle juridique et, a fortiori, une norme du *jus cogens*. Même en ajoutant à la pratique la nécessité de l'*opinio juris*, on ne ferait qu'identifier une règle coutumière, non une règle du *jus cogens*. Dans le cadre du présent sujet, il faut viser la pratique assortie d'une *opinio juris* de caractère impératif, qu'on pourrait peut-être appeler *opinio juris cogentis*.

S'agissant de la deuxième question théorique, l'idée de la supériorité du *jus cogens* aux autres normes du droit international, mentionnée aux paragraphes 63 et suivants du rapport, M. Kamto pense comme d'autres membres de la Commission que le rapport ne fonde pas cette hiérarchie des normes de manière convaincante. Celle-ci repose essentiellement sur la distinction entre *jus cogens* et *jus dispositivum*. Or, dans la théorie classique du droit international, cette distinction est fondée sur l'origine des normes et non pas sur leur force ou leur portée juridiques. M. Kamto souscrit à l'affirmation, au paragraphe 66 du rapport, selon laquelle les États ne peuvent se soustraire au *jus cogens* par voie d'accord. Toutefois, aux termes de l'article 53 de la Convention de Vienne, une norme du *jus cogens* peut être modifiée par une nouvelle norme de *jus cogens*. Si la supériorité du

jus cogens est admise, cela reviendrait à dire, par exemple, qu'une norme du *jus cogens* prévaut toujours sur toute autre règle qui ne fait pas partie du *jus cogens*, y compris en matière procédurale. Or cette idée est indéfendable compte tenu de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 3 février 2006 dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, dans laquelle la Cour a estimé « nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties ».

Une troisième question théorique, liée au *jus cogens* en tant que règle de droit coutumier, est celle de l'objecteur persistant. Admettre l'idée d'objection persistante comme moyen de se soustraire à l'application du *jus cogens* reviendrait à écarter les dispositions de l'article 53 de la Convention de Vienne, qui stipule qu'une norme impérative du droit international général est une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère.

Les dispositions de l'article 53 de la Convention de Vienne militent également contre la possibilité d'un *jus cogens* régional, une quatrième question théorique. Les États d'une région donnée peuvent qualifier comme ils le souhaitent les règles qu'ils établissent pour s'obliger mutuellement, sans pour autant que ces règles soient au même niveau que celles du *jus cogens* visées à l'article 53. La plupart des obligations *erga omnes* établies au niveau régional peuvent être considérées comme relevant du *jus cogens* par et pour les États concernés mais, comme toutes les autres règles qui n'ont pas un caractère impératif, elles sont nulles si elles sont en conflit avec une norme impérative du droit international général et elles ne sont nullement opposables aux États extérieurs à la région concernée.

S'agissant des questions de méthodologie, le Rapporteur spécial aurait dû commencer son étude du sujet en clarifiant les termes clés. Ainsi, il aurait dû définir le *jus cogens* par rapport aux obligations *erga omnes*, d'une part, et aux normes « intransgressibles » et « non dérogeables », des concepts que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, d'autre part. Toutefois, toutes les normes *erga omnes* ne sont pas automatiquement des normes du *jus cogens*. Il convient de se demander si « normes du *jus cogens* », « normes intransgressibles » et « normes indérogeables » sont synonymes et, dans l'affirmative, pourquoi on emploierait des termes différents pour désigner le même concept.

S'agissant d'expliquer l'apparition d'un *jus cogens* non conventionnel, l'idée de médiation institutionnelle ou juridictionnelle est centrale, car elle est le point d'articulation entre le fondement métajuridique du *jus cogens* et le mécanisme prévu à l'article 66 de la Convention de Vienne. Il ressort de cet article que, mis à part les cas dans lesquels le statut de *jus cogens* est conféré par un traité, c'est à la Cour internationale de Justice qu'il reviendra généralement, en pratique, de dire si une norme alléguée comme étant impérative fait effectivement partie du *jus cogens*. Les dispositions de l'article 66 attestent que les auteurs de la Convention étaient conscients qu'il serait difficile pour les États de s'entendre sur l'application ou l'interprétation d'une norme alléguée comme étant impérative. La Cour servirait ainsi de médiateur, comme elle le fait s'agissant de la détermination du droit international coutumier. Cette médiation est, au moins pour l'instant, la manière optimale de déterminer le *jus cogens*. En fait, M. Kamto dit qu'à sa connaissance il n'y a pas eu de détermination conventionnelle du *jus cogens*, les exemples habituellement cités étant d'origine jurisprudentielle.

Quant à savoir s'il convient d'établir une liste des normes du *jus cogens* ou de citer des exemples dans les commentaires, M. Kamto n'a pas de préférence particulière. Premièrement, une telle liste ne pourra jamais être exhaustive et donc établir une telle liste

ne serait pas différent de se contenter de donner des exemples. Deuxièmement, bien que la Commission doive dégager la méthode ou les principes guidant la détermination du *jus cogens*, elle ne devrait pas elle-même chercher à déterminer les normes concernées. Bien qu'elle s'y soit essayée par le passé – comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu le 27 juin 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* – c'était avant l'adoption de la Convention de Vienne. Pour M. Kamto, l'article 66 de la Convention, lu avec l'article 53 du même texte, indique que la détermination de ces normes incombe aux États dans un cadre conventionnel et que, hors d'un tel cadre, à l'occasion d'un différend entre États, à la Cour internationale de Justice. Il n'est pas souhaitable que la Commission s'avance dans cette voie et s'expose à un désaveu éventuel de la Cour.

