

Provisoire

Réservé aux participants

2 février 2018

Français

Original : anglais

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3372^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 11 juillet 2017, à 10 heures

Sommaire

Jus cogens (suite)

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@unog.ch).

GE.17-11450 (F) 010218 020218



* 1 7 1 1 4 5 0 *

Merci de recycler



Présents :

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

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

Jus cogens (point 7 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/706)

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

M. Kolodkin dit que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités constitue indéniablement le point de départ pour l'analyse de l'ensemble du régime juridique du *jus cogens*. Ce régime repose notamment sur la notion de normes impératives et sur les effets des normes en question, en droit conventionnel ainsi qu'en droit de la responsabilité de l'État pour ce qui est des questions de compétence. S'il s'agit de définir ou d'évoquer la notion de norme impérative, l'article 53 sert simplement de cadre et non de point de départ. Le projet de conclusion 1 limite la portée du sujet aux normes impératives du droit international général et, comme il a été indiqué dans le rapport provisoire établi par le Comité de rédaction l'année précédente, cela ne remet pas en cause la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional. M. Nolte a évoqué la possibilité qu'il existe non seulement un *jus cogens* régional mais aussi des normes impératives « particulières ». Il faut espérer que le Rapporteur spécial pousse plus loin l'examen de cette question. Il conviendrait d'expliquer clairement dans les projets de conclusion que la Commission ne traite que des normes impératives du droit international général, ce qui ne remet pas en question l'existence éventuelle de normes du *jus cogens* régionales ou particulières. À cet égard, M. Kolodkin soutient la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet.

La définition des normes impératives du droit international général adoptée par le Comité de rédaction dans le projet de conclusion 2 reproduit la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Peut-être cette approche était-elle la seule envisageable, mais elle soulève certaines difficultés. L'une d'elles tient à la décision du Rapporteur spécial de ne retenir que deux des trois critères de détermination du *jus cogens* énoncés à l'article 53 et de considérer le moyen par lequel une norme du *jus cogens* peut être modifiée comme un élément descriptif plutôt que comme l'un de ces critères. Les critiques formulées par M. Murphy et M. Park à cet égard devraient être prises en considération. Le Comité de rédaction a estimé que le fait qu'une norme du *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère constituait un élément clef de la définition énoncée dans la Convention de Vienne de 1969.

Le Rapporteur spécial fait observer dans son deuxième rapport que la première phrase de l'article 53, selon laquelle est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, va à l'encontre d'une norme impérative du droit international, n'a pas pour objet de définir le *jus cogens* mais d'exposer la conséquence d'un conflit entre une disposition conventionnelle et une norme du *jus cogens*. Jiménez de Aréchaga a déjà considéré que la définition du *jus cogens* donnée à l'article 53 est fondée sur les effets juridiques de la règle et non sur sa nature intrinsèque. Si tel est bien le cas – et c'est ce que pense M. Kolodkin – la Commission devrait faire figurer les conséquences d'un conflit entre une disposition conventionnelle et une norme impérative du droit international général parmi les critères de détermination des normes du *jus cogens*. Les travaux du Rapporteur spécial vont dans ce sens. Le critère de la reconnaissance en tant que norme du droit international général ne permettant pas en lui-même de distinguer les normes du *jus cogens* des autres normes, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial a précisé qu'une norme du *jus cogens* doit répondre à ce critère tout en étant acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

La question de savoir s'il suffit qu'une norme réponde aux deux critères retenus par le Rapporteur spécial pour être reconnue en tant que norme du *jus cogens*, distincte de toutes les autres normes du droit international général, doit être approfondie. Il pourrait exister d'autres normes du droit international général auxquelles il n'est pas permis de déroger, y compris par la conclusion d'un instrument international. Par exemple, si la Charte des Nations Unies contenait des normes du droit international général, serait-il possible de conclure un traité qui dérogerait à ses dispositions ?

Il se pose également la question de savoir s'il est possible de déroger à des obligations *erga omnes*.

À première vue, cela n'est pas permis, même dans le cadre d'un traité bilatéral. Si tel n'était pas le cas, le critère d'indérogeabilité, même considéré conjointement avec le critère de reconnaissance en tant que norme du droit international général, ne permettrait pas de faire le départ entre les normes du *jus cogens* et certaines autres normes du droit international général. Plus précisément, la question doit être envisagée en premier lieu sous l'angle de la relation entre les normes impératives, les normes prévoyant des obligations *erga omnes* et les obligations énoncées dans la Charte des Nations Unies, eu égard à l'Article 103 de celle-ci. Pour M. Kolodkin, ce qui différencie les normes du *jus cogens* de toutes les autres normes c'est leur effet invalidant prévu aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969. Il est difficile d'imaginer d'autres normes du droit international général, y compris celles auxquelles il est impossible de déroger, entre autres, par voie conventionnelle, ayant le même effet invalidant, y compris sur les traités. C'est précisément la raison pour laquelle la deuxième phrase de l'article 53 doit être lue conjointement avec la première phrase de cet article et avec l'article 64.

C'est l'effet invalidant des normes impératives, et pas seulement leur indérogeabilité, qui constitue le critère le plus important, le plus absolu et le plus nécessaire pour déterminer leur existence. Comme l'a relevé Grigory Tunkin, l'une des particularités des normes impératives est que deux ou plusieurs États ne peuvent y déroger en concluant une convention, et que tout accord portant atteinte à de telles normes est nul. Robert Kolb a lui aussi déclaré qu'il préférerait définir les normes impératives par leur effet, à savoir la nullité des dispositions conventionnelles contraires aux normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial entend analyser les effets des normes impératives dans son troisième rapport ; il serait utile qu'il examine les liens entre les normes impératives et d'autres normes du droit international auxquelles il n'est pas permis de déroger. La Commission devrait se ménager la possibilité de revenir sur la définition des normes impératives et leurs critères d'identification à un stade ultérieur.

Dans son deuxième rapport (par. 18 à 27), le Rapporteur spécial réexamine la question des valeurs consacrées par les normes impératives et celle de la supériorité hiérarchique de ces normes, toutes deux traitées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3. L'applicabilité universelle du *jus cogens* est en fait mentionnée dans la définition du droit international général donnée au paragraphe 1 du projet de conclusion 5. Les valeurs consacrées par les normes impératives et la supériorité hiérarchique de ces normes sont considérées comme des éléments descriptifs. M. Murase les a qualifiés à juste titre d'éléments extra-juridiques ; en tant que tels, ils ne devraient pas figurer dans le texte des projets de conclusion. Si le Rapporteur spécial et la Commission estiment qu'ils revêtent une importance particulière, ils pourraient être mentionnés dans le commentaire. Du point de vue juridique, la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* résulte de leur effet invalidant. Compte tenu de l'importance de cet effet dans la détermination des normes du *jus cogens*, il se pourrait qu'un deuxième paragraphe traitant de l'effet invalidant de ces normes doive être ajouté au projet de conclusion 2. Un tel ajout alignerait la définition sur celle donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et permettrait d'exprimer l'idée d'une hiérarchie dominée par le *jus cogens*. La doctrine signale également à juste titre que cette hiérarchie vaut pour les normes du droit international et non pour ses sources.

M. Kolodkin approuve la notion du « double consentement » appliqué aux normes impératives, et la déclaration du Rapporteur spécial selon laquelle l'attitude des acteurs non étatiques ne peut constituer l'acceptation et la reconnaissance des normes impératives par la communauté internationale. Comme l'ont dit de nombreux autres membres de la Commission, la notion de communauté internationale des États dans son ensemble devrait s'entendre comme étant constituée d'une très grande majorité d'États et pas simplement d'une majorité d'entre eux ; comme l'a relevé Roberto Ago, cette entité devrait également englober l'ensemble des régions et des groupements d'États et, selon M. Kolodkin, l'ensemble des systèmes juridiques.

