

Document:-
A/CN.4/SR.3373

Compte rendu analytique de la 3373e séance

sujet:
Jus cogens

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/>)

permet, dans la plupart des cas, que la coutume soit élevée au rang de *jus cogens*, mais présente aussi le *jus cogens* comme une coutume de rang supérieur.

78. 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*.

79. 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 des Nations Unies sur le droit des traités. 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.

80. 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.

81. 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.

82. 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.

3373^e SÉANCE

Mercredi 12 juillet 2017, à 10 heures

*Président : M. Eduardo VALENCIA-OSPINA
(Vice-Président)*

Présents : M. Cissé, M^{me} Escobar Hernández, M^{me} Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guilloff, 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.

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. M. CISSÉ, formulant tout d'abord une observation sur les critères d'identification du *jus cogens*, dit que l'on pourrait faire valoir qu'il en existe quatre, dont les deux critères cumulatifs mis en évidence dans le deuxième rapport (A/CN.4/706). Étant donné que les éléments de la définition figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) doivent être considérés comme liés et formant un tout indissociable, le troisième critère est l'indérogeabilité, qui découle de la nature impérative du *jus cogens*. Il s'agit d'un élément essentiel, car sans lui le *jus cogens* est dénué de sens et ne peut atteindre son objectif principal, qui est de protéger les valeurs humaines fondamentales. L'indérogeabilité est l'élément qui permet à une norme impérative de produire tous ses effets juridiques, qui en fait une norme *sui generis* dans la hiérarchie des normes et qui distingue le *jus cogens* du *jus dispositivum* et du droit coutumier en lui donnant primauté sur eux. Il s'agit donc d'un critère indépendant et même, parmi les critères d'identification des normes impératives, de celui qui est le plus déterminant.

2. Le quatrième critère, que l'on pourrait désigner par l'expression « équivalence des normes », découle de la disposition de l'article 53 prévoyant qu'une norme impérative ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Ainsi, si la nouvelle norme n'a pas le même caractère, elle est nulle parce qu'elle entre en conflit avec l'ancienne norme impérative. C'est pourquoi M. Cissé pense avec M. Murphy que cette disposition constitue un critère supplémentaire permettant d'identifier le *jus cogens*.

Ce quatrième critère est tout aussi fondamental que les trois premiers car en cas de conflit entre des normes impératives, il permettrait aux tribunaux nationaux ou internationaux de déterminer quelles normes pourraient être qualifiées de normes du *jus cogens*. Ce critère est bien fondé puisqu'il est dit dans la première phrase de l'article 53 que tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général est nul. Dès qu'il apparaît qu'il y a conflit entre une nouvelle norme et une norme impérative antérieure, le traité comportant cette nouvelle norme doit automatiquement être déclaré frappé de nullité absolue.

3. À y regarder de plus près, cependant, ce qui semblait être un quatrième critère ne constitue pas véritablement un critère indépendant, en cela qu'il ne peut pas être dissocié du troisième critère car il ne fait que renforcer le critère de l'indérogeabilité en cas de conflit entre deux normes impératives n'ayant pas le même caractère. On peut donc en déduire que le troisième critère, à savoir l'indérogeabilité, est en soi suffisant pour empêcher la formation de toute nouvelle norme impérative contraire à la norme impérative antérieure. En d'autres termes, la condition fixée par l'article 53 voulant qu'une norme impérative ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère est consubstantielle au critère de l'indérogeabilité de toute norme impérative du droit international. C'est pourquoi la conclusion finale doit être que l'article 53 énonce trois critères pour l'identification d'une norme du *jus cogens*, à savoir que la norme en question soit une norme de droit international, que cette norme soit reconnue et acceptée par la communauté internationale et qu'elle n'admette aucune dérogation du fait de son caractère impératif.

4. M. Cissé dit que si la Commission a eu raison d'examiner uniquement les normes de *jus cogens* du droit international dans le rapport à l'examen, et si lui-même admet qu'en cas de conflit entre ces normes et les normes de *jus cogens* découlant du droit interne les premières doivent l'emporter, une telle démarche peut conduire à une fragmentation de cette branche du droit international. Ayant une conception moniste du droit international, selon laquelle le droit interne et le droit international forment un tout et les deux ordres, bien que distincts à certains égards, se recoupent, il est favorable à un examen global du *jus cogens*, qui porte tant sur celui découlant du droit interne que sur celui découlant du droit international. Les débats futurs de la Commission sur le sujet gagneraient en pertinence si une étude était réalisée sur les rapports entre les normes impératives du droit interne et celles du droit international, car ces normes ont pour objectif commun la protection des droits de l'homme fondamentaux et des valeurs humaines fondamentales.

5. M. Cissé part du postulat que l'objet principal du *jus cogens* en tant qu'ensemble de normes auxquelles il ne peut être dérogé est de protéger l'être humain, et que cette protection est garantie par l'État au moyen de son droit interne et par la communauté des États au moyen du droit international. Si la Commission admet l'existence de ces deux types de *jus cogens*, la question se pose de savoir si la référence expresse, dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, à une norme impérative du droit international suffit pour conclure que cet article exclut les

normes de *jus cogens* reconnues en droit interne. M. Cissé estime que l'article 53 n'établit pas une distinction nette entre deux types de *jus cogens* qui seraient inconciliables à jamais, car un tribunal international qui serait amené à statuer sur un conflit entre normes impératives aurait à se référer à la pratique des États, soit, en d'autres termes, au droit interne.

6. Un exemple du lien essentiel entre l'ensemble des normes impératives qui protègent les droits de l'homme concerne les crimes de sang. En droit international, ceux-ci sont sanctionnés dans le contexte des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide, et aucune dérogation aux dispositions du droit international visant de tels crimes n'est autorisée. De même, dans certains États africains, aucune exception à l'interdiction de la peine capitale n'est autorisée, eu égard au principe selon lequel toute vie humaine étant sacrée, la communauté doit s'abstenir de tuer un meurtrier en réparation du crime qu'il a commis ; verser le sang de cette personne ne redresserait pas le tort causé à un autre être humain. Dans certaines communautés traditionnelles en Côte d'Ivoire, les auteurs de crimes ne sont pas incarcérés car le châtiment suprême est le bannissement de sa communauté d'origine. Dans le cadre de cette forme traditionnelle de justice, on considère que nul ne peut déroger au respect scrupuleux de certaines normes, qui peuvent être qualifiées de normes impératives reposant sur une coutume ancestrale. Si le droit international consacre la notion de crimes contre l'humanité s'agissant de certains crimes commis à grande échelle, dans certaines sociétés africaines traditionnelles on parle de crime contre la communauté dans les cas de crime de sang, même lorsqu'il n'y a qu'une seule victime. La différence entre les deux ordres juridiques est une différence de degré et non de nature. Cette analogie confirme ainsi qu'il existe des normes impératives de *jus cogens* en droit interne comme en droit international. À cet égard, M. Cissé pense avec M. Nguyen et M. Park que les normes impératives jouent un rôle important aux plans national et régional. C'est pourquoi il juge nécessaire d'adopter une approche plus globale de ces normes impératives, qui prenne en compte le droit coutumier et le droit ancestral, le droit national, le droit régional et le droit international. Les normes impératives du droit international qui protègent les droits de l'homme fondamentaux peuvent être enrichies par les traditions, les coutumes et les cultures du monde entier, lesquelles peuvent à leur tour s'inspirer avec profit du droit international quand se posent certaines questions touchant à des droits de l'homme fondamentaux, imprescriptibles et auxquels il ne peut être dérogé. Une étude plus approfondie des interactions et des analogies entre les normes impératives du droit interne et les normes impératives du droit international conduirait à une interprétation *lato sensu* de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, laquelle permettrait à la Commission d'appréhender la notion de *jus cogens* dans sa globalité. En fait, la distinction entre les deux types de normes impératives est plus théorique que pratique.

7. L'étude du *jus cogens* ne saurait se limiter au droit conventionnel car l'article 53 ne traite pas de la question du *jus cogens* de manière exhaustive. Des normes impératives peuvent être dégagées de toutes les sources pertinentes du droit international coutumier, de la jurisprudence nationale ou internationale, des principes généraux du

droit et des valeurs fondamentales protégées par les traditions ancestrales et les us et coutumes. Il n'y a pas d'obstacles juridiques à cette approche, comme en témoigne le fait que les principes généraux du droit étaient initialement appliqués dans le droit interne des nations civilisées avant d'être transposés dans le droit international par voie de codification. Il est donc tout à fait concevable que certaines normes du *jus cogens* de droit interne deviennent des normes impératives du droit international.

