

Provisoire

Réservé aux participants

15 février 2018

Original : français

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3374^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 13 juillet 2017 à 10 heures

Sommaire

Jus cogens (suite)

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

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.17-11453 (F) 140218 150218



* 1 7 1 1 4 5 3 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Valencia-Ospina
Membres : M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
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. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

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

M. Tladi (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son deuxième rapport, 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 conclusions 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.

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 du *jus cogens* en droit interne, mais le Rapporteur spécial dit qu'il n'y est pas favorable, car la Commission devrait pour cela étudier tous les systèmes juridiques afin de déterminer comment le *jus cogens* fonctionne dans chacun, et l'intérêt d'une telle entreprise n'est pas évident. Peut-être la question du *jus cogens* en droit interne pourrait-elle être examinée par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, mais le fait que les travaux reposent sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités l'exclut automatiquement du sujet à l'examen. Le Rapporteur spécial convient toutefois que la Commission devrait assurément examiner la pratique sous un angle régional plus large et diversifier les sources de preuves. Un autre membre a accepté la modification de l'intitulé, étant entendu que le sujet dépassait le droit conventionnel. La plupart des fondements sur lesquels reposent les critères et les caractéristiques proposés dans le deuxième rapport n'ont rien à voir avec le droit conventionnel.

Il ressort clairement du débat tenu à la session en cours qu'une très large majorité de membres acceptent le contenu du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, même si tous ne souhaitent pas conserver ce paragraphe. Nombre de membres sont convenus que les normes du *jus cogens* étaient d'une manière ou d'une autre liées aux valeurs fondamentales de la communauté internationale. Un membre s'est demandé s'il était justifié d'invoquer cette notion dans les projets de conclusions puisqu'elle n'apparaissait pas dans l'article 53 de la Convention de Vienne, mais cet argument est erroné, car le critère retenu pour l'inclure dans les projets de conclusions n'est pas qu'elle apparaisse dans l'article 53, mais qu'elle soit reflétée dans la pratique. Seuls deux membres ont fait valoir qu'il n'y avait pas de pratique, arguant que le Rapporteur spécial renvoyait seulement à des opinions dissidentes et individuelles et à des articles de doctrine. Le Rapporteur spécial appelle l'attention sur les paragraphes 20 à 22 de son deuxième rapport, qui renvoient à des jugements et avis consultatifs de juridictions nationales et internationales. Il ne partage pas l'opinion, exprimée par un membre, selon laquelle le fait que les tribunaux internes s'appuient, de manière quasi universelle, sur les valeurs fondamentales devrait être écarté parce que les juridictions des différents pays peuvent attribuer aux mêmes termes des sens différents ; si l'on suit ce raisonnement, il faudrait établir non seulement quelle est la pratique, mais aussi quelle est l'intention qui la motive, un critère auquel il serait impossible de satisfaire quel que soit le sujet.

D'autres membres ont également exprimé des doutes quant à la notion de valeurs fondamentales. L'un voulait par exemple la rejeter, au motif que le droit interne des États repose sur les valeurs fondamentales particulières propres à chacun d'eux, alors que le droit international repose sur une multiplicité de systèmes de valeurs. Si cette distinction est correcte, le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi la communauté internationale et ses multiples systèmes de valeurs ne pourraient pas produire des valeurs fondamentales. Un autre membre s'est demandé si l'on devait dire que le *jus cogens* « reflète » ou « protège » des valeurs fondamentales. Il s'agit de concepts différents, et rien dans le rapport ne laisse entendre le contraire, mais ils ne sont pas mutuellement exclusifs, et le

Rapporteur spécial est plutôt d'accord avec la proposition d'utiliser les deux verbes, séparés par « et/ou » plutôt que par « et ». Il partage l'opinion des membres qui pensent qu'il serait utile de clarifier ce qu'on entend par valeurs fondamentales : par définition, ces valeurs ne sont pas immuables, en ce qu'elles sont dans une large mesure liées aux problèmes de leur temps, et le commentaire sera plus à même de rendre compte de leur fluidité.

À la session précédente, le lien a été fait entre l'applicabilité universelle et le *jus cogens* régional. Plusieurs membres ont fait part de leur préoccupation à l'idée d'inclure le *jus cogens* régional, mais le Rapporteur spécial est d'accord avec le membre qui a soutenu que cette notion n'était pas incompatible avec l'application universelle. Après tout, si le *jus cogens* régional existe effectivement, il est universellement applicable dans la région concernée. Le Rapporteur spécial dit qu'il est enclin à penser que l'existence d'un *jus cogens* régional est juridiquement impossible, non à cause d'une sorte de tension avec la notion d'application universelle, mais pour d'autres raisons, comme l'applicabilité de la doctrine de l'objecteur persistant, qu'il expliquera dans un prochain rapport. Plus important, la pratique a montré de manière irréfutable que les normes de *jus cogens* étaient universellement applicables. La question de savoir si l'application universelle concerne « tous les États » ou « tous les sujets de droit international », qui a été soulevée, est importante, mais le Rapporteur spécial préfère y répondre dans le commentaire. Un membre a semblé mal interpréter la notion d'application universelle, et la comprendre comme signifiant qu'une norme doit être universellement acceptée pour pouvoir être acceptée comme une norme de *jus cogens*.

En ce qui concerne la supériorité hiérarchique, un membre a suggéré que, dans certains cas, les juridictions internationales semblaient avoir en réalité retiré au *jus cogens* sa supériorité hiérarchique, mais ce n'est tout simplement pas vrai. Les affaires citées seront envisagées sous l'angle des conséquences, mais elles n'ont que peu de rapport avec la supériorité, voire aucun. Dans les affaires des *Immunités juridictionnelles de l'État*, des *Activités armées sur le territoire du Congo* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, les juridictions ont délibérément exclu la question de la hiérarchie en affirmant que les règles en question n'entraient pas en conflit les unes avec les autres, de sorte que la question de la hiérarchie ne se posait pas. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas comme certains membres que la supériorité hiérarchique soit davantage une conséquence qu'une caractéristique du *jus cogens*. Des conséquences, telles que la nullité, découlent de cette caractéristique, mais la supériorité hiérarchique n'est pas simplement une conséquence. Le Rapporteur spécial convient toutefois que les effets de la hiérarchie sur d'autres sources du droit international, par exemple les principes généraux et le droit international coutumier, devront être envisagés dans les rapports suivants.

Les membres ont en général estimé que les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 étaient étayées par la pratique, mais plusieurs d'entre eux ont toutefois mis en doute leur utilité concrète, estimant que la Commission ne devait pas inclure les caractéristiques à moins qu'elles aient un effet direct sur les critères et l'identification du *jus cogens*. À cet égard, le Rapporteur spécial ne partage pas l'opinion de ceux qui considèrent que c'est dans le commentaire que ces caractéristiques devraient être mentionnées. Un projet de conclusions est, par définition, un mélange de conclusions normatives et descriptives sur l'état du droit. Le Rapporteur spécial ne voit pas comment la Commission pourrait justifier de ne pas inclure dans le texte les éléments les plus communs et sur lesquels la pratique s'appuie le plus constamment.