Le Rapporteur spécial a considéré que, le droit international général comprenant le droit international coutumier et les principes généraux du droit, seuls la coutume et les principes généraux peuvent constituer des sources de normes impératives du droit

international général, les instruments internationaux ne le pouvant pas. Il cite trois auteurs ayant un point de vue différent, à la note de bas de page 144, mais on pourrait en ajouter d'autres, dont Lord McNair, Virally, El-Arian et Zemanek, ainsi que plusieurs membres de la Commission, en particulier M. Rajput et M. Šturma. En 1993, Grigory Tunkin disait que la Commission était convaincue de rédiger des projets d'article destinés à faire partie du droit international général et qu'elle n'employait jamais les termes « droit international général » et « droit international coutumier » comme des synonymes. Il est notoire que les pays socialistes et les pays en développement ont été les principaux partisans d'un renforcement de la catégorie des normes impératives du droit international. Pour ces pays et pour les tenants de leur doctrine, la principale source du droit international, notamment du droit international général, était constituée par le droit conventionnel. C'est ce qui semble ressortir des travaux de la Commission des années 1960 aux années 1980. La Commission a vu sa composition évoluer à de nombreuses reprises depuis lors, mais ce n'est qu'à partir des années 2000 qu'elle semble avoir commencé à considérer le droit international général et le droit international coutumier comme des notions équivalentes dans certains contextes, comme le montrent ses travaux sur la responsabilité de l'État et sur la fragmentation. En principe, toutefois, la Commission n'a jamais exclu les traités des sources possibles du droit international général.

M. Kolodkin souscrit aux observations de M. Rajput sur la signification du paragraphe 4) du commentaire du projet d'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités (1966) rédigé par la Commission et désapprouve par conséquent les commentaires que le Rapporteur spécial émet sur ce point au paragraphe 55 de son deuxième rapport. La Commission a admis clairement qu'une norme impérative pouvait être modifiée par un instrument international. Elle doit donc reconnaître qu'une norme impérative du droit international général peut être créée par voie conventionnelle. Lorsqu'elle a cité les principes régissant l'emploi de la force comme un exemple de norme du droit international général d'application universelle, la Commission a affirmé que ces principes étaient en fait énoncés dans la Charte des Nations Unies et non pas qu'ils s'en dégageaient. Pour M. Kolodkin, les instruments internationaux peuvent constituer une source de normes impératives du droit international général ; en d'autres termes, ils peuvent directement créer de telles normes. Un traité – en particulier un traité international universel de normalisation, parfois dénommé « traité international général » – pourrait prévoir que les États parties n'ont pas la possibilité de conclure des traités contraires à ses dispositions et que de tels traités sont par définition invalides.

La majorité de la Commission semble être d'avis que le critère de la reconnaissance par la « communauté internationale des États dans son ensemble », requis pour la création d'une norme impérative du droit international général, ne signifie pas nécessairement qu'une unanimité est nécessaire : une très grande majorité d'États pourrait suffire. La question se pose donc de savoir pourquoi une telle communauté internationale d'États ne pourrait pas être constituée par les parties à un instrument international qui serait le fruit d'une participation très large et représentative. Si les parties à un traité international universel peuvent établir une telle hiérarchie, comme cela est prévu à l'Article 103 de la Charte, pour quelle raison ne pourraient-elles pas élever une norme du droit international général universel au rang de *jus cogens* ? Le Rapporteur spécial semble être presque disposé à admettre une telle possibilité au paragraphe 75 de son rapport, sans toutefois franchir le pas.

La possibilité de créer une norme impérative par voie conventionnelle soulève une autre question. Pour M. Kolodkin, la formation d'une norme du droit international général et l'acceptation et la reconnaissance de cette norme en tant que norme impérative ne constituent pas nécessairement deux étapes consécutives. Elles ne doivent être considérées comme telles que dans l'hypothèse où une norme impérative est issue de la coutume. S'il est admis qu'une norme impérative peut être créée par voie conventionnelle, il devient évident que tous les critères peuvent être réunis simultanément.

Outre les questions que le Rapporteur spécial a déjà recensées pour la suite des travaux, M. Kolodkin pense comme M. Park et M. Šturma qu'il conviendrait de réfléchir à la question des liens entre les normes impératives, la juridiction et l'immunité. Après un examen des effets des normes impératives dans les domaines qui ne relèvent pas du droit

conventionnel, la Commission pourrait proposer un nouveau raisonnement sur les effets ou les conséquences des normes impératives, étant donné que la définition de ces normes est empruntée au droit conventionnel. M. Kolodkin propose de nouveau que la Commission se ménage la possibilité de revenir sur la définition des normes impératives et sur les critères de leur identification lorsqu'elle aura examiné les effets du *jus cogens* dans des domaines autres que le droit conventionnel.

M^{me} Lehto dit que le choix du Rapporteur spécial de retenir deux critères d'identification du *jus cogens* fondés sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 est conforme à la pratique des États, aux décisions des cours et tribunaux internationaux, à la doctrine et aux travaux antérieurs de la Commission. Dans tous ces contextes, l'article 53 est considéré comme une définition générale du *jus cogens* au regard du droit international, y compris dans les domaines qui ne relèvent pas du droit conventionnel. Différents points de vue concernant ces deux critères ont néanmoins été exprimés au cours du débat. M. Nguyen a proposé de les considérer comme trois critères cumulatifs. M. Murphy a suggéré de leur adjoindre le dernier membre de phrase de l'article 53, qui porte sur la modification d'une norme du *jus cogens*, une proposition reprise par M. Hmoud, M. Hassouna et M. Kolodkin. Même si la proposition de M. Nguyen semblait n'être qu'une question de présentation, elle a amené les membres à se demander si le fait de présenter l'indérogeabilité des normes du *jus cogens* comme un critère indépendant et de placer ce critère avant l'acceptation et la reconnaissance pouvait donner l'impression qu'il constituait une qualité inhérente aux normes en question. L'article 53 est toutefois pleinement conforme à la vision consensuelle du droit international et fait de l'acceptation par les États le principal – voire l'unique – critère du *jus cogens*.

Il importe de rappeler à cet égard que le *jus cogens* est un domaine très particulier du droit international constitué de normes fondamentales ayant des effets potentiellement considérables. Les critères du *jus cogens* doivent être suffisamment rigoureux pour distinguer les normes impératives des autres catégories de normes du droit international. Le premier critère énoncé au paragraphe 39 du deuxième rapport n'est pas pertinent à cet égard : le fait que seule une norme du droit international général soit apte à s'élever au rang de norme du *jus cogens* représente une condition préalable nécessaire à l'acquisition d'un tel statut mais ne constitue pas une qualité permettant de distinguer les normes impératives des autres normes. Rien n'indique non plus avec certitude que le deuxième critère permette d'établir cette distinction.

L'indérogeabilité, qui est d'une nature très particulière dans le cas du *jus cogens*, est évoquée dans d'autres contextes et à d'autres fins, l'exemple le plus évident étant celui des « clauses de non-dérogation » contenues dans les instruments relatifs aux droits de l'homme. Dans son observation générale n° 29 sur les dérogations pendant un état d'urgence, le Comité des droits de l'homme a relevé que le fait que certaines dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques soient proclamées non susceptibles de dérogation pourrait être interprété en partie comme une constatation de leur caractère de *jus cogens*. Le Comité a toutefois souligné que cela ne valait pas pour toute la liste de dispositions du Pacte non susceptibles de dérogation, et que certaines dispositions avaient été incluses dans cette liste uniquement parce qu'elles portaient sur des droits dont la dérogation ne pourrait jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception. L'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation était donc « liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtaient le caractère de normes impératives du droit international ». Le Rapporteur spécial voudra peut-être traiter la question des clauses de non-dérogation contenues dans les instruments relatifs aux droits de l'homme dans son troisième rapport, lorsqu'il examinera les conséquences des normes du *jus cogens*.