8. L'apatridie est un autre exemple montrant que le droit international peut et doit s'inspirer des expériences nationales et régionales pour définir des normes impératives. Le droit international n'apporte pas de réponse satisfaisante à certaines questions qui touchent directement à la protection des droits de l'homme et qui pourraient être considérées comme relevant de normes impératives du droit international. Le droit international prête une grande attention aux crimes qui heurtent la conscience humaine, mais semble être beaucoup plus discret face aux situations où il n'y a pas atteinte à l'intégrité physique. Or l'apatridie constitue une violation grave du droit fondamental de l'homme à une nationalité et à une citoyenneté. L'apatride étant dépourvu de nationalité, il n'est protégé par aucun État contre de multiples formes d'abus, de discrimination et de traitements inhumains. L'apatridie constitue donc une violation d'une norme impérative lorsqu'il y a rejet d'une demande légitime de nationalité.

9. L'exemple de l'apatridie montre combien il est difficile d'établir une ligne de démarcation absolue entre le *jus cogens* en droit interne et le *jus cogens* en droit international. En effet, l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne vise pas à établir une telle distinction, même s'il fait expressément référence aux normes impératives du droit international. Le droit interne des pays de droit romain et des pays de *common law* renvoie à la notion d'ordre public, qui est l'équivalent de la notion de norme impérative ou de *jus cogens* en droit international. Comme l'a fait observer l'American Law Institute, une norme impérative est l'équivalent d'un impératif d'ordre public dans les systèmes nationaux. Cette notion d'ordre public traduit le caractère impératif d'un certain nombre de principes, normes, règles et valeurs fondamentales que la société entend protéger car elle les considère comme des normes impératives du droit interne. Cette notion est inscrite dans toutes les constitutions du monde et dans les législations nationales portant sur des questions liées aux intérêts vitaux des personnes ou de la société. Afin que ces intérêts puissent être protégés, aucune dérogation n'est autorisée et le ministère public est tenu d'intervenir chaque fois que l'ordre public est menacé. En ce qui concerne le *jus cogens* régional, si les 15 États membres de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), suivant l'exemple des autorités ivoiriennes, simplifiaient les conditions d'octroi de la nationalité et harmonisaient leur législation sur l'apatridie conformément à la Déclaration d'Abidjan sur l'éradication de l'apatridie³¹⁵, cela pourrait constituer une preuve concluante de l'existence d'un *jus cogens* régional relatif à l'apatridie.

10. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 étant très général, il appartiendra aux tribunaux internes ou internationaux, en tant que faiseurs de droit, de donner corps à la notion de *jus cogens* en précisant la portée de celui-ci, les principes qui lui sont applicables, les critères de son identification, les preuves de son existence et les sanctions applicables en cas de non-respect. Les tribunaux devront exercer cette fonction avec prudence et de manière progressive, en s'appuyant sur les sources du droit national et international et sur leur propre jurisprudence. L'établissement d'une liste de normes constitutives du *jus cogens* serait donc utile. D'autres normes impératives telles que l'interdiction de l'esclavage, de l'apartheid, de l'agression, de la traite des êtres humains, du terrorisme international, de la piraterie maritime et de l'apatridie pourraient être ajoutées à l'interdiction du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, de la torture, des traitements cruels et inhumains, de l'emploi de la force, de la détention arbitraire, de la discrimination et du refoulement, notamment, le *jus cogens* n'étant pas gravé dans le marbre. Les normes impératives doivent évoluer au rythme des progrès réalisés dans l'élargissement de la protection des êtres humains et de la vie humaine assurée par le droit international. Les critères d'identification des normes du *jus cogens* qui ont été définis dans le rapport sont certes pertinents, mais ils devraient être étoffés par une description de la teneur d'une véritable norme impérative, indépendamment du point de savoir si la norme trouve sa source dans le droit conventionnel, le droit international coutumier ou la jurisprudence. C'est pourquoi il y a lieu d'établir une liste systématique des normes impératives constitutives du *jus cogens* interne, régional et universel, en se fondant sur la pratique des États et la jurisprudence nationale et internationale.

11. En ce qui concerne l'intitulé du sujet, il serait plus simple de retenir « L'identification des normes impératives du droit international », car l'ensemble de l'argumentation du Rapporteur spécial ne porte que sur l'identification de ces normes. Le terme « *jus cogens* », qui pourrait être défini dans l'introduction, ne devrait plus figurer dans le titre.

12. Dans le projet de conclusion 4, les éléments que M. Cissé a décrits précédemment pourraient être ajoutés aux deux critères qui y sont déjà énoncés et qu'il approuve. Le projet de conclusion 5 devrait avoir pour titre « Les sources du *jus cogens* », car les éléments qu'il contient définissent les sources du *jus cogens*, qui sont les mêmes que celles du droit international public. Les projets de conclusions 6, 7 et 8 pourraient être fusionnés et insérés dans le projet de conclusion 4, car ils traitent tous de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critères d'identification du *jus cogens*. Le projet de conclusion 4 serait certes plus long, mais il aurait l'avantage de regrouper tous les éléments liés aux critères d'identification du *jus cogens*, ce qui éviterait les répétitions. Le titre du projet de conclusion 9 devrait être modifié pour se lire « Les preuves des normes impératives », ce qui engloberait les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance. Peut-être serait-il judicieux d'envisager l'élaboration d'un projet de conclusion sur la portée du *jus cogens*, ce qui permettrait de définir une approche systématique de l'identification des normes impératives du droit international. Dans le même ordre d'idées, peut-être pourrait-on établir une liste non exhaustive de normes de *jus cogens*, qui pourrait être

³¹⁵ Déclaration d'Abidjan des Ministres des États membres de la CEDEAO sur l'éradication de l'apatridie, faite à Abidjan, le 25 février 2015.

complétée petit à petit, à mesure que les tribunaux statuent sur des affaires touchant à des normes impératives.

13. Enfin, M. Cissé recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

14. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit qu'il lui est difficile d'accepter la distinction faite dans le rapport entre les éléments (ou critères) constitutifs des normes de *jus cogens* et les éléments descriptifs qui caractérisent la nature du *jus cogens*. La différence entre éléments descriptifs et caractéristiques, d'une part, et éléments constitutifs, d'autre part, n'est pas suffisamment claire, sauf peut-être pour ce qui a trait à l'intention du Rapporteur spécial de dissocier ce qu'il appelle la « hiérarchie » des normes de *jus cogens* et les aspects substantiels de ces normes (les valeurs ou les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble) des éléments permettant d'identifier une norme de *jus cogens* existante.

15. À cet égard, M^{me} Escobar Hernández nourrit de sérieuses réserves au sujet du traitement distinct par le Rapporteur spécial des critères cumulatifs énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 aux fins de la définition de ce qui constitue le *jus cogens*. Pour le Rapporteur spécial, ces critères peuvent être considérés un par un, chaque élément remplissant une fonction différente, mais M^{me} Escobar Hernández ne partage pas pleinement son avis selon lequel les trois premiers éléments – une norme du droit international acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise – peuvent être dissociés du quatrième – une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère –, car l'idée que la quatrième caractéristique concerne davantage les effets du *jus cogens* que son identification n'est pas suffisamment étayée. Au contraire, cet élément est inhérent à la notion de *jus cogens* et, à ce titre, il devrait figurer dans le projet de conclusion 4, indépendamment du point de savoir s'il fera l'objet d'une attention particulière à un stade ultérieur. Même si l'on admettait que ce quatrième élément est un simple effet ou une simple conséquence de la classification d'une norme comme norme du *jus cogens*, ce ne serait pas l'unique effet. M^{me} Escobar Hernández continue de penser que la Commission ne saurait aborder le sujet du *jus cogens* sans avoir analysé en détail les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³¹⁶, qui traitent des conséquences d'une violation d'une norme impérative du droit international général. En tout état de cause, elle n'est pas opposée au choix du Rapporteur spécial de ne pas examiner ce quatrième critère avant d'avoir traité de la hiérarchie des normes de *jus cogens*.

16. Par ailleurs, s'agissant de la notion de norme du droit international général, qui est assurément d'une importance déterminante pour le sujet, l'oratrice partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le caractère « général » d'une norme devrait être déduit essentiellement de son

applicabilité générale, entendue au sens d'applicabilité subjective. Toutefois, peut-être serait-il avisé de nuancer l'application de ce critère de deux façons, d'une part en n'excluant pas la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional, et d'autre part en tenant compte du fait que, dans ce cas particulier, l'applicabilité générale pourrait s'entendre de l'applicabilité dans certains contextes seulement, ce qui soulève la question de la *lex specialis*.

17. L'identification d'une norme de droit international général à partir de l'applicabilité générale de la norme est une approche pertinente, mais elle aurait certainement des conséquences importantes qu'il conviendrait de prendre en considération, en particulier pour ce qui a trait au type de normes à inclure dans cette catégorie. Si M^{me} Escobar Hernández convient que seuls les règles et principes de droit général ou coutumier, au sens strict, peuvent être qualifiés de normes du droit international général, elle n'est pas pleinement convaincue qu'il s'agisse des seules normes d'application générale du droit international contemporain, car il est indéniable que, comme d'autres membres de la Commission l'ont fait observer, les traités multilatéraux sont d'application générale, même s'ils ne sont pas considérés comme des normes du droit international général.