S'agissant des projets de conclusion, s'ils doivent être conservés tous les trois, l'ordre des projets de conclusions 2 et 3 devrait être inversé. M. Kamto estime toutefois que tous les projets de conclusion ne devraient pas être renvoyés au Comité de rédaction.

Le projet de conclusion 1 est rédigé en des termes impératifs qui ne sont pas étayés par le contenu du rapport et ne correspondent pas à l'idée même de « conclusion ». Le membre de phrase « Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées » doit être remplacé par « Le présent projet de conclusions concerne la manière d'identifier les règles du *jus cogens*... » car le but du projet de conclusions est simplement d'indiquer la manière de procéder et non d'énoncer une obligation juridique à cet égard.

Le projet de conclusion 2, en particulier son paragraphe 1, est compliqué, obscur et sans objet, car il revient à dire que le *jus cogens* ne peut être modifié, abrogé ni faire l'objet de dérogations, sauf dispositions contraires du *jus dispositivum*. M. Kamto se demande en quoi cela est spécifique au *jus cogens* ; on peut dire la même chose du *jus dispositivum* lui-même. Le paragraphe 1 étant sans pertinence, le paragraphe 2 est inutile, parce que la règle initiale à laquelle il est censé apporter une exception est elle-même inexacte.

Le projet de conclusion 3 gagnerait à reprendre, dans son paragraphe 1, le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et son titre devrait être « Caractère du *jus cogens* ». Le paragraphe 2 de ce projet de conclusion appelle un examen plus approfondi et devrait constituer un projet de conclusion distinct. Pour l'orateur, s'il n'exclut pas l'idée du Rapporteur spécial selon laquelle le *jus cogens* protège les valeurs fondamentales de la communauté internationale, il faut cependant le démontrer sur le plan théorique comme sur le plan pratique par des exemples tirés de la pratique des États et de la jurisprudence. Le Rapporteur spécial ne l'a pas suffisamment fait dans son premier rapport.

M. Kamto dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction du projet de conclusion 1 et du paragraphe 1 du projet de conclusion 2, mais non du paragraphe 2 du projet de conclusion 2 ni du paragraphe 2 du projet de conclusion 3.

En ce qui concerne les travaux futurs sur le sujet, il ne serait pas souhaitable d'évaluer des projets de conclusion déjà adoptés en vue d'en améliorer la cohérence générale, car cela introduirait un élément d'incertitude dans les travaux dont des résultats, fussent-ils provisoires, auront déjà été publiés. Deuxièmement, le Rapporteur spécial devrait indiquer que dans le cadre des « conséquences du *jus cogens* » qu'il se propose de traiter dans son troisième rapport, il abordera la question de la responsabilité des États. Il serait illogique d'aborder cet aspect du sujet avant d'avoir défini la notion de conséquence et d'examiner son régime juridique.

Enfin, M. Kamto pense comme d'autres membres de la Commission que comme le *jus cogens* existe aussi en droit interne, il serait souhaitable de préciser l'intitulé du sujet, qui pourrait être « Le *jus cogens* en droit international » ou « Le *jus cogens* dans l'ordre juridique international ».

M. El-Murtadi dit qu'il félicite le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport sur un sujet très complexe qu'il a su aborder avec souplesse et prudence.

À la section III de son rapport, le Rapporteur spécial examine l'opportunité d'établir une liste indicative de règles du *jus cogens* à la lumière des vues exprimées durant les débats. Certains États risquent toutefois de considérer une telle liste comme exhaustive alors qu'elle ne l'est pas, et elle risque par ailleurs d'être incomplète. Par contre, rien n'empêche la Commission de mettre en lumière la nature du *jus cogens* en donnant des exemples dans le commentaire.

Il y a peut-être de nombreux exemples de cas dans lesquels des juridictions internes et internationales ont visé des règles du *jus cogens* mais, pour répondre aux préoccupations des États ayant exprimé des réserves quant à l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission, celle-ci doit suivre sa pratique habituelle et fonder ses travaux sur la pratique effective des États.

Compte tenu du paragraphe 28 du rapport, il serait souhaitable que la Commission fonde ses travaux sur l'article 53 de la Convention de Vienne, les règles relatives au *jus cogens* énoncées dans celui-ci et les travaux préparatoires de la Conférence de Vienne de 1968-1969. Les positions adoptées par les États donnent les indications nécessaires pour déterminer la nature actuelle du *jus cogens*. Les États ont en effet, depuis cette conférence, accepté l'existence du *jus cogens* en tant qu'exception aux règles générales du droit international.

Aucune des théories exposées aux paragraphes 50 et suivants du rapport n'explique clairement pourquoi le *jus cogens* est impératif. M. El-Murtadi dit que puisque la jurisprudence n'a pas suffisamment clarifié cette question, il appuie la démarche du Rapporteur spécial consistant à prendre le droit international public comme fondement théorique et à définir les règles du *jus cogens* comme des règles auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui expriment les valeurs fondamentales de la communauté internationale.

L'orateur dit qu'il est favorable au renvoi des trois projets de conclusion figurant dans la section VII du rapport au Comité de rédaction et se félicite de la souplesse que le Rapporteur spécial préconise à la section VIII de son rapport en ce qui concerne le programme de travail futur.

M. Al-Marri félicite le Rapporteur spécial pour son rapport et le point de départ prometteur qu'il constitue pour l'examen d'un sujet important. Les trois projets de conclusion devraient être renvoyés au Comité de rédaction car ils reflètent un large consensus parmi les praticiens et les auteurs. Le Rapporteur spécial a défini la nature fondamentale du *jus cogens* et proposé des solutions pratiques. Le *jus cogens* a été consacré à l'article 53 de la Convention de Vienne et il est généralement admis qu'en font notamment partie l'interdiction du génocide et de l'agression, ainsi que le droit à l'autodétermination.