Certains membres de la Commission ont demandé que l'ensemble ou certaines des caractéristiques soient mentionnées en tant que critères d'identification, arguant entre autres qu'elles étaient essentielles pour remédier à l'insuffisance des éléments énoncés à l'article 53, qu'elles étaient intrinsèquement liées à l'élévation d'une norme au rang de *jus cogens*, que le fait que les normes du *jus cogens* protègent des valeurs fondamentales devrait être mentionné, que certaines valeurs fondamentales en matière de politique publique étaient nécessaires pour prouver l'existence du *jus cogens* et qu'il serait difficile de considérer les valeurs fondamentales comme simplement descriptives. Un membre a demandé s'il existait des normes du *jus cogens* qui ne reflétaient pas ces caractéristiques, et un autre a fait observer que les valeurs fondamentales représentaient les conditions substantielles, ou de fond, du *jus cogens*, ce qui implique que l'article 53 en énoncerait les

conditions de forme. Les avis exprimés sont défendables. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial renvoie au paragraphe 18 de son deuxième rapport, selon lequel « ces caractéristiques peuvent [...] être pertinentes pour évaluer les critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international », et au paragraphe 89, selon lequel « le fait que les États considèrent que telle ou telle norme possède ces caractéristiques » peut être invoqué comme attestant l'existence d'une *opinio juris cogentis*. Il indique qu'il avait l'intention de faire figurer ces expressions dans le commentaire, mais que si le Comité de rédaction décide de refléter l'idée dans le texte lui-même, il ne s'y opposera pas.

Un membre a dit que ni la distinction établie entre les caractéristiques et les critères ni les arguments avancés dans le rapport pour justifier les caractéristiques n'étaient convaincants, et qu'une disposition relative aux caractéristiques serait superflue et potentiellement dommageable. Or une telle disposition peut être soit superflue, soit dommageable, mais non les deux – ces qualificatifs s'excluent mutuellement.

En ce qui concerne la question du droit naturel qui a été soulevée par plusieurs membres, le Rapporteur spécial s'étonne d'avoir été décrit comme un positiviste, mais fait valoir que si ses rapports ont créé cette impression, c'est peut-être parce qu'il n'a pas laissé ses positions de principe lui en dicter le contenu et qu'il s'en est tenu aux preuves objectives. À l'exception de deux membres, tous ont accepté que l'article 53 serve de point de départ à l'examen du sujet. Pour un membre, la Commission se devait d'être visionnaire et ne devait pas se limiter à ce que les États avaient pu accepter, sa critique des deux rapports portant essentiellement sur ce qu'il a qualifié d'approche fondée sur le consentement. L'approche n'est toutefois pas fondée sur le consentement. Le rôle des États est certes fondamental, mais pas en ce qui concerne le consentement.

La plupart des membres s'accordent en principe sur l'approche en deux étapes de l'identification du *jus cogens*. Un membre a toutefois estimé que cette approche, en particulier l'idée d'*opinio juris cogentis*, n'était pas nécessaire et qu'un processus plus simple serait préférable, et deux autres qu'elle sous-entendait un élément temporel qui n'existait pas toujours. Le Rapporteur spécial souligne que telle n'était pas son intention. Les critères d'identification sont sans préjudice du processus de formation des normes du *jus cogens*, même s'il existe bien entendu une forte corrélation. Selon un membre, l'approche en deux étapes était intéressante mais artificielle, et aboutissait à un double comptage, mais il n'a pas proposé d'alternative. L'approche proposée ne peut être considérée comme un double comptage que si on ne tient pas compte du fait que les deux étapes sont qualitativement différentes. La première étape consiste à établir l'existence d'une règle de droit, le plus souvent de droit international coutumier, alors que la seconde concerne le caractère impératif de cette règle ou norme. Il n'y aurait double comptage que s'il suffisait, lors de cette seconde étape, de montrer qu'une norme est acceptée et reconnue comme étant le droit.

Un membre a soutenu que les mots « acceptée et reconnue » ne constituaient pas un critère unique, et a semblé contester les raisons citées en faveur de leur inclusion dans l'article 53 de la Convention de Vienne. Cela signifie-t-il que des preuves claires et irréfutables de la reconnaissance du caractère impératif ne sont pas suffisantes, et que l'acceptation doit aussi être démontrée ? Il n'y a tout simplement aucune preuve, que ce soit dans la pratique des États ou dans la jurisprudence internationale, que quiconque ait cherché à opérer cette distinction certes intéressante, mais hautement théorique. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne peut souscrire à l'opinion du membre pour qui le terme « acceptation » s'appliquerait au droit international coutumier et le terme « reconnaissance » aux principes généraux du droit international : le fondement de cette distinction n'est pas clair. Comme indiqué dans le rapport, les deux termes ont été employés à l'article 53 pour refléter le libellé de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais aucune distinction n'a été faite quant à leur applicabilité. En tout état de cause, cet avis pourrait être reflété dans le commentaire.

Un membre a proposé de modifier la structure du projet de conclusions sur la base de deux critères de fond et d'un critère procédural : la norme en question doit être une norme du droit international général, être une norme impérative et être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États. Un autre membre a émis une proposition similaire, reposant sur quatre critères, dont les deux derniers peuvent toutefois être réunis :

la norme doit être une norme du droit international général, doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale, ne doit souffrir aucune dérogation et ne doit pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme. Bien que le Rapporteur spécial considère que ces deux propositions ne soient pas sans mérite, il lui est difficile de les accepter. Premièrement, elles exigeraient un profond remaniement de l'article 53 de la Convention de Vienne. Il ressort clairement du texte de l'article 53 et des travaux préparatoires que l'acceptation et la reconnaissance étaient censées préciser l'indérogeabilité. Deuxièmement, cette approche obligerait la Commission à contredire la pratique qui, elle aussi, conçoit généralement l'article 53 comme une approche en deux étapes. Enfin, on voit mal à quoi renverraient, dans le cadre de la structure proposée, l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États.

Notant qu'un membre a soulevé la question de la différence entre les critères du *jus cogens* et la nature générale de celui-ci, le Rapporteur spécial rappelle que le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 a été réécrit pour consister essentiellement en une définition. Bien que les critères découlent presque toujours des définitions, cela ne les rend pas moins nécessaires.

La plupart des membres ont argué que l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble s'appliquaient aussi bien à l'indérogeabilité qu'à la modification. Un membre a souscrit à l'idée générale que, structurellement, une interprétation correcte de l'article 53 inclurait la modification, mais il préférerait que ce critère ne figure pas dans le projet de conclusions, car, selon lui, quand les États expriment leurs opinions, leurs convictions ou leurs positions, ils envisagent le statut et le caractère de la norme et non son abolition future au profit d'une nouvelle norme. Pour le Rapporteur spécial cela explique peut-être sa réticence à traiter de la modification lorsqu'il a rédigé son deuxième rapport. Les arguments avancés en faveur de l'inclusion de la modification sont toutefois irréfutables, et la structure de l'article 53 est certainement compatible avec ce point de vue. Bien que les juridictions ne visent généralement que l'indérogeabilité, comme dans l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, il est possible que ce ne soit que pour la concision. Quoi qu'il en soit, sur le fond, les avis exprimés par les membres donnent à penser qu'une norme dont il est établi qu'elle est acceptée et reconnue comme ne souffrant aucune dérogation est une norme du *jus cogens*, à moins que des éléments de preuve distincts ne soient également apportés quant à la manière dont elle peut être modifiée. Comme l'a relevé un membre, la pratique judiciaire des juridictions nationales et internationales s'est concentrée sur les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de l'indérogeabilité. La solution consisterait à envisager les éléments relatifs à la dérogation et à la modification comme des composantes d'un même critère. Sous cette réserve, le Rapporteur spécial accepte les vues des membres de la Commission sur cette question.

Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est toutefois pas d'accord avec le groupe de membres qui estime que l'inclusion de l'élément relatif à la modification rendrait le projet de conclusion 4 similaire au projet de conclusion 2 et qu'il faudrait donc supprimer l'un ou l'autre. Les deux dispositions ont des objectifs différents : l'une décrit le *jus cogens*, l'autre énonce les critères pertinents. Une définition dont les différents éléments constitutifs ne seraient pas explicités ne serait guère utile. Le projet de conclusion 4 illustre la relation entre les différents éléments du projet de conclusion 2. Le Rapporteur spécial dit qu'il lui serait donc difficile d'accepter la réunion de ces deux projets de conclusions en un seul. Bien qu'il soit généralement favorable à la rationalisation du texte et qu'il se félicite que les membres fassent des suggestions en ce sens, il estime nécessaire de veiller à ne pas abandonner des éléments essentiels du projet.

