

Chapitre IX

JUS COGENS

A. Introduction

97. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «*Jus cogens*» à son programme de travail et de nommer M. Dire D. Tladi Rapporteur spécial pour ce sujet¹²⁵⁶. Dans sa résolution 70/236 du 23 décembre 2015, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

B. Examen du sujet à la présente session

98. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/693), qui visait, d'une part, à présenter l'approche générale envisagée par son auteur et à obtenir les vues de la Commission à ce sujet et, d'autre part, à donner un aperçu d'ensemble des questions théoriques relatives au *jus cogens* (normes impératives du droit international).

99. La Commission a examiné le premier rapport de sa 3314^e à sa 3317^e séance et à ses 3322^e et 3323^e séances, du 4 au 8 juillet et les 18 et 19 juillet 2016.

100. À sa 3323^e séance, le 19 juillet 2016, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 et 3 tels qu'ils figuraient dans le premier rapport du Rapporteur spécial.

101. À sa 3342^e séance, le 9 août 2016, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport intermédiaire du Comité de rédaction sur le «*Jus cogens*» contenant les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-huitième session. Présenté à titre d'information seulement, ce rapport peut être consulté sur le site Web de la Commission¹²⁵⁷.

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON PREMIER RAPPORT

102. Le Rapporteur spécial a indiqué que son premier rapport portait principalement sur les aspects théoriques des normes impératives du droit international (*jus cogens*), et notamment sur la nature et la définition de ces normes. En outre, le rapport retraçait l'évolution de la notion de *jus cogens* et la reconnaissance de ses éléments fondamentaux en droit international. Il abordait aussi plusieurs

points relatifs à la méthode de travail à suivre, sur lesquels les membres de la Commission étaient invités à formuler des observations. Les paragraphes 6 à 11 du rapport récapitulaient les débats que la Sixième Commission avait consacrés au sujet en 2014 et en 2015, débats durant lesquels les États Membres s'étaient majoritairement déclarés favorables à l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission, mais avaient néanmoins soulevé plusieurs questions.

103. Une des questions soulevées était celle de savoir s'il fallait que la Commission élabore une liste indicative des normes faisant partie du *jus cogens*. Certains États s'étaient déclarés en faveur de cette démarche, tandis que d'autres y avaient opposé de sérieuses réserves. Le Rapporteur spécial était quant à lui d'avis que la Commission ne devait pas fonder sa décision sur la possibilité que pareille liste en vienne à être considérée comme établissant un *numerus clausus*. Il s'est cependant dit préoccupé par la possibilité qu'en s'employant à répertorier les normes du *jus cogens*, la Commission ne dénature sensiblement ses travaux en ce que ceux-ci ne consisteraient plus tant à définir une manière de procéder qu'à déterminer la qualité juridique de telle ou telle règle primaire. La Commission pourrait donc juger bon de ne pas établir de liste indicative. Néanmoins, elle pouvait envisager d'autres moyens d'aider les États et les praticiens à déterminer quelles règles satisfaisaient les conditions requises pour être considérées comme appartenant au *jus cogens*.

104. Les États Membres avaient également soulevé la question de la méthode à adopter aux fins de l'examen du sujet et, en particulier, des sources sur lesquelles la Commission devait s'appuyer. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission devait procéder à une analyse approfondie de la jurisprudence et de la pratique des États, qui présentaient une grande diversité. Bien qu'elle ne soit pas contraignante, la doctrine pouvait également aider à analyser les sources primaires.

105. Le Rapporteur spécial a ensuite donné un aperçu du contenu des paragraphes 18 à 41 de son rapport, consacré à l'évolution du *jus cogens* jusque dans le courant du XX^e siècle. Il a fait observer qu'à l'époque de la Seconde Guerre mondiale, la doctrine reconnaissait depuis le XVII^e siècle déjà l'existence de normes auxquelles les États ne pouvaient se soustraire. Si des vues divergentes avaient été exprimées quant au fondement sur lequel elle reposait, cette proposition elle-même n'était pas véritablement contestée. Toutefois, les exemples de pratique venant étayer l'existence de normes étaient rares et concernaient des règles impératives conventionnelles et non des règles de droit international général.