Les deux critères proposés ne semblent pas exploiter pleinement le potentiel de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Comme l'a relevé M. Murphy, rejoint par d'autres membres de la Commission, un autre critère pourrait être dégagé du dernier membre de phrase de l'article 53, selon lequel une norme impérative ne peut être modifiée que par une nouvelle norme ayant le même caractère. L'ajout de cette condition relèverait le seuil fixé et soulignerait la particularité des normes impératives. Il permettrait notamment de souligner qu'une violation de ces normes, par exemple le recours par certains États à la

torture, n'a pas pour effet de les affaiblir ni de les altérer, car elles ne peuvent être modifiées que par la procédure spéciale décrite à l'article 53.

Au paragraphe 18 de son rapport, le Rapporteur spécial fait référence à trois « caractéristiques descriptives par opposition aux éléments (ou critères) constitutifs des normes du *jus cogens* ». On pourrait toutefois se demander s'il existe des normes impératives n'ayant pas comme particularités de refléter des valeurs fondamentales et d'être hiérarchiquement supérieures et universellement applicables. M^{me} Lehto pense comme M. Nolte, M. Hmoud et M. Šturma que les trois caractéristiques, mais en particulier l'idée que les normes du *jus cogens* reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont essentielles pour compléter les critères tirés de l'article 53. M. Nolte a fait remarquer que le statut de norme impérative doit être lié au contenu matériel des normes du *jus cogens* et aux valeurs qu'elles reflètent. Au paragraphe 2) de son commentaire de ce qui est devenu l'article 53, la Commission a elle aussi souligné l'importance de la teneur des normes impératives, précisant que ce n'est pas la forme d'une règle générale du droit international mais la nature particulière de la question qu'elle aborde qui peut lui conférer le caractère de *jus cogens*. M^{me} Lehto approuve donc le Rapporteur spécial lorsqu'il écrit, au paragraphe 76 de son deuxième rapport, que le contenu des normes impératives, et les valeurs qu'elles visent à protéger, constituent les raisons sous-jacentes du caractère impératif de ces normes, alors que ce qui les identifie en tant que normes du *jus cogens* est le fait que ce statut soit accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble. Les deux éléments sont intrinsèquement liés : c'est en raison de leur teneur et des valeurs qu'elles reflètent que ces normes sont acceptées et reconnues en tant que normes impératives.

La notion de double acceptation exposée au paragraphe 77 du rapport constitue un outil d'analyse utile pour souligner la nature spécifique de l'*opinio juris cogentis*. M^{me} Lehto convient avec le Rapporteur spécial que l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble » signifie que l'acceptation ou le consentement des États ne doit pas être donné individuellement mais dans le cadre d'un acte collectif. Comme l'a dit Conklin, la volonté des États en tant que membres de la communauté internationale ne doit pas être interprétée comme la somme des volontés particulières de chaque État.

M^{me} Lehto pense comme d'autres intervenants qu'il conviendrait de simplifier et de condenser les projets de conclusion. Elle est néanmoins favorable à l'introduction, dans le projet de conclusion 4, d'un troisième alinéa inspiré de la dernière phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne, modification qui entraînerait d'autres dans certains des projets de conclusion suivants. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, elle souscrit à l'avis exprimé par M. Nolte au sujet de la notion de droit international général, qui semble exclure la possibilité d'un *jus cogens* régional, et elle convient qu'il serait préférable de ne pas se prononcer sur cette question, le Rapporteur spécial souhaitant l'examiner à un stade ultérieur. Elle ne voit aucun problème de fond dans les déclarations figurant aux paragraphes 2 à 4 du projet de conclusion 5, selon lesquelles les trois principales sources de droit pourraient servir de fondement au *jus cogens*, et elle convient que les projets de conclusions 6 et 8 pourraient être fusionnés.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7, M^{me} Lehto doute de l'utilité de la deuxième phrase du paragraphe 1. Au paragraphe 3, l'expression « une large majorité » devrait être remplacée par « une très large majorité », conformément à la déclaration du Président du Comité de rédaction à la Conférence de Vienne à laquelle renvoie le paragraphe 67 du rapport. Bien que le projet de conclusion 9 s'inspire étroitement des projets de conclusions 11 à 14 sur la détermination du droit international coutumier, le Rapporteur spécial s'est écarté de ces textes en mettant en évidence la valeur des travaux de la Commission.

M^{me} Lehto approuve la proposition de renommer le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » ainsi que les propositions concernant le programme de travail futur figurant au paragraphe 93 du rapport. Quant à savoir si le Rapporteur spécial devrait établir une liste indicative des normes du *jus cogens*, et quels en seraient le fondement et la forme, il serait préférable de renvoyer à des normes particulières du *jus cogens* dans le corps du prochain rapport – et, en dernier lieu, dans les commentaires

des projets de conclusion – plutôt que de s’atteler à l’établissement d’une liste, qui risque de prendre beaucoup de temps.

En conclusion, M^{me} Lehto dit qu’elle approuve le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction et félicite le Rapporteur spécial pour son travail.

Sir Michael Wood dit que le Rapporteur spécial a abordé le sujet d’une manière essentiellement pratique, selon ce qui convient pour les travaux de la Commission. L’idée de rédiger des projets de conclusion semble avoir été acceptée, et l’intention du Rapporteur spécial de faire en sorte que ces textes reflètent le droit et la pratique actuels en matière de *jus cogens* et n’entrent pas dans des débats théoriques est à saluer. Sir Michael Wood souscrit à la proposition de nouvel intitulé du sujet.

Le *jus cogens* n’est pas un sujet facile. Pour beaucoup, le *jus cogens* est une notion empreinte de mystère et de controverse, qui fait l’objet d’une littérature abondante, largement théorique et souvent contradictoire. Il est invoqué par les tribunaux, mais il apparaît avant tout dans les spéculations des auteurs bien plus qu’il n’est effectivement appliqué. Il semble que très peu de règles aient été acceptées en tant que *jus cogens*. C’est probablement une bonne chose car à l’évidence le sujet peut donner matière à abus. Même le principe fondamental du droit international, « *pacta sunt servanda* », et, de fait, ce principe en particulier, doit céder le pas au *jus cogens*.