Un membre a suggéré qu'il faudrait, dans le cadre des travaux sur le *jus cogens*, expliquer comment une norme peut être modifiée. Cette suggestion semble renvoyer essentiellement à la formation des normes en droit international général, et à la manière dont ces normes peuvent être modifiées compte tenu du caractère inadmissible d'une pratique contraire à ce droit. Le Rapporteur spécial n'est pas sûr que la question de savoir comment concilier une conduite potentiellement illicite avec la formation d'une nouvelle règle doive être envisagée dans le cadre du sujet. En tout état de cause, si la question

générale de la modification sera assurément envisagée dans un futur rapport, il n'est pas certain que cette contradiction théorique particulière doive l'être.

Un autre membre a suggéré de reproduire la première phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne en tant que critère d'identification du *jus cogens*. Or, si la doctrine considère généralement que l'article 53 définit le *jus cogens* du point de vue de ses conséquences, c'est habituellement sur la base de la seconde phrase de cet article, notamment en référence à l'indérogeabilité, plutôt que sur la première. En tout état de cause, même l'interprétation ordinaire de l'article 53 aboutirait à exclure la première phrase. Ce n'est que dans la seconde phrase que le verbe « est » est utilisé, pour montrer qu'il s'agit d'une définition. Le Rapporteur spécial ne soutient donc pas la modification proposée.

Si la plupart des membres ont approuvé l'approche générale de la description des normes du *jus cogens* comme des normes du droit international général, beaucoup ont souligné que le terme « droit international général » n'avait jamais fait l'objet d'une définition faisant autorité. Il a également été proposé que la Commission se penche sur le sens du mot « norme », mais on peut douter de l'utilité d'une telle discussion. En outre, il est incorrect de considérer les mots « norme » et « règle » comme des synonymes, et ils ne devront pas être employés comme tels dans les commentaires du projet de conclusions.

En réponse à la question qui a été posée de savoir si le paragraphe 41 du rapport signifiait que le droit international humanitaire ne pouvait pas faire partie du *jus cogens*, le Rapporteur spécial explique que l'idée exprimée au paragraphe 41 est au contraire que définir le droit international général en le distinguant du droit conventionnel et de la *lex specialis* risque d'avoir pour conséquence étrange et probablement fortuite d'en exclure les règles du droit international humanitaire. Le paragraphe 42 commence donc par indiquer que, dans l'expression « droit international général », le mot « général » renvoie à l'applicabilité. Les règles du droit international humanitaire étant applicables à tous les États, rien ne les empêche d'acquiescer le statut de *jus cogens*.

Un membre, tout en convenant qu'en ce qui concerne le droit international général, la question était de savoir à qui il s'appliquait, a dit que la Commission devait s'efforcer d'être encore plus claire en précisant que les normes du droit international général sont celles qui « lient tous les États ». Un autre membre, partageant cette opinion, ne s'opposait pas à ce que le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 consacre l'applicabilité universelle du *jus cogens*, pourvu que le *jus cogens* régional soit traité ultérieurement. Mais l'idée que le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 renvoie à l'application universelle repose dans les deux cas sur une méprise. Les contextes dans lesquels les notions d'applicabilité universelle et d'applicabilité générale sont utilisées dans le projet de conclusion 3 et au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, respectivement, sont en effet très différents. Le projet de conclusion 3 vise le *jus cogens*, qui effectivement est universellement applicable, tandis que le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 vise des catégories comme le droit international coutumier qui ne sont pas forcément d'application universelle. Eu égard à la doctrine de l'objecteur persistant, et même à ce que la Commission appelle la « coutume particulière », il est impossible d'affirmer catégoriquement que le droit international général est applicable à tous. Quoi qu'il en soit, il importe de ne pas créer l'impression que le *jus cogens* est synonyme de droit international coutumier.

Il a été suggéré, faute d'une définition généralement acceptée du droit international général, de renvoyer à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne. En fait, cet article vise « toute règle pertinente » – donc pas nécessairement des règles générales du droit international – « applicable dans les relations entre les parties », une formulation qui englobe à l'évidence les traités bilatéraux et le droit international coutumier local et qu'on ne saurait considérer comme synonyme du droit international général ou équivalant à celui-ci.

Si plusieurs membres ont exprimé leur désaccord avec la conclusion du rapport selon laquelle les traités ne faisaient pas partie du droit international général, d'autres, dont le Rapporteur spécial partage l'opinion, ont affirmé que les règles conventionnelles pouvaient refléter, mais n'étaient pas elles-mêmes, des normes du droit international général. Il convient de noter que tous les membres qui se sont exprimés sur cette question

ont cité l'exemple de la Charte des Nations Unies ; le Rapporteur spécial dit qu'il suppose qu'ils songeaient à certaines dispositions de la Charte, et non à celle-ci dans son ensemble. Or toutes les dispositions de la Charte qu'ils ont citées étaient également des normes du droit international coutumier ; il en va de même des références aux Conventions de Genève de 1949 et à certains traités relatifs aux droits de l'homme. L'utilité de telles références est donc limitée dans le cadre du sujet à l'examen. Par exemple, si une majorité écrasante des États ratifiait un traité énonçant une norme déclarée impérative, et pas seulement non susceptible de dérogation, par les parties, cette norme serait-elle soudainement élevée au rang de *jus cogens*, ce qui la rendrait contraignante pour les États non parties au traité ? La Commission devrait être extrêmement prudente s'agissant de tirer de telles conclusions.

Le paragraphe 4 du projet de conclusion 5 n'indique pas que les dispositions conventionnelles ne relèvent pas du droit international général aux fins du *jus cogens*, mais simplement qu'elles peuvent refléter des normes du droit international général, une proposition objectivement correcte et reflétée dans les travaux de la Commission sur le droit international coutumier.

Répondant à la suggestion de souligner la fiabilité du droit conventionnel en tant que moyen d'identification des normes du *jus cogens*, le Rapporteur spécial déclare que, bien que les résolutions et d'autres documents puissent en effet refléter des normes du droit international général, le projet de conclusion 5 ne concerne pas les preuves, mais a pour objet d'identifier les sources reconnues du droit international qui sont considérées comme faisant partie du droit international général et d'énoncer certaines conclusions au sujet de leur relation avec le *jus cogens*. Les résolutions et autres documents pouvant être pris en compte n'étant pas des sources de droit, il ne serait pas approprié de les mentionner dans le projet de conclusion 5. En outre, le Rapporteur spécial dit que s'il ne s'oppose pas à ce que la Commission précise qu'il est probable que les traités à participation universelle ou quasi universelle reflètent le droit international général, il se demande si une telle affirmation ne risque pas d'être interprétée comme sous-entendant que tel n'est pas le cas des autres traités, notamment bilatéraux.

Un membre a estimé que le droit international coutumier, les principes généraux du droit et le droit conventionnel devaient tous jouer un rôle égal dans l'identification des normes du *jus cogens* et que ces sources devaient en outre toutes trois confirmer l'existence d'une norme pour que celle-ci soit élevée au rang de *jus cogens*. Cette opinion n'est toutefois étayée ni par la pratique ni par la doctrine. Il ne ressort pas de l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, citée pour l'appuyer, que ces trois sources soient nécessaires à l'identification du droit international général. La Cour internationale de Justice les a invoquées toutes trois, mais elle ne visait pas à établir ce qui relevait du droit international général.