¹²⁵⁶ À sa 3257^e séance, le 27 mai 2015 [*Annuaire... 2015*, vol. II (2^e partie), p. 90, par. 286]. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-sixième session (2014), sur la base de la proposition formulée à l'annexe de son rapport sur les travaux de cette session [*Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 181 et suiv.].

¹²⁵⁷ <https://legal.un.org/ilc>.

106. Il a également été rappelé que la Commission elle-même avait largement contribué au développement du *jus cogens*, à son acceptation et à son intégration dans le droit international, et que la pratique des États et la jurisprudence récentes étaient en grande partie inspirées des travaux de la Commission. Depuis le moment où Sir Hersch Lauterpacht avait proposé l'adoption d'une disposition prévoyant la nullité de tout traité dont l'exécution nécessitait un «acte que le droit international considère comme illicite¹²⁵⁸» jusqu'à l'emploi de l'expression «*jus cogens*» dans les rapports de Sir Gerald Fitzmaurice¹²⁵⁹ et de Sir Humphrey Waldock¹²⁶⁰, les membres de la Commission n'avaient pas contesté la proposition de base. Si des vues divergentes avaient été exprimées à propos des fondements juridiques et théoriques du principe de la nullité d'un traité incompatible avec le *jus cogens* et du libellé à retenir pour énoncer ce principe, ni l'existence des règles ni leur valeur en droit international n'avaient été mises en doute.

107. On ne s'attendait pas, toutefois, à ce que la proposition soit aussi favorablement accueillie par les États. Le Rapporteur spécial a cité le paragraphe 33 de son rapport, consacré aux points de vue exprimés par ceux-ci, où il concluait qu'«on p[ouvai]t dire que presque tous les États [avaie]nt exprimé leur appui» en faveur de la notion de *jus cogens*. Certains États avaient néanmoins exprimé d'importantes préoccupations au sujet de la formulation des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). En particulier, il avait été rappelé qu'à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, certains États avaient formulé des réserves, faisant valoir que, faute de définition plus claire des normes possédant le caractère de *jus cogens*, le texte de la Convention risquait d'être utilisé à mauvais escient, pour mettre en cause la validité de traités existants. À l'époque, le problème avait été réglé par l'adoption de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969, qui donne à la Cour internationale de Justice un grand rôle dans la détermination de la nullité d'un traité pour non-conformité au *jus cogens*. Il fallait toutefois retenir que, contrairement à l'idée répandue, les États n'avaient pas contesté la notion de *jus cogens*, ni son appartenance au droit international.

108. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer qu'à la suite de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, les États avaient régulièrement argué du *jus cogens* dans des communications diplomatiques et autres. Le *jus cogens* avait aussi été de plus en plus souvent invoqué par les tribunaux, notamment la Cour internationale de Justice (voir le paragraphe 46 du rapport), qui en avait expressément reconnu l'existence, ainsi que par d'autres juridictions internationales, régionales et internes.

109. Le Rapporteur spécial a aussi fait référence aux paragraphes 42 à 72 du rapport, dans lequel il présentait

¹²⁵⁸ Premier rapport sur le droit des traités de H. Lauterpacht, Rapporteur spécial, *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 154, projet d'article 15.

¹²⁵⁹ Troisième rapport sur le droit des traités de G. G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/CN.4/115, p. 27, projet d'article 17.

¹²⁶⁰ Deuxième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Annuaire... 1963*, vol. II, document A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 54, projet d'article 13.

un aperçu du débat théorique suscité par le *jus cogens* dans la doctrine et la jurisprudence. Le Rapporteur spécial n'a pas tenté de trancher ce débat, mais a néanmoins avancé que toute tentative pour définir les critères déterminant l'appartenance au *jus cogens* devait être fondée sur une étude des fondements théoriques de celui-ci.