18. Cependant, si cet amalgame entre le caractère général d'une norme et son applicabilité générale lui semble inacceptable dans l'abstrait, l'oratrice partage l'idée fondamentale exprimée dans le projet de conclusion 5, où une distinction est établie entre, d'une part, les règles coutumières et les principes généraux du droit en tant que normes générales aptes à donner naissance à une norme de *jus cogens*, et, d'autre part, les traités internationaux en tant que normes pouvant refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens*. Cette idée devrait être développée de deux façons. Premièrement, une règle conventionnelle, en tant qu'élément de la pratique, peut elle aussi engendrer – et pas seulement refléter – une norme du droit international général constitutive du *jus cogens*. Deuxièmement, ce rôle générateur peut également être joué par d'autres normes, telles que certaines résolutions adoptées par des organisations internationales.

19. Les normes de *jus cogens* ont un caractère éminemment substantiel, qui découle du fait qu'elles reflètent et protègent les valeurs et les intérêts de la communauté internationale. Dans cette optique fonctionnelle, la condition voulant qu'une norme de *jus cogens* soit une norme du droit international général tient une place centrale dans le processus d'élaboration ou d'identification de la norme. Ce lien s'atténue une fois que la norme est créée, car à ce stade-là une norme de *jus cogens* peut être reflétée dans quelque norme juridique que ce soit sans perdre son caractère propre.

20. M^{me} Escobar Hernández pense avec le Rapporteur spécial que la notion de « communauté internationale des États dans son ensemble » est essentielle aux fins de l'identification du *jus cogens*. L'idée qu'une norme doit être acceptée par une majorité d'États particulièrement large pour être considérée comme relevant du *jus cogens* devrait être davantage mise en relief car c'est l'un des facteurs qui distinguent le *jus cogens* du droit coutumier

³¹⁶ Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

ordinaire. Pour M^{me} Escobar Hernández, l'acceptation et la reconnaissance du *jus cogens* portent non seulement sur le fait qu'aucune dérogation n'est permise, mais aussi sur la condition que la norme ne puisse être modifiée ou qu'on ne puisse y déroger qu'en vertu d'une autre norme de même caractère. C'est, à son avis, ainsi qu'il convient d'interpréter ce que le Rapporteur spécial appelle l'« *opinio juris cogentis* », laquelle ne peut être formée que par la communauté internationale des États dans son ensemble.

21. M^{me} Escobar Hernández pense, comme d'autres membres de la Commission, que certains des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport sont quelque peu verbeux et répétitifs. Le nombre de projets de conclusion pourrait être réduit de six à cinq, lesquels devraient porter, respectivement, sur les critères d'identification du *jus cogens*, les normes du droit international général, la communauté internationale des États dans son ensemble, l'acceptation et la reconnaissance de normes comme relevant du *jus cogens* et les preuves de cette acceptation et de cette reconnaissance. Le Comité de rédaction devrait réviser les projets de conclusion en vue de les préciser et de les simplifier, en évitant les redites et en se concentrant sur les éléments essentiels des questions traitées.

22. Comme M^{me} Escobar Hernández l'a indiqué précédemment, le fait qu'une norme ne puisse être modifiée ou qu'on ne puisse y déroger qu'en vertu d'une autre norme de même caractère devrait être mentionné dans le projet de conclusion 4 en tant que critère distinct. Dans le projet de conclusion 5, le paragraphe 1 est superflu et peut prêter à confusion; il devrait donc être supprimé. Il importe néanmoins d'expliquer ce que l'on entend par « champ d'application [...] général »; le commentaire serait un endroit approprié pour le faire.

23. Le caractère répétitif des projets de conclusions 6, 7 et 8 rend malaisée la distinction entre les deux questions dont ils traitent, à savoir la notion de communauté internationale des États dans son ensemble et la notion d'acceptation et de reconnaissance. Bien que ces deux notions soient étroitement liées, l'oratrice préférerait, par souci de clarté, qu'elles soient traitées dans deux projets de conclusion distincts, qui mettraient l'accent, respectivement, sur le sujet (la communauté internationale des États dans son ensemble) et l'objet (indérogeabilité et modification uniquement par une norme ayant le même caractère) de « l'acceptation et la reconnaissance ». Ces projets de conclusion devraient éviter toute référence à des éléments de preuve, cette question étant abordée dans le projet de conclusion 9, qui pourrait être considérablement simplifié. Certains des termes employés dans le projet de conclusion 9, tels que « documents », devraient également être modifiés, car ils ne semblent pas convenir pour le type de texte visé.

24. M^{me} Escobar Hernández souscrit à la proposition de modification de l'intitulé du sujet faite par le Rapporteur spécial, à condition que les mots « (*jus cogens*) » soient conservés. Elle approuve également le projet de programme de travail futur, avec les réserves qu'elle a exprimées précédemment concernant les « effets » du *jus cogens*. Enfin, comme elle l'a souligné à la session précédente de la Commission, l'établissement d'une liste indicative de normes de *jus cogens* devrait constituer un

élément essentiel des travaux de la Commission; une telle liste serait d'une grande utilité, quelle que soit la forme qu'elle prendrait dans le projet de conclusions. M^{me} Escobar Hernández est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

25. M^{me} GALVÃO TELES dit que ses observations sur les propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son excellent deuxième rapport sont guidées par la nécessité d'assurer une cohérence entre les travaux actuels de la Commission et ses travaux antérieurs sur le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la fragmentation du droit international. Ses suggestions visent à rationaliser les projets de conclusion et ne portent pas sur des questions de fond.

26. La première question que M^{me} Galvão Teles souhaite soulever est celle de savoir si les normes du *jus cogens* reflètent des valeurs fondamentales. Elle partage l'avis que le Rapporteur spécial a exprimé à ce sujet à la soixante-huitième session de la Commission, lors de l'examen du paragraphe 2 du projet de conclusion 3³¹⁷, et pense elle aussi que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes et sont universellement applicables. À son sens, la protection des valeurs fondamentales est le principal trait distinctif des normes du *jus cogens*, ce qui explique pourquoi celles-ci sont en faible nombre et il ne peut y être dérogé. Le caractère unique des normes de *jus cogens* ne tient pas à leurs sources mais à leur teneur et au fait qu'elles ont pour objet de protéger des valeurs que la communauté internationale dans son ensemble reconnaît comme étant fondamentales et, partant, ne souffrant aucune exception.

27. Si ce point de vue n'est pas partagé par tous les spécialistes ni expressément adopté par l'ensemble des juridictions internationales, c'est la position qu'a prise la Commission, comme le montrent ses travaux sur le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la fragmentation du droit international. Dans le commentaire de son projet d'articles sur le droit des traités de 1966³¹⁸, la Commission a déclaré que c'était la nature particulière de la matière à laquelle elle s'appliquait qui donnait le caractère de *jus cogens* à une règle³¹⁹ et que les règles du *jus cogens* avaient un caractère si fondamental que tout traité incompatible avec elles devait être considéré comme non valide dans sa totalité³²⁰. Dans son commentaire relatif au projet d'article 12 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a déclaré que les obligations imposées aux États par des normes impératives touchaient, par définition, aux intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble³²¹. Enfin, dans sa conclusion 32, le

³¹⁷ Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693, par. 74.

³¹⁸ Le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193 et suiv.

³¹⁹ Voir *ibid.*, p. 270 (paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 50).

³²⁰ Voir *ibid.*, p. 260 (paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 41).

³²¹ Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 59 (paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 12).

Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a souligné qu'une règle de droit international pouvait être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu³²². M^{me} Galvão Teles attend avec intérêt la proposition révisée de projet de conclusion du Rapporteur spécial, qui devrait conserver la référence au lien entre normes de *jus cogens* et valeurs fondamentales.

28. Une autre question qui se pose est celle de savoir si les traités doivent être considérés comme faisant partie du droit international général. Il n'existe pas de définition acceptée du « droit international général » et il n'y a aucune unanimité dans la doctrine sur la question de savoir si ce droit est constitué par le seul droit international coutumier ou s'il comprend également les principes généraux du droit et/ou les traités. Au paragraphe 1 de son commentaire relatif au projet d'article 50 sur le droit des traités de 1966, la Commission a affirmé que l'interdiction de l'emploi de la force énoncée dans la Charte des Nations Unies constituait une règle relevant du *jus cogens*³²³, donnant à entendre que le droit international général englobe le droit conventionnel. Ainsi, les traités multilatéraux qui ont été ratifiés par tous les États ou presque peuvent constituer une source de *jus cogens*, bien qu'une norme conventionnelle doive également être reconnue comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé pour être considérée comme relevant du *jus cogens*.

29. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, l'adjectif « général », dans l'expression « droit international général », vise non pas la source de la norme mais son champ d'application. C'est pourquoi M^{me} Galvão Teles désapprouve la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle les règles conventionnelles en tant que telles ne devraient pas être considérées comme une source ou un fondement des normes de *jus cogens*. Elle pense qu'il faudrait modifier le projet de conclusion 5 pour indiquer que les traités multilatéraux ratifiés par un grand nombre d'États peuvent aussi bien refléter des normes de *jus cogens* que constituer une source de telles normes. En outre, le droit international coutumier, les principes généraux du droit et les traités multilatéraux généraux devraient y être qualifiés de « source » de normes de *jus cogens* plutôt que de « fondement ». L'oratrice approuve les deux critères énoncés dans le projet de conclusion 4, ainsi que l'affirmation, faite au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, selon laquelle l'acceptation et la reconnaissance de tous les États ne sont pas requises. Dans les projets de conclusions 7 et 9, elle pense qu'il conviendrait d'employer d'autres expressions qu'« attitudes » et « documents ».

30. Il se pose également la question de savoir si les conséquences du *jus cogens* devraient être limitées au droit conventionnel ou si elles devraient s'étendre au droit de la responsabilité de l'État et à d'autres domaines du droit international. La Commission s'est déjà penchée sur la question du *jus cogens* dans le cadre du droit des traités et du droit de la responsabilité de l'État, les normes de *jus cogens* ayant des conséquences juridiques particulières dans ces deux domaines. La proposition formulée au paragraphe 93 du rapport, tendant à traiter des effets du

jus cogens dans d'autres domaines tels que les règles relatives à la compétence, devrait être examinée plus avant.

31. En ce qui concerne les avantages et les inconvénients de l'introduction d'une liste indicative de normes de *jus cogens*, la Commission a déjà étudié cette question au paragraphe 3 de son commentaire relatif au projet d'article 50 sur le droit des traités de 1966³²⁴. Ce commentaire concernait toutefois une disposition qui devait être intégrée à un traité, et qui l'a été. Dans le contexte du projet de conclusions à l'examen, une telle liste peut être utile. La Commission a déjà établi des listes indicatives dans plusieurs autres contextes, notamment celles qu'elle a insérées au paragraphe 5 de son commentaire du projet d'article 26 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³²⁵ et dans la conclusion 33 du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international³²⁶. M^{me} Galvão Teles est donc favorable à l'introduction d'une liste indicative fondée sur les travaux passés de la Commission et sur les décisions des cours et tribunaux internationaux, assortie d'une note en soulignant le caractère non exhaustif.

32. En conclusion, M^{me} Galvão Teles souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'intituler le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

33. M^{me} ORAL dit qu'elle pense avec le Rapporteur spécial que le *jus cogens* a le caractère de *lex lata*, bien que la question ne soit pas sans susciter des controverses. Elle est d'avis que la Commission devrait s'appuyer sur ses travaux précédents pour fournir des orientations concernant cet élément très important du droit international. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial constitue une bonne base pour une telle entreprise.

34. Passant aux paragraphes 20 à 30 du deuxième rapport du Rapporteur spécial, consacrés aux trois aspects du *jus cogens* sur lesquels porte le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 (valeurs fondamentales, supériorité hiérarchique et application universelle), M^{me} Oral dit qu'elle souscrit globalement au projet de conclusion. Au cœur de ces normes ayant acquis le statut de *jus cogens* se trouve un ensemble de valeurs fondamentales communes à la communauté internationale. Ce point de vue a été exprimé dans le passé par un certain nombre de membres de la Commission à propos du projet d'article 50 sur le droit des traités de 1966, et même avant cela dans le rapport du Rapporteur spécial sur le droit des traités de 1953³²⁷, où figure une référence aux principes fondamentaux du droit international pouvant être considérés comme constituant des principes d'ordre international public. Des valeurs fondamentales protégées par des normes impératives ont également été reconnues dans des décisions judiciaires, notamment l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu en l'*Affaire du Détroit de Corfou* et le jugement que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Voir *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90 et 91.

³²⁶ Voir *Annuaire...* 2006, vol. II (2^e partie), p. 191.

³²⁷ *Yearbook of the International Law Commission* 1953, vol. II, p. 90 et suiv., document A/CN.4/63 (en anglais seulement).

³²² Voir *Annuaire...* 2006, vol. II (2^e partie), p. 191.

³²³ Voir *Annuaire...* 1966, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 270 (commentaire relatif au projet d'article 50).

a prononcé en l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*. Étant donné qu'il serait difficile de faire figurer la protection de valeurs fondamentales parmi les critères d'identification du *jus cogens*, M^{me} Oral est favorable à l'idée de l'inclure dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, dans le cadre d'une description générale de la nature du *jus cogens*, qui pourrait être approfondie dans le commentaire.

35. Le projet de conclusion 4 reprend des éléments de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et répète quelque peu ce qui est dit dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 3. M^{me} Oral pense avec le Rapporteur spécial que l'article 53 de la Convention de Vienne ne devrait constituer qu'un point de départ. À propos de la question de savoir si l'article 53 énonce deux ou trois critères, M^{me} Lehto et d'autres membres de la Commission ont fait valoir de manière convaincante qu'il convenait de retenir un troisième critère, celui voulant qu'une norme de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une autre norme impérative. M^{me} Oral y est peu encline, cependant, car elle n'a trouvé aucun élément attestant clairement que les États ou les tribunaux tiennent compte de ce critère dans l'identification des règles de *jus cogens*. Elle comprend la nécessité de distinguer les normes de *jus cogens* des normes ordinaires auxquelles il ne peut pas non plus être dérogé, mais elle estime que le contenu du paragraphe 2 du projet de conclusion 3 suffit à cette fin. C'est pourquoi elle souscrit au libellé proposé par le Rapporteur spécial, articulé autour de deux critères.

36. En ce qui concerne le projet de conclusion 5, il n'y a pas de définition convenue du «droit international général», comme l'a souligné le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Compte tenu des divergences de vues à ce sujet, M^{me} Oral se demande s'il est nécessaire de déterminer une fois pour toutes quelles sources peuvent donner naissance à une règle de *jus cogens*. Aux fins de l'identification du *jus cogens*, c'est le deuxième critère énoncé à l'article 53 – l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble – qui est déterminant. Cependant, l'oratrice n'est pas opposée à l'idée d'indiquer, dans le projet de conclusion 5, que le droit international coutumier, les principes généraux du droit et le droit conventionnel font partie du droit international général. Si le Rapporteur spécial, au paragraphe 41 du rapport, évoque la possibilité que la distinction faite par le Groupe d'étude entre le droit international général, d'une part, et le droit conventionnel et la *lex specialis*, d'autre part, puisse empêcher les règles du droit international humanitaire d'acquérir le statut de *jus cogens*, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, dans sa conclusion 33, cite les règles fondamentales du droit international humanitaire en tant que règles faisant partie du *jus cogens*. Il conviendrait donc d'indiquer clairement que les régimes spécialisés peuvent aussi comprendre des normes de caractère impératif. En outre, il ne faut pas exclure la possibilité qu'un *jus cogens* régional existe.

37. M^{me} Oral admet que le droit international coutumier et les principes généraux du droit puissent servir de fondement au *jus cogens*, comme cela est indiqué aux paragraphes 2 et 3 du projet de conclusion 5. Le Rapporteur spécial aurait néanmoins pu donner davantage

d'exemples de principes généraux du droit qui peuvent être considérés comme relevant du *jus cogens*. Comme l'a dit M. Vázquez-Bermúdez à la 3372^e séance de la Commission, l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant le statut juridique et les droits des migrants sans papiers fournit un tel exemple. La référence faite, dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 5, au paragraphe 1 c de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, semble inutile; il serait peut-être préférable de ne renvoyer qu'aux «principes généraux du droit» et d'apporter des explications complémentaires dans le commentaire. Le sujet «Principes généraux du droit» est inscrit au programme de travail à long terme de la Commission et il sera examiné plus avant dans ce contexte.

38. S'agissant des règles conventionnelles, auxquelles il est fait référence au paragraphe 4 du projet de conclusion 5, M^{me} Oral approuve la description faite par M. Rajput, à la 3369^e séance de la Commission, de la manière dont une norme de droit conventionnel peut devenir une norme de *jus cogens*, même si elle ne partage pas l'opinion selon laquelle le *jus cogens* doit être fondé sur l'ensemble des trois sources (droit conventionnel, droit interne et droit international coutumier). Elle partage également l'avis exprimé par M. Kolodkin à la 3372^e séance, à savoir que l'ordre dans lequel les critères permettant de déterminer qu'une règle relève du *jus cogens* sont jugés avoir été remplis n'a pas d'importance, tout au moins en ce qui concerne les traités.