M. Tladi (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son premier rapport, dit que le vigoureux échange de vues auquel ce rapport a donné lieu contribuera à assurer la qualité des travaux de la Commission sur le sujet.

Il indique qu'il n'a pris dans son rapport aucune position particulière dans le débat entre jusnaturalistes et positivistes. Il ne pense pas qu'ainsi que l'a dit M. Valencia-Ospina, l'adoption de l'article 53 de la Convention de Vienne comme point de départ implique nécessairement une approche reposant sur le consentement. La dichotomie consentement/contenu visée par M. Petrič est extrêmement intéressante. Le premier élément, le consentement, soulève des questions quant au sens des mots « acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble » et fera sans aucun doute l'objet

d'un débat à la Commission. Le Rapporteur spécial dit qu'il a tendance à penser avec M. Vázquez-Bermúdez et M. Caflisch que ces mots ne dénotent pas nécessairement une tendance positiviste. Par contre, à la différence de M. Nolte et de M. Kolodkin, il ne pense pas que l'article 53 mette nécessairement un terme au débat et, comme M. Hmoud, il ne pense pas qu'il soit même essentiel d'y mettre un terme. La question du *jus cogens* conventionnel soulevée par M. Kamto devrait être examinée dans le deuxième rapport. Contrairement à ce que pense M. Kamto, la résolution du débat théorique n'est pas une condition préalable de l'examen de cette question. Il est toutefois en grande partie d'accord avec l'approche préconisée par M. Kamto pour les travaux sur le sujet.

Le Rapporteur spécial dit qu'il n'a rien contre l'idée de M. Candiotti d'indiquer dans le titre que les normes impératives du droit international sont le *jus cogens*. De fait, le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 le fait, en ajoutant les mots « *jus cogens* » entre parenthèses après « normes impératives du droit international ». Il ne devrait y avoir aucune confusion au sujet des expressions « règles fondamentales », « valeurs fondamentales » et « principes fondamentaux », qui ne sont pas utilisées de manière interchangeable. Si ces notions sont peut-être proches, des valeurs fondamentales ne sont pas en elles-mêmes des règles, lois ou principes. Les règles, lois ou principes, fondamentaux ou autres, peuvent fort bien exprimer des valeurs fondamentales, mais ceci ne signifie pas qu'il y a identité entre valeurs fondamentales et lois, règles ou principes fondamentaux. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 indique seulement que le *jus cogens* protège des valeurs fondamentales.

Tous les membres de la Commission sont convenus que les travaux sur le sujet doivent reposer sur les éléments sur lesquels la Commission fait traditionnellement fond, à savoir la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine. Sir Michael Wood et M. Valencia-Ospina ont contesté que le rapport à l'examen soit fidèle à cette approche. En fait, chacun des éléments des projets de conclusion proposés repose sur la pratique. Le Rapporteur spécial remercie M. Caflisch d'avoir appelé l'attention sur une disposition de la Constitution suisse qui constitue un exemple important de pratique et M. Kolodkin pour ses références à la jurisprudence russe.

Il serait peu judicieux que la Commission fonde ses travaux sur le débat théorique relatif au *jus cogens* pour éluder le problème de la quasi-absence de pratique, une question soulevée par M^{me} Jacobsson et M. Valencia-Ospina. La diversité des opinions montre que s'appuyer sur la théorie en l'absence de pratique reviendrait à adopter une approche fondée sur une préférence politique que le Rapporteur spécial a critiquée dans d'autres domaines. Il sait gré à M. Hmoud d'avoir souligné la distinction à faire entre la jurisprudence internationale comme moyen auxiliaire d'identification des règles et la jurisprudence interne, qui non seulement identifie les règles mais constitue également une pratique. L'utilisation de l'expression « la pratique des États et la jurisprudence » dans le rapport peut avoir occulté cette distinction. Le paragraphe 10 du rapport ne fait que décrire les opinions exprimées à la Sixième Commission au sujet de la pratique et ne se prononce pas sur leur validité.

Les membres de la Commission sont divisés sur l'opportunité d'établir une liste indicative. M. Comissário Afonso, M. Caflisch, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hmoud, M. Kolodkin, M. Niehaus, M. Park, M. Petrič, M. Saboia et M. Šturma sont pour, M. Kittichaisaree, M^{me} Jacobsson, M. Murase, M. Nolte, M. Singh et Sir Michael Wood sont contre. Le Rapporteur spécial souligne que toute liste que pourra établir la Commission reposera sur la pratique des États et la jurisprudence internationale et non sur les préférences de politique générale de la Commission. Comme l'a dit à juste titre M. Kolodkin, les normes susceptibles d'y figurer sont très nombreuses et, comme l'ont souligné M. Caflisch et M. Comissário Afonso, une telle liste devrait généralement être très bien accueillie par beaucoup.

Bien que l'idée d'une liste indicative soit donc attrayante, la question de savoir si le *jus cogens* est un sujet méthodologique ou axé sur un processus demeure sans réponse. Le Rapporteur spécial dit qu'il a pris note de l'argument de M. Forteau selon lequel ce qui distingue le sujet à l'examen du sujet plus méthodologique du droit international coutumier est qu'un élément normatif/substantif a été expressément inclus dans le plan d'étude approuvé par la Commission. Ce plan d'étude n'empêche toutefois pas celle-ci de décider de procéder dans une direction différente, comme il lui est arrivé de le faire par le passé. D'autre part, M. Petrič a peut-être eu raison de dire que, même si la Commission décide d'établir une liste indicative, elle n'aura pas à s'écarter de l'approche méthodologique, dès lors que n'y figurent que des normes du *jus cogens* universellement acceptées. La liste évoquée par M. Park a été établie non par la Commission mais par le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international et elle s'écarte à certains égards de la propre liste de la Commission. Les membres semblent convenir qu'il faudra donner des exemples de normes du *jus cogens*, au moins dans les commentaires. Le Rapporteur spécial dit qu'il prend note de l'argument de M. Murphy selon lequel établir une liste à partir des commentaires pour la faire figurer dans une annexe créerait des difficultés, car les éléments visés dans les commentaires ont été choisis pour des raisons de méthode et non parce qu'ils illustraient les règles quant au fond. La manière la plus sage de procéder serait de suivre la suggestion de MM. Hassouna, Kolodkin et McRae et de remettre à plus tard la décision sur ce point.

