Document:-
A/CN.4/SR.3370

Compte rendu analytique de la 3370e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2017, **vol. I**

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

Copyright © Nations Unies

en tant que norme de *jus cogens*, mais estime que le troisième critère énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, selon lequel la norme en question ne doit pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme de *jus cogens*, a bien sa place pour l'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens*. De son avis, il ressort clairement de l'article 53 et de sa genèse que les termes « acceptée et reconnue » renvoient à deux choses : la reconnaissance et l'acceptation d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, et la reconnaissance et l'acceptation de cette norme comme une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général présentant les mêmes caractéristiques. Contrairement au Rapporteur spécial, M. Murphy ne pense pas que le troisième critère n'entre en jeu qu'une fois la norme identifiée ; il s'agit plutôt d'un des moyens d'identifier la norme, raison pour laquelle il apparaît dans la définition du *jus cogens* à l'article 53. Le troisième critère vient nuancer le deuxième : on ne doit pas pouvoir déroger à la norme, mais elle doit pouvoir être modifiée par une autre norme de *jus cogens*. Il faudrait donc inclure le troisième critère dans le projet de conclusion 4, soit en en faisant l'objet d'un alinéa *c*, soit en l'intégrant à l'alinéa *b*. Il serait alors intéressant de se demander si le projet d'article 4 est vraiment nécessaire, car il semble faire double emploi avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3. M. Murphy pense donc, comme M. Rajput, que les propositions de conclusions 3 et 4 se recoupent, mais il préférerait conserver le projet de conclusion 3 et supprimer le projet de conclusion 4.

73. Le projet de conclusion 5 aborde la question du fondement des normes du droit international général. Le raisonnement sur la définition du « droit international général », aux paragraphes 42 et 43 du rapport, est quelque peu obscur. Le terme en question ayant été utilisé de diverses manières par les États, les juridictions et les universitaires, il est difficile à définir de manière univoque. Pour M. Murphy, l'interprétation la plus plausible est que le terme « droit international général » renvoie à un droit qui lie tous les États. Ce pourrait être le sens qu'on a voulu donner au terme « champ d'application […] général » au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, mais il serait plus clair de dire directement que les normes concernées sont contraignantes pour tous les États. M. Murphy se demande pourquoi le Rapporteur spécial a inclus une référence à l'applicabilité universelle dans le projet de conclusion 3 mais pas dans le projet de conclusion 5, ce qui semblerait plus pertinent.

74. M. Murphy convient que le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes du *jus cogens*, comme l'indique le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, mais il est moins convaincu par l'affirmation faite au paragraphe 43 du rapport, à savoir que le droit international coutumier est une manifestation du droit international général, à moins qu'elle ne renvoie qu'au droit international coutumier qui n'est ni régional ni spécial. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 désigne les « principes généraux de droit » comme étant une autre source des normes de *jus cogens*, mais, ainsi que le relève le Rapporteur spécial au paragraphe 48 du rapport, cette proposition semble beaucoup moins étayée par la pratique. Un problème essentiel est que la plupart de ces principes sont établis par analogie avec le droit interne et essentiellement considérés comme remèdes aux lacunes des principales sources du droit international ; ils ne sont pas impératifs. La Commission doit donc être très prudente avant de conclure que les principes généraux de droit sont une base du *jus cogens*. Si elle décide de le faire, elle devra indiquer, tant dans le projet de conclusion que dans le commentaire y relatif, que cette proposition est bien moins étayée par la pratique.

75. M. Murphy nourrit des doutes quant au paragraphe 4 du projet de conclusion 5. Il convient que les dispositions conventionnelles peuvent, ainsi que d'autres facteurs tels que les résolutions d'organisations internationales ou les décisions de conférences intergouvernementales, influencer le développement du droit international coutumier. Il ne voit toutefois pas pourquoi l'influence indirecte des traités en ce qui concerne le *jus cogens* devrait être mise en relief par rapport à ces facteurs. Une hypothèse plus plausible est que les instruments multilatéraux qui ont recueilli une adhésion universelle ou presque, tels que la Charte des Nations Unies et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, jouent un rôle unique dans l'édification du droit international général. La formule « [u]ne disposition conventionnelle » semble beaucoup trop vague.

76. M. Murphy n'a pas de préoccupation particulière en ce qui concerne le projet de conclusion 6, qui aborde la question de l'acceptation et de la reconnaissance. Il y voit toutefois beaucoup de répétitions, surtout par rapport aux projets de conclusions 3, 4 et 8. Les répétitions ne posent pas nécessairement de problème, mais l'emploi de termes différents dans des dispositions très similaires risque de créer une confusion. Au minimum, les projets de conclusions 6 et 8 pourraient être regroupés en un seul projet de conclusion qui traiterait tous les aspects de l'acceptation et de la reconnaissance.

77. M. Murphy dit que, compte tenu des contraintes de temps, il achèvera sa déclaration à la séance plénière suivante.

La séance est levée à 13 h 5.

3370e SÉANCE

Mercredi 5 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Jus cogens (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le *jus cogens* (A/CN.4/706).

2. M. MURPHY, poursuivant son intervention de la séance précédente, dit qu'il approuve dans l'ensemble le projet de conclusion 7 mais qu'il n'est pas convaincu que la notion d'« États dans leur ensemble » renvoie à une reconnaissance collective du caractère non dérogeable d'une norme donnée par opposition à une reconnaissance individuelle d'un nombre d'États suffisant pour constituer une reconnaissance par « les États dans leur ensemble ». Les États agissent toujours individuellement, même lorsqu'ils décident de mener une action collective. À cet égard, le raisonnement suivi au paragraphe 77 du deuxième rapport du Rapporteur spécial n'est pas clair, et n'est d'aucune aide. Il n'est en outre pas pertinent d'affirmer, dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 7, qu'une « large majorité d'États » suffit à identifier une norme en tant que norme de *jus cogens* ; le seuil devrait en effet être bien plus élevé. Il serait plus judicieux de parler d'une « très large majorité », de « pratiquement tous les États » ou de la « quasi-totalité des États ».

3. En ce qui concerne le projet de conclusion 9, M. Murphy s'interroge sur l'absence de référence aux décisions de juridictions nationales, dont un grand nombre sont citées en référence ailleurs dans le rapport, et fait valoir que le paragraphe 3, tel qu'il est rédigé, est incorrect : les décisions des cours et tribunaux internationaux ne sont pas en elles-mêmes des preuves du *jus cogens*, mais elles peuvent constituer un moyen subsidiaire d'identifier une norme de *jus cogens*. Il suggère de modifier le texte en conséquence, et d'envisager également de reformuler comme suit le début du paragraphe 2 : « Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble au sujet de l'acceptation et de la reconnaissance […]. » Il approuve le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de conclusion figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, étant entendu qu'il serait utile de les regrouper, quand cela est possible, afin d'éviter des répétitions risquant de créer la confusion.

4. M. HMOUD dit que, comme l'ont reconnu la doctrine et la Commission, le sujet du *jus cogens* présente des difficultés intrinsèques touchant à l'identification des règles comme aux effets de celles-ci. Alors que les États en sont venus à reconnaître l'existence de la doctrine du *jus cogens*, en particulier depuis l'adoption de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), le contenu des normes impératives, leurs effets et les critères permettant de les identifier demeurent incertains. Selon les termes de l'étude analytique sur la fragmentation du droit international réalisée par le Président du Groupe d'étude sur ce sujet, M. Martti Koskenniemi :

> Au lieu d'essayer de déterminer la teneur du *jus cogens* au moyen de définitions abstraites, mieux vaut suivre le sentier balisé par la Commission en 1966 lorsqu'elle jugeait que "la bonne solution consiste à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une règle de *jus cogens* et […] attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle[note]". Telle semble être encore aujourd'hui la meilleure façon de procéder[281].