39. Le membre de phrase «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble» est peut-être l'élément de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 dont la signification est la plus difficile à cerner, mais c'est aussi le critère d'identification des normes de *jus cogens* le plus important. Les projets de conclusions 6 à 9 énoncent les éléments essentiels à cet égard. Pour M^{me} Oral, l'ordre de ces projets de conclusion est quelque peu déroutant; à son avis, le projet de conclusion 7 (Communauté internationale des États dans son ensemble) devrait figurer en premier, les trois autres projets de conclusion portant tous sur l'acceptation et la reconnaissance. Peut-être serait-il bon d'en fusionner certains pour gagner en clarté et éviter les répétitions.

40. M^{me} Oral souscrit à la teneur du paragraphe 1 du projet de conclusion 8 mais estime que le raisonnement qui le sous-tend n'est pas pleinement expliqué dans le rapport du Rapporteur spécial. D'un point de vue purement grammatical, le libellé de la définition du *jus cogens* dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 est différent de la définition bien établie du droit international coutumier. Comme cela a été souligné dans les écrits sur la question, les rédacteurs de la Convention auraient pu définir explicitement le *jus cogens* comme étant les normes du droit international coutumier auxquelles il ne peut pas être dérogé, mais ils s'en sont abstenus. En outre, comme l'a souligné Sir Michael Wood à la 3372^e séance de la Commission, l'historique des négociations sur la disposition, en particulier sur les mots «acceptée et reconnue», a été traité quelque peu superficiellement dans le rapport. Sur ce point, M^{me} Oral n'estime pas que la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit

des traités, qui est citée au paragraphe 67 du rapport, ait apporté une réponse définitive.

41. À en juger par le libellé de l'article 53, il semble que, à la différence du droit international coutumier, sur lequel elles reposent dans une large mesure, les normes de *jus cogens* ne soient pas subordonnées à l'élément de conduite ou de pratique générale. Les mots « acceptée et reconnue », en tant qu'éléments du deuxième critère énoncé à l'article 53, ne font donc pas référence à la pratique des États. C'est plutôt l'opinion ou l'*opinio juris cogentis* des États qui est déterminante, comme le met en relief le Rapporteur spécial dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 6. Pour dire les choses simplement, le *jus cogens* n'exige pas une double dose de droit international coutumier.

42. Quant au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, qui porte sur l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble », M^{me} Oral partage l'avis des orateurs précédents qui ont fait valoir que l'acceptation et la reconnaissance par « une très large majorité » d'États devrait être exigée, conformément à ce qui est expliqué au paragraphe 67 du rapport. Elle partage également l'avis selon lequel les mots « dans son ensemble » ne signifient pas « tous » les États, l'accent étant mis sur la « communauté internationale des États » et pas simplement sur « les États ». Le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission ont raison d'affirmer que l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble » fait référence non pas à l'attitude ou aux opinions individuelles d'États mais à leur attitude collective.

43. M^{me} Oral est ouverte à l'idée de modifier l'intitulé du sujet pour qu'il se lise « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », comme le propose le Rapporteur spécial, étant entendu que les mots « *jus cogens* » resteront entre parenthèses et que cet intitulé n'exclura pas les normes relevant de régimes spécialisés.

44. M^{me} Oral est également ouverte à l'idée de fournir une liste indicative et non exhaustive de normes de *jus cogens*, à condition que le caractère indicatif d'une telle liste soit clairement affirmé. Enfin, elle recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

45. M. PETER félicite le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport sur le sujet « *Jus cogens* », consacré aux critères ou conditions d'identification du *jus cogens*. Il exprime sa sympathie au Rapporteur spécial et à M. Murase, Rapporteur spécial pour le sujet « Protection de l'atmosphère », qui ont tous deux fait l'objet de pressions du Secrétariat à propos de la longueur de leurs rapports. Il est regrettable qu'il y ait deux poids, deux mesures, et il faut espérer que le Secrétaire de la Commission examinera la question afin d'y apporter une solution permanente.

46. M. Peter a accueilli avec satisfaction l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission car elle donne aux personnes originaires de pays en développement l'occasion d'apporter leur contribution dans un domaine où elles sont traditionnellement marginalisées. En effet, lorsque la Convention de Vienne de 1969 a été adoptée, la plupart des pays d'Afrique avaient le statut d'État depuis dix ans au plus et cherchaient

encore leurs marques dans la sphère internationale, tout comme de nombreux États d'Amérique latine, d'Asie et des Caraïbes.

47. En ce qui concerne les paramètres du sujet, au paragraphe 33 de son rapport, le Rapporteur spécial explique qu'il prendra comme point de départ l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et donne cinq raisons. De l'avis de M. Peter, une telle approche est assez restrictive et pourrait rendre vain l'examen du sujet. Les sources mentionnées au paragraphe 33 du rapport étant bien connues et l'article 53 ayant été analysé de manière approfondie au fil des ans, les raisons pour lesquelles il faudrait élaborer un projet de conclusion fondé uniquement sur cet article ne sont pas claires. M. Peter se demande s'il ne serait pas possible d'aller au-delà des écrits existants sur le sujet.

48. Au paragraphe 34, le Rapporteur spécial déclare sa neutralité à l'égard du sujet et de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. On pourrait se demander si sa position est réaliste, si son travail n'en deviendrait pas quelque peu artificiel, s'il est possible d'être neutre sur le plan des valeurs et s'il ne serait pas plus judicieux que le Rapporteur spécial adopte une position et la défende.

49. Au paragraphe 31, le Rapporteur spécial affirme catégoriquement que la question de savoir qui détermine si les critères du *jus cogens* ont été remplis « ne relève pas du sujet ». La question qui se pose est celle de savoir pourquoi, après s'être fixé pour but d'identifier les critères du *jus cogens*, le Rapporteur spécial n'entreprend pas de les tester. L'approche du Rapporteur spécial est dangereuse pour plusieurs raisons. Premièrement, elle pourrait permettre à un État ou à un groupe d'États dont la culture et l'histoire sont similaires de déclarer qu'une règle ou un principe en particulier a acquis le statut de *jus cogens* et d'imposer leur décision au reste du monde. Deuxièmement, elle pourrait permettre à des pays puissants d'affirmer que leur pratique nationale a un caractère général et s'applique à tous, laissant entendre qu'il s'agit d'une norme de *jus cogens* en puissance. Pour un sujet d'une telle importance, il est judicieux d'indiquer clairement non seulement quels sont les critères du *jus cogens*, mais aussi qui est censé déterminer si ces critères ont été remplis.

50. Au paragraphe 90, le Rapporteur spécial propose, compte tenu du débat de la Commission à sa soixante-huitième session, de modifier l'intitulé du sujet, qui de « *Jus cogens* » deviendrait « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) ». Il rend compte du débat en question au paragraphe 5 du rapport, où il cite la déclaration d'un ancien membre de la Commission, Enrique Candioti, selon lequel le terme latin « *jus cogens* » risquait, pris isolément, de paraître peu familier ou peu clair aux destinataires des travaux de la Commission. Le Rapporteur spécial a finalement suivi à la lettre la suggestion de M. Candioti. En tout état de cause, M. Peter n'émettra pas d'objection au nouvel intitulé, mais il préférerait se concentrer sur la teneur du sujet.

51. Il ne semble guère y avoir de différence entre les dispositions du projet de conclusion 4 et celles de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. De même, on peut se demander s'il existe une différence fondamentale entre le projet de conclusion 4 et le projet de conclusion 6. À

ce propos, le Rapporteur spécial devrait préciser qui est censé procéder à l'évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble qui est requise dans le projet de conclusion 6.

52. Dans le projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial utilise un certain nombre de termes de manière vague. Les références à «la communauté internationale des États dans son ensemble» et à «une large majorité d'États», en particulier, méritent d'être explicitées. Les États en question se trouvent-ils dans une même zone géographique? Qui détermine si un État appartient ou non à une catégorie donnée?

53. Il serait utile que les différents types de preuves de l'acceptation et de la reconnaissance énumérés au paragraphe 2 du projet de conclusion 9 soient hiérarchisés car ils varient largement du point de vue de leur nature, de leur forme et de leur valeur.