La Commission devant, dans la mesure du possible, faire preuve de cohérence, Sir Michael Wood apprécie que le Rapporteur spécial se soit efforcé d’inclure dans son deuxième rapport de nombreuses références à d’autres sujets. Le premier rapport contenait un bref historique des négociations ayant abouti à l’article 53 de la Convention de Vienne. Étant donné qu’une grande partie du débat de cette époque demeure largement pertinente pour les travaux actuels de la Commission, il pourrait être nécessaire d’exposer de manière plus approfondie, plus systématique et plus chronologique l’historique des négociations ayant abouti non seulement à l’article 53 mais aussi aux autres dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

En ce qui concerne les questions de fond soulevées par le deuxième rapport, Sir Michael Wood fait observer qu’aux paragraphes 18 à 30 le Rapporteur spécial revient sur sa proposition – longuement examinée l’année précédente – d’inclure dans les projets de conclusion un paragraphe décrivant ce qu’il qualifie tour à tour de caractéristiques ou d’éléments descriptifs. Pour les raisons que lui-même et d’autres membres ont exposées, Sir Michael Wood n’est pas convaincu de l’utilité d’un tel paragraphe descriptif. Il n’est pas non plus convaincu de l’utilité de la distinction sur laquelle le Rapporteur spécial continue d’insister, entre « les éléments (ou critères) constitutifs » permettant de déterminer les normes du *jus cogens* et les « caractéristiques descriptives » du *jus cogens*, qui pourraient être pertinentes pour « évaluer » les critères d’identification des normes du *jus cogens*. Les explications ambiguës données dans le deuxième rapport ne font que confirmer qu’une telle disposition serait non seulement superflue mais aussi potentiellement dommageable. Le rapport ne permet pas de distinguer clairement entre, d’une part, les caractéristiques descriptives et, d’autre part, les critères d’identification, et Sir Michael Wood se demande si la Commission ne risquerait pas de modifier le sens de l’article 53 de la Convention de Vienne en adoptant une telle approche. Tout élément descriptif qui pourrait être considéré comme utile – et Sir Michael Wood n’est pas convaincu qu’il en existe – pourrait être mentionné dans le commentaire des projets de conclusion.

Le premier critère d’identification d’une norme du *jus cogens* est qu’il doit s’agir d’une « norme du droit international général ». Sir Michael Wood essaie de ne pas employer les termes « norme » et « droit international général » mais ils ne peuvent être évités dans le présent contexte. Le terme « droit international général » est déjà examiné dans le rapport ; en revanche, il pourrait être utile d’expliquer dans le commentaire que, dans le présent contexte, « norme » est simplement synonyme de « règle ».

La Commission doit résoudre un problème plus épineux, à savoir trouver les moyens de clarifier le sens du terme « droit international général » dans le contexte du *jus cogens* en tenant compte de ce que le terme pourrait signifier au-delà de ce contexte. Sir Michael Wood attire l’attention sur une note de bas de page du commentaire du projet de conclusion 1 sur la détermination du droit international coutumier (A/71/10, note de bas de

page 249), où il est dit que l'expression « droit international général » est employée de diverses manières, notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel ou de droit international coutumier ou de principes généraux du droit. Il convient également de relever les observations intéressantes de M. Kolodkin au sujet du terme en question.

Dans le contexte du sujet à l'examen, la question à examiner est la manière dont ce terme est employé à l'article 53 de la Convention de Vienne. Le Rapporteur spécial semble conclure que le terme renvoie principalement au droit international coutumier et peut-être également aux principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais pas au droit conventionnel, bien que celui-ci puisse refléter le droit international général. Sir Michael Wood n'est toutefois pas certain que la Commission puisse être aussi catégorique. La réponse à la question de savoir si les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent être considérés comme du droit international général au sens de l'article 53 semble dépendre de la manière dont ces principes sont perçus.

En ce qui concerne les traités, il est vrai qu'ils sont rarement des instruments généraux dans le sens où ils seraient contraignants pour tous les États ou pratiquement tous les États. Néanmoins, comme l'ont relevé d'autres intervenants, il n'existe en principe aucune raison d'exclure une telle possibilité. Il est difficile de ne pas souscrire à l'analyse proposée par M. Kolodkin à cet égard. Une autre question, qui n'est pas abordée dans le deuxième rapport, est la mesure dans laquelle les normes du droit international général lient les sujets de droit international autres que les États. À l'évidence cette question est liée aux effets du *jus cogens* et elle pourrait être traitée par le Rapporteur spécial dans un futur rapport.

Le deuxième critère d'identification du *jus cogens* doit faire l'objet d'une analyse plus précise que celle présentée dans le deuxième rapport. Sir Michael Wood pense comme de nombreux autres membres que ce deuxième critère devrait être complété par l'exigence selon laquelle une norme du *jus cogens* « ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens* ». Cette exigence n'est pas seulement une conséquence du *jus cogens* dans la mesure où elle renvoie à ce qui se passe après l'émergence d'une norme de *jus cogens*.

Une question gagnerait à être analysée de manière plus approfondie : celle de la signification de la formule « acceptée et reconnue ». Le Rapporteur spécial semble expliquer cette formule en renvoyant à l'emploi qui en est fait à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ; pourtant, l'historique de la rédaction rappelé au paragraphe 67 du rapport n'est pas très éclairant à cet égard. Il n'est pas aisé de comprendre pour quelle raison le libellé de l'Article 38 devrait être pertinent s'agissant de la reconnaissance et de l'acceptation d'une règle à laquelle il n'est pas permis de déroger et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*. On ne peut pas simplement partir de l'idée que les mots « acceptée » et « reconnue » sont des équivalents dont l'emploi est fonction de la source visée. Ils ont peut-être des significations différentes et sont peut-être cumulatifs, comme le laisse supposer leur sens courant. Par exemple, on pourrait penser que la « reconnaissance » des normes du *jus cogens* en tant que droit international coutumier suppose que le silence ne suffit pas à cette fin, alors qu'il pourrait être une preuve de l'acceptation. On pourrait également demander pourquoi le mot « acceptée » devrait précéder le mot « reconnue », d'autant que celui-ci figure en premier dans la liste de l'Article 38. Le Rapporteur spécial a donné quelques détails sur le point de savoir si l'expression « acceptée et reconnue » renvoie au droit international général plutôt qu'à l'indérogeabilité mais c'est un faux problème puisque la version anglaise comme la version française font clairement mention de l'indérogeabilité.

L'expression « dans son ensemble », dans la formule « communauté internationale des États dans son ensemble », n'est pas suffisamment expliquée dans le rapport. Il n'est pas du tout évident qu'elle signifie que l'acceptation et la reconnaissance ne peuvent être que collectives et ne sauraient être individuelles. Lorsqu'il écrit que des preuves potentielles de « l'acceptation comme étant le droit » aux fins de la détermination du droit international coutumier sont également pertinentes en matière de *jus cogens*, le Rapporteur spécial semble admettre que l'acceptation individuelle pourrait être pertinente. Sir Michael Wood pense lui aussi que l'expression « une large majorité » ne rend pas l'idée du critère

en question ; il n'est pas certain que l'expression « une très large majorité » soit plus adaptée.

Sir Michael Wood n'est pas convaincu que le processus en deux étapes proposé par le Rapporteur spécial pour la formation des normes du *jus cogens* soit incontournable, même s'il est séduisant du point de vue méthodologique et s'il correspond à la manière dont les choses se passent dans bien des cas. Le renvoi aux travaux antérieurs de la Commission sur la responsabilité de l'État, au paragraphe 40 du rapport, ne semble pas confirmer cette hypothèse. La solution consisterait peut-être à éviter de suggérer l'existence de deux étapes successives.

En conclusion, Sir Michael Wood dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction de tous les textes à l'examen, qui pourront ainsi gagner en concision et en cohérence.

M. Vázquez-Bermúdez félicite le Rapporteur spécial pour la grande concision de son deuxième rapport, fruit de recherches étendues et d'une analyse rigoureuse de documents pertinents. Les projets de conclusion proposés permettront à la Commission de progresser à grands pas dans la clarification de la nature juridique des normes du *jus cogens* et des éléments permettant leur identification. M. Vázquez-Bermúdez accueille avec satisfaction la décision d'établir les critères constitutifs des normes du *jus cogens* à partir de la Convention de Vienne de 1969, car la définition et les principaux éléments de ces normes tels qu'ils apparaissent dans la Convention sont ceux généralement acceptés par les États, dans la jurisprudence nationale et internationale et dans la doctrine.