5. La Commission ayant décidé d'étudier ce sujet et de se pencher sur l'identification du *jus cogens* et ses effets, il semble pertinent d'examiner l'évolution de la pratique des États et de la pratique internationale.

6. M. Hmoud, bien que souscrivant à l'idée que la Commission ne devrait pas dévier de la règle établie par l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, partage l'opinion du Rapporteur Spécial selon laquelle l'article 53 n'est pas un aboutissement mais un point de départ. Une telle position est nécessaire au vu de l'étendue du sujet, qui couvre les effets du *jus cogens* non seulement sur le droit conventionnel, mais aussi sur les autres sources du droit international. Une approche restrictive a pu être prudente en 1966, mais une approche plus globale est rendue nécessaire par la reconnaissance de la doctrine du *jus cogens* qui a eu lieu depuis. L'article 53 présente un élément de circularité qui n'en fait pas un bon fondement pour l'identification et la définition du *jus cogens* et limite son effet pratique. Il a été utilisé pour décrire les conséquences des règles de *jus cogens* sur les décisions des cours et des tribunaux mais jamais, par exemple, pour déterminer quelles règles du droit international général ont été élevées au rang de *jus cogens*, ou à travers quel processus. Ce sont habituellement la jurisprudence, les décisions et la doctrine, plutôt que l'application des éléments de l'article 53, qui permettent l'identification d'une règle de *jus cogens*.

7. L'article 53 n'étant pas suffisant, les exemples et les indices détaillés que le Rapporteur spécial fournit dans son rapport pour étayer l'existence des caractéristiques du *jus cogens* sont les bienvenus, car une telle description est essentielle pour comprendre le *jus cogens* et ses effets. Étant donné que, pour les cours et tribunaux internationaux, les valeurs fondamentales de la communauté internationale que les normes de *jus cogens* cherchent à protéger sont la raison d'être de ces normes, une plus grande importance devrait être accordée à la description de ces valeurs, même si une définition unique n'est pas envisagée. La question de savoir si une telle description a sa place dans le projet de conclusions ou dans son commentaire est du ressort de la Commission, qui a déjà renvoyé au Comité de rédaction le projet de conclusion 3[282]. La difficulté consiste à garantir qu'il n'y ait pas d'incohérence entre une telle définition du *jus cogens*, fondée sur les valeurs protégées, et les critères formels permettant de reconnaître le *jus cogens*.

8. Bien que la supériorité hiérarchique et la reconnaissance universelle soient des caractéristiques du *jus cogens*,

---

[281] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 84, par. 376. (Le texte de la note de bas de page omise dans la citation est le suivant : « Projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 270, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 50. »)

[282] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

elles en sont des conséquences plutôt que des éléments constitutifs. La supériorité des règles de *jus cogens* sur les autres normes est bien établie, et l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 en a bien défini les effets en ce qui concerne les traités, mais ses conséquences pour les autres sources du droit demeurent peu claires. Aucune décision de justice n'a encore déclaré nulle ou caduque une règle de droit international coutumier au motif qu'elle entrait en conflit avec une norme de *jus cogens*. Une telle possibilité devrait être explorée dans de futurs rapports, parallèlement à d'autres effets potentiels de la supériorité hiérarchique du *jus cogens*. L'application universelle, en tant que caractéristique du *jus cogens*, devrait être examinée sous l'angle de ses effets sur des notions telles que le *jus cogens* régional et la doctrine de l'objecteur persistant. M. Hmoud accepte l'idée que les règles de *jus cogens* sont contraignantes pour tous les États mais demande si elles sont contraignantes pour tous les sujets de droit international et si, par exemple, une organisation internationale devrait être liée par le *jus cogens* lorsqu'elle adopte des résolutions.

9. L'approche suivie dans le rapport, qui consiste à s'appuyer sur la pratique des États pour expliciter et expliquer l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, est la bonne, compte tenu des évolutions importantes qui ont eu lieu depuis l'adoption de cet article et du fait que la Commission ne se cantonne pas à une définition du *jus cogens* qui mentionne uniquement le droit conventionnel. La valeur normative de la définition donnée à l'article 53 et son applicabilité au-delà du droit conventionnel sont largement reconnues. M. Hmoud est en désaccord avec l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle le troisième élément de cette définition – le fait qu'une norme de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère – n'est pas un critère d'identification du *jus cogens*. Comme l'a dit M. Murphy à la séance précédente, tant le texte que les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 semblent indiquer le contraire. C'est une question importante, premièrement parce que, si une telle modification fait bien partie du critère de reconnaissance et d'acceptation, il convient de déterminer le processus par lequel la communauté internationale des États modifie une norme de *jus cogens*. Deuxièmement, l'absence de pratique ou de jurisprudence expliquant comment une nouvelle norme de *jus cogens* peut modifier une norme existante semble montrer que, dès lors qu'une norme de *jus cogens* est établie, on ne peut la modifier ni la supprimer, ce qui fait de l'ensemble de la doctrine du *jus cogens* l'expression du droit international la plus rigide qui soit. Les rapports suivants du Rapporteur spécial devraient aborder ce point ainsi que les questions connexes comme celle de savoir ce qui adviendrait en cas de conflit entre deux normes de *jus cogens* existantes.

10. Le terme « droit international général », utilisé pour le premier critère d'identification du *jus cogens* énoncé à l'article 53, a été accepté dans la jurisprudence et la doctrine mais n'a pas fait l'objet d'une définition faisant autorité. Il recouvre des règles qui s'appliquent d'une manière générale aux situations relevant du droit international, avec certaines limites reconnues telles que les relations conventionnelles, la *lex specialis* et les régimes autonomes. La question n'étant pas ici la nature du droit international général mais uniquement son rapport à la notion de *jus cogens*, la définition proposée au paragraphe 1 du projet de conclusion 5 est appropriée. Le terme est souvent utilisé comme un synonyme de « droit international coutumier », mais, comme le reconnaissent la Commission et la Cour internationale de Justice, il englobe également les principes généraux du droit international, conformément au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La question qui se pose est celle de savoir quelles règles de droit international peuvent devenir des normes de *jus cogens*. La pratique des États et les décisions des tribunaux internationaux suggèrent que le droit international coutumier est l'unique fondement reconnu pour la formation du *jus cogens*, ce qui exclurait la possibilité que les principes généraux de droit servent de sources aux règles du *jus cogens*. Le rapport ne cite pas de preuve du contraire. Le Rapporteur spécial a confirmé, dans son exposé liminaire, que les projets de conclusion s'inspiraient de la pratique. Si l'introduction des principes généraux de droit comme sources du *jus cogens* est théoriquement possible, elle ne reposerait pas sur la pratique, mais relèverait plutôt de la *lex ferenda*. Cela fragiliserait la notion et pourrait engendrer des failles et des incertitudes, ce qui n'est pas le but poursuivi. Outre les difficultés soulignées par M. Murase à la séance précédente, pour qu'un principe général existant en droit interne devienne impératif, il doit passer par une série d'étapes qui n'ont été ni définies ni identifiées dans aucun document relatif au *jus cogens*, pas même dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Aucun exemple d'un principe général de droit qui serait devenu de lui-même une norme de *jus cogens*, sans faire déjà partie du droit international coutumier, n'a été fourni. Le rapport n'explique pas davantage comment la communauté internationale des États dans son ensemble peut reconnaître et accepter un principe général de droit en tant que norme impérative. Le processus de « double acceptation » décrit au paragraphe 77 du rapport est en fait le triple processus par lequel un principe général de droit peut être d'abord reconnu comme une norme par les nations civilisées, puis accepté en tant que norme de droit international coutumier et enfin reconnu comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé. Le moins que l'on puisse dire des sources citées à la note de bas de page appelée après le mot « dérogé » est qu'elles confirment cette affirmation.