M. McRae, M. Murphy et Sir Michael Wood ont soulevé une objection méthodologique à ce que le Rapporteur spécial a appelé « la fluidité du sujet », et M. Nolte et M. Singh ont soutenu qu'une fois qu'un projet de conclusion a été adopté il ne peut plus être considéré comme fluide. M. Hassouna a toutefois relevé à juste titre qu'une approche fluide signifiait que les projets de conclusion proposés pourraient être réexaminés si nécessaire compte tenu de la direction choisie par la Commission. Bien entendu, une « décision positive », pour reprendre le terme utilisé par M. Nolte, serait nécessaire à cet égard. Le Rapporteur spécial dit qu'il souscrit à l'opinion de M. Vázquez-Bermúdez, à savoir que la Commission n'adopterait assurément pas une disposition de validité douteuse. Le paragraphe 68 du rapport n'indique pas, contrairement à ce qu'affirme M. Murphy, que la conclusion selon laquelle les normes du *jus cogens* sont universelles est provisoire et susceptible d'être révisée. Le paragraphe 67 du rapport indique sans équivoque que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables. Ce qui est provisoire est la conclusion selon laquelle il ne peut y avoir d'objecteur persistant au *jus cogens* et qu'un *jus cogens* régional ne saurait exister. Comme aucun projet de conclusion n'est proposé sur le *jus cogens* régional ou l'objecteur persistant, on ne saurait dire que le paragraphe 68 donne l'exemple d'une approche fluide aboutissant à l'adoption provisoire de projets de conclusion qui devront être revus une fois que la Commission sera sûre qu'ils sont corrects.

Même si les futurs rapports devaient mettre au jour une quantité énorme d'éléments justifiant la notion de *jus cogens* régional, le postulat fondamental, à savoir que le *jus cogens* est universellement applicable, ne s'en trouverait pas modifié. À cet égard, le Rapporteur spécial relève que dans le cadre de la « Détermination du droit international coutumier », la référence au paragraphe 2 du projet de conclusion 16 à « une pratique générale entre les États concernés » n'a pas nécessité la révision du projet de conclusion 8, aux termes duquel « [l]a pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative ». Le Rapporteur spécial estime donc comme M. Nolte que le caractère universel du *jus cogens* n'exclut pas la possibilité d'un *jus cogens* régional et, comme M^{me} Jacobsson, que même si la Commission devait envisager un *jus cogens* régional, la règle générale est que le *jus cogens* s'applique universellement. Le *jus cogens* régional sera étudié en détail dans les rapports futurs ; il n'a pas été exclu, comme le pensent M. Forteau, M. Hassouna, M. Nolte, M. Park et Sir Michael Wood.

Contrairement à ce qu'affirment M. Forteau, M. McRae, M. Murphy, M. Nolte et Sir Michael Wood, le rapport ne dit pas que la Commission devrait adopter des conclusions

avec l'intention de les revoir mais, quoi qu'il en soit, la Commission revient souvent sur des textes qu'elle a adoptés. Une révision a par exemple été proposée en ce qui concerne le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 sur le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » et le projet d'article 1 sur le sujet « Immunité de juridiction pénale des représentants de l'État ».

S'agissant des projets de conclusion eux-mêmes, le projet de conclusion 1 a recueilli un large appui, sous réserve de certaines observations quant à son texte, mais le projet de conclusion 2 a été presque unanimement critiqué. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 a recueilli un large appui moyennant certains amendements, et quelques membres ont critiqué le paragraphe 2.

S'agissant du texte du projet de conclusion 1, de la portée du sujet dans son ensemble et des questions de définition, M. Murase, appuyé par M^{me} Escobar Hernández, se sont demandés pourquoi le rapport limitait la portée du sujet au droit des traités mais n'envisageait pas de la signification et la fonction du *jus cogens* dans le contexte du droit de la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial dit qu'il pense avec M. Murase que la Commission ne peut ignorer les implications du *jus cogens* dans le contexte de la responsabilité de l'État ; de fait, elle ne peut ignorer ses implications dans aucun domaine du droit international. Le plan d'étude proposé sur le sujet, en particulier son paragraphe 17, vise expressément le droit de la responsabilité de l'État non seulement en tant que source importante d'éléments sur lesquels la Commission fonderait ses travaux mais également en ce qui concerne les effets du *jus cogens* sur la responsabilité de l'État ; de plus, certains des éléments visés dans le plan d'étude et dans le premier rapport du Rapporteur spécial concernent la responsabilité de l'État. Comme l'a noté M. Murase, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions relative au *jus cogens*, y compris celle citée dans le rapport, a trait dans son immense majorité à des questions autres que le droit des traités. La portée du sujet ne se limite assurément pas au seul droit des traités et comprend également le droit de la responsabilité de l'État, en particulier s'agissant des conséquences.