Des opinions divergentes ont été exprimées sur le rôle des principes généraux du droit en tant que source de normes du *jus cogens*. Un membre a souligné à juste titre que tous les principes généraux n'étaient pas des normes du *jus cogens*. Un autre a fait observer que, bien qu'il soit théoriquement possible que les principes généraux servent de fondement à des normes du *jus cogens*, aucune pratique n'étayait cette hypothèse. De nombreuses raisons peuvent toutefois expliquer cette absence de pratique. En outre, si les travaux de la Commission sur le sujet ont l'article 53 de la Convention de Vienne pour point de départ, l'interprétation de cet article devra être prise en compte en sus de la pratique. Son sens ordinaire comme ses travaux préparatoires confirment que les principes généraux du droit sont des normes du droit international général aptes à s'élever au rang de *jus cogens*. Enfin, le Rapporteur spécial convient que, dans le projet de conclusion 5, le terme « fondement » devrait être remplacé par « source ».

Répondant à l'observation d'un membre selon laquelle la Commission elle-même avait écarté les principes généraux du droit lors de ses débats de 1963 sur ce qui allait devenir l'article 53, le Rapporteur spécial dit que les comptes rendus analytiques de ces débats (A/CN.4/SR.683 à 680, notamment) montrent qu'il s'agissait alors de savoir non si les principes généraux faisaient partie du droit international aux fins du *jus cogens* mais s'ils devaient être considérés comme un fondement permettant de déclarer la nullité d'un traité, en d'autres termes s'ils pouvaient eux-mêmes être considérés comme des normes du *jus cogens*.

Le principal argument avancé par les membres opposés à l'inclusion des principes généraux du droit était que ces principes étaient, par définition, des principes de droit interne. Bien qu'il soit exact que la plupart des principes généraux ont effectivement leur origine dans les systèmes juridiques internes, une fois reconnus comme tels au sens de l'alinéa 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ils cessent d'être de simples principes de droit interne. Pour devenir des normes du *jus cogens*, les principes de droit interne doivent passer par une série d'étapes qui ne sont définies dans aucun document concernant le *jus cogens*. Cela n'est toutefois pas différent du droit international coutumier : pour devenir une norme du droit international coutumier, et donc du droit international général, une pratique doit satisfaire à certains critères, notamment être constante et s'accompagner de l'*opinio* requise. Dans le cadre des présents travaux, il suffit de noter que les principes généraux peuvent être une source du *jus cogens*. Le projet de conclusion 5 ne fait qu'indiquer cette possibilité et laisse entendre qu'il n'y a que peu de pratique à cet égard. Si le texte est adopté, cela sera clairement expliqué dans le commentaire.

L'idée que les principes généraux du droit eux-mêmes font partie du *jus cogens* relève d'une approche jusnaturaliste. Le Rapporteur spécial ne considère toutefois pas comme jusnaturaliste l'approche qu'il a adoptée au paragraphe 3 du projet de conclusion 5 – à savoir que les principes généraux du droit peuvent constituer des normes du droit international général aux fins du *jus cogens*. Il indique qu'il appuie la proposition tendant à remanier le projet de conclusion 5 afin qu'il désigne tant les principes généraux du droit que les règles conventionnelles comme pouvant donner naissance à une norme du droit international général apte à s'élever au rang de *jus cogens*, ou refléter une telle norme. Un tel remaniement concilierait à bien des égards les opinions divergentes exprimées par les membres au sujet du droit conventionnel et des principes généraux. Dans l'ensemble, les membres ont approuvé le contenu du projet de conclusion 5 sinon la manière dont il est rédigé.

Le projet de conclusion 6 n'a pas fait l'objet de critiques directes, bien que certains membres aient émis des doutes sur sa valeur ajoutée et proposé de l'incorporer dans d'autres dispositions pour simplifier le texte. Le Rapporteur spécial dit qu'il considère que le projet de conclusion 6 est structurellement utile, mais que si le Comité de rédaction préfère le supprimer, il fournira les éléments appropriés en vue de leur inclusion dans le commentaire, afin de donner une orientation sur la structure des projets de conclusions relatifs à l'identification du *jus cogens*.

Les principales questions soulevées au sujet du projet de conclusion 7 concernaient le sens de l'expression « dans son ensemble ». Si quelques membres ont fait part de leurs doutes quant à l'indication, dans le rapport, selon laquelle l'expression « dans son ensemble » renvoyait à l'attitude ou l'opinion collectives des États, le Rapporteur spécial dit qu'il considère effectivement comme d'autres membres que cette expression vise à mettre l'accent sur la notion de collectivité. Il s'agit d'une reconnaissance du fait que le droit international, au moment où la Convention de Vienne a été rédigée, connaissait une évolution, passant du bilatéralisme à la promotion des intérêts de la communauté. Néanmoins, peut-être la divergence d'opinions sur ce point n'est-elle pas essentielle, puisque l'évaluation de l'*opinio* collective n'exclut pas la prise en considération des attitudes des États dans leurs relations mutuelles et lorsqu'ils agissent collectivement.

Le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas que le terme « attitude » est inapproprié. Les projets de conclusions sont un mélange de caractéristiques normatives et descriptives concernant certains aspects du droit international pour lesquelles le critère de normativité, qui peut très bien être pertinent s'agissant de projets de directives, de principes ou d'articles, est moins important. En tout état de cause, la proposition de remplacer le mot « attitude » par « évaluation » n'est pas logique : on peut supposer que les documents sont évalués dans un objectif particulier, et le rapport indique que l'évaluation prévue au projet de conclusion 9 est menée pour déterminer l'attitude collective des États. La proposition visant à remplacer le mot « attitude » par une expression renvoyant à la pratique associée à l'*opinio juris* est de même inacceptable, car cela renverrait à la coutume. Le Rapporteur spécial dit qu'il appuie vigoureusement à cet égard la proposition tendant à remplacer le mot « attitude » par le mot « conviction ».

Constatant que de nombreux membres se sont dit préoccupés par la suppression du mot « très » du paragraphe 3 du projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial dit que l'expression « une large majorité » n'est pas supposée désigner moins qu'une forte majorité. Il serait donc prêt à accepter la proposition de la formulation initialement proposée par le Président du Comité de rédaction lors de la Conférence de Vienne.

En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial convient que le membre de phrase « acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » devrait être remplacé par « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » afin de mieux refléter l'article 53 de la Convention de Vienne. Si le Comité de rédaction modifie le projet de conclusion 4 pour y inclure un critère relatif à la modification d'une norme, le projet de conclusion 8 devra être modifié en conséquence.

Un membre a jugé que le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 n'était guère éclairant et ne faisait que répéter le contenu des projets de conclusions 3, 4 et 6. Cela n'est pas exact : aucun de ces projets de conclusions ne met l'accent sur le fait que la preuve doit être rapportée ni sur ce qui doit être prouvé. La question de savoir si l'*opinio juris cogentis* diffère de l'*opinio juris sive necessitatis* non seulement par le contenu de l'« opinion » mais aussi par sa forme trouve sa réponse dans le corps du rapport et dans le projet de conclusion 8. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 9 indique clairement que c'est par leur contenu que ces deux *opinio* se distinguent.

Le projet de conclusion 9 a dans l'ensemble suscité moins de préoccupations que de suggestions d'ordre rédactionnel. Le Rapporteur spécial convient que les constitutions nationales devraient figurer parmi les moyens de preuve, et que le Comité de rédaction pourrait envisager de mentionner la législation nationale au paragraphe 2. Il ne s'oppose pas à l'insertion au paragraphe 2 d'une formule indiquant que la liste qu'il contient n'est pas exhaustive. Les décisions des juridictions nationales peuvent en effet constituer un moyen subsidiaire d'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*, d'où leur mention au paragraphe 2, sinon au paragraphe 3. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'a pas de position arrêtée quant à l'ajout, au paragraphe 3, des qualificatifs figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, bien qu'il note que la Commission a longuement débattu de cette question dans le contexte du droit international coutumier.