11. Quant à la question de savoir si le droit conventionnel peut être une source du *jus cogens*, M. Hmoud admet que le droit conventionnel ne peut constituer un fondement approprié pour le droit international général, pour les raisons exposées dans le rapport et parce que les règles conventionnelles, de par leur nature, ne s'appliquent pas à tous les sujets de droit international mais aux parties à un traité donné. Certains instruments comme la Charte des Nations Unies et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, ont acquis un caractère et une portée généraux, et rien ne permet de penser que leurs dispositions ne pourraient pas devenir des normes de *jus cogens*. L'interdiction de l'emploi de la force énoncée dans la Charte est considérée comme relevant du *jus cogens*. De telles exceptions sont toutefois rares. L'affirmation selon laquelle un traité ne peut que refléter les normes de droit international général pouvant devenir des normes de *jus cogens*, et non en constituer le fondement, est acceptable pour éviter toute difficulté conceptuelle.

Une telle conclusion est justifiée par le nombre limité d'exemples de règles générales d'application générale, bien qu'il faille poursuivre le débat sur la question.

12. S'il est logique, quand on cherche à savoir si une norme est une norme de *jus cogens*, de se demander d'abord s'il s'agit d'une norme de droit international général, puis si elle est acceptée et reconnue comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé, il n'est pas absolument nécessaire de procéder dans cet ordre. L'essentiel est de s'assurer que les deux critères sont remplis séparément, ce qui est admis au paragraphe 62 du rapport et reflété dans le projet de conclusion 4. M. Hmoud convient avec le Rapporteur spécial qu'il est nécessaire de prouver, non pas le caractère non dérogeable d'une norme en soi, mais le fait que ce caractère est reconnu et accepté par la communauté internationale des États dans son ensemble. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 est libellé de telle sorte que, d'objectif, le second critère est devenu subjectif. Or le caractère non dérogeable est essentiellement lié à la nature des valeurs que les règles de *jus cogens* visent à défendre. Les commentateurs jugeront nécessaire de déterminer si de telles valeurs sont si fondamentales qu'elles ne souffrent aucune dérogation. Dans leurs décisions, divers cours et tribunaux internationaux, dont la Cour internationale de Justice, se sont demandé si, et dans quelle mesure, des normes précises de *jus cogens* protégeaient ces valeurs fondamentales. Il reste à savoir si, pour établir qu'une norme est reconnue et acceptée par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé, il est nécessaire de déterminer si chaque État en particulier en a accepté et reconnu le caractère non dérogeable. Pour M. Hmoud, ce n'est pas nécessaire : l'acceptation en tant que critère du *jus cogens* est distincte de l'acceptation comme étant le droit requise pour prouver qu'une norme relève du droit international coutumier. Ce qu'il convient d'établir, c'est l'acceptation collective par la communauté internationale des États. En substance, il doit être prouvé que le caractère impératif de la norme a été reconnu et accepté par les États entre eux, et non par une majorité ou une minorité d'États. La question n'est pas non plus de savoir si un État ou un groupe d'États ont un pouvoir de veto. Elle devrait plutôt être de savoir si les États ont accepté et reconnu entre eux qu'on ne pouvait déroger à la norme. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 devrait être modifié en ce sens.

13. Le terme « attitude » devrait être supprimé du paragraphe 1 du projet de conclusion 7, car il n'a aucune valeur normative ni indicative pour ce qui est de l'acceptation et de la reconnaissance par les États et il n'est pas pertinent dans le contexte. Ce sont les éléments attestant une conviction relative au caractère non dérogeable de la norme qu'il convient d'examiner. Il peut s'agir de l'expression de l'opinion des États, de traités, de résolutions d'organisations internationales et de décisions de tribunaux internationaux. Le projet de conclusion 9 en donne des exemples. Pour la hiérarchie des diverses preuves et le poids relatif à leur accorder, on s'est écarté des travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier. M. Hmoud se félicite qu'une plus grande valeur soit accordée aux décisions des cours et tribunaux internationaux, mais estime que le Comité de rédaction devrait examiner plus en détail la manière dont est décrite l'importance à donner aux preuves. L'emploi de différents termes ayant la même signification risque de créer la confusion. Il conviendrait d'examiner de manière globale les documents pertinents pour déterminer s'il y a eu acceptation et reconnaissance de la communauté internationale dans son ensemble. Bien que des documents émanant d'autres acteurs que des États puissent être utiles pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance par les États, l'enjeu n'est pas l'acceptation et la reconnaissance par les acteurs non étatiques.

14. Les projets de conclusion contiennent un certain nombre de répétitions et devraient être simplifiés par le Comité de rédaction. Pour ce qui est du programme de travail futur, la Commission devrait fournir, à titre indicatif, une liste non exhaustive de normes de *jus cogens* fondée sur ses projets de conclusion sur le sujet. Une telle liste serait utile aux États, aux juridictions internationales et aux praticiens, et permettrait d'accroître le degré de certitude quant à la valeur impérative de certaines normes. M. Hmoud n'a pas d'objection à débattre des effets juridiques du *jus cogens* sur la responsabilité de l'État, mais il invite le Rapporteur spécial à veiller à la cohérence avec les articles élaborés sur ce dernier sujet[283]. Il recommande le renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

15. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit qu'il souscrit à nombre des observations formulées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, en particulier quant au fait que les normes de *jus cogens* peuvent découler non seulement de règles du droit international coutumier mais aussi de principes généraux du droit international, que le *jus cogens* peut être reflété dans les traités et qu'une norme impérative de droit international général ne peut découler que d'une norme de droit international général. Il convient également que l'un des éléments caractéristiques du *jus cogens* est sa forme spécifique de reconnaissance et d'acceptation, que le Rapporteur spécial qualifie fort à propos d'*opinio juris cogentis*. Il partage toutefois les préoccupations d'autres membres quant aux critères retenus par le Rapporteur spécial pour déterminer si une norme est une norme de *jus cogens*.

16. La portée du premier critère – selon lequel les normes de *jus cogens* sont des normes de droit international général – doit être précisée. Dire qu'une norme impérative de droit international général ne peut découler que d'une norme de droit international général ne revient pas à dire qu'une norme impérative de droit international général ne peut être que d'application générale. Pour M. Nolte, il peut y avoir des cas particuliers de normes impératives de droit international, tels que le *jus cogens* régional. La Cour européenne des droits de l'homme a parfois fait référence à des valeurs européennes fondamentales, et d'autres juridictions régionales des droits de l'homme pourraient aussi considérer que certaines valeurs et certains principes sont essentiels pour leurs systèmes respectifs et reconnaître en conséquence des normes impératives

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

spécifiques. Plutôt que de prendre position sur la question, la Commission devrait simplement ménager cette possibilité. Il lui suffirait de dire qu'une norme impérative de droit international général ne peut découler que d'une norme de droit international général. Il serait malvenu d'exclure l'existence de normes impératives spécifiques de droit international sans explorer pleinement la pratique des systèmes régionaux.