110. Le Rapporteur spécial a proposé trois projets de conclusion¹²⁶¹ : le premier porte sur la portée du projet de conclusions dans son ensemble ; le deuxième vise à établir une distinction entre le *jus cogens* et les règles de droit international pouvant être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États (*jus dispositivum*) ; et le troisième a pour but de décrire la nature générale du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial a fait observer que le principe posé au second paragraphe du troisième projet de conclusion, selon lequel les normes du *jus cogens* sont destinées à protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables, était étayé par la pratique et largement accepté dans la doctrine.

111. Le Rapporteur spécial a réaffirmé que c'était sous la forme de projets de conclusion qu'il convenait de présenter les résultats des travaux de la Commission sur le sujet. Concernant le futur programme de travail, il a proposé que la Commission examine les critères permettant de déterminer qu'une règle appartient au *jus cogens*, en 2017 ; les conséquences du *jus cogens*, en 2018 ; puis diverses questions, en 2019.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

112. La Commission a accueilli avec satisfaction le premier rapport du Rapporteur spécial, et des membres ont rappelé qu'au cours des débats de la Sixième

¹²⁶¹ Le texte des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport est le suivant :

«Projet de conclusion 1

«Portée

«Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées, et les conséquences juridiques découlant de ces règles.

«Projet de conclusion 2

«*Modification et abrogation des règles du droit international et dérogation à ces règles*

«1. Les règles du droit international peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États auxquels elles sont applicables à moins qu'elles n'interdisent une telle modification, dérogation ou abrogation (*jus dispositivum*). La modification, dérogation ou abrogation peut résulter d'un traité, du droit international coutumier ou d'un autre accord.

«2. Les normes impératives du droit international général, qui ne peuvent être modifiées ou abrogées et auxquelles on ne peut déroger que par des règles de même caractère, constituent une exception à la règle énoncée au paragraphe 1.

«Projet de conclusion 3

«*Nature générale des normes du jus cogens*

«1. Les normes impératives du droit international (*jus cogens*) sont les normes du droit international général acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble comme des normes qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées et auxquelles aucune dérogation n'est permise.

«2. Les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables.»

Commission, de nombreux États Membres s'étaient déclarés favorables à l'inscription du sujet à son programme de travail. Le Rapporteur spécial a néanmoins été engagé à tenir compte des différences de vues exprimées par les États Membres et à faire preuve de toute la prudence voulue dans l'examen du sujet. En outre, il a été souligné que la Commission devait dès le départ veiller à ce que le résultat de ses travaux ne s'écarte pas du texte de la Convention de Vienne de 1969, ni ne laisse penser que tel était le cas. Plusieurs membres ont fait observer que l'étude entreprise par la Commission était d'une importance décisive. D'aucuns ont mis l'accent sur le fait que la portée du sujet ne se limitait pas au droit des traités et s'étendait à d'autres domaines du droit international, notamment la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

113. Les membres ont appuyé les recommandations formulées par le Rapporteur spécial quant à la méthode à adopter aux fins des travaux sur le sujet. D'aucuns ont dit que, comme le Rapporteur spécial, ils estimaient que les travaux de la Commission devaient en principe être fondés sur la pratique des États et sur la jurisprudence, ainsi que, dans une moindre mesure, sur la doctrine. Le fait que la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, internationales et régionales, aient fait référence aux normes du *jus cogens* dans plusieurs affaires a été mis en avant pour démontrer que l'existence de ces normes n'était plus véritablement contestée. Puisque l'existence du *jus cogens* était solidement établie, la Commission devait désormais s'attacher à trouver le juste équilibre entre les règles de droit international ordinaires, modifiables suivant les procédures usuelles, et certaines règles fondamentales, non susceptibles de modification suivant ces mêmes procédures. Certains membres ont néanmoins fait observer que la Commission ne devait pas tenter de créer de nouvelles normes impératives et qu'il fallait partir du principe que pareilles normes étaient, de par leur nature, exceptionnelles. D'aucuns ont proposé de séparer l'examen des décisions des juridictions internationales, qui déterminent l'existence de normes de *jus cogens*, et celui de la pratique des États, qui donne à ces normes leur caractère impératif.