Un membre a fait observer à juste titre que la formulation du projet de conclusion 9 s'écartait de la formulation retenue par la Commission dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier. Cela est dû à la relation particulière entre le *jus cogens* et les travaux de la Commission. Les projets de conclusions 4 à 9 concernent l'identification des normes de *jus cogens*. Aucun autre organe n'a eu autant d'influence dans ce domaine que la Commission, mais on ne saurait en dire autant de la détermination du droit international coutumier.

En ce qui concerne la question de savoir si la Commission doit établir une liste indicative de normes du *jus cogens* dans le cadre de l'examen du sujet, davantage de membres y semblent favorables que lors du précédent quinquennat. Le Rapporteur spécial indique qu'il tiendra compte de l'avis du Comité de rédaction lorsqu'il formulera une recommandation sur ce point.

Le Rapporteur spécial dit que s'il se félicite des observations qui ont été faites tant sur le raisonnement qui a abouti aux projets de conclusions que sur le contenu de ceux-ci, une déclaration lui a semblé le viser plus personnellement que les autres. Un membre de la Commission a en effet contesté sa décision de prendre l'article 53 de la Convention de Vienne comme point de départ de son deuxième rapport et a dit que les raisons qu'il avait avancées pour la justifier allaient à l'encontre de l'objectif même de l'examen du sujet. Le membre en question n'est pas le seul à avoir cette opinion, ce qui en soi n'est pas un problème. Le problème est plutôt que ce membre n'a proposé aucun autre point de départ ni orientation quant à l'approche à adopter. Le sujet du *jus cogens* n'est pas examiné par le seul Rapporteur spécial, mais par la Commission dans son ensemble ; tous les membres seront responsables du succès ou de l'échec de cette entreprise. Quant à la question de

savoir si le Rapporteur spécial devrait faire connaître sa position dans le débat entre droit positif et droit naturel, il suffit de dire que les affinités philosophiques ne sont pas pertinentes, car la Commission est un organe collégial, et les résultats de ses travaux sur le sujet doivent refléter les opinions de tous les membres et pas seulement celles du Rapporteur spécial.

En conclusion, le Rapporteur spécial remercie la Commission pour le débat enrichissant auquel son rapport a donné lieu, et lui demande de remplacer l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et de renvoyer les projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite, comme le demande le Rapporteur spécial, remplacer l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et renvoyer les projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

M. Rajput (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur le sujet des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) est composé des membres suivants : M. Cissé, M^{me} Escobar Hernández, M^{me} Galvão Teles, M. Gómez-Robledo, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M^{me} Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Vázquez-Bermúdez et M. Wood, ainsi que de M. Tladi (Rapporteur spécial) et M. Aurescu (Rapporteur) (membres de droit).

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (point 7 *bis* de l'ordre du jour) (A/CN.4/708)

Le Président invite M. Šturma, Rapporteur spécial sur le sujet « La succession d'États en matière de responsabilité de l'État », à présenter son premier rapport (A/CN.4/708).

M. Šturma (Rapporteur spécial), présentant son premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, dit que s'il est nouveau pour la Commission, le sujet est lié à plusieurs autres qu'elle a déjà étudiés, notamment la succession d'États en matière de traités, la succession d'États dans des matières autres que les traités et la nationalité en relation avec la succession d'États, dont l'étude a été menée à bien respectivement en 1974, 1981 et 1999. Quant à ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission les a achevés en 2001. L'examen du sujet permettra de combler une lacune en droit de la succession d'États et en droit de la responsabilité de l'État. Le sujet est en outre susceptible de faire l'objet d'une codification et d'un développement progressif : comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu sont du même ordre que celles qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'État. En d'autres termes, les règles en question sont des règles systémiques du droit international général. Le Rapporteur spécial indique que, dans son premier rapport, il fait expressément référence à la codification et au développement progressif du droit international, les deux fonctions statutaires de la Commission. En raison de la rareté des exemples de succession d'États, il est difficile de déterminer des règles coutumières sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Il semble toutefois raisonnable d'examiner la pratique des États et de proposer certaines règles, en particulier des règles subsidiaires, susceptibles de régir les relations entre États et les conséquences juridiques découlant de la responsabilité en cas de succession d'États.

Lors des débats sur le programme de travail à long terme de la Commission tenus par la Sixième Commission en 2016 et résumés dans l'introduction du rapport, sept délégations ont soutenu l'inscription du sujet au programme, deux se sont interrogées sur la pertinence du sujet et une a exprimé une position intermédiaire. Le soutien est venu principalement de délégations d'États qui ont récemment connu des problèmes de succession, tels que la Slovaquie, la Slovénie, la Tchéquie et le Soudan. Le rapport décrit brièvement les travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait

internationalement illicite et la décision d'exclure la succession d'États du projet d'articles auquel ces travaux ont abouti. Il retrace également les travaux qui ont donné naissance à la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités, à la Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État et aux articles de 1999 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États. Des questions de succession d'États se sont aussi posées dans le cadre de l'élaboration du projet d'articles de 2006 sur la protection diplomatique. Le rapport tient également compte des travaux menés ailleurs qu'à la Commission, en particulier ceux de l'Institut de droit international, qui a adopté une résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale lors de sa session de Tallinn, en 2015. Malgré la qualité remarquable de ces travaux, la Commission devrait être libre d'adopter une approche différente, le cas échéant.

Le premier chapitre du rapport vise à expliquer la portée du sujet et à déterminer s'il existe des règles de droit international qui régissent à la fois le transfert d'obligations et le transfert de droits découlant de la responsabilité de l'État. Le sujet devrait être circonscrit au transfert des droits et obligations découlant de la commission de faits internationalement illicites, en restant dans les limites de la portée et des définitions du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Les travaux sur le sujet ne porteront pas sur la responsabilité (*liability*) internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, principalement parce que la responsabilité (*liability*) internationale fait naître différents types d'obligations conventionnelles primaires. Toute question liée à un éventuel transfert des obligations en question doit être résolue en appliquant les règles de la succession d'États en matière de traités. Les travaux sur le sujet devraient également suivre les principes essentiels de la succession d'États pour ce qui concerne la distinction entre cession d'une partie de territoire, sécession, dissolution, unification et création d'un nouvel État indépendant. Il semblerait approprié que le résultat des travaux sur le sujet revête la forme d'un projet d'articles assorti de commentaires, un choix justifié par des précédents tels que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État et les textes qui ont abouti aux Conventions de Vienne de 1978 et 1983, ainsi que les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États. Le chapitre se termine par le projet d'article premier (Portée).

Le deuxième chapitre traite des dispositions générales. Après s'être demandé s'il existe un principe général régissant la succession en matière de responsabilité de l'État, le Rapporteur spécial explique brièvement que la plupart des auteurs excluent la possibilité d'un transfert de responsabilité à l'État successeur, mais que le droit international moderne ne valide pas la thèse générale de la non-succession en matière de responsabilité de l'État. Certains auteurs, ainsi que l'Institut de droit international dans sa résolution de 2015, admettent un transfert de responsabilité dans certaines circonstances. Le rapport mentionne une étude préliminaire de la pratique des États relative au sujet à l'examen, notamment certaines décisions de justice rendues dans d'anciennes affaires et des affaires récentes. Les paragraphes 47 à 64 traitent de cas de succession intervenus à l'issue du processus de décolonisation, principalement en Europe centrale et orientale. Les paragraphes 65 à 82 portent sur les Conventions de Vienne de 1978 et 1983 et sur la question de savoir si certaines règles de ces deux instruments sont applicables au sujet à l'examen. Le rapport établit en particulier une distinction entre la succession d'États en matière de responsabilité et la succession d'États en matière de dettes. Cette dernière est considérée comme un droit sur des actifs dont la valeur est déterminée à l'avance ou est susceptible d'être déterminée, qui existe à la date de la succession d'États. Néanmoins, si un fait internationalement illicite se produit avant la date de la succession mais que les conséquences juridiques qui en découlent n'ont pas encore été déterminées, alors tout transfert possible d'obligations ou de droits devrait être régi par les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. En dépit des différences entre la succession d'États en matière de responsabilité et la succession d'États dans d'autres domaines, les termes de base devraient être employés de manière uniforme, comme le prévoit le projet d'article 2 (Définitions).