17. M. Nolte est surtout préoccupé par le deuxième critère retenu aux fins de l'identification du *jus cogens*, à savoir la reconnaissance et l'acceptation d'une règle de droit international général en tant que règle de *jus cogens*, ou *opinio juris cogentis*. Bien qu'il convienne de l'existence d'un tel critère et du caractère décisif de la reconnaissance et de l'acceptation par la communauté internationale des États dans son ensemble, il lui semble que la manière dont le Rapporteur spécial a proposé le critère en question donne à penser que la formation du *jus cogens* à partir d'une simple règle de droit international coutumier est plus aisée que la formation d'une telle règle. Selon le paragraphe 3 du projet de conclusion 7, «[l]'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*». Ainsi, dès lors qu'«une large majorité d'États» considèrent qu'une règle de droit international coutumier donnée devrait devenir une norme de *jus cogens*, il leur suffit de l'exprimer pour que cela se produise.

18. M. Nolte lui-même ne pense pas que l'*opinio juris cogentis* soit l'unique critère requis pour qu'une simple règle de droit international coutumier soit élevée au rang de règle de *jus cogens*. Si tel était le cas, il suffirait que l'Assemblée générale adopte une résolution à cet effet à la majorité des deux tiers pour faire d'une règle de droit international coutumier une norme de *jus cogens*. Pour prendre un exemple hypothétique s'appuyant sur la doctrine Calvo, il ne devrait pas être possible qu'une règle de droit international coutumier soit élevée au statut de *jus cogens* uniquement pour servir les intérêts économiques ou politiques communs d'une «large majorité» d'États. Les critères doivent être plus stricts, pour le fond comme pour la forme.

19. En ce qui concerne le fond, toute règle de droit international général élevée au rang de *jus cogens* devrait refléter les valeurs fondamentales existantes de la communauté internationale des États. M. Nolte convient avec le Rapporteur spécial que la Commission ne devrait pas se tourner vers les théories du droit naturel pour identifier ces valeurs fondamentales. Elle doit indiquer une manière plus largement acceptée d'identifier les valeurs fondamentales existantes. Elle pourrait par exemple montrer qu'une règle est ancrée dans un nombre représentatif de systèmes juridiques nationaux. Si une telle base existait pour une règle donnée, il serait alors acceptable, en s'appuyant sur l'*opinio juris cogentis*, d'élever la règle au rang de *jus cogens*.

20. Pour ce qui est de l'aspect procédural, M. Nolte s'étonne, compte tenu de l'effet juridique extraordinairement puissant du *jus cogens*, que, pour le Rapporteur spécial, une «large majorité» soit suffisante pour établir l'*opinio juris cogentis* requise. Cela est d'autant plus surprenant qu'au paragraphe 67 du rapport le Rapporteur spécial explique que, dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la référence à la communauté internationale des États «dans son ensemble» est utilisée comme l'équivalent d'«une très large majorité» d'États. L'objectif était de garantir que l'opposition d'un État, ou d'un très petit nombre d'États, n'empêcherait pas l'émergence d'une règle de *jus cogens*. À l'époque, les rédacteurs de la Convention ont dû avoir à l'esprit l'objection persistante de l'Afrique du Sud à l'interdiction de l'apartheid. L'existence d'une *opinio juris cogentis* telle que proposée par le Rapporteur spécial est donc certainement nécessaire pour qu'une norme devienne une norme de *jus cogens*, mais pas suffisante. De plus, en affirmant au paragraphe 31 de son rapport que les critères formels, procéduraux, du *jus cogens* devraient être remplis pour qu'une règle ou un principe puisse être qualifié de *jus cogens*, le Rapporteur spécial exclut l'élément juridique essentiel du *jus cogens*, à savoir le fait qu'il protège une valeur fondamentale pour la communauté internationale des États dans son ensemble.

21. Le Rapporteur spécial renvoie, au début de son rapport, aux débats de l'année précédente, au cours desquels la Commission avait hésité à adopter le projet de conclusion 3, qui faisait référence à la protection des valeurs fondamentales par les normes de *jus cogens*. L'hésitation de la Commission devrait être vue non comme l'expression d'un doute quant au fait que les normes de *jus cogens* protègent des valeurs fondamentales, mais plutôt comme une réticence à renvoyer à des valeurs fondamentales de manière abstraite, sans clarifier la relation entre cet élément et les éléments formels du *jus cogens*, en particulier l'élément central de la reconnaissance et de l'acceptation en tant que norme de *jus cogens*. Pour M. Nolte, la Commission devrait clarifier cette relation sans tarder et donner à la caractéristique de protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale une place parmi les critères d'identification du *jus cogens*.

22. Enfin, M. Nolte souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet pour qu'il devienne «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)». Cela permettrait aussi de préciser que le sujet ne concerne que les normes du droit international général, tout en admettant qu'il puisse exister des normes impératives de droit international spécial. M. Nolte estime que la question de savoir qui détermine si les critères du *jus cogens* sont remplis ne relève pas du sujet, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 31 du rapport. Quant aux projets de conclusion proposés eux-mêmes, il estime que le Comité de rédaction peut les abréger sans sacrifier de contenu essentiel.

23. M. HASSOUNA dit que, comme en témoigne le débat qui a eu lieu jusqu'à présent, la notion de *jus cogens* suscite une controverse importante. Dès 1969, au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, «*jus cogens*» a été considéré comme un terme obscur recouvrant une notion tout aussi obscure, sentiment qui semble largement perdurer aujourd'hui. Le Rapporteur spécial devrait tenir compte des réserves formulées par les États à la Sixième Commission, qui ont trait principalement à la portée du sujet et à l'éventuelle pénurie de pratique relative aux normes de *jus cogens*. Cela l'aiderait à réaliser son objectif de clarifier la notion de *jus cogens*

du point de vue du droit international tout en appuyant l'idée que le droit international est un droit de coopération plus que de coexistence, comme le suggère le célèbre spécialiste Georges Abi-Saab.

24. Au paragraphe 18 de son rapport, le Rapporteur spécial déclare que les critères applicables pour déterminer si une norme a acquis le statut de *jus cogens* demeurent ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Bien que certains États relèvent que les caractéristiques communément employées pour décrire le *jus cogens*, telles que « fondamental », « hiérarchiquement supérieur » et « d'application universelle », sont des éléments supplémentaires qui ne sont pas mentionnés dans l'article 53, M. Hassouna considère que le Rapporteur spécial donne suffisamment d'exemples de la pratique étatique et judiciaire pour démontrer que ces caractéristiques du *jus cogens* sont généralement acceptées par les États. Le Rapporteur spécial devrait toutefois fournir davantage d'éléments prouvant que ces caractéristiques sont de nature purement descriptive et indiquer clairement dans le commentaire la distinction existant entre ces éléments descriptifs et les éléments constitutifs qu'il a recensés dans son rapport.

25. Les éléments descriptifs en question sont intrinsèquement liés au fait qu'une norme est, ou non, devenue une norme du droit international général qui ne souffre aucune dérogation. Les clauses de non-dérogation contenues dans les traités relatifs aux droits de l'homme peuvent fournir des preuves de l'existence de normes auxquelles il ne peut être dérogé. Un droit intangible communément cité dans les traités est celui de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude. Même si de nombreux instruments consacrant ce droit n'ont été ratifiés que par un petit nombre d'États ou sont des conventions régionales, et même si nombre de ces instrument interdisent la suspension de droits intangibles similaires dans certaines circonstances uniquement, nuançant ainsi le caractère non dérogeable des droits en question, la communauté internationale considère qu'il ne peut être dérogé à ces droits, précisément en raison de certains éléments descriptifs qui leur sont attachés, tels que le caractère « fondamental » ou « hiérarchiquement supérieur » et l'« application universelle ».