La déclaration de M. Murase peut être interprétée comme signifiant que la définition et la nature du *jus cogens* sont différentes selon les branches du droit, une opinion que le Rapporteur spécial ne partage pas. La Commission a envisagé le *jus cogens* dans divers contextes, y compris le droit de la responsabilité de l'État et la fragmentation, et nul n'a jamais affirmé que cela soit le cas. Les conséquences du *jus cogens* peuvent être différentes mais sa nature et sa définition sont toujours les mêmes. Il n'est donc pas nécessaire d'identifier le *jus cogens* et aux fins du droit des traités et aux fins du droit de la responsabilité de l'État.

M. Forteau s'est dit surpris que le rapport ne se penche pas sur l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969, une disposition qui, d'une certaine manière, concerne les dérogations. Le paragraphe 4 du rapport indique toutefois clairement que les questions telles que la relation entre le *jus cogens* et la prohibition de toute dérogation serait examinée dans les rapports suivants. Il en va de même de la relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*, une question évoquée par M. Kamto, qui sera examinée avec les conséquences ou effets du *jus cogens*.

Le Rapporteur spécial dit qu'il appuie la proposition de M. Nolte tendant à remplacer, dans le projet de conclusion 1, les mots « concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées et les conséquences juridiques découlant de ces règles » par « concerne l'identification des normes du *jus cogens* et leurs conséquences juridiques ». M. Murase a fait une autre proposition mais le Rapporteur spécial dit qu'à moins qu'elle ne recueille un appui général, il y est moins favorable qu'à celle de M. Nolte parce qu'elle implique que le sujet concerne l'existence et le contenu des règles du *jus cogens*, ce qui n'est pas le cas. Il pense avec M. McRae que c'est au Comité de rédaction qu'il appartient

de décider quel titre donner au projet de conclusion 1, mais le Comité doit pour ce faire se fonder sur toute décision que la Commission pourra prendre en ce qui concerne les sujets du droit international coutumier, de la protection de l'atmosphère et de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par souci de cohérence. S'agissant du texte français du projet de conclusion 1, le Rapporteur spécial remercie M. Kamto pour ses observations et exprime l'espoir qu'il pourra être remédié au problème.

La principale critique adressée au projet de conclusion 2 est que son premier paragraphe porte sur des questions qui ne relèvent pas du sujet, en particulier en ce qu'il vise la manière dont les règles du *jus dispositivum* peuvent être modifiées ou abrogées, ou dont on peut y déroger. De nombreux membres ont formulé cette critique, et le Rapporteur spécial est désormais convaincu qu'elle n'est pas sans mérite et que le projet de conclusion porte sur des questions de caractère général qui ne relèvent pas du sujet. Essayer de résumer un domaine aussi large dans un bref projet de conclusion oblige inévitablement à omettre d'importantes nuances. Ce projet de conclusion a été essentiellement proposé pour souligner le fait qu'en son état actuel, le droit international voit dans le *jus cogens* une exception à la règle générale. Le Rapporteur spécial dit qu'il demeure persuadé qu'il faut exprimer cette idée et il espère qu'elle pourra être conservée mais sans les complications qui caractérisent actuellement le premier paragraphe du projet de conclusion 2. Peut-être le Comité de rédaction pourra-t-il envisager de la faire figurer au paragraphe 1 du projet de conclusion 3. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas certain d'avoir bien suivi le raisonnement de M^{me} Escobar Hernández sur le point de savoir pourquoi le *jus cogens* n'est pas exceptionnel. Tant M. Hmoud que M. Al-Murtadi en ont souligné le caractère exceptionnel, et les paragraphes 65 et 66 du rapport, en particulier la note de bas de page 218, citent un grand nombre de sources le confirmant.

Les observations relatives au paragraphe 1 du projet de conclusion 3, qui concernent principalement son libellé, sont très utiles. Le Rapporteur spécial rappelle que lorsqu'il a présenté son rapport, il a déjà proposé de supprimer les termes additionnels « modification » et « abrogation » et de remplacer « règles » par « normes », deux propositions appuyées par de nombreux membres. Il souscrit à la proposition de Sir Michael Wood, appuyée notamment par M. Hassouna et M. Kittichaisaree, d'aligner pleinement ce paragraphe sur l'article 53 de la Convention de Vienne.

La majorité des membres de la Commission ont appuyé la teneur du paragraphe 2 du projet de conclusion 3 mais y ont proposé des modifications de forme. Certains membres ont exprimé des doutes non quant au contenu de ce paragraphe mais en ce qui concerne le moment de son examen. D'autres se sont déclarés opposés à sa teneur. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas du tout d'accord avec ceux qui affirment que les éléments identifiés dans ce paragraphe ne sont pas étayés, ni en général ni dans le rapport. Comme d'autres membres de la Commission, le Rapporteur spécial considère que le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 est très important. Pratiquement tous les membres ont souligné qu'il fallait que la Commission fasse reposer ses travaux sur la pratique, mais Sir Michael Wood, appuyé par M. McRae et M. Forteau, a pour l'essentiel affirmé que si le rapport prétendait suivre cette approche, aucun élément tiré de la pratique n'étayait le paragraphe 2 du projet de conclusion 3.