54. Lorsqu'il a présenté le rapport à la 3368^e séance de la Commission, le Rapporteur spécial a demandé aux membres de la Commission, particulièrement aux nouveaux membres, de lui donner leur avis sur le point de savoir s'il serait judicieux d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens*. De l'avis de M. Peter, le Rapporteur spécial devrait fournir une liste exhaustive de toutes les normes du *jus cogens* existantes. Il comprend parfaitement les raisons pour lesquelles d'aucuns pourraient s'y opposer. En effet, certaines règles du *jus cogens* pourraient susciter de vives controverses, ou être favorables à une région du monde en particulier, ce qui pourrait être source d'embarras. À dire vrai, ce n'est pas un problème puisque le droit international n'a jamais été neutre. Une liste exhaustive servirait de «bilan» qui permettrait au Rapporteur spécial de planifier ses travaux avec certitude, puisque la liste indiquerait non seulement quelles normes ont le caractère de *jus cogens* mais aussi quel est leur statut et de quelle manière elles sont nées. La liste devrait être dressée le plus rapidement possible et aurait dû en fait être établie dès le début des travaux de la Commission sur le sujet.

55. Le programme de travail futur mérite un examen plus approfondi. Sauf erreur, c'est la première fois depuis 1969 que le sujet fait l'objet d'une étude complète, scientifique et globale. Par conséquent, le Rapporteur spécial ne devrait pas se hâter d'achever ses travaux, d'autant que beaucoup de questions en suspens requièrent son attention. La principale est celle de savoir qui devrait déterminer si les critères du *jus cogens* ont été remplis, question qui, du point de vue de M. Peter, ne sort pas du cadre du sujet. M. Peter invite instamment le Rapporteur spécial à repenser sa feuille de route, car il serait contre-productif de se lancer dans l'examen des conséquences du *jus cogens* avant d'avoir achevé le travail préparatoire.

56. Le Rapporteur spécial a accompli un énorme travail; il s'est aventuré sur un terrain difficile où les secrets abondent, de nombreux membres ne voulant pas dire ouvertement ce qu'ils pensent ou ne souhaitant pas que les choses soient appelées par leur nom. M. Peter recommande que tous les projets de conclusion soient renvoyés au Comité de rédaction pour qu'il les remanie en tenant compte des observations faites par les

membres de la Commission. Étant donné qu'il y a beaucoup de projets de conclusion et que certains expriment les mêmes idées dans des termes différents, il est clair qu'il convient de les réorganiser.

57. M. OUZZANI CHAHDI remercie le Rapporteur spécial pour son rapport bien documenté et concis sur un sujet qui a donné lieu à de nombreuses discussions doctrinales et auquel on a longtemps reproché sa connotation jusnaturaliste, son manque de précision et ses potentiels effets dévastateurs sur la stabilité des relations conventionnelles. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, certains États se sont énergiquement opposés à l'adoption de la notion de *jus cogens*, parmi lesquels la France, dont la délégation a estimé qu'une clause aussi imprécise ferait entrer à titre permanent la contestation dans le droit des traités.

58. Malgré ces oppositions et grâce à l'effet de codification du droit des traités, la notion de *jus cogens* a trouvé sa place dans le droit international positif. La Convention de Vienne de 1969 lui consacre les articles 53 et 64, dont les dispositions ont été reprises en termes identiques par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986.

59. Pour son deuxième rapport, le Rapporteur spécial part des observations et recommandations émises par certaines délégations à la Sixième Commission. Comme il le fait observer au paragraphe 11 de son deuxième rapport, la plupart des délégations qui ont abordé ce point ont estimé que la portée du sujet devait être large et ne pas se limiter au droit conventionnel mais englober aussi des questions telles que la responsabilité des États et l'immunité. D'autres observations des délégations à la Sixième Commission ont porté sur la nécessité de s'appuyer sur la pratique des États sous toutes ses formes. M. Ouazzani Chahdi se demande s'il n'aurait pas fallu, à ce sujet, inclure parmi la pratique des États les constitutions nationales, dont certaines, notamment la Constitution suisse, reconnaissent expressément la notion de *jus cogens*.

60. Les caractéristiques du *jus cogens* évoquées aux paragraphes 20 à 30 du rapport sont fort intéressantes. Le Rapporteur spécial écrit que les normes du *jus cogens* protègent «les valeurs fondamentales de la communauté internationale», mais n'explique pas ce que l'on entend par «valeurs fondamentales». Le Rapporteur spécial devrait préciser cette notion et apporter davantage de preuves à l'appui de son affirmation.

61. Quant à la supériorité hiérarchique des normes de *jus cogens*, le Rapporteur spécial utilise les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international³²⁸ ainsi que des exemples tirés de la jurisprudence internationale et nationale pour étayer sa position. La question qui se pose est celle de la place qu'occupe dans cette hiérarchie l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

62. L'idée selon laquelle les normes du *jus cogens* sont d'application universelle, dans le sens qu'elles

³²⁸ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186 à 193, par. 251.

s'appliquent à tous les États, mérite quelques développements, d'autant qu'en principe l'universalité semble exclure l'existence d'un *jus cogens* régional, qui est admise par certains auteurs. Bien que la Convention de Vienne de 1969 ne retienne pas la possibilité d'un *jus cogens* régional, il est concevable que des systèmes régionaux très homogènes puissent engendrer des règles impératives qui leur soient particulières. L'existence d'un *jus cogens* régional soulèverait la question de son rapport avec le *jus cogens* universel du point de vue hiérarchique. Le Rapporteur spécial pourrait aborder cette question dans son rapport suivant.

63. Le chapitre II du rapport est consacré aux critères du *jus cogens*. M. Ouazzani Chahdi est en principe d'accord avec l'interprétation que le Rapporteur spécial donne de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. En ce qui concerne le premier critère, selon lequel le *jus cogens* fait partie des normes du droit international général, le Rapporteur spécial, s'appuyant sur les travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international et sur la jurisprudence, a abouti à une conclusion intéressante, à savoir que le droit international coutumier est la source de nombreuses normes du *jus cogens* et les règles du droit international coutumier sont des normes de droit international général. M. Ouazzani Chahdi souhaiterait des précisions à propos de l'affirmation faite au paragraphe 41 du rapport, selon laquelle la distinction entre le droit international général, d'une part, et le droit conventionnel et la *lex specialis*, d'autre part, pourrait empêcher certaines règles, comme celles du droit international humanitaire, d'acquiescer le statut de *jus cogens*.

64. Quant à savoir si les principes généraux du droit, au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, peuvent constituer une source du *jus cogens*, tout dépend du rang qui leur est conféré dans la hiérarchie des normes. Il s'agit d'abord de principes d'ordre national; certains peuvent être élevés au niveau international parce qu'ils sont communs à toutes les nations et qu'un juge international pourrait, dans un cas particulier, les ériger en normes du *jus cogens*. La Convention relative aux droits de l'enfant, par exemple, est fondée sur des principes qui sont présents dans de nombreuses constitutions nationales, tels que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant ou le droit de l'enfant à une aide et à une assistance spéciales de l'État. M. Ouazzani Chahdi convient avec le Rapporteur spécial que la formule «droit international général» englobe les principes généraux du droit et que les traités multilatéraux peuvent aussi constituer une source de normes du *jus cogens*.

65. M. Ouazzani Chahdi souscrit à l'analyse du Rapporteur spécial concernant la reconnaissance et l'acceptation en tant que deuxième critère du *jus cogens*, tout en notant qu'il conviendrait peut-être de placer la barre plus haut et de trouver une formule qui remplacerait «majorité d'États» au paragraphe 67 du rapport et au paragraphe 3 du projet de conclusion 7. Au paragraphe 73, le Rapporteur spécial présente l'indérogeabilité comme une conséquence du caractère impératif. Cela soulève la question de la différence entre un critère et une conséquence. Pour M. Ouazzani Chahdi, l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les trois principaux critères des normes impératives.

66. L'orateur souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de changer l'intitulé du sujet, l'intitulé actuel pouvant donner l'impression que les travaux de la Commission portent aussi sur le *jus cogens* en droit interne. Cela dit, le Rapporteur spécial voudra peut-être mentionner ces normes dans le rapport suivant.

67. M. Ouazzani Chahdi appuie la proposition faite par d'autres membres de la Commission au sujet de la fusion des projets de conclusions 6, 8 et 9. Si une liste indicative des normes du *jus cogens* était établie, elle devrait figurer dans le commentaire et être assortie d'une indication précisant qu'elle a pour objet de clarifier davantage la notion de *jus cogens*. Enfin, M. Ouazzani Chahdi est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

68. M. HUANG dit qu'il souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de renommer le sujet «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)» et convient que l'examen du sujet ne doit pas être limité au droit conventionnel. Pensant comme le Rapporteur spécial que l'étude du *jus cogens* devrait se fonder sur la pratique des États, il souligne que la Commission devrait davantage tenir compte des réserves que les États ont exprimées à la Sixième Commission, à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, à propos de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission, parce qu'il leur semblait que la pratique étatique relative au *jus cogens* n'était pas suffisamment étoffée.

69. Dans son premier rapport sur le sujet³²⁹, le Rapporteur spécial identifie les éléments du *jus cogens*, au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, comme étant la protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale, la supériorité hiérarchique par rapport aux autres normes du droit international et l'applicabilité universelle. Ce faisant, il s'écarte nettement des dispositions de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et introduit de nouveaux éléments, qui sont problématiques à deux titres.