26. S'agissant du premier critère du *jus cogens*, à savoir le fait que la norme visée doit être une norme du droit international général, M. Hassouna dit que le rapport n'indique pas clairement ce qui constitue le droit international général. En effet, comme cela est souligné au paragraphe 41 du deuxième rapport du Rapporteur spécial, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a fait observer qu'il n'existait pas de définition acceptée de ce terme[284]. Le Rapporteur spécial estime que l'adjectif « général » fait simplement référence à l'applicabilité des normes et que le droit international coutumier, les principes généraux de droit et même le droit des traités pourraient servir de fondement aux normes du droit international général ou les refléter. Pour M. Hassouna, le terme renvoie à toutes les sources de droit en général. Il pourrait également être fait référence aux sources de droit précises dans lesquelles la norme a été établie. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, le juge ad hoc Dugard, ancien membre de la Commission, a déclaré que le terme « droit international général » peut s'entendre des conventions internationales générales qui viennent codifier les principes de droit international, des décisions de justice faisant autorité ainsi que du droit international coutumier et des principes généraux de droit au sens des alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour (paragraphe 16 de l'opinion individuelle). Il est possible de simplifier et de clarifier le projet de conclusion 5 en indiquant que le droit international général comprend toutes les sources du droit international énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sans hiérarchie entre les sources.

27. On peut penser que l'introduction des principes généraux du droit international parmi les sources des normes du droit international général risque de prêter à controverse, étant donné que le Rapporteur spécial a mentionné au paragraphe 51 de son rapport l'absence, dans la pratique, d'exemples de principes généraux de droit parvenus au rang de *jus cogens*, mais cette absence de pratique peut en réalité être attribuée à de nombreux facteurs. Ainsi, comme le juge ad hoc Dugard l'a mentionné dans son opinion en l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, les principes généraux de droit s'incarnent dans une large mesure dans les règles de preuve ou de procédure, ou servent de moyens de défense (par. 14). La Cour internationale de Justice n'a pas toujours pu constater que les conditions d'application de ces principes étaient réunies, parce que ces principes ne sont pas toujours considérés comme pouvant en eux-mêmes fonder une demande en justice. L'absence de pratique ne permet donc pas de savoir si le droit international général peut ou non refléter les principes généraux de droit. En revanche, si une norme du droit international général est applicable à tous les sujets de droit international, il s'ensuit qu'un principe général de droit peut être une source du droit international général.

28. Pour ce qui est du recours au droit international coutumier en tant que source du droit international général, M. Hassouna pense que les travaux sur le sujet gagneraient à être complétés par une étude visant à déterminer si une distinction est réellement établie entre les termes « droit international général » et « droit international coutumier » dans la jurisprudence internationale et la pratique des États, ou si les deux termes sont utilisés indifféremment par les tribunaux et les États. Comme cela est indiqué dans le rapport, le droit international coutumier pourrait permettre d'identifier les normes du droit international général, mais il se pourrait simplement que les tribunaux utilisent les deux termes indifféremment. Des commentateurs ont suggéré que la Cour internationale de Justice qualifiait une norme de « droit international général » pour s'épargner la procédure ardue visant à déterminer si une telle norme existait en droit international coutumier en examinant l'*opinio juris* et la pratique des États dans le monde. Une norme pourrait ainsi devenir contraignante pour les États sans que la pratique ou l'*opinio juris* aient été identifiées. Cette

[284] Voir les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 187, note de bas de page 976.

possibilité soulève certaines préoccupations et la question de savoir si le terme « droit international général » est utilisé pour éviter l'analyse du droit international coutumier devrait être examinée.

29. En ce qui concerne le second critère du *jus cogens*, à savoir la reconnaissance et l'acceptation, M. Hassouna dit qu'il partage dans les grandes lignes l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il existe suffisamment d'exemples de la pratique étatique et judiciaire pour démontrer qu'une norme internationale générale reconnue et acceptée par la communauté internationale des États comme n'étant pas susceptible de dérogation doit être considérée comme une norme de *jus cogens*. Il partage également l'idée que les avis et la pratique des organisations internationales et des acteurs internationaux apparentés peuvent contribuer à placer dans leur contexte les normes du droit international général auxquelles il ne peut être dérogé. Toutefois, l'existence d'un *jus cogens* régional a été reconnue dans la jurisprudence internationale, et il conviendrait donc que le Rapporteur spécial étudie plus en détail la relation entre les normes du *jus cogens* régional et l'application universelle des normes de *jus cogens*. Par exemple, en 1987, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a constaté qu'il existait, parmi les États membres de l'Organisation des États américains, une norme de *jus cogens* reconnue qui interdisait l'exécution d'enfants par l'État. En outre, il pourrait être utile de se demander si la « communauté internationale des États » par laquelle les normes de *jus cogens* doivent être acceptées et reconnues comprend des États qui ne sont pas membres de l'Organisation des Nations Unies.

30. L'analyse et les éléments de pratique étatique figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial ne sont pas suffisamment étoffés pour permettre de conclure qu'il n'est pas également nécessaire que les États acceptent et reconnaissent qu'une norme de *jus cogens* est une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme ayant le même caractère. Le libellé clair de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 peut raisonnablement être interprété comme exigeant cette reconnaissance et cette acceptation. Le Rapporteur spécial ne se fonde que sur une déclaration de l'Irlande, une affaire dans l'Ontario et quelques articles juridiques pour conclure que l'élément relatif à la modification ne fait pas partie des critères d'identification du *jus cogens*. Pour certains auteurs tels que Sévrine Knuchel, ce troisième élément devrait figurer parmi les critères, car il permet de prendre acte du fait que de nouvelles normes impératives peuvent modifier les normes de *jus cogens* existantes. Le Rapporteur spécial devrait donc fournir d'autres exemples de pratique et réaliser une analyse plus poussée afin d'étayer sa décision de ne pas inclure le troisième élément dans les critères d'identification du *jus cogens*.

31. Pour ce qui est de changer l'intitulé du sujet, M. Hassouna, bien qu'il ait préconisé un titre différent de celui que suggère maintenant le Rapporteur spécial, souscrit dans l'ensemble à la proposition actuelle, en particulier l'introduction de l'adjectif « général ». Le nouveau titre proposé reflète la nature et la portée des normes de *jus cogens* ainsi que les critères nécessaires à leur identification. Quant aux projets de conclusion eux-mêmes, ils sont bien conçus et structurés, même si certains gagneraient à être condensés et explicités afin qu'ils ne traitent pas de questions ne relevant pas de leur champ d'application. Certains membres ont proposé de fusionner certains projets de conclusion : par exemple, tout le contenu relatif à l'acceptation et à la reconnaissance d'une norme internationale générale pourrait être couvert par un seul projet de conclusion plutôt que quatre.