114. Certains ont avancé que le *jus cogens* ne trouvait pas nécessairement son origine dans les théories de telle ou telle école de pensée (à savoir l'école jusnaturaliste ou l'école positiviste) et n'était pas non plus forcément fondé sur le consentement. Sa force obligatoire découlait de la pratique générale des États – reconnue par ceux-ci comme étant le droit –, en vertu de laquelle ses normes étaient considérées comme ne souffrant aucune dérogation (bien qu'elles puissent être remplacées par des normes de même nature). D'autres ont dit qu'il fallait que le texte adopté par la Commission s'inspire le plus possible de la Convention de Vienne de 1969. Selon plusieurs membres, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 représentaient un fondement juridique satisfaisant en ce qu'ils mettaient en avant l'importance de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme par la communauté internationale des États. Certains ont cependant soutenu que la norme en question devait être reconnue par d'autres entités, telles que des organisations internationales et non gouvernementales, ainsi que, de manière générale, par la société internationale. D'aucuns ont

en outre proposé qu'au cas où il examinerait plus avant les aspects théoriques du *jus cogens*, le Rapporteur spécial se penche sur le lien entre celui-ci et l'ordre public transnational. D'autres ont estimé que la Commission ne devait pas s'interdire de prendre position sur certaines des questions théoriques soulevées car trancher ces questions l'aiderait à orienter ses travaux, et notamment à établir une liste indicative des normes du *jus cogens*.

115. Selon certains, les arguments formulés dans le rapport du Rapporteur spécial permettaient de dégager les éléments caractérisant les normes du *jus cogens*, à savoir que ces normes ne souffrent aucune dérogation, appartiennent au droit international général, sont reconnues comme impératives par la communauté internationale, sont universellement applicables, ne permettent aucune dérogation du fait de leur caractère impératif, sont supérieures aux autres normes de droit international et visent à protéger l'ordre public international. Les normes du *jus cogens* étaient essentiellement des normes de droit international coutumier exigeant une forme spéciale d'*opinio juris*, à savoir la conviction de l'existence d'un droit ou d'une obligation juridique à caractère péremptoire. La norme du *jus cogens* n'était donc autre qu'une pratique générale acceptée comme étant une règle de droit péremptoire, c'est-à-dire, en d'autres termes, une pratique générale accompagnée d'une *opinio juris cogens*. D'aucuns ont en outre fait observer que les normes du *jus cogens* pouvaient trouver leur origine dans, ou être reflétées par, un traité, et qu'une norme péremptoire pouvait aussi être fondée sur les principes généraux du droit, qui méritaient d'être examinés plus avant. Par ailleurs, le Rapporteur spécial s'est vu demander de mener une étude approfondie des travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969.

116. Les membres de la Commission ont exprimé des avis divergents quant à l'opportunité d'établir une liste indicative des normes pouvant être considérées comme appartenant au *jus cogens*. Certains ont fait valoir que la notion de *jus cogens* était consacrée dans la constitution de différents États et qu'il était donc particulièrement important de recenser les normes du *jus cogens* telles qu'elles ressortaient du droit international. De fait, les travaux sur le sujet perdraient de leur utilité si la Commission n'établissait pas de liste indicative de ces normes ou se contentait d'en donner quelques exemples. L'examen du sujet ne devait pas se limiter aux questions liées à la méthode à adopter. Une société mondiale nécessitait des normes globales et la Commission pouvait contribuer à la détermination de celles-ci, notamment en dressant une liste de normes impératives, fût-ce à titre indicatif. Contrairement à l'époque à laquelle la Convention de Vienne de 1969 avait été adoptée, il existait aujourd'hui un éventail de sources juridiques sur lesquelles s'appuyer pour établir pareille liste. En outre, si, dans le cadre des travaux consacrés au sujet «Détermination du droit international coutumier», il n'avait pas été possible de répertorier les règles du droit coutumier, les normes du *jus cogens* étaient relativement peu nombreuses et se prêtaient donc au recensement sous forme de liste. Certains ont suggéré que la Commission incorpore les exemples dégagés dans le cadre de ses précédents travaux, notamment ceux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement

illicite¹²⁶², la fragmentation du droit international¹²⁶³, la responsabilité des organisations internationales¹²⁶⁴ et les réserves aux traités¹²⁶⁵. Il a été rappelé que la Commission avait établi une liste indicative de règles dans le contexte de ses travaux sur les effets des conflits armés sur les traités¹²⁶⁶. En outre, certains ont avancé que pour se prononcer sur l'opportunité d'établir une liste, la Commission pourrait tenir compte des décisions rendues par les juridictions internationales mondiales et régionales.

117. Il a été proposé de résoudre le problème en examinant des exemples de règles dans le commentaire, voire dans une annexe, mais d'aucuns ont fait valoir que cela reviendrait plus ou moins à établir une liste indicative. Il a aussi été suggéré que la Commission s'abstienne pour l'instant de se prononcer sur la question.

118. Plusieurs membres ont avancé qu'il n'était pas opportun d'établir une liste indicative, ni même de donner des exemples de règles dans le commentaire, car cela obligerait la Commission à se prononcer sur la valeur des règles en question. En outre, le recensement risquait de nécessiter quantité de travail supplémentaire, y compris une analyse détaillée du droit positif substantiel, et de donner lieu à des débats inutiles sur la question de savoir quelles normes devaient figurer sur la liste. Certains se sont en outre dits préoccupés par la possibilité que l'établissement d'une liste, fût-elle indicative, laisse entendre que d'autres règles tout aussi importantes du droit international avaient une valeur inférieure.

119. Plusieurs membres ont mis en doute l'existence d'un *jus cogens* régional, faisant valoir que, par définition, celle-ci était incompatible avec le principe de l'applicabilité universelle du *jus cogens*. De surcroît, si le *jus cogens* régional existait, il faudrait se pencher sur ses effets juridiques au regard des États n'appartenant pas à la région concernée, ainsi que sur sa relation avec le *jus cogens* universel. Certains se sont en outre déclarés préoccupés par le fait qu'admettre l'existence d'un *jus cogens* régional ouvrirait théoriquement la voie à la reconnaissance de l'existence de normes sous-régionales, ce qui risquerait de diluer encore le principe et de conduire à la fragmentation du droit international.

120. D'autres membres ont toutefois souligné que la notion de *jus cogens* régional avait parfois été évoquée dans le contexte de l'application de certaines normes, notamment par la Commission interaméricaine des droits de l'homme. La possibilité que des règles relevant d'un *jus cogens* régional existent en Europe a été mentionnée. Partant, d'aucuns ont avancé que l'existence d'autres

formes de normes impératives, notamment au niveau régional, méritait d'être envisagée plus avant et ne devait pas être exclue a priori. Même si rien ne justifiait de concevoir le *jus cogens* à l'échelle universelle uniquement, la Commission pouvait décider de limiter la portée de ses travaux aux normes de *jus cogens* universellement applicables.

121. Plusieurs membres ont souligné que la notion d'objecteur persistant était incompatible avec les normes de *jus cogens*, qui, par définition, ont un caractère impératif universel. Ces membres ont ajouté qu'il serait impossible, par exemple, d'accepter une objection persistante à l'égard de l'interdiction du crime de génocide. D'autres ont dit qu'il était trop tôt pour se prononcer à ce sujet, la Commission n'ayant pas encore défini l'expression «acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble». Selon certains, l'analyse de la source des normes du *jus cogens* et l'examen des effets de l'application de ces normes devaient être considérés comme deux tâches distinctes, la notion d'objecteur persistant relevant davantage de la deuxième que de la première.