Dans son rapport (chap. II, sect. C), le Rapporteur spécial examine les questions découlant des débats que la Commission et la Sixième Commission ont consacrés au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 et étaye celui-ci par de nouveaux éléments. Aux termes du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables. Ces aspects sont inhérents à la nature juridique du *jus cogens* et expliquent pourquoi la communauté internationale a accepté ou reconnu que certaines règles relevaient de la catégorie du *jus cogens* en ce qu'elles protégeaient, non pas les intérêts individuels d'un État ou d'un groupe d'États, mais l'intérêt général fondamental de la communauté internationale dans son ensemble ou une valeur fondamentale commune. Il s'agit donc de normes qui consacrent les droits et les obligations de la plus haute importance pour la communauté internationale, qui ne souffrent aucune dérogation et qui ne peuvent être modifiées que par d'autres normes du même rang. Cette définition est en accord avec l'avis exprimé par la Commission dans son commentaire du futur article 53 de la Convention de Vienne, à savoir que ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international, mais la nature particulière de la matière à laquelle elle s'applique qui lui donne le caractère de *jus cogens*. Outre les déclarations des États, les jurisprudences nationale, régionale et internationale vont dans ce sens.

La supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* sur les autres normes du droit international, confirmée par le rapport de la Commission sur la fragmentation du droit international publié en 2006 ainsi que par diverses autres sources mentionnées par le Rapporteur spécial, et clairement énoncée aux articles 53 et 54 de la Convention de Vienne, est généralement acceptée. Elle ressort également du fait que les normes du *jus cogens* ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation et ne peuvent être modifiées que par une norme ayant le même caractère. L'orateur convient avec le Rapporteur spécial que ces normes sont universellement applicables et lient tous les États et autres sujets de droit international.

Se référant au paragraphe 18 du rapport, M. Vázquez-Bermúdez dit que la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens*, loin d'être un critère présidant à leur formation ou à leur identification, est une conséquence juridique logique, compte tenu de la nature impérative de ces normes, de leur indérogabilité et du fait qu'elles ne peuvent être modifiées que par des règles ayant le même caractère et le même statut.

Au chapitre III de son rapport, le Rapporteur spécial examine les critères d'identification des normes du *jus cogens* en s'appuyant sur la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne, composée de trois éléments. Cependant, il ne

retient que les deux premiers éléments de cette définition, écartant le troisième, c'est-à-dire le fait qu'une norme du *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme de même caractère. Pour M. Vázquez-Bermúdez, chacun des trois éléments est nécessaire. Il approuve le premier critère retenu par le Rapporteur spécial, à savoir que la norme doit être une norme du droit international général, mais estime que l'analyse qui en est faite dans le rapport est confuse, en particulier lorsqu'il est question de la *lex specialis* et des règles auxquelles il est possible de déroger par des règles plus spécifiques. En réalité, le caractère général ou spécial d'une norme du *jus cogens* est déterminé par son contenu. De plus, dans le cadre du présent sujet, une norme du droit international général est définie comme une norme liant tous les États et autres sujets de droit international. C'est apparemment ce que tend à énoncer le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, bien que le sens du membre de phrase « dont le champ d'application est général » ne soit pas clair.

Pour preuve de son importance, le premier critère est mentionné plusieurs fois en corrélation avec les normes du *jus cogens* dans la Convention de Vienne. M. Vázquez-Bermúdez est favorable à la proposition faite par le Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet en « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », de manière à bien montrer qu'il s'agit de la catégorie de normes mentionnée dans la Convention de Vienne. Comme le Rapporteur spécial le signale au paragraphe 51 de son rapport, l'absence dans la pratique effective d'exemples de principes généraux considérés comme fondements de normes du *jus cogens* n'implique pas que les principes généraux ne puissent pas être le fondement de normes du *jus cogens*. Outre les exemples présentés dans le rapport, l'orateur appelle l'attention sur l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant la condition juridique et les droits des migrants sans papiers (2003), selon lequel le principe d'égalité devant la loi, d'égal protection devant la loi et de non-discrimination appartient au *jus cogens*, parce qu'il est le fondement de toute la structure juridique de l'ordre public national et international et imprègne tout le droit.

L'idée que des principes généraux du droit puissent servir de fondements à des normes du *jus cogens* est largement présente dans la doctrine et dans les déclarations des États ; la pratique étatique confirme aussi largement l'idée que des normes du *jus cogens* puissent être formées à partir du droit international coutumier.

Si quelques instruments multilatéraux, comme la Charte des Nations Unies, sont d'application universelle ou quasi universelle et peuvent donc être considérés comme relevant du droit international général, il n'en va pas de même pour la plupart des autres, dont les dispositions lient uniquement les parties. De même, les règles conventionnelles n'engendrent pas elles-mêmes des normes impératives du droit international général ; elles n'acquièrent une nature impérative que lorsqu'elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par de nouvelles normes du *jus cogens*. Néanmoins, une relation existe parfois entre les normes du droit international général, notamment du droit international coutumier, et les règles conventionnelles. C'est pourquoi l'orateur a approuvé globalement le projet de conclusion 5, sous réserve de quelques modifications telles que la reformulation du paragraphe 4 aux fins d'une meilleure prise en compte des relations potentielles entre les règles conventionnelles et les normes du *jus cogens*.

Dans les projets de conclusions 4, 6 et 8, le Rapporteur spécial a retenu trois des éléments de définition d'une norme du *jus cogens* figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne mais, pour des raisons mal définies, a écarté le dernier, à savoir qu'une norme de *jus cogens* « ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Il fait valoir que ce dernier élément répond à des questions qui ne se posent qu'après l'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens* et qu'il ne peut donc être utilisé à cet effet. Il reconnaît toutefois que, aux fins de l'établissement des critères d'identification des normes du *jus cogens*, les éléments retenus ne sauraient être décrits stricto sensu comme les effets juridiques de ces normes ou comme les règles qui régissent leur modification, et devraient plutôt être considérés comme ce qu'il convient de démontrer que la communauté internationale des États dans son ensemble a « accepté et reconnu ». Le Rapporteur spécial reconnaît aussi que le contenu des normes est

la raison sous-jacente de leur « caractère impératif », mais il semble avoir confondu le « caractère impératif » et l'« indérogeabilité », ou avoir considéré que ces deux expressions étaient synonymes, si bien qu'il n'a pas retenu les conditions limitatives de la modification des normes parmi les critères d'identification. Une telle approche est infondée.

M. Vázquez-Bermúdez estime que, selon l'article 53 de la Convention de Vienne, le « caractère impératif » recouvre à la fois l'indérogeabilité des normes du *jus cogens* et les conditions limitatives de leur modification. Ces normes ne sont susceptibles d'aucune dérogation, mais elles peuvent être modifiées, pour autant que ce soit par une nouvelle norme ayant le même caractère.

Parler d'« indérogeabilité » au sens large, comme le fait le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, peut amener à contredire les dispositions de la Convention de Vienne. La pratique semble indiquer que l'indérogeabilité n'est pas le seul critère du « caractère impératif ». De plus, dans son rapport final, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international laisse entendre qu'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ne relève pas obligatoirement du *jus cogens* : l'indérogeabilité est une caractéristique nécessaire mais non suffisante. En outre, bien que certains aient fait observer que l'indérogeabilité au sens de l'article 53 différerait de l'indérogeabilité au sens des instruments relatifs aux droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 29, a considéré que « [l']énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] [était] liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêt[aient] le caractère de normes impératives du droit international ». Il est donc clairement établi que l'indérogeabilité n'est pas équivalente au « caractère impératif » et que les critères d'identification des normes du *jus cogens* doivent être en conformité avec ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne, qui recouvrent à la fois l'indérogeabilité desdites normes et les conditions limitatives de leur modification.