70. Premièrement, les éléments en question ne sont pas étayés par la pratique des États. Lorsqu'il s'agit d'identifier les éléments essentiels du *jus cogens*, rien n'est plus contraignant et convaincant que la pratique étatique. Or dans son deuxième rapport le Rapporteur spécial n'en cite que quelques exemples, les autres exemples de pratique étant principalement tirés de décisions de juridictions internationales. Il reste à savoir dans quelle mesure ces décisions reflètent l'acceptation internationale.

71. Deuxièmement, les éléments essentiels du *jus cogens* sont difficiles à distinguer des critères du *jus cogens*. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial qualifie les éléments essentiels du *jus cogens* d'éléments descriptifs et les critères d'identification du *jus cogens* d'éléments constitutifs. Cette distinction est hasardeuse et inutile dans la pratique. Au paragraphe 31, le Rapporteur spécial écrit que les critères d'identification du *jus cogens* renvoient aux éléments qui devraient être présents avant qu'une règle ou un principe puisse être qualifié de norme

³²⁹ *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693 (premier rapport).

du *jus cogens*. Cela suppose que les éléments essentiels n'existaient pas avant qu'une règle devienne une norme du *jus cogens*. Si l'applicabilité universelle est un élément essentiel du *jus cogens*, une règle n'est pas nécessairement universellement applicable avant de devenir une règle du *jus cogens*. Pourtant, de l'avis de M. Huang, c'est précisément le caractère universel de l'applicabilité d'une règle qui peut élever celle-ci au rang de *jus cogens*.

72. En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, les opinions de juridictions internationales mentionnées au paragraphe 20 du rapport sont toutes des opinions individuelles et des opinions minoritaires et ne représentent donc pas le point de vue le plus répandu dans la pratique judiciaire. M. Huang estime que la discussion relative aux valeurs fondamentales pourrait aisément conduire la Commission sur la voie du *jus naturale*, ce que le Rapporteur spécial lui a toujours conseillé d'éviter. Une telle discussion risque aussi d'être biaisée sur le plan idéologique; la Commission devrait donc l'aborder avec prudence.

73. Pour ce qui est de la supériorité hiérarchique, il est nécessaire en premier lieu de préciser que l'idée selon laquelle les normes du droit international général sont nulles dès lors qu'elles sont en conflit avec une norme du *jus cogens* se rapporte à l'effet du *jus cogens*. Il serait tout simplement exagéré d'en déduire une supériorité hiérarchique. En fait, l'opinion selon laquelle il existe une hiérarchie en droit international n'est pas étayée par la pratique internationale. Même si la notion de *jus cogens* trouve son origine dans le droit interne, le droit international et le droit interne appartiennent à deux systèmes juridiques différents et il est nécessaire de disposer d'éléments de preuve supplémentaires pour déterminer si la théorie de la hiérarchie en droit interne peut être directement transposée au droit international. À supposer qu'il existe une hiérarchie en droit international, les déclarations de quelques États et les décisions de certains tribunaux régionaux ne suffisent pas à démontrer la supériorité hiérarchique du *jus cogens*.

74. M. Huang est favorable à l'introduction de l'application universelle parmi les éléments essentiels des normes impératives du droit international général. Le *jus cogens* prend en général la forme d'une règle du droit international coutumier. Donc, pour qu'une règle acquière le statut de *jus cogens*, elle doit être acceptée par tous les membres de la communauté internationale. Pour qu'une règle soit considérée comme une norme du *jus cogens*, qu'il s'agisse d'une règle du droit international coutumier, d'un principe général du droit ou d'une règle conventionnelle, elle doit être assortie de l'élément essentiel que constitue la reconnaissance par tous les membres de la communauté internationale.

75. Dans les projets de conclusion proposés, l'approche du Rapporteur spécial consistant à énoncer les deux critères du *jus cogens* – le statut de norme du droit international général et l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble – dans le projet de conclusion 4, tout en décrivant en détail ces critères dans les projets de conclusions 5 à 9, favorise la compréhension mais entraîne quelques

lourdeurs et répétitions. M. Huang suggère que les projets de conclusions 5 à 8 soient simplifiés et fusionnés et que leur contenu essentiel soit déplacé dans le projet de conclusion 4 et leur contenu non essentiel dans le commentaire. L'ensemble du projet de conclusion 9 devrait être déplacé dans le commentaire.

76. M. Huang approuve dans l'ensemble le projet de conclusion 5, dans lequel le Rapporteur spécial énumère les trois sources possibles du *jus cogens*. Contrairement à d'autres membres de la Commission, il ne voit aucune raison d'exclure de cette liste les principes généraux du droit. Cette opinion est étayée par les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, dont il ressort qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les trois principales sources du droit international.

77. En ce qui concerne le projet de conclusion 7, M. Huang est principalement préoccupé par le paragraphe 3. Il convient que l'expression «communauté internationale des États dans son ensemble» ne renvoie pas nécessairement à tous les États, mais il juge tout à fait inadéquat de l'interpréter comme signifiant «une large majorité d'États». Un tel critère serait en effet moins impérieux que celui exigé pour l'identification du droit international coutumier et ne conviendrait pas au *jus cogens*, qui a une force juridique plus importante.

78. Les diverses formes de preuve énumérées aux paragraphes 2 à 4 du projet de conclusion 9 correspondent toutes aux éléments nécessaires à l'identification du droit international coutumier. Puisque les normes du *jus cogens* ont davantage de force juridique que le droit international coutumier, il pourrait être nécessaire de fixer un seuil plus élevé et plus strict pour l'admission de la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du *jus cogens*. À ce stade des travaux de la Commission sur le sujet, il n'est pas nécessaire d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens*. Pour conclure, M. Huang se dit favorable au renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

79. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que le Rapporteur spécial ne semble pas avoir poussé jusqu'à sa conclusion logique la réflexion approfondie qu'il a menée dans son deuxième rapport. Dans l'ensemble, le rapport donne l'impression que le Rapporteur spécial s'est senti obligé de répondre par l'affirmative à la question d'un ancien membre de la Commission concernant le point de savoir si la future Commission fonderait ses travaux uniquement sur ce qui avait été accepté par les États. M. Valencia-Ospina estime pour sa part que la Commission devrait avoir une vision plus ambitieuse de ses travaux sur le *jus cogens*.

80. Pour cela, la Commission doit réexaminer de manière critique la question de savoir si les critères permettant de déterminer quelles normes ont acquis un caractère impératif devraient être fondés uniquement sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet met sur le même plan les éléments découlant de la pratique et de la doctrine et ceux découlant de l'article 53 et souligne l'interaction fluide entre la nature, les conditions et les conséquences du *jus cogens*. En revanche, les éléments que le

Rapporteur spécial avait présentés dans son premier rapport comme les éléments fondamentaux du *jus cogens* énoncés à l'article 53 sont devenus dans son deuxième rapport les critères d'identification du *jus cogens*, alors que les autres éléments, énumérés au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, ont été relégués au rang d'éléments descriptifs des normes établies du *jus cogens*. La justification donnée pour ce choix est mince et consiste en deux faibles arguments exposés aux paragraphes 32 et 33. Le premier est que les États veulent qu'il en soit ainsi et le second que la plupart des juridictions et des commentateurs procèdent de la même manière. Aucun des deux arguments n'est entièrement convaincant.

81. En ce qui concerne le premier argument, l'insistance des États pour conserver la définition du *jus cogens* consacrée par l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 semble être motivée par le dogme selon lequel seuls les États font le droit international. Pourtant, la question de savoir qui décide de ce qui devient le droit est aussi une question de pouvoir. Par conséquent, il n'est pas nécessairement sage ou productif de la part de la Commission d'adopter sans réserve le point de vue que certains États expriment haut et fort comme s'il représentait les dernières avancées en droit international.

82. Le deuxième argument, selon lequel la plupart des juridictions et la plupart des ouvrages savants sur le *jus cogens* considèrent l'article 53 comme la source de la définition du *jus cogens*, n'est pas plus convaincant. L'approche quantitative n'est pas de mise en droit international. Il vaut en outre la peine de se demander si la valeur de référence attachée à l'article 53 découle du large accord existant quant à son utilité en matière de définition du *jus cogens* ou simplement du fait que cet article énonce la définition la plus connue qui ait été donnée dans un contexte juridique international. De plus, un certain nombre d'universitaires ont même conclu à l'absence d'accord quant au point de savoir laquelle des approches suivies pour expliquer le *jus cogens* était l'approche prédominante. En conséquence, même si l'approche quantitative était acceptée, et la définition du *jus cogens* énoncée à l'article 53 déclarée valide, une telle approche devrait être étayée de manière beaucoup plus détaillée.