122. Les membres de la Commission se sont dans l'ensemble déclarés favorables à ce que, comme cela avait été proposé, la Commission s'attache à établir des projets de «conclusion» sur le sujet. D'aucuns ont cependant avancé qu'il aurait été préférable d'avoir analysé tous les éléments constitutifs d'une norme impérative avant de décider de la forme à donner au résultat des travaux sur le sujet.

123. En ce qui concerne le projet de conclusion 1, certains ont fait observer qu'on ne savait pas au juste si l'«identification» des règles du *jus cogens* consistait simplement à recenser les normes existantes ou bien également à déterminer l'existence et le contenu de telle ou telle norme. Il a été proposé de reformuler cette disposition de manière à ce qu'elle exprime plus clairement la portée du projet de conclusions et d'élargir son champ d'application aux activités des acteurs non étatiques. Il a également été proposé d'y inclure une référence expresse non seulement aux critères de détermination des règles du *jus cogens*, mais aussi au contenu de celles-ci.

124. Pour ce qui est du projet de conclusion 2, des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité de comparer le *jus cogens* et le *jus dispositivum*. Plusieurs membres ont proposé que la question soit traitée dans le commentaire. L'opportunité de faire référence à la modification et à l'abrogation des règles ordinaires du droit international ainsi qu'à la dérogation à celles-ci a également été mise en doute. De surcroît, selon certains, dire que les normes du *jus cogens* étaient hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international tout en les décrivant par ailleurs comme une exception prêtait à confusion. D'aucuns se sont demandé si la formulation proposée ne laissait pas dans une certaine mesure entendre qu'en déclarant qu'une règle conventionnelle donnée ne pouvait pas être modifiée par voie d'accord entre elles, les parties s'imposaient une obligation à laquelle elles ne pouvaient pas déroger. Il a été réaffirmé qu'il ne suffisait pas que les parties à un traité conviennent qu'une règle appartenait au *jus cogens* pour que ce soit le cas.

¹²⁶² Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

¹²⁶³ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 184 et suiv., par. 241 à 251 ; voir aussi le rapport du Groupe d'étude de la Commission sur le sujet (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session (2006) [le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)].

¹²⁶⁴ Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

¹²⁶⁵ Ibid., p. 24 et suiv., par. 75 et 76 ; pour les commentaires relatifs aux projets de directive, voir *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie).

¹²⁶⁶ Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101.

125. Plusieurs membres ont proposé que l'intitulé du projet de conclusion 3 soit modifié pour refléter le fait que celui-ci est consacré à la définition du *jus cogens* et que la définition elle-même soit remaniée de manière à être la plus proche possible de celle contenue à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Plusieurs membres ont approuvé la teneur du paragraphe 2, tandis que plusieurs autres se sont interrogés sur l'opportunité de conserver cette disposition, soutenant que rien dans la pratique ne venait l'étayer et qu'elle semblait en outre s'écarter de la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Certains ont dit que ce qui caractérisait les normes du *jus cogens* n'était pas tant leur supériorité hiérarchique par rapport aux autres normes que l'importance toute particulière qu'elles revêtaient. Il a été rappelé que la Commission devait prendre garde à ne pas, sans le vouloir, poser des conditions supplémentaires à l'appartenance au *jus cogens*. Selon certains, la notion de «supériorité hiérarchique» n'était pas claire et pouvait prêter à confusion en ce qu'elle tendait à atténuer la distinction entre, d'une part, les critères de détermination des normes du *jus cogens* et, d'autre part, les conséquences qu'un conflit avec ces normes pouvait emporter. D'autres ont dit que si l'on faisait référence à une «hiérarchie», il fallait définir plus précisément la hiérarchie découlant du *jus cogens*, qui rend nul tout traité en conflit avec une norme du *jus cogens*, par rapport aux autres hiérarchies du droit international, notamment celle établie à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. D'autres encore ont avancé que la supériorité hiérarchique des normes impératives était bien établie et avait été reconnue par la Commission elle-même dans ses travaux sur la fragmentation du droit international. Enfin, il a été suggéré que le paragraphe 2 fasse l'objet d'un projet de conclusion distinct.