L'idée que les valeurs fondamentales sont une caractéristique essentielle du *jus cogens* est si largement acceptée que même un auteur éminent qui ne la partage pas – Rober Kolb – en a reconnu la prédominance. Le Rapporteur spécial se dit donc surpris que certains membres de la Commission la conteste. Comme l'a souligné à juste titre M. Petrič, les normes qui constituent incontestablement des normes du *jus cogens* reflètent des valeurs importantes, et M. Šturma a souligné que les normes impératives protégeaient les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour

internationale de Justice a jugé que l'interdiction du génocide visait à prévenir un crime « qui bouleverse la conscience humaine » et « est contraire [...] à la loi morale ». Selon la Cour, cette interdiction reflète donc « les principes de morale les plus élémentaires ». La Cour confirme ainsi que l'interdiction du génocide, dont elle a plusieurs fois par la suite confirmé qu'elle faisait partie du *jus cogens*, reflète des valeurs fondamentales de l'humanité. Cela a été réaffirmé plusieurs fois avec l'approbation de la Cour, en particulier dans des décisions confirmant que cette interdiction faisait partie du *jus cogens*, et par d'autres juridictions, notamment le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Répondant à l'affirmation de M. Murphy selon laquelle la Cour n'a jamais visé les « valeurs fondamentales », le Rapporteur spécial renvoie la Commission aux décisions citées dans la note de bas de page 238 du rapport, y compris les arrêts rendus en 2007 et 2015 dans les affaires concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* et l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, respectivement, dans lesquelles la Cour a défini les normes du *jus cogens* comme celles protégeant des « valeurs humanitaires essentielles ». Il est donc inexact de dire que viser les valeurs fondamentales dans le projet de conclusion en question découle d'une extrapolation non étayée du texte de la Convention de Vienne. Dans l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été plus explicite en rattachant le caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture à « l'importance des valeurs qu'elle protège ». Il a déclaré ce qui suit : « Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. » Cette phrase a été citée par plusieurs juridictions, y compris la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. Dans l'affaire *Michael Domingues v. United States*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que les normes du *jus cogens* tiraient leur statut des valeurs fondamentales de la communauté internationale. Les affaires citées sont toutes mentionnées dans le rapport ; de plus, la Commission a approuvé la règle de l'objecteur persistant essentiellement sur la base de deux *obiter dicta* dans les affaires des *Pêcheries* et du *Droit d'asile*, une jurisprudence beaucoup moins abondante que celle visée en l'espèce.

De nombreux États ont indiqué dans leurs déclarations qu'ils estimaient que les normes du *jus cogens* protégeaient les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Outre le Liban et le Nigéria, visés dans le rapport, ils sont extrêmement nombreux à l'avoir fait, en particulier s'agissant des travaux de la Commission sur le droit des traités. Durant la vingt-cinquième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans le cadre du point de l'ordre du jour relatif à l'examen du rôle de la Cour internationale de Justice, la Belgique a fait observer que l'interdiction de l'emploi de la force prévue au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte était si fondamentale qu'elle était devenue une norme impérative du droit international. À la vingt-septième session, dans le cadre d'un point relatif à l'examen de la Charte, l'Espagne a déclaré que les procédures de vote, aussi importantes qu'elles fussent, ne pouvaient en aucune manière être assimilées à des principes fondamentaux, affirmant que, si elles faisaient partie du droit positif, elles n'étaient pas impératives et n'étaient donc pas intouchables. À la trente et unième session, commentant le projet d'articles sur la responsabilité des États, la Yougoslavie a décrit les normes du *jus cogens* comme des obligations essentielles pour la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, et le Mali les a décrites comme servant les intérêts fondamentaux de l'humanité. À la quarante-neuvième session, la Grèce a déclaré que la répression des crimes internationaux, à savoir les actes interdits par le *jus cogens*, visait à protéger les intérêts fondamentaux de l'humanité.

La déclaration faite par la France à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission sur la responsabilité des États est

particulièrement importante étant donné qu'à ce stade la France n'avait pas encore reconnu le *jus cogens*. Exprimant des doutes sur ce qui était alors le projet d'article 19 des articles sur la responsabilité des États, la France a déclaré que le concept d'obligation internationale si essentielle pour la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale semblait en gros correspondre à celui de norme impérative du droit international général. Si, à l'époque, la France niait l'existence du *jus cogens*, elle liait clairement celui-ci aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale. L'idée que les normes du *jus cogens* reflètent les intérêts fondamentaux a de même été avancée par l'Afrique du Sud durant la cinquante-cinquième session, l'Allemagne mentionnant les valeurs humanitaires fondamentales et le Costa Rica, représenté par M. Niehaus, les intérêts fondamentaux. À la cinquante-sixième session, le Portugal a déclaré ce qui suit :

« Les notions de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes* et de crimes internationaux de l'État ou de manquements graves à des obligations au regard des normes impératives du droit international général reposent sur la croyance commune en certaines valeurs fondamentales du droit international qui, en raison de leur importance pour la communauté internationale dans son ensemble, méritent d'être mieux protégées que d'autres. »

De même, dans la requête qu'elle a introduite en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Belgique, dont Sir Michael Wood était le conseil, a déclaré que l'interdiction de la torture faisait partie du *jus cogens* en raison, notamment, de l'importance que la communauté internationale dans son ensemble attachait à l'élimination de la torture.

Les décisions de tribunaux internes énonçant la même idée sont également très nombreuses. Au Royaume-Uni, dans l'affaire *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, la Cour a déclaré que l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens* en raison de l'importance des valeurs qu'elle protégeait. De même, la Cour d'appel des États-Unis a, dans l'affaire *Siderman de Blake v. Argentina*, déclaré que les normes du *jus cogens* découlaient de valeurs considérées comme fondamentales par la communauté internationale. Une possibilité que le Comité de rédaction pourrait envisager consiste à viser les « intérêts fondamentaux », même si le Rapporteur spécial préfère quant à lui le mot « valeurs ». Une autre proposition, à laquelle le Rapporteur spécial n'est pas opposé, émane de M^{me} Jacobsson, qui a proposé de remplacer « protéger » par « reflètent ».