83. M. Valencia-Ospina ne peut être d'accord avec le Rapporteur spécial lorsque celui-ci affirme que la décision de faire du rapport un commentaire de la deuxième phrase de l'article 53 ne préjuge en rien de la conception du *jus cogens* aux fins des travaux de la Commission. Cela lui rappelle l'idée, exprimée pendant le débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial, que l'adoption de la définition donnée à l'article 53 signifie l'adoption d'une conception du *jus cogens* résolument fondée sur le consentement. Ce point de vue soulève des difficultés. Dans le premier rapport, le Rapporteur spécial a évoqué le risque que des États qui se sont ralliés au consensus concernant une norme reviennent sur leur consentement quelque temps après l'élévation de la norme au rang de *jus cogens* et mettent ainsi à mal le consensus.

84. Dans le contexte plus vaste du droit international, la doctrine de la souveraineté de l'État et le paradigme connexe du caractère indispensable du consentement de l'État aux fins de la création du droit international semblent

très vivaces. La position par défaut qui se dégage de nombreuses approches de l'élaboration du droit international est encore qu'aucun État ne peut être lié par une règle de droit international à moins qu'il n'y ait consenti. Cette approche consensualiste semble compatible avec la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, selon laquelle le *jus cogens* est une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». S'il est parfois avancé que l'acceptation et la reconnaissance sont simplement déclaratoires et non constitutives de l'existence de normes du *jus cogens*, la définition en question est le plus communément interprétée comme supposant que le *jus cogens* est un genre spécial de droit international coutumier qui requiert le consentement de l'État (sous la forme de l'*opinio juris*) aux fins de sa création.

85. L'approche consensualiste n'en soulève pas moins un certain nombre d'autres questions. Même si le *jus cogens* est considéré comme un genre spécial de droit international coutumier, les exemples de pratique étatique concernant la plupart des normes considérées comme relevant du *jus cogens* sont soit insuffisants soit contradictoires. Cette situation est aggravée par le fait que beaucoup de normes assimilées au *jus cogens* exigent d'éviter certains actes, ce qui entraîne des non-événements ou une non-pratique, qui doivent donc être interprétés. Pour surmonter cette difficulté, il a été suggéré que l'identification du *jus cogens* soit fondée sur les principes généraux plutôt que sur le droit international coutumier. Cette approche maintient l'élément du consentement de l'État dans la définition des normes du *jus cogens* en supprimant l'exigence relative à la pratique. En fin de compte, toutefois, toute approche mettant en jeu le consentement de l'État laisse les règles du *jus cogens* à la discrétion des États. Une conception du *jus cogens* fondée sur le consentement ne saurait offrir une explication satisfaisante de la nature impérative des normes du *jus cogens*, ne permet pas de distinguer le *jus cogens* des autres normes du droit international et, finalement, reste empreinte d'une certaine vacuité.

86. L'accent mis dans le rapport sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 donne aux considérations qui y sont exprimées une apparence anhistorique, puisque aucune information n'est donnée sur d'éventuels développements dans le domaine des normes impératives avant 1969. Le rapport aurait été plus utile s'il avait contenu un historique du *jus cogens*, à la fois aux fins de déterminer si la référence exclusive à l'article 53 était véritablement l'approche à retenir et, dans l'affirmative, pour offrir un contexte à une interprétation complète des éléments qui y sont exposés.

87. M. Valencia-Ospina est particulièrement gêné par la teneur du paragraphe 3 du projet de conclusion 7; le raisonnement présenté dans le rapport à l'appui de ce paragraphe est plutôt indigent, l'unique référence fournie étant les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, d'après lesquels l'intention qui sous-tend la formulation retenue était de ne donner à aucun État le droit de veto dans le processus d'élaboration du *jus cogens*. En définitive, cela voudrait dire qu'un État pourrait être lié par une norme à laquelle il s'est constamment opposé. Toutefois, il n'existe pas de doctrine de l'objecteur

persistant en ce qui concerne le *jus cogens*, puisque l'applicabilité universelle est un élément essentiel des normes du *jus cogens*. Cette position est incompatible avec l'idée que le consentement de l'État est primordial dans l'élaboration du droit international. Pour M. Valencia-Ospina, il est inconcevable qu'une norme doive recueillir l'appui unanime des États pour devenir impérative.

88. À supposer qu'aucun État ne puisse être lié contre sa volonté, l'expression « large majorité d'États » devrait être précisée. La population des cinq plus grands États du monde représente déjà environ la moitié de la population mondiale. Cela soulève la question de savoir si l'acceptation de l'élévation d'une norme au rang de norme du *jus cogens* par une large majorité d'États n'incluant pas les États les plus peuplés est légitime. En outre, il est possible qu'une norme relative à la prolifération nucléaire atteigne un taux d'acceptation de 95 % sans l'accord d'aucun des États qui possèdent l'arme nucléaire. Il est impossible de clarifier ces questions sans aller voir derrière la façade non politique du droit international pour dévoiler les relations de pouvoir cachées qui le façonnent. Ces exemples montrent aussi pour quelle raison l'expression « large majorité d'États », sans autre précision, confère une dimension d'arbitraire à l'exercice de détermination du *jus cogens*. La prise en compte de la population des États ne résoudrait pas le problème, car un tel critère donnerait en réalité un pouvoir de veto aux États plus peuplés.

89. M. Valencia-Ospina s'interroge par ailleurs sur l'intérêt d'envisager la création du *jus cogens* comme un processus en deux étapes comprenant d'abord l'établissement de la règle en tant que règle du droit international général puis son élévation au statut de *jus cogens*. Étant donné l'expansion notable des processus dynamiques d'élaboration du droit international, l'idée d'une séquence statique en deux étapes semble peu conforme à l'intuition.

90. Au paragraphe 73 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne qu'une dérogation de fait à une norme n'empêche pas cette norme d'acquérir le statut de *jus cogens*, puisque ce qui devrait compter est la conviction qu'ont les États que la norme ne souffre aucune dérogation. On peut toutefois affirmer sans risque que, selon la conception du *jus cogens* fondée sur le consentement, une congruence générale entre les règles du *jus cogens* et la réalité du comportement des États par rapport à ces règles est nécessaire. Une norme constamment violée par un grand nombre d'États ne peut pas acquérir le statut de *jus cogens*, même si ces États continuent de prétendre qu'ils la reconnaissent.

91. La question de la congruence renvoie à une autre des difficultés que soulève l'approche du *jus cogens* fondée sur le consentement des États : l'interaction entre le consentement de l'État et la capacité présumée du *jus cogens* à protéger – ou du moins à refléter – les valeurs fondamentales de la communauté internationale. La manière dont le consentement des États peut former ou façonner ces valeurs, dont il est dit dans le premier rapport qu'elles « concernent des considérations fondamentales d'humanité³³⁰ », ne va pas de soi ; on peut se demander si ces considérations ont été réellement définies par les

États. De plus, outre qu'il a une incidence sur les traités, le *jus cogens* reflète certaines aspirations en ce qu'il fixe des objectifs relatifs au traitement des individus ou à la coexistence pacifique. Une conception du *jus cogens* qui ne fait que refléter la pratique des États laisse de côté ces aspirations. En conclusion, M. Valencia-Ospina dit qu'il appuie la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet, ainsi que le renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 5.

3374^e SÉANCE

Jeudi 13 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Eduardo VALENCIA-OSPINA
(Vice-Président)

Présents : M. Cissé, M^{me} Escobar Hernández, M^{me} Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guilloff, 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. 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 (*fin*)

1. M. TLADI (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son deuxième rapport (A/CN.4/706), exprime sa reconnaissance aux membres de la Commission pour leurs précieuses observations et suggestions d'ordre rédactionnel et les remercie d'avoir appelé son attention sur des éléments additionnels. Le Comité de rédaction restera saisi des projets de conclusion jusqu'à ce qu'un texte complet soit adopté, ce qui permettra au Comité et à la Commission d'avoir une vue d'ensemble de l'économie générale du texte avant d'en adopter les diverses dispositions.

2. Le Rapporteur spécial constate que la plupart des membres de la Commission, sinon tous, ont acquiescé à sa proposition de changer l'intitulé du sujet, même si certains ont émis des réserves, estimant par exemple que la Commission devrait revenir sur cet intitulé quand elle se pencherait sur la question du *jus cogens* régional. Il rappelle qu'il a déjà fait part de ses doutes au sujet du *jus cogens* régional, mais qu'il a promis d'examiner cette question dans ses rapports suivants. En tout état de cause, si l'existence d'un *jus cogens* régional était établie par des éléments pertinents, il s'agirait d'une exception à la règle générale qui ne rendrait pas nécessaire de modifier l'intitulé. Un membre de la Commission a proposé de traiter

³³⁰ Voir *ibid.*, par. 71.