La dernière partie du chapitre II porte sur la nature des règles à codifier et la pertinence des accords et des déclarations unilatérales. L'analyse semble valider deux conclusions préliminaires. Premièrement, la thèse traditionnelle de la non-succession est

remise en cause par la pratique moderne. Deuxièmement, le transfert ou non d'obligations ou de droits découlant de la responsabilité de l'État dans certains types spécifiques de succession doit être prouvé au cas par cas. Il en résulte que, dans le cadre du sujet à l'examen, comme dans celui des Conventions de Vienne de 1978 et 1983 et des articles sur la nationalité en relation avec la succession d'États, les règles à codifier devraient être de nature subsidiaire. Elles pourraient ainsi répondre à deux objectifs. Premièrement, elles pourraient constituer un modèle utile qui pourrait être utilisé, voire modifié par les États concernés. Deuxièmement, en l'absence d'accord, elles pourraient servir de règle par défaut, applicable en cas de différend. En principe, un accord entre les États concernés devrait primer les règles générales subsidiaires sur la succession, raison pour laquelle le rapport analyse principalement la pertinence de tels accords, compte tenu en outre de la règle *pacta tertiis*. À cet égard, il y a une différence entre la Convention de Vienne de 1978, dont l'article 8 reflète l'effet relatif des traités, et la Convention de Vienne de 1983.

La situation est encore plus complexe s'agissant du présent sujet. D'une part, les règles relatives à la responsabilité de l'État sont différentes du droit des traités. D'autre part, les accords entre États concernant leur succession sont de nature différente. Le rapport distingue trois catégories d'accords. La première et la plus répandue est constituée par les accords de dévolution ; s'inscrivant principalement dans le contexte de la décolonisation, ce sont des accords conclus entre l'État prédécesseur et l'État successeur, qui sont donc soumis à la règle *pacta tertiis*. La deuxième catégorie, les accords de règlement de réclamations, englobe les accords conclus entre l'État successeur et l'État tiers lésé par le fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. La règle *pacta tertiis* ne leur est pas applicable. Moins nombreux que les accords de dévolution, ils sont néanmoins éminemment importants car ils concernent expressément le transfert des obligations découlant de la responsabilité de l'État. La troisième catégorie est composée d'autres accords, qui ne sont ni des accords de dévolution ni des accords de règlement des réclamations ; plus récents, puisqu'ils ont été adoptés à partir des années 1990 hors du contexte de la décolonisation, ils ont généralement trait au règlement de diverses questions résultant de la succession d'États, concernant notamment des créances et des obligations. Ils peuvent en outre régler certaines formalités administratives. Le projet d'article 3 (Portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité) est issu de cette analyse.

Le rapport traite ensuite de la portée des actes unilatéraux. Notant que le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention de Vienne de 1978 et le paragraphe 3 de l'article 6 de la résolution de 2015 de l'Institut de droit international disposent que les obligations et les droits de l'État prédécesseur ne deviennent pas les obligations ou les droits de l'État successeur du seul fait que celui-ci les a acceptés, le Rapporteur spécial indique qu'il n'est pas encore prêt à faire sienne cette conclusion. Il préfère fonder ses conclusions sur l'analyse de trois sources, à savoir certains actes unilatéraux des États, les règles pertinentes relatives à la responsabilité de l'État et les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, adoptés par la Commission en 2006, et c'est sur la base de ces documents qu'il propose le projet d'article 4 (Déclaration unilatérale de l'État successeur), qui établit une distinction nette entre le transfert des droits et le transfert des obligations.

Le troisième chapitre est consacré au programme de travail futur sur le sujet. Le Rapporteur spécial indique que son deuxième rapport sera consacré au transfert des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. Dans son troisième rapport, il se concentrera sur le transfert des droits de l'État prédécesseur lésé à l'État successeur. Enfin, dans son quatrième rapport, il envisagera les questions de procédure et d'autres points tels que la pluralité d'États successeurs et la question de savoir si les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à l'égard d'une organisation internationale ou d'un particulier lésé. Si l'examen de ces rapports avance suffisamment, l'ensemble du projet d'articles pourrait être adopté en première lecture en 2020 ou en 2021.

Enfin, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur un certain nombre de divergences entre les versions linguistiques du rapport et prie le secrétariat de les corriger si nécessaire.

M. Murase dit que la question de la succession d'États a revêtu une importance majeure dans le processus de décolonisation engagé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, qui a abouti à la création de nombreux États indépendants, ainsi qu'à différentes occasions à la suite de la guerre froide, notamment lors de la dissolution de l'URSS et de l'ex-Yougoslavie. Même si l'on peut considérer qu'actuellement le sujet revêt une importance limitée, des sécessions ou des fusions d'États peuvent encore se produire de temps à autre. Dans ses travaux sur le sujet, la Commission devrait se référer constamment à la résolution adoptée en 2015 par l'Institut de droit international. Il est déjà manifeste que plusieurs projets d'article proposés par le Rapporteur spécial sont identiques ou globalement similaires à certaines dispositions de cette résolution. Il demande ce que le Rapporteur spécial pense de celle-ci : Faut-il la modifier ou la compléter sur certains points ?

Le projet d'article premier, relatif à la portée du sujet, est essentiel au projet d'articles dans son ensemble. M. Murase pense toutefois qu'il faudrait le développer quelque peu. L'expression « en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » devrait être explicitée. Il est nécessaire de savoir si un fait internationalement illicite a été commis avant d'examiner ses conséquences en matière de succession d'États, et ses incidences sur les droits et obligations des États concernés doivent également être connues. La formule « effets de la succession d'États en matière de droits et d'obligations découlant d'un fait internationalement illicite » définirait plus précisément le champ d'application du projet d'articles.

M. Murase n'est pas certain qu'il faille totalement exclure du projet les questions de responsabilité (*liability*) des États, comme cela est proposé au paragraphe 21 du rapport. Le mot anglais « *liability* » (responsabilité) a toujours posé problème parce qu'il n'a pas d'équivalent en français. En anglais, il désigne le risque découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ; il est entendu que la responsabilité (*responsibility*) est engagée par un fait illicite, alors que la responsabilité (*liability*) des États peut l'être par un fait licite. Il est exact que la responsabilité (*liability*) est en grande partie conventionnelle, et que les questions peuvent donc être résolues conformément aux règles de la succession d'États en matière de traités. Cependant, certaines règles et certains principes importants en matière de responsabilité (*liability*) des États sont maintenant considérés comme relevant du droit international coutumier, et il conviendrait de le mentionner, au moins dans le commentaire.

S'il convient que la responsabilité des organisations internationales ne devrait pas en principe faire partie du sujet, M. Murase estime que dans certaines situations la responsabilité des États membres d'une organisation internationale peut être engagée à raison du comportement de l'organisation à l'égard de tiers. Ces cas sont répertoriés aux articles 58 à 63 du texte sur la responsabilité des organisations internationales, ce qu'il conviendrait également de mentionner dans le commentaire.