De nombreux membres ont convenu que les normes du *jus cogens* étaient supérieures aux autres règles du droit international, mais quelques-uns ont exprimé des doutes s'agissant de viser une hiérarchie. Ces doutes semblent avoir deux origines : premièrement, on a dit qu'aucun élément ne justifiait l'établissement d'une hiérarchie et, deuxièmement, que la supériorité hiérarchique, dans la mesure où les normes du *jus cogens* en bénéficiaient, était une conséquence et devait être envisagée avec les autres conséquences. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas d'accord avec ces deux critiques. La première est particulièrement curieuse du fait que la Commission a déjà expressément consacré la supériorité hiérarchique du *jus cogens*. Au paragraphe 70 et dans la note de bas de page 232, le rapport à l'examen vise la conclusion 32 du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, qui a reconnu que le *jus cogens* était un exemple d'une règle de droit international qui était « supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité ».

L'idée d'une supériorité hiérarchique est étayée par la jurisprudence internationale et celle des tribunaux internes. La Cour d'appel des États-Unis a, dans l'affaire *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, mentionné les normes du *jus cogens* comme celles occupant le rang le plus élevé en droit international, et elle l'a réaffirmé dans plusieurs autres décisions. De nombreuses opinions individuelles jointes à des décisions de la Cour d'appel des États-Unis citent pour l'approuver l'arrêt *United States Citizens Living*

in Nicaragua. La décision rendue dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, qui décrit les normes du *jus cogens* comme celles méritant le statut le plus élevé en droit international, est parmi les autres décisions de la Cour d'appel des États-Unis étayant cette conclusion. On peut également discerner le même raisonnement dans des décisions de tribunaux de district des États-Unis : par exemple, dans l'affaire *Mani Kumari Sabbithi, et al. v. Major Waleed KH N.S. Al Saleh et al.*, le Tribunal fédéral des États-Unis pour le District de Columbia a défini les normes du *jus cogens* comme celles qui jouissaient du statut le plus élevé en droit international et qui prévalaient sur le droit international coutumier comme sur les traités.

L'idée que le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur ressort également de plusieurs décisions rendues par des tribunaux du Royaume-Uni, y compris les diverses opinions exprimées dans l'affaire *Pinochet*. Lord Wilkinson, par exemple, a déclaré que le *jus cogens* jouissait dans la hiérarchie internationale d'un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que le droit international coutumier « ordinaire ». Lord Bingham, dans l'affaire *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, a adopté une position similaire, reprise ultérieurement dans plusieurs autres décisions de la Chambre des Lords. L'idée d'une supériorité hiérarchique a été énoncée dans de nombreuses décisions des tribunaux canadiens, comme celle de la Cour suprême qui, dans l'affaire *Kazemi Estate c. République islamique d'Iran*, a jugé que les normes du *jus cogens* relevaient d'une forme supérieure de droit international coutumier, et dans celles des tribunaux internes argentins. Dans l'affaire *Mazzeo, Julio Lilo et al.*, la Cour suprême d'Argentine a jugé que le *jus cogens* était la source suprême de droit international. De même, dans l'affaire *Simón, Julio Héctor et al.*, elle a déclaré que les normes du *jus cogens* étaient supérieures non seulement au droit conventionnel mais à l'ensemble du droit international. Il existe également une pratique, sous la forme de décisions judiciaires reconnaissant la supériorité hiérarchique du *jus cogens*, aux Philippines, par exemple l'affaire *Bayan Muna v. Alberto Romulo*, et au Zimbabwe, par exemple l'affaire *Mann v. Equatorial Guinea*.

Des juridictions régionales ont également mentionné la supériorité hiérarchique du *jus cogens*. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, visé l'effet impératif de la norme supérieure de *jus cogens*. Dans le système interaméricain, la décision rendue dans l'affaire *Michael Domingues v. United States* désigne le *jus cogens* comme « un ordre supérieur de normes juridiques ».

La supériorité hiérarchique du *jus cogens* est pratiquement incontestée, excepté, semble-t-il, au sein de la Commission. Le Portugal, à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale, a déclaré que le *jus cogens* postulait une hiérarchie des normes, les normes supérieures ne pouvant faire l'objet de dérogations. Lors de la soixante-huitième session, les Pays-Bas ont déclaré que le *jus cogens* était, dans l'ordre juridique international, au sommet de la hiérarchie, qu'il prenne la forme de droit écrit ou de droit coutumier. D'autres États ont reconnu la supériorité hiérarchique du *jus cogens*, notamment Cuba à la vingt-deuxième session, la Grèce à la trente-cinquième session et la Slovaquie et Chypre à la cinquante-quatrième session. Dans ses écritures devant la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, l'Allemagne a déclaré que l'idée d'une supériorité hiérarchique découlant du *jus cogens* était un produit du droit international postérieur à la Seconde Guerre mondiale.

S'agissant de la seconde critique, à savoir que la supériorité hiérarchique est davantage une conséquence qu'une caractéristique du *jus cogens*, on voit mal pourquoi il en serait ainsi, ni pourquoi, comme l'ont dit M. Murase et d'autres, cette supériorité hiérarchique ne s'appliquerait qu'au droit conventionnel. Dans les conclusions des travaux du Groupe d'étude, la Commission n'a pas limité la description du *jus cogens* comme hiérarchiquement supérieur à son application dans le cadre du droit conventionnel, pas plus qu'elle n'a dit qu'il s'agissait d'une conséquence. De plus, les affaires et déclarations des

États citées ci-dessus visent pour l'essentiel la supériorité hiérarchique dans le contexte de la responsabilité de l'État.