32. Le projet de conclusion 4 est acceptable dans l'ensemble, même si le Rapporteur spécial devrait réaliser une analyse plus approfondie et fournir davantage d'exemples de pratique pour étayer sa décision de ne pas inclure le troisième critère possible relatif à la modification. Au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, la signification de « champ d'application […] général » n'apparaît pas clairement. Dans son rapport, le Rapporteur spécial dit que les normes de *jus cogens* sont des normes universellement applicables, donc applicables à tous les États. Si le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 est censé exprimer cette idée, il devrait le faire plus clairement. La clarté du projet de conclusion 6 pourrait également être améliorée. Le paragraphe 1 devrait inclure une référence à la modification d'une norme de *jus cogens* en tant que critère d'identification. Dans le paragraphe 2, il serait bon, soit de remplacer l'expression « dans son ensemble », soit de mieux la définir afin d'indiquer expressément qu'une large majorité d'États doit accepter et reconnaître une norme donnée. Le projet de conclusion 7 pourrait également être plus clair et plus concis. En particulier, le paragraphe 1 dispose seulement que l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble sont « pertinentes ». Or cette acceptation et cette reconnaissance sont une condition préalable nécessaire à la formation d'une norme de *jus cogens*. Les paragraphes 1 et 2 devraient être remaniés de manière à indiquer que ce sont l'acceptation et la reconnaissance des seuls États qui créent des normes de *jus cogens*, et que l'attitude des acteurs non étatiques ne saurait servir de fondement aux normes de *jus cogens* mais peut être utile dans la mesure où elle permet de replacer les déclarations et les convictions des États dans leur contexte. Dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 9, il serait important d'inclure une liste de documents qui pourraient être consultés au moment de réunir des preuves de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme du droit international général. Il faudrait également indiquer clairement que la liste n'est pas exhaustive, peut-être en utilisant l'expression « notamment mais non exclusivement ».

33. S'agissant du programme de travail futur, M. Hassouna dit qu'il appuie le projet du Rapporteur spécial consistant à examiner les effets ou les conséquences du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial voudra peut-être également étudier l'interaction du *jus cogens* avec les normes du *jus cogens* régional et la question de savoir s'il existe une obligation d'exercer la compétence universelle en cas de violation du *jus cogens*. Il pourrait être utile d'analyser l'effet que le *jus cogens* peut avoir sur la validité ou la nullité de la Convention de Vienne de 1969 et d'autres traités, ainsi que les questions de savoir s'il existe une exception à l'immunité des États et de leurs représentants en cas de violation du *jus cogens* et s'il existe des amnisties ou des prescriptions frappées de nullité pour les crimes relevant du *jus cogens*.

34. M. Hassouna se dit favorable à l'introduction d'une liste indicative de normes de *jus cogens* dans le commentaire, car elle contribuerait à étayer les projets de conclusion et servirait de cadre à l'identification de possibles normes de *jus cogens*. Quel que soit l'emplacement de la liste − dans une annexe, dans le commentaire ou ailleurs −, le plus important serait de bien préciser qu'elle n'est pas exhaustive.

35. En conclusion, M. Hassouna dit qu'il approuve le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

36. M. SABOIA dit qu'il ressort du deuxième rapport que le Rapporteur spécial a réalisé une analyse approfondie des documents de base pertinents. Il est satisfait des preuves concrètes de pratique étatique présentées à l'appui du projet de conclusion 3 et réaffirme son soutien à ce projet de conclusion, y compris au paragraphe 2 qui exprime l'idée que les normes de *jus cogens* protègent et reflètent les valeurs fondamentales de la communauté internationale.

37. M. Saboia est également satisfait du chapitre II du rapport, qui traite des critères du *jus cogens*, et en particulier des commentaires relatifs à la nature définitionnelle de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a souligné à juste titre que le fait de fonder les critères du *jus cogens* sur l'article 53 ne signifiait pas que la Commission ne pouvait aller au-delà de cet article même si la pratique en décidait ainsi. Le chapitre II éclaire utilement le sens des notions de « droit international général » et de « principes généraux de droit » ainsi que le sens de l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble ». M. Saboia partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel cette expression traduit une idée de collectivité plutôt qu'elle ne sous-entend que les États doivent unanimement adhérer à l'élévation d'une règle de droit international coutumier donnée au rang de règle de *jus cogens*. Par conséquent, et tout en appuyant l'orientation générale du projet de conclusion 7, il convient que l'expression « large majorité d'États » employée au paragraphe 3 du projet de conclusion pourrait établir un seuil trop bas et qu'il faudrait peut-être la préciser davantage.

38. Se référant au paragraphe 41 du rapport, dans lequel le Rapporteur spécial dit que la distinction entre droit international général d'une part et droit conventionnel et *lex specialis* de l'autre pourrait empêcher certaines règles, comme celles du droit international humanitaire, d'acquérir le statut de *jus cogens*, M. Saboia dit qu'il aimerait connaître l'opinion précise du Rapporteur spécial sur la question. En ce qui concerne les propositions formulées au chapitre III du rapport, il est favorable au changement d'intitulé du sujet et au renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction. Quant au programme de travail futur sur le sujet du *jus cogens*, la Sixième Commission a émis un certain nombre de suggestions utiles lors de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session, notamment à propos de la relation entre le *jus cogens* et les règles *erga omnes*. L'application possible de la règle de l'objecteur persistant aux normes de *jus cogens* pourrait également être examinée. Enfin, M. Saboia prend note avec satisfaction de l'information selon laquelle une liste indicative de normes de *jus cogens* pourrait être proposée.

39. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il a pris connaissance avec intérêt du deuxième rapport du Rapporteur spécial, qui étaye solidement les projets de conclusion proposés pour adoption. La crainte que le *jus cogens* puisse être étendu à des domaines qui n'avaient pas été prévus au moment de son inclusion dans la Convention de Vienne de 1969 ne date pas d'hier. D'aucuns s'inquiétaient déjà, au moment de l'adoption de la Convention, que le principe de *jus cogens* puisse limiter la liberté contractuelle des États. En outre, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la nécessité de reconnaître l'existence d'un ordre public international était devenue la préoccupation dominante. Toutefois, l'existence d'un tel ordre suppose que certains actes ne puissent tout simplement pas être tolérés. C'est pourquoi il est essentiel que la notion de *jus cogens* renvoie également aux valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale.

40. La notion d'ordre public international n'est pas elle-même nécessairement bien définie, comme le prouve le débat qui s'est tenu à la Sixième Commission lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. Les risques potentiels touchent à l'utilisation abusive de la notion de *jus cogens* sur la base de considérations politiques ou idéologiques et au fait que certaines parties peuvent chercher à imposer des valeurs qui ne sont pas partagées par la communauté internationale dans son ensemble. Ces risques ne sont pas inhérents à la notion de *jus cogens* mais sont plutôt liés à son utilisation dans la pratique. La Commission doit donc agir avec prudence afin d'éviter toute extension arbitraire de la notion de norme impérative. Une telle prudence a manifestement été exercée lors de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, dont les articles 65 et 66 prévoient qu'une partie qui invoque le *jus cogens* comme motif de contestation de la validité d'un traité doit soumettre le différend à la Cour internationale de Justice. La Convention ne vise donc pas à empêcher le développement de la notion de *jus cogens* dans la perspective d'un ordre public international mais établit des garanties procédurales destinées à prévenir l'utilisation abusive des normes impératives. La pratique internationale étaye cette idée. Par exemple, lorsque la Cour interaméricaine des droits de l'homme a établi que l'esclavage violait les règles de *jus cogens*, elle l'a fait non pas parce qu'elle rejetait un traité en particulier mais plutôt parce qu'elle avait pour objectif d'affirmer que les États engageaient leur responsabilité internationale lorsqu'ils manquaient à leur obligation d'empêcher cette pratique, conformément au droit établi. Bien avant cela, dans l'arrêt qu'elle avait rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour internationale de Justice avait évoqué, sans mentionner le *jus cogens*, les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et déclaré qu'il s'agissait d'obligations *erga omnes*, reliant ainsi cette notion à celle de *jus cogens*.