En ce qui concerne le projet d'article premier, relatif à la portée du sujet, il convient de noter que la résolution sur la succession adoptée par l'Institut de droit international s'applique uniquement à une succession d'États qui s'effectue dans le respect des principes du droit international énoncés dans la Charte des Nations Unies. Or, de nombreuses successions d'États résultent de l'emploi illicite de la force par des sécessionnistes ou des tiers, et la question se pose donc de savoir s'il existe des règles du droit international permettant de décider si une succession donnée est licite ou illicite. S'il existe des règles du droit international interdisant de telles successions d'États, peut-être conviendrait-il de les mentionner dans le projet d'article premier.

Il conviendrait peut-être également d'évoquer les questions liées à la succession de gouvernements, qui s'apparente parfois à la succession d'États. La succession de gouvernements suppose la continuité de l'État, et le transfert automatique des droits et obligations du gouvernement précédent ne devrait donc poser aucun problème. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le gouvernement successeur peut être saisi d'une réclamation déjà adressée au gouvernement précédent pour des faits illicites commis par celui-ci au préjudice de tiers, lorsque le nouveau gouvernement est arrivé au pouvoir de manière inconstitutionnelle, a mis en place un nouveau régime ou a simplement donné à l'État un nouveau nom. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la résolution de l'Institut de droit

international ne régit pas les situations résultant de changements politiques internes à l'État, y compris les changements de régime ou de nom de l'État : il n'envisage pas la question dans toute sa complexité. M. Murase cite à cet égard l'affaire de la résidence pour étudiants *Kokaryo (Guanghualiao)*, qui a opposé le Japon à la République populaire de Chine.

Aux paragraphes 115 à 117 du rapport, le Rapporteur spécial abandonne l'examen de la responsabilité de l'État pour donner des exemples de législations relatives aux obligations, à la responsabilité et aux dettes des gouvernements. Ces exemples peuvent tout à fait relever de la succession d'États mais le Rapporteur spécial emploie l'expression « organes de l'État prédécesseur ». En outre, on peut se demander si les cas de figure décrits au paragraphe 122 concernent la succession de gouvernements ou la succession d'États. Il conviendrait donc de distinguer plus clairement le transfert de la responsabilité de l'État du transfert de la responsabilité du gouvernement.

En ce qui concerne le projet d'article 2, relatif aux définitions, M. Murase ne s'oppose pas aux alinéas a) à d), dont la teneur est identique à celle de la disposition de la résolution de l'Institut de droit international relative aux expressions employées. Il propose toutefois d'y insérer une définition de l'expression « fait internationalement illicite » fondée sur celle énoncée à l'alinéa g) de l'article 1 de cette résolution. En outre, l'alinéa e) vise les « relations » qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État mais les termes « conséquences » ou « conséquences juridiques » seraient peut-être plus appropriés.

Les projets d'articles 3 et 4, qui sont essentiellement des clauses « sans préjudice », posent quelques problèmes à M. Murase. Il serait plus logique que ces clauses viennent après les règles générales sur la succession d'États relatives à des questions centrales, telles que les réclamations invoquant la responsabilité internationale et les obligations de réparation correspondantes. M. Murase dit qu'il préfère donc attendre que le Rapporteur spécial ait rédigé ces règles générales pour commenter les projets d'articles 3 et 4. Il recommande donc que seuls les projets d'articles 1^{er} et 2 soient renvoyés au Comité de rédaction.

M. Reinisch dit qu'il y a lieu de féliciter M. Šturma d'avoir rédigé un rapport de fond si peu de temps après avoir été nommé Rapporteur spécial. Cela étant, il souhaite exprimer sa préoccupation quant au moment où le sujet a été choisi, à savoir au début du nouveau quinquennat, après le renouvellement de près d'un tiers des membres de la Commission. Le choix d'un sujet appelle un débat approfondi visant à définir l'objectif des travaux : S'agit-il de codifier le droit international coutumier en vigueur ou d'énoncer des règles nouvelles qui seront adoptées par les États à l'avenir ?

Au paragraphe 32 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial s'appuie sur de nombreux articles tirés d'anciens ouvrages de doctrine pour démontrer qu'il est traditionnellement admis que l'État successeur ne se substitue pas à l'État prédécesseur en matière de responsabilité pour fait internationalement illicite. Cette position est encore aujourd'hui celle de la doctrine majoritaire. Par exemple, dans *Brownlie's Principles of Public International Law*, ouvrage cité en note 37, James Crawford conclut que la majorité des auteurs estime que la responsabilité délictuelle internationale s'éteint lorsque l'État responsable cesse d'exister parce que la responsabilité est considérée comme « personnelle » et incombe à l'État responsable s'il continue d'exister après la succession. La doctrine française considère qu'aucune règle coutumière ne postule le transfert automatique à l'État successeur des obligations découlant de faits illicites commis l'État prédécesseur, et la doctrine allemande souscrit sans réserve à la règle traditionnelle de la non-succession, les auteurs déclarant souvent qu'il n'y a pas de succession aux droits et obligations « personnels » découlant de la responsabilité de l'État.

Aux paragraphes 38 et suivants, le Rapporteur spécial cite un certain nombre de cas dans lesquels la règle de la non-succession a été manifestement respectée. L'enseignement à tirer de la décision rendue dans l'affaire *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)* est qu'il n'y a pas de succession aux obligations « personnelles » découlant de la responsabilité de l'État, alors qu'il peut y avoir succession aux dettes d'État. Pour démontrer l'existence de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, le Rapporteur spécial s'appuie sur la sentence arbitrale rendue dans

l’Affaire relative à la concession des phares de l’Empire ottoman à propos d’un litige opposant une société française à la Grèce en tant qu’État successeur de l’Empire ottoman en Crète. Dans la plupart des réclamations résumées dans la sentence arbitrale, c’est à la Grèce elle-même, et non à l’Empire ottoman, mis en cause dans une seule réclamation, que des faits internationalement illicites étaient reprochés. Le tribunal a décidé que l’Empire ottoman n’avait pas violé le droit international, précisant qu’en tout état de cause la Grèce ne serait pas tenue responsable d’un fait internationalement illicite commis par l’Empire ottoman – c’est la Turquie qui le serait en tant qu’État successeur de l’Empire. La conclusion du tribunal est fondée essentiellement sur les traités conclus par les États concernés et sur l’idée qu’un État successeur n’est pas responsable des agissements de l’État prédécesseur avec lesquels il n’a « absolument rien » à voir. En ce qui concerne certaines réclamations, la Grèce a été tenue responsable de faits commis avant qu’elle ne succède partiellement à l’Empire ottoman, mais le tribunal a conclu que sa responsabilité était engagée à raison non de faits imputables à l’État prédécesseur mais d’un comportement illicite postérieur à la succession. Le tribunal lui-même a plaidé pour une approche nuancée des questions de succession en matière de responsabilité de l’État ; à l’évidence, il n’existe aucun principe général et absolu de non-succession, du moins en ce qui concerne les dettes de l’État prédécesseur.

Parmi les affaires plus récentes, le Rapporteur spécial cite l’affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* comme étant la plus importante décision de la Cour internationale de Justice concernant la succession d’États en matière de responsabilité internationale. Au paragraphe 50 du rapport, il affirme que nonobstant les termes du compromis conclu entre la Hongrie et la Slovaquie, « la Cour a donc, semble-t-il, reconnu la succession quant aux obligations secondaires (responsabilité) et aux droits secondaires résultant de faits illicites ». Cette affirmation est fondée sur une citation du paragraphe 151 de l’arrêt de la Cour mais un passage important est omis. Pour conclure que la Slovaquie pourrait être tenue de verser des indemnités en raison du comportement de la Tchécoslovaquie, la Cour se réfère au compromis, qui dispose que la Slovaquie est l’État successeur en ce qui concerne « les droits et obligations relatifs au projet Gabčíkovo-Nagymaros ».