À l'origine, l'article 53 de la Convention de Vienne ne faisait aucune mention de l'acceptation et de la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble, mais il a finalement été modifié, par analogie avec l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cependant, les termes « acceptée » et « reconnue » ne doivent pas être considérés comme étant utilisés de manière cumulative, car le premier s'applique aux règles de *jus cogens* fondées sur le droit international coutumier et le second, aux règles de *jus cogens* fondées sur des principes généraux du droit ou, le cas échéant, sur des dispositions conventionnelles. Dire d'une norme du *jus cogens* qu'elle est à la fois « acceptée » et « reconnue » n'a pas de sens, et la doctrine consacrée à la théorie de la « double acceptation » est artificielle et erronée. Les éléments nécessaires à l'identification d'une norme du *jus cogens* fondée sur une règle coutumière sont les mêmes que ceux qui sont nécessaires à l'identification d'une norme ordinaire de droit coutumier, si ce n'est qu'ils doivent faire la preuve de l'*opinio juris cogentis*. De même, les éléments nécessaires à l'identification d'une norme du *jus cogens* fondée sur un principe général du droit sont les mêmes que ceux qui sont nécessaires à l'identification d'un principe général du droit commun, si ce n'est qu'ils doivent démontrer que le caractère impératif de la norme est reconnu.

Une norme ordinaire de droit coutumier, c'est-à-dire une norme formée à partir d'une pratique générale assortie de l'*opinio juris*, peut être élevée au statut de norme du *jus cogens* si l'*opinio juris* des États devient une *opinio juris cogentis*. Cependant, rien n'empêche qu'une norme du *jus cogens* ne soit créée directement, sans avoir constitué au préalable une norme du droit international coutumier. De même, rien n'empêche qu'un principe général du droit ne se transforme directement en norme du *jus cogens*, si son caractère impératif est reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble. M. Vázquez-Bermúdez estime que les projets de conclusion devraient être modifiés en conséquence.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il est favorable aux propositions du Rapporteur spécial concernant le futur programme de travail, ainsi qu'au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Jalloh remercie le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, qui contient une analyse approfondie s'appuyant sur la pratique étatique pertinente, la jurisprudence nationale et internationale et les écrits d'éminents publicistes. Dans la première partie de ce rapport, le Rapporteur spécial insiste, à juste titre, sur les divergences de vues concernant le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, où sont énoncées les caractéristiques des normes du *jus cogens*. M. Jalloh souscrit à la conclusion finale du Rapporteur spécial, ancrée à la fois dans la pratique et dans la doctrine, selon laquelle les trois éléments mentionnés dans le projet de conclusion 3 sont sans conteste les caractéristiques généralement acceptées des normes du *jus cogens* et, comme le Rapporteur spécial, il a trouvé quelque peu surprenante la controverse que ces caractéristiques ont suscitée.

Il serait bon que le Rapporteur spécial précise le sens de l'expression « droit international général ». Il n'est pas exact qu'il existe une hiérarchie implicite des sources du droit international, puisque les traités, la coutume et les principes généraux du droit peuvent tous servir de fondements à des normes du *jus cogens*, en vertu de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Citant M. Kofi Annan, ancien Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, M. Jalloh dit que, pour sa cohésion, toute société dépend de valeurs communes. L'élaboration et l'application de règles axées sur des valeurs pour régir leurs relations permettent aux États de savoir ce qu'ils peuvent attendre les uns des autres et d'agir en conséquence et, par-là, d'instaurer la stabilité internationale et de limiter le recours à la violence. Par définition, le droit international repose sur le consentement des États. Ainsi les États peuvent-ils surmonter leurs différences grâce à la liberté d'adopter et de modifier des règles, de déroger à ces règles, voire de les abroger – c'est ce que l'on appelle le *jus dispositivum*. Les normes du *jus cogens* font figure d'exception : ce sont des règles si essentielles à l'existence même de la société internationale qu'elles ne sont tout simplement pas susceptibles de dérogation ou d'abrogation de la part des États. Autrement dit, leur caractère impératif résulte de ce qu'elles sont l'expression de valeurs fondamentales et universelles de la communauté internationale dans son ensemble. M. Jalloh ne partage pas l'opinion de certains membres de la Commission selon laquelle les normes du *jus cogens* protègent ces valeurs fondamentales mais ne les reflètent pas nécessairement.

Les travaux que la Commission a consacrés au *jus cogens* en vue de la rédaction de la Convention de Vienne sur le droit des traités ont joué un rôle crucial au renforcement du statut de norme impérative en droit international. Avec l'adoption de la Convention, en particulier des articles 53, 64 et 66, la notion de *jus cogens* est devenue une composante fondamentale du droit international positif.

Il ressort clairement des différentes déclarations faites à la Sixième Commission et des décisions rendues par des juridictions internationales que les normes du *jus cogens* sont l'expression des valeurs de la communauté internationale. S'il semble clair que la notion de normes impératives ne peut plus être raisonnablement contestée, il reste à savoir quels critères devraient régir l'identification de ces normes et leur contenu. Comme le Rapporteur spécial l'a relevé avec justesse dans son premier rapport, les divergences de vues sur le sujet tiennent en grande partie à un désaccord doctrinal sur les fondements du *jus cogens* et son contenu. Même si l'opposition entre le jusnaturalisme et le positivisme peut l'aider à structurer ses débats, la Commission doit fonder ses travaux sur la pratique des États. Néanmoins, il serait peut-être opportun que le Rapporteur spécial précise quel courant juridique guide ses travaux, ne fût-ce que pour apaiser les États qui s'en préoccupent.

Il est vrai que les éléments de définition des normes du *jus cogens* trouvent leur origine dans l'article 53 de la Convention de Vienne. Il est toutefois important d'aller plus loin et de réfléchir aux effets du *jus cogens* sur le droit des traités et les autres sources du droit international. De fait, si la Commission a sans doute agi avec prudence en adoptant une approche plus restrictive en 1996, elle doit maintenant élargir son champ d'examen. Cela étant dit, lorsqu'il s'agit de développer les éléments fondamentaux énoncés à l'article 53, il convient d'accorder toute l'attention requise à la pratique des États et aux décisions des juridictions nationales et internationales.

En 2016, la proposition d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens* comptait autant de partisans que d'opposants au sein de la Commission. Maintenant que

celle-ci s'est dotée de nouveaux membres, il pourrait ne plus en être ainsi. À l'heure actuelle, la majorité des membres semblent favorables à l'établissement d'une liste indicative. M. Jalloh prie instamment le Rapporteur spécial de maintenir sa proposition initiale, qui était de fournir des exemples de normes du *jus cogens* ; selon lui, cela représenterait la principale valeur ajoutée du projet.

L'établissement d'une liste poserait des difficultés méthodologiques, mais de longs débats et une analyse détaillée de règles de fond du droit international ne seraient pas forcément nécessaires pour simplement dresser une liste non exhaustive d'exemples de normes du *jus cogens*. La Commission a déjà présenté une telle liste dans son commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en signalant que « [I]es normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination ». Il est peu probable que cette liste soit contestée. De plus, le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international contient une liste des règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *jus cogens*. La Commission dispose donc d'une liste préliminaire, d'une liste non exhaustive et d'une liste prospective de normes pour commencer ses travaux.