41. En insistant sur le fait que la nature juridique d'une règle est cruciale pour ce qui est de déterminer si la règle peut être considérée ou non comme une règle de *jus cogens*, la Cour internationale de Justice a ancré la notion de *jus cogens* dans le droit positif. Plusieurs tribunaux nationaux ont également confirmé le fondement juridique du *jus cogens* ; ainsi, un tribunal fédéral des États-Unis a établi dans l'affaire *Filártiga c. Peña Irala*

que tous les États avaient intérêt à interdire la torture. Le Rapporteur spécial voudra peut-être donner d'autres exemples de jurisprudence dans ses travaux futurs. La Commission elle-même, dans ses travaux concernant le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, a utilisé la formule « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général[285] » pour définir le terme « infraction internationale ». Les efforts du Rapporteur spécial sont louables étant donné les difficultés auxquelles se heurtent les tentatives de définition des normes impératives, aujourd'hui comme au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969. Il importe d'être attentif à la recherche d'un équilibre qui permette de tenir compte de tous les points de vue exprimés.

42. M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie la proposition de modifier l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », pour qu'il devienne « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) ». Il serait heureux de recevoir les commentaires du Rapporteur spécial sur la nécessité d'établir une définition claire du « droit international général ». La formulation d'une telle définition ne serait pas une tâche facile, mais il pourrait être utile d'identifier pour le moins quelques éléments constitutifs.

43. Les projets de conclusions 4 et 5 énoncent les caractéristiques essentielles des règles de *jus cogens*. Étant donné que le Rapporteur spécial n'a pas voulu s'engager dans le débat opposant l'école jusnaturaliste à l'école positiviste − même s'il a clairement adopté une approche positiviste −, il a eu raison de fonder les critères du *jus cogens* sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, dont les dispositions doivent nécessairement être accompagnées par la pratique des États et la jurisprudence internationale.

44. S'agissant plus précisément du paragraphe 4 du projet de conclusion 5, s'il est possible qu'un traité « reflète » une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens*, ce même traité pourrait également « créer » une telle norme, s'il en est ainsi décidé par les États intéressés. Si une telle norme est ainsi établie par les États, que ce soit explicitement dans le traité ou sur la base de l'interprétation de l'instrument en vertu du droit international, les traités internationaux devraient être considérés comme une source importante de droit à cet égard et ne devraient pas être exclus. De surcroît, rien dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'indique que les traités ne peuvent pas constituer une source de *jus cogens*. L'avis du Rapporteur spécial selon lequel les principes généraux de droit peuvent constituer un fondement des normes de *jus cogens* mais pas les traités semble incohérent.

45. Le projet de conclusion 6 ainsi que les trois projets de conclusion suivants démontrent la complexité du sujet à l'examen. Le Comité de rédaction devrait affiner les conclusions du Rapporteur spécial sur l'acceptation et la reconnaissance en traitant ces deux éléments séparément.

46. Le terme « attitude » utilisé dans le projet de conclusion 7 est trop vague. M. Grossman Guiloff invite instamment le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction à trouver une meilleure solution, peut-être en disant que c'est le « comportement » des États qui est pertinent et en faisant suivre ce terme de l'expression « *opinio juris* ». Les paragraphes 1 et 3 du projet de conclusion devraient être reformulés de manière à éliminer toute redondance. En outre, et étant donné que la « communauté internationale des États », aux paragraphes 1 et 2, semble correspondre à l'expression « large majorité d'États », au paragraphe 3, il serait bon de préciser le sens de cette dernière, en particulier au vu des risques d'utilisation abusive du *jus cogens* mentionnés précédemment. Il ne s'agit pas toujours simplement du nombre d'États qui acceptent et reconnaissent une norme comme une règle ne souffrant aucune dérogation ; il est également important d'aborder la question du point de vue qualitatif. À cet égard, diverses traditions juridiques et valeurs partagées devraient être représentées. M. Grossman Guiloff souscrit aux observations faites par M. Nolte sur la base de l'exemple faisant appel à la doctrine Calvo, bien que le monde ait considérablement changé depuis la naissance de cette doctrine.

47. Le projet de conclusion 8 vise à distinguer l'*opinio juris*, fondée sur l'acceptation dans le cas du droit coutumier et sur la reconnaissance dans le cas des principes généraux, de l'*opinio juris cogentis*, qui est exclusivement liée aux normes impératives que les États ont acceptées comme étant des normes auxquelles il ne peut être dérogé. Le projet de conclusion devrait être simplifié afin d'en faciliter la compréhension.

48. Dans le projet de conclusion 9, le Rapporteur spécial dit que les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance des règles de *jus cogens* peuvent être reflétées dans des « documents » divers et prendre des « formes » variées, ces deux termes semblant renvoyer en premier lieu aux sources de droit international et aux manifestations du droit international dans la pratique. Il faudrait accorder un poids différent à ces « documents » et à ces « formes » en fonction de leur nature. Il est particulièrement important de traiter les preuves de cette manière en l'absence de preuves complètes et cohérentes de l'acceptation d'une règle de *jus cogens* par les États.

49. M. Grossman Guiloff dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

50. M. ŠTURMA dit qu'il pense, comme d'autres membres, que l'idée selon laquelle le *jus cogens* fait partie du droit international positif, ou *lex lata*, n'est plus remise en cause, mais que les caractéristiques du *jus cogens*, les critères de son identification et son contenu font encore l'objet de désaccords. Le débat tenu jusqu'à présent sur les caractéristiques du *jus cogens* énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, à savoir la protection des valeurs fondamentales, la supériorité hiérarchique et l'application universelle, qui vont au-delà du texte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, démontre à quel point ces caractéristiques sont importantes. Elles contribuent en effet à établir une distinction entre les normes de *jus cogens* et d'autres notions similaires.

51. On peut difficilement nier que les normes impératives au sens de l'article 53 protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Toutefois,

[285] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, p. 26 et suiv., à la page 29.

ces valeurs sous-jacentes ne suffisent pas à elles seules à établir l'existence d'une norme 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 : il est nécessaire de leur donner une forme juridique par l'intermédiaire de la pratique des États 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, selon M. Šturma, il ne se réduit pas à cela. Il peut aider à distinguer les normes impératives, telles que l'interdiction du génocide, de la torture ou de l'emploi de la force, des autres techniques juridiques qui prévoient le caractère contraignant d'autres règles ou, simplement, leur application prioritaire, telles que l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969.

52. 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. Le Rapporteur spécial devrait tenir compte de ce point lorsqu'il traite du caractère non dérogeable d'une norme en tant que conséquence du *jus cogens*.

53. M. Šturma appuie également l'idée que les normes impératives sont d'application universelle. Il estime toutefois nécessaire d'examiner la question des normes du *jus cogens* régional, dont l'un des exemples les plus connus est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), que la Cour européenne des droits de l'homme présente comme un instrument de l'ordre public européen. Il serait préférable d'étudier la question 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. M. Šturma est convaincu que les normes de *jus cogens* doivent faire partie du droit international général et être d'application universelle. La notion d'ordre public est un bon exemple d'analogie avec le droit interne. L'utilisation de telles analogies par Sir Hersch Lauterpacht et d'autres était compréhensible et présentait certains mérites à une époque où la notion de *jus cogens* en droit international n'était pas encore généralement acceptée, mais elle semble aujourd'hui superflue et trompeuse. Le Pacte de la Société des Nations et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont d'autres exemples de règles d'ordre public. Toutefois, ils ne constituent pas des règles impératives au sens de l'article 53.