Il ressort manifestement des déclarations des parties à cette affaire que la responsabilité de la Slovaquie pour des faits imputables à la Tchécoslovaquie n’est pas fondée sur une règle générale de succession à la responsabilité internationale. La Hongrie, par exemple, a fondé ses arguments sur une exception à la règle générale de non-succession à la responsabilité, une exception qui s’applique lorsque « l’État successeur montre, par son propre comportement, qu’il assume la responsabilité des violations du droit commises par son prédécesseur ». Même si la Cour ne s’est pas prononcée sur cette question dans son arrêt, elle a relevé que la Slovaquie, alors qu’elle était encore une partie constituante de la Tchécoslovaquie, avait joué un rôle important dans les événements ayant conduit à la décision sur le sort du projet. La seule conclusion à tirer de la décision de la Cour est donc qu’un État successeur est libre de décider d’assumer les conséquences de faits internationalement illicites imputables à l’État prédécesseur.

Au paragraphe 54 de son rapport, le Rapporteur spécial renvoie à l’arrêt rendu par la Cour dans l’affaire de *l’Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* comme étant la dernière décision en date en faveur de la thèse de la dévolution de la responsabilité par succession. Dans cette affaire, la Croatie soutenait que les violations alléguées de la Convention sur le génocide survenues avant le 27 avril 1992 – date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie a fait savoir qu’elle succédait à la République fédérative socialiste de Yougoslavie – étaient imputables à la Serbie parce que celle-ci avait succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Ayant conclu qu’il n’y avait pas eu violation de la Convention sur le génocide, la Cour n’a pas eu à déterminer si les agissements de la République fédérative socialiste de Yougoslavie étaient imputables à la Serbie par succession à la responsabilité de l’État. Ainsi, s’il est vrai qu’elle n’a pas rejeté l’argument de la Croatie sur la succession d’États en matière de responsabilité de l’État, la Cour n’a ni validé ni réfuté cet argument quant au fond.

Ayant présidé le tribunal arbitral créé conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA v. Serbia and Montenegro*, mentionnée au paragraphe 60 du rapport, M. Reinisch convient que l'affaire est intéressante, mais estime qu'on ne saurait tirer argument de la sentence pour affirmer que l'État succède aux obligations de l'État prédécesseur en matière de responsabilité internationale.

La conclusion que l'on peut tirer des décisions examinées par le Rapporteur spécial dans son rapport est qu'il existe une règle par défaut de non-succession à la responsabilité de l'État. Il semble que la seule exception clairement admise à cette règle est qu'il y a succession lorsque l'État successeur assume volontairement les obligations secondaires résultant de faits internationalement illicites commis par l'État prédécesseur ou lorsqu'il assume ou maintient le comportement illicite. D'autres exceptions à cette règle par défaut peuvent exister, comme le donnent à penser les travaux de l'Institut de droit international. Cependant, ni l'exception susmentionnée, ni l'approche axée sur les faits et visant à établir le principe de la responsabilité de l'État successeur défendue par certains auteurs, ne donnent à penser qu'une règle de succession à la responsabilité de l'État s'est fait jour.

Les tribunaux internes ont aussi généralement recours à une règle par défaut de non-succession à la responsabilité de l'État. Deux affaires sont à retenir, à savoir l'affaire *Mwadinghi*, relative aux atrocités commises par les forces armées sud-africaines avant l'indépendance de la Namibie, jugée en 1990 par la Haute Cour de Namibie, et la décision de 2002 dans laquelle la Cour suprême autrichienne a confirmé la règle de non-succession en ce qui concerne les demandes d'indemnisation en rapport avec la Seconde Guerre mondiale, une règle qui n'était toutefois pas applicable en l'espèce parce que la Fédération de Russie a été reconnue comme l'État assurant la continuité de l'Union soviétique.

Étant donné la thèse dominante de la non-succession à la responsabilité internationale et la confirmation de cette règle par la pratique internationale, il semble que les travaux de la Commission relèvent uniquement du développement progressif et devraient s'inspirer de la position de l'Institut de droit international selon lequel il doit y avoir au moins un État qui succède à la responsabilité, faute de quoi aucune responsabilité ne pourrait être invoquée. La proposition mérite d'être examinée, même si elle va en l'encontre du droit positif et de la thèse dominante selon laquelle la responsabilité résultant de la commission d'un fait internationalement illicite constitue une obligation éminemment « personnelle » de l'État, qui, tout comme les obligations conventionnelles « politiques » ou « personnelles », n'est pas automatiquement transférée à un État successeur.

Le Rapporteur spécial a expliqué de manière convaincante pourquoi il ne peut y avoir de succession à la responsabilité de l'État, notamment lorsqu'il écrit, au paragraphe 32 de son rapport, que « la responsabilité *ex delicto* [...] n'est pas transférable de l'auteur d'un délit à un successeur », et souligne le « caractère éminemment personnel » des droits et des obligations que fait naître entre deux États une violation du droit international. En outre, l'existence d'une exception, mentionnée au paragraphe 33, lorsque l'État successeur a déclaré son intention de succéder aux droits et aux obligations de l'État prédécesseur atteste simplement que des États successeurs peuvent assumer et accepter les conséquences de la responsabilité de l'État et non qu'une nouvelle règle a vu le jour qui obligerait les États successeurs à succéder aux obligations résultant de la responsabilité des États prédécesseurs. Il convient de noter à cet égard l'observation figurant dans le commentaire de l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à savoir que « si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite ». Cette responsabilité ne résulte pas de la succession d'États mais du fait que l'État successeur lui-même maintient et endosse la situation constitutive du fait illicite.

Même le professeur Marcelo Kohen, ancien Rapporteur de la Commission sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale de l'Institut de droit international, soutient que la succession à la responsabilité de l'État n'a été établie que dans trois situations : lorsque les faits sont commis par un mouvement insurrectionnel et conduisent à la création d'un nouvel État, lorsque des faits illicites ont commencé avant et

continuent après la date de la succession d'États et lorsque des faits pouvant donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique sont commis contre l'État prédécesseur. M. Kohen constate qu'en ce qui concerne d'autres domaines, la Cour internationale de Justice a laissé la question ouverte sans donner aucune orientation pour la résoudre.

En conséquence, l'adoption de règles consacrant la succession à la responsabilité de l'État affaiblirait les principes fondamentaux du droit de la succession d'États. Les États peuvent très bien être disposés à adopter de nouvelles règles en ce sens, mais il conviendrait d'indiquer d'emblée que la Commission a l'intention d'adopter de telles règles. Il est on ne peut plus trompeur de qualifier les travaux d'entreprise de codification alors qu'ils relèvent manifestement du développement progressif. Étant donné les résultats décevants des précédentes entreprises de codification et de développement progressif de la Commission dans le domaine de la succession d'États, on peut douter que le projet d'articles recueilli une large adhésion. L'observation figurant au paragraphe 24 du rapport selon laquelle la succession d'États en matière de responsabilité de l'État est un domaine du droit international dans lequel le droit international coutumier n'était autrefois pas bien établi s'avère encore exacte. Cela ne revient pas à dire que la Commission doit s'en tenir à la codification du droit international, car il est tout aussi essentiel qu'elle fasse œuvre de développement progressif. Néanmoins, avant de s'employer à formuler des règles *de lege ferenda*, il serait souhaitable qu'elle se demande à quoi de telles règles pourraient ressembler – ce qu'un groupe d'étude serait mieux à même de faire.

M. Reinisch dit que pour ces raisons, il ne peut recommander le renvoi au Comité de rédaction des quatre projets d'article figurant dans le premier rapport. Il est nécessaire de réfléchir davantage au véritable objectif de l'étude du sujet.

La séance est levée à 13 heures.