Pour le Rapporteur spécial, l'une des conséquences de la supériorité hiérarchique est la nullité, mais la supériorité hiérarchique n'est pas elle-même une conséquence, comme il ressort également des conclusions de la Commission sur les travaux du Groupe d'étude. Les conclusions 32 et 33 décrivent le *jus cogens* en termes, notamment, de supériorité, et la conclusion 41 définit ses effets, y compris la nullité. La Commission n'a pas considéré que la supériorité hiérarchique était uniquement une conséquence.

Le Rapporteur spécial dit qu'il est surpris que certains puissent affirmer que l'application universelle du *jus cogens* n'est pas étayée, rappelant qu'il a déjà mentionné l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, qui décrit l'interdiction du génocide, une norme dont elle a ultérieurement confirmé le caractère de *jus cogens*, comme ayant un caractère universel. L'applicabilité universelle du *jus cogens* a été confirmée par d'autres juridictions, internationales et internes. La Cour d'appel des États-Unis, dans l'affaire *Siderman*, a déclaré que si le droit international coutumier découlait uniquement du consentement des États, les « normes fondamentales et universelles constituant le *jus cogens* » étaient différentes, et elle a déclaré, dans l'affaire *Smith v. Libya*, que les normes du *jus cogens* étaient universellement applicables de par leur nature même. La Cour fédérale d'Australie a évoqué l'universalité du *jus cogens* dans l'affaire *Nulyarimma v. Thompson*.

Comme l'a noté M. Vázquez-Bermúdez, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a, dans un avis consultatif, déclaré que le principe fondamental d'égalité, qu'elle considérait comme un principe du *jus cogens*, était applicable à tous les États. Les États ont eux aussi mentionné à maintes reprises le caractère universel du *jus cogens* dans le cadre de l'Assemblée générale. De plus, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la République démocratique du Congo a déclaré que le *jus cogens* s'imposait à tous les États, qu'ils l'acceptent ou non. La Belgique, dans la requête qu'elle a introduite dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, a déclaré que le *jus cogens* était « un ensemble de règles juridiques applicables à tous les États ». Dans sa requête en l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Bosnie a déclaré que les normes du *jus cogens* « liaient tous les États de la communauté mondiale ». Comme indiqué dans le rapport à l'examen, les États-Unis ont également, dans le contre-mémoire qu'ils ont déposé dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, souligné que l'interdiction de l'emploi de la force avait le statut de *jus cogens*, en raison notamment du fait qu'il s'agissait d'une « norme universelle ». De plus, il existe d'innombrables opinions individuelles de juges et de nombreuses références dans la doctrine, comme indiqué dans le rapport. Ces éléments sont omniprésents dans la pratique, et il serait étrange et déconcertant que la Commission les mette en doute.

À la lumière des observations faites et des modifications qu'il entend proposer au paragraphe 1 du projet de conclusion 3, le Rapporteur spécial dit qu'il est prêt à modifier le titre de ce projet de conclusion afin qu'il vise la définition des normes du *jus cogens* et non leur nature générale. Il recommande que le projet de conclusion 1 soit renvoyé au Comité de rédaction, où il pourra sans doute être amélioré. Il indique qu'il ne propose pas de renvoyer le projet de conclusion 2 au Comité de rédaction. S'agissant du projet de conclusion 3, il recommande son renvoi au Comité de rédaction étant entendu que les modifications, en particulier celles visant à aligner le paragraphe 1 sur le texte de la Convention de Vienne, devront être examinées par la Commission.

Enfin, même s'il n'est pas d'accord avec les critiques adressées à son approche fluide, le Rapporteur spécial dit qu'il est prêt à adopter l'approche que la Commission a suivie dans ses travaux sur le sujet du droit international coutumier, dans le cadre de laquelle les projets de conclusion renvoyés au Comité de rédaction sont conservés par le Comité jusqu'à ce que celui-ci ait mené à bien l'élaboration d'un projet complet de conclusions. La Commission peut bien entendu continuer d'être informée des travaux du Comité dans le cadre de rapports intérimaires lorsque cela est nécessaire.

De nombreux membres de la Commission ont fait des observations sur le titre du sujet : M. Murase, M. Kamto, M. Hassouna et plusieurs autres ont proposé d'intituler le sujet « *Le jus cogens* en droit international ». Le Rapporteur spécial convient que dans son libellé actuel, le titre risque de donner à penser que la Commission envisage le *jus cogens* dans son intégralité, y compris le *jus cogens* en droit interne. Le Rapporteur spécial indique que comme tous les membres n'ont pas exprimé leur opinion sur le sujet, il a l'intention de faire une proposition spécifique à cet égard dans son rapport suivant afin que la Commission puisse trancher.

M. Forteau dit qu'il serait très utile que le Rapporteur spécial communique au Comité de rédaction une liste des exemples tirés de la pratique et de la jurisprudence qu'il a cités dans le cadre de son résumé du débat et qui pour la plupart ne figurent pas dans le rapport à l'examen.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets de conclusions 1 et 3 au Comité de rédaction, compte tenu des recommandations faites par le Rapporteur spécial et sans préjudice de la manière dont les travaux se poursuivront.

Il en est ainsi décidé.

Le Président dit que le Comité de rédaction sur le sujet du *jus cogens* se réunira dans l'après-midi.

M. Murase, se déclarant surpris que la composition du Comité de rédaction sur le sujet ait été discutée la veille du jour où la Commission a décidé de renvoyer un texte au Comité, dit qu'il souhaite faire partie de celui-ci.

Le Président invite M. Murase et les autres membres intéressés à se faire connaître au Président du Comité de rédaction.

M. Singh dit qu'il souhaiterait lui aussi faire partie du Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 55.