126. Plusieurs membres se sont dits opposés à la référence aux «valeurs fondamentales de la communauté internationale» au motif que l'existence du *jus cogens* dépendait de son acceptation et de sa reconnaissance en tant que tel par la communauté internationale des États dans son ensemble, et non d'une appréciation subjective de sa valeur. Selon certains, l'expression «valeurs fondamentales» aurait un sens trop étroit si elle renvoyait aux seules normes de *jus cogens* à caractère humanitaire à l'exclusion d'autres normes, telles celles interdisant l'emploi de la force. Il a donc été proposé d'employer, à la place, l'expression «principes les plus fondamentaux». D'autres ont avancé que la disposition pouvait utilement compléter la Convention de Vienne de 1969 en ce que la référence aux «valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble» venait définir plus précisément la nature du *jus cogens*.

127. Nonobstant les vues exprimées au sujet de la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional, les membres se sont déclarés favorables à la référence à l'«applicabilité universelle» faite au paragraphe 2.

128. D'autres propositions ont été formulées, notamment en faveur de l'élaboration d'un projet de conclusion supplémentaire consacré à la définition du *jus cogens*. Certains ont recommandé que, par souci de cohérence, on choisisse de parler soit de «normes», soit de «règles». Une préférence a été exprimée pour le terme «normes», retenu dans la Convention de Vienne de 1969. Il a

également été proposé de remplacer l'intitulé actuel du sujet par «Le *jus cogens* en droit international», «Normes impératives» ou encore «Le *jus cogens* dans l'ordre juridique international». Il a également été suggéré d'étendre le champ d'application du projet de conclusions à la nullité entraînée par la non-conformité au *jus cogens* et à la question de savoir qui détermine l'existence d'un conflit avec le *jus cogens*.

129. Les membres de la Commission ont appuyé les propositions du Rapporteur spécial quant aux futurs travaux de la Commission sur le sujet. Il a été suggéré que le Rapporteur spécial examine la relation entre les principes généraux du droit et le *jus cogens*, et se penche également sur plusieurs autres points, notamment: le sens de la formule «acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble» et la mesure dans laquelle cette notion exprime le consentement; la relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*; la mesure dans laquelle la non-dérogeabilité est une caractéristique du *jus cogens*; le processus qui permet à une norme impérative de se substituer à une autre; la relation entre l'existence de valeurs fondamentales sous-tendant le *jus cogens* et l'expression de cette existence; le mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969; et la question de savoir comment régler un conflit entre normes impératives contradictoires.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

130. Dans le cadre du débat, le Rapporteur spécial a répondu aux observations concernant le fondement théorique du *jus cogens* et exprimé son désaccord avec l'opinion selon laquelle cette question était réglée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il restait toutefois d'avis que la Commission n'avait pas à se prononcer sur ce sujet.

131. Il a été constaté que, de l'avis général, l'étude devait se fonder essentiellement sur la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, selon qu'il convenait. Certains ayant avancé, au cours du débat, que des éléments de son premier rapport n'étaient pas pleinement étayés par la pratique des États ou que cette pratique étant relativement limitée, il fallait recourir à des scénarios théoriques, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il existait au contraire une pratique étatique et une jurisprudence abondantes en la matière.

132. Concernant la possibilité d'établir une liste indicative, le Rapporteur spécial a pris note des divergences d'opinions entre les membres de la Commission et reconnu qu'une telle possibilité avait un certain attrait. Il a toutefois rappelé qu'il craignait que l'établissement d'une liste ne dénature les travaux de la Commission, qui devaient essentiellement consister en la définition d'une manière de procéder. Il restait néanmoins ouvert à la possibilité d'établir une telle liste à partir des normes impératives les plus largement acceptées.

133. S'agissant de la question du *jus cogens* régional, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il comptait étudier