Afin de bien montrer qu'elle n'entend pas établir une liste exhaustive, au risque d'écarter d'autres normes pouvant prétendre au statut de *jus cogens*, la Commission peut recourir à la formule d'usage « notamment, mais pas uniquement », par exemple, au paragraphe 2 du projet de conclusion 9 ou dans le commentaire s'y rapportant. M. Jalloh partage l'avis de M. Hassouna et de M. Park à cet égard. En tout état de cause, la Commission doit faire tout son possible pour établir au moins une liste minimale d'exemples de *jus cogens* qui présentent un intérêt pour le développement progressif et la codification du droit international. Cependant, si cette entreprise n'est pas réalisable ou si elle n'est pas jugée souhaitable par la majorité des membres, un compromis pourrait être trouvé grâce à l'établissement d'une liste de normes pouvant prétendre au statut de *jus cogens*, plutôt que d'une liste de normes de *jus cogens* à proprement parler.

M. Jalloh approuve le nouvel intitulé du sujet proposé par le Rapporteur spécial, « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », même s'il juge préoccupant le flou qui entoure l'expression « droit international général ». Il partage les vues exprimées par M. Nolte à cet égard, y compris en ce qui concerne le *jus cogens* particulier ou régional.

Pour ce qui est du futur programme de travail, M. Jalloh est favorable à ce que le Rapporteur spécial examine dans son troisième rapport, comme il l'a proposé, les effets du *jus cogens*, notamment en droit conventionnel et dans d'autres domaines du droit international. Il souscrit aux propositions de M. Hassouna et de M. Kolodkin à cet égard, mais souhaiterait aussi que le Rapporteur spécial s'attache à déterminer si le *jus cogens* peut être à l'origine de restrictions des pouvoirs du Conseil de sécurité. L'Association de droit international a affirmé que les normes impératives du droit international s'appliquaient à la fois aux États et aux organisations internationales. Dans son opinion individuelle sur l'affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* M. Lauterpacht, *juge ad hoc*, a appuyé l'idée que ces normes lient inconditionnellement le Conseil de sécurité, qui doit respecter les valeurs fondamentales protégées par le *jus cogens* puisqu'elles ne sont susceptibles d'aucune dérogation – une position qui est également défendue dans une grande partie de la doctrine. Il est donc important de réfléchir à la portée et aux effets juridiques des restrictions que l'application des normes impératives impose au Conseil de sécurité ainsi qu'à leurs effets – par exemple, eu égard au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, sur l'emploi de la force. D'autres questions pourraient également être examinées, notamment celle de l'interaction entre les normes du *jus cogens*, les droits de l'homme et le droit humanitaire.

D'une manière générale, les projets de conclusion sont bien écrits et bien structurés, et suivent une logique facile à comprendre et à démontrer. Cependant, un certain nombre de propositions intéressantes ont été faites en vue de fusionner certains d'entre eux et au moins un ou deux de ces projets de conclusion pourraient effectivement gagner en concision. Tout

l'objectif de l'entreprise est de clarifier le concept de *jus cogens* ; or, des conclusions trop longues et répétitives ne peuvent que créer la confusion. M. Jalloh convient que le Rapporteur spécial devrait revoir la notion de « communauté internationale dans son ensemble » et la valeur de seuil que représente une « large majorité d'États » ; il est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Ruda Santolaria pense comme le Rapporteur spécial que les normes du *jus cogens* sont l'expression des valeurs fondamentales et des intérêts de la communauté internationale, et qu'elles sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international en ce qu'elles ne souffrent aucune dérogation. Comme le Rapporteur spécial le fait observer, les normes du *jus cogens* ne sont pas simplement des normes du droit international général : elles doivent être acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble par la voie de l'*opinio juris cogentis*. Mention pourrait être faite des valeurs fondamentales et des intérêts de la communauté internationale lorsque l'immense majorité des États accepte et reconnaît qu'aucune dérogation aux normes reflétant ces valeurs et ces intérêts ne peut être permise.

M. Ruda Santolaria approuve pleinement l'importance qui a été donnée à la question de l'application universelle du *jus cogens* et, en particulier, le renvoi très pertinent qui a été fait à l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant la condition juridique et les droits des migrants sans papiers, dans lequel la Cour fait observer que le principe d'égalité et de non-discrimination relève du domaine du *jus cogens* et revêt un caractère impératif, crée des obligations de protection *erga omnes* liant tous les États et produit des effets sur les tiers, y compris les particuliers. Il se félicite également que le Rapporteur spécial ait adopté une démarche objective, fondée sur la pratique des États et les décisions de juridictions internationales, et non une approche positiviste ou jusnaturaliste. Il souscrit aux deux critères d'identification des normes du *jus cogens* qui ont été mis en évidence, à savoir qu'il doit s'agir de normes du droit international général et que celles-ci doivent être acceptées et reconnues par la communauté internationale des États.

À cet égard, comme d'autres membres de la Commission l'ont relevé, il est fondamental de savoir ce que l'on entend par « droit international général ». L'orateur croit comprendre que l'expression recouvre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, qui sont une source spécifique du droit international. Toutefois, pour qu'un principe général du droit soit considéré comme étant une norme de *jus cogens*, il doit en outre être de nature coutumière. De fait, comme indiqué aux paragraphes 43 à 47 du rapport relativement à la jurisprudence de juridictions nationales et internationales, les normes du *jus cogens* sont principalement fondées sur le droit coutumier.

M. Ruda Santolaria convient avec le Rapporteur spécial que le droit conventionnel ne constitue pas un *jus cogens*, mais qu'il peut refléter ou démontrer l'existence de normes du droit international coutumier susceptibles d'accéder au statut de *jus cogens* – cela étant particulièrement vrai de certains traités multilatéraux. Comme il ressort du rapport, il existe un lien étroit entre les deux sources du droit international, si bien que les traités peuvent codifier des règles du droit coutumier existantes, cristalliser des règles en voie de formation ou en faire naître de nouvelles de la pratique. Cela étant, la norme du droit international général concernée n'est pas la disposition conventionnelle mais plutôt la règle du droit international coutumier, laquelle associe à la pratique l'*opinio juris sive necessitatis*.

En plus d'être une norme du droit international général, une norme du *jus cogens* doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Sur ce point, l'orateur convient avec le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission que les États sont les sujets de droit international qui créent les normes du *jus cogens*, mais aussi que l'article 53 de la Convention de Vienne vise la communauté internationale des États dans son ensemble et non les États de manière individuelle. Il souligne que l'acceptation et la reconnaissance ne sont pas exigées de tous les États, car cela risquerait de conduire à des situations absurdes, dans lesquelles un État ou un petit groupe d'États pourraient chercher à s'opposer à la conviction largement répandue que telle ou telle norme du droit international général est de nature impérative. Il estime toutefois, de même que certains autres membres, qu'une large majorité d'États n'est pas suffisante. Comme l'a précisé João Ernesto Christófolo, cité dans

la note de bas de page n° 180 du rapport, c'est « l'immense majorité des États » qui est requise.

M. Ruda Santolaria est favorable à ce que l'intitulé du sujet devienne « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », comme le propose le Rapporteur spécial. Il souscrit également aux projets de conclusion, mais avec plusieurs réserves. Comme d'autres membres l'ont fait remarquer, il serait possible de fusionner certains des six projets de conclusion pour éviter des répétitions, ce qui ramènerait leur nombre à trois sans pour autant altérer leur teneur ni diluer les arguments du Rapporteur spécial. L'orateur affirme que les « principes généraux de droit » devraient être évoqués de manière plus nuancée au paragraphe 3 du projet de conclusion 5, comme il l'a dit précédemment. Dans la version espagnole du paragraphe 1 du projet de conclusion 7, le mot « actitud » pourrait être remplacé par « conciencia » ou « convicción ». Au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, l'expression « large majorité » devrait être remplacée par « immense majorité ».