54. M. Šturma approuve le changement de l'intitulé du sujet que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 90 de son rapport. L'intitulé devrait indiquer clairement que le sujet couvre uniquement les normes impératives du droit international et non le *jus cogens* en droit interne, divers types de règles d'ordre public et d'autres corps de règles apparentés.

55. En ce qui concerne les projets de conclusion proposés dans le rapport, M. Šturma approuve les deux critères du *jus cogens* énoncés dans le projet de conclusion 4. Il nourrit toutefois des doutes sérieux à propos de la définition des normes du droit international général donnée dans le projet de conclusion 5. Il convient que, comme cela est indiqué dans les deux premiers paragraphes, une norme du droit international général a un champ d'application général et que le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens*. Toutefois, le paragraphe qui traite des principes généraux de droit lui pose de sérieux problèmes pour plusieurs raisons. Premièrement, comme d'autres membres l'ont fait observer, les principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice trouvent leur origine dans le droit interne. Or, comme lui-même l'a fait remarquer précédemment, c'est précisément l'analogie avec le *jus cogens* en droit interne qui est problématique. Ensuite, et bien que ce ne soit probablement pas l'intention du Rapporteur spécial, l'approche jusnaturaliste pèse sur les principes généraux de droit. Étant donné que le Rapporteur spécial a souligné, à juste titre, que le fondement du *jus cogens* réside dans le droit positif, il ne devrait pas introduire la notion de droit naturel lorsqu'il mentionne les principes généraux de droit. Enfin, comme cela est indiqué au paragraphe 51 du rapport, il n'existe pas de pratique effective attestant que des principes généraux ont servi de fondement à des normes de *jus cogens*.

56. M. Šturma ne propose pas d'écarter complétement les principes généraux. Il ne partage pas non plus l'avis de M. Rajput selon lequel une norme doit être établie dans les trois sources de droit pour être identifiée comme une norme de *jus cogens*. Fonder le *jus cogens* seulement sur les principes généraux de droit pourrait ouvrir la voie à des analogies avec le droit interne ou le droit naturel. En revanche, poser comme critère d'identification d'une norme impérative le fait qu'elle soit établie dans toutes les sources de droit serait trop restrictif. En réalité, il est plus probable qu'une norme apparaisse pour la première fois sous la forme d'un principe général ou dans un traité multilatéral universel, tel que la Charte des Nations Unies, avant de devenir une règle de droit international coutumier. C'est pourquoi M. Šturma propose une autre formulation qui permettrait de mettre sur le même plan les principes généraux de droit et les dispositions conventionnelles, car ces deux catégories d'éléments peuvent refléter une norme du droit international général susceptible de devenir une norme de *jus cogens* ou de la refléter.

57. M. Šturma dit qu'il approuve la teneur des autres projets de conclusion mais qu'il souscrit à la proposition de M. Murphy de fusionner les projets de conclusions 6 et 8 en un seul. Au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, il appuie la formulation « large majorité d'États ».

58. Concernant le programme de travail futur, M. Šturma dit qu'il approuve la feuille de route proposée par le Rapporteur spécial. Il se félicite en particulier que le Rapporteur spécial ait l'intention d'examiner les effets du *jus cogens* en droit conventionnel et dans d'autres domaines du droit international. Selon lui, le principal intérêt de l'examen du sujet tiendrait à la clarification des effets des normes impératives et de la hiérarchie des normes. Il est favorable à l'établissement d'une liste indicative de normes de *jus cogens* ou, tout au moins, à l'inclusion d'exemples dans l'annexe aux projets de conclusion. D'un point de vue méthodologique et pratique, un certain nombre de raisons

motivent l'établissement d'une telle liste. Premièrement, et comme cela a déjà été observé, il existe différentes approches pour ce qui est de la portée du *jus cogens*. Si les travaux de la Commission doivent aboutir à l'identification d'authentiques normes impératives et à l'exclusion d'autres techniques juridiques visant à garantir le caractère non dérogeable ou le rang hiérarchique de certaines règles, cela ne peut guère se faire sans que soient fournis des exemples de normes de *jus cogens*. Deuxièmement, les caractéristiques générales ou critères du *jus cogens* devraient eux-mêmes être attestés par au moins quelques exemples de normes. Troisièmement, même si elle est nécessairement non exhaustive, une telle liste peut donner quelques indications théoriques et pratiques concernant les normes que la Commission pourrait identifier comme étant des normes impératives du droit international général.

59. En conclusion, M. Šturma recommande que la Commission renvoie tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

60. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur le projet de programme de travail pour le reste de la session, qui, comme de coutume, est sujet à modification.

61. M. ŠTURMA, répondant à une question de M. VALENCIA-OSPINA, dit que les quatre projets d'article sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État qui pourraient être renvoyés au Comité de rédaction figurent aux paragraphes 29, 81, 111 et 132 de son premier rapport (A/CN.4/708).

62. Après un débat de procédure auquel prennent part M. REINISCH, M. HASSOUNA, M. PARK, M. MURPHY, Sir Michael WOOD et M. TLADI, le PRÉSIDENT dit que la Commission suivra sa pratique habituelle concernant le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, étant donné que le rapport du Rapporteur spécial est disponible sous forme électronique dans les six langues officielles, et que celui-ci servira de fondement au débat en séance plénière, qui sera suivi d'un débat au sein du Comité de rédaction.

63. M. OUAZZANI CHAHDI dit qu'il regrette que le projet de programme de travail ne soit pas disponible en français.

64. Le PRÉSIDENT dit que la Commission attache une grande importance à la question de la traduction mais que, comme le programme a été achevé juste avant la séance, il n'a malheureusement pas pu être traduit. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que les membres souhaitent adopter le projet de programme de travail.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 55.

---

[*] Reprise des débats de la 3367e séance.

3371e SÉANCE

Jeudi 6 juillet 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, et l'invite à prendre la parole.

2. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que, dans le cadre des activités menées par le Bureau des affaires juridiques au cours de l'année précédente, la Division de la codification a fourni des services de secrétariat à la Sixième Commission pendant la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. La Sixième Commission a examiné un total de 27 points de l'ordre du jour, a convoqué quatre groupes de travail et a tenu de nombreuses consultations informelles sur des projets de résolution. Sur la recommandation de la Sixième Commission, l'Assemblée générale a finalement adopté sans vote 26 résolutions et 4 décisions.

3. Dans sa résolution 71/140 du 13 décembre 2016, intitulée « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session », l'Assemblée générale a pris note de l'achèvement de la première lecture de deux des projets de la Commission : le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier[286] et le projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités[287]. Elle a aussi approuvé la recommandation de la Commission concernant la tenue de la première partie de la soixante-dixième session à New York et a noté avec satisfaction que la Commission prévoyait de célébrer son soixante-dixième anniversaire, en 2018, en organisant des événements à New York et à Genève. Dans sa résolution 71/141 du 13 décembre 2016, intitulée « Protection des personnes en cas de catastrophe », l'Assemblée générale a pris note du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe[288], présenté par la Commission, et a décidé d'inscrire une question intitulée « Protection des personnes en cas de catastrophe » à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-treizième session.

---

[286] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 64 et suiv., par. 62 et 63.

[287] Voir ibid., p. 90 et suiv., par. 75 et 76.

[288] Voir ibid., p. 25 et suiv., par. 48 et 49.