M. Ruda Santolaria est favorable au programme de travail proposé. Il juge important de réfléchir à la manière dont une norme du *jus cogens* peut faire l'objet d'une modification ou d'une dérogation en vertu d'une autre norme de même caractère, d'analyser les contradictions possibles entre les normes du *jus cogens* et de se demander si le *jus cogens* régional doit être pris en considération, comme certains l'ont proposé.

En ce qui concerne la possibilité d'établir une liste indicative, l'orateur convient avec M. Rajput qu'il serait fort utile que la Commission fournisse une méthode d'identification des normes du *jus cogens*. Si elle donne des exemples concrets, elle devra faire preuve de prudence, mentionner uniquement les cas où le statut de norme impérative du droit international général ne fait aucun doute et éviter d'établir une liste excessivement longue ou descriptive qui pourrait donner une impression d'exhaustivité, ce qui serait en contradiction avec la nature évolutive du *jus cogens* au sens des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne.

Enfin, M. Ruda Santolaria dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Reinisch dit que l'excellent deuxième rapport du Rapporteur spécial contient des sections très utiles sur les critères d'identification du *jus cogens*. Pour ce qui est de savoir si la Commission doit établir une liste indicative de normes du *jus cogens*, il estime qu'une telle liste, jointe en annexe des projets de conclusion ou comprise dans les conclusions elles-mêmes, serait très précieuse et donnerait exactement le type d'indications attendues de la Commission. La crainte que cette liste puisse être perçue comme exhaustive, et non indicative, ne justifie pas de s'abstenir de l'établir, compte tenu de l'importance de la tâche.

Au sujet des projets de conclusion eux-mêmes, le projet de conclusion 4 ne semble pas particulièrement prêter à la controverse, puisqu'il repose sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le projet de conclusion 4 sert clairement d'introduction à une analyse plus détaillée des différentes composantes d'une norme du droit international général (projet de conclusion 5) ainsi que de l'acceptation et de la reconnaissance générales de l'indérogeabilité (projet de conclusion 6), mais son lien avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 est plus difficile à établir. Il a pour objectif exprès d'« identifier » une norme du *jus cogens* ; or, la norme ainsi identifiée semble identique à celle définie dans le projet de conclusion 3. Comme d'autres membres l'ont déjà fait remarquer, cette répétition risque de semer la confusion parmi les lecteurs ; il devrait donc être envisagé de remanier les deux projets de conclusion afin que la définition d'une norme du *jus cogens* fasse l'objet d'une seule disposition.

Selon le rapport du Rapporteur spécial, seules les normes du droit international général peuvent acquérir le statut de *jus cogens*. Le projet de conclusion 5 les définit comme des normes « dont le champ d'application est général ». Comme M. Murphy, M. Reinisch se demande si cela signifie que les normes en question s'appliquent à tous les États, c'est-à-dire qu'elles sont « universellement applicables », selon ce qui est dit au paragraphe 2 du projet de conclusion 3. Si tel était le cas, les normes du droit international général excluraient nécessairement la coutume régionale ou les principes généraux du droit européen, que la Cour de justice de l'Union européenne a fréquemment invoqués lors de

l'élaboration de sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux. M. Reinisch se demande avec M. Nolte si telle est bien l'intention du Rapporteur spécial et, dans l'affirmative, si la Commission devrait effectivement exclure la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional ou si elle ne devrait pas plutôt préciser simplement que les travaux sur le *jus cogens* portent uniquement sur le *jus cogens* universel sans pour autant écarter la possibilité qu'il existe des normes impératives au niveau régional. D'après le paragraphe 68 du premier rapport, la question de savoir si le droit international admet l'existence d'un *jus cogens* régional sera examinée dans le rapport final.

Selon le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens*, mais selon le paragraphe 3 du même projet de conclusion, les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens*. M. Reinisch souscrit à cette idée, mais se demande si une pratique effective pourra être identifiée à l'appui de ce propos. La réponse à cette question apparaît d'autant plus importante que la Cour internationale de Justice et la plupart des juridictions nationales semblent avoir cantonné les normes du *jus cogens* au droit coutumier. Par exemple, le libellé du paragraphe 79 de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, qui mentionne les « principes intransgressibles du droit international coutumier », laisse peu de place à d'autres sources en matière de formation des normes du *jus cogens*. De même, la jurisprudence citée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 44 à 46 de son rapport non seulement permet, dans la plupart des cas, que la coutume soit élevée au rang de *jus cogens*, mais présente le *jus cogens* comme une coutume de rang supérieur.

Le projet de conclusion 6 est redondant et il conviendrait d'y remédier au moment de la rédaction. Il ne contient rien qui n'ait déjà été mentionné dans les projets de conclusions 3 et 4. Un certain nombre de questions se posent en raison de la distinction faite entre l'*opinio juris* et l'*opinio juris* « conditionnelle » (plus judicieusement désignée par l'expression « *opinio juris cogentis* ») sans laquelle une norme ne peut devenir une norme du *jus cogens*.

Le projet de conclusion 7 pose la question du seuil : Combien d'États doivent accepter une norme en tant que norme du *jus cogens* pour qu'elle soit considérée comme ayant obtenu l'acceptation de la communauté internationale des États dans son ensemble ? Il serait bon de préciser le paragraphe 3 en introduisant une comparaison entre le seuil d'acceptation requis pour qu'une norme soit considérée comme relevant du *jus cogens* et le seuil d'acceptation, moins élevé, qui atteste la formation de normes de droit coutumier ou de principes généraux du droit. De plus, il serait prudent de préciser que la majorité requise doit s'apparenter à la « très large majorité » à laquelle le Président du Comité de rédaction, cité au paragraphe 67 du rapport, a fait référence lors de la Conférence de Vienne. En ce qui concerne la possibilité que les principes généraux du droit acquièrent le statut de *jus cogens*, il serait bon que le Rapporteur spécial précise si certains principes généraux du droit ont déjà été considérés par des États comme relevant du *jus cogens* et, dans l'affirmative, comment ils ont été reconnus comme tels. Cela serait fort appréciable car le rapport donne à penser que le Rapporteur spécial cantonne son analyse approfondie de cas au domaine du droit international coutumier.

Dans son libellé actuel, le projet de conclusion 8 ne semble pas apporter de grands éclaircissements sur la manière dont l'exigence d'acceptation diffère selon qu'elle concerne le *jus cogens*, le droit international coutumier ou les principes généraux du droit. De fait, il répète simplement ce qui a déjà été énoncé dans les projets de conclusions 3, 4 et 6, à savoir que les normes du *jus cogens* sont celles qui sont considérées par les États comme ne pouvant faire l'objet d'aucune dérogation. Il pourrait être utile de connaître l'opinion du Rapporteur spécial sur le point de savoir si l'*opinio juris cogentis* devrait se distinguer de l'*opinio juris* uniquement sur le fond, ou également sur la forme. En tout état de cause, un changement de libellé aiderait sans doute à clarifier ce point.

Le projet de conclusion 9 passe en revue les différents types de preuve de l'existence d'une norme du *jus cogens*. Son libellé laisse entendre que les décisions des cours et tribunaux internationaux sont mises sur le même plan que les positions des États eux-

mêmes. Cela va quelque peu à l'encontre du projet de conclusion 7, selon lequel seule « l'attitude des États » est pertinente, ainsi que du statut des jugements en tant que moyens auxiliaires, au sens du paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Enfin, M. Reinisch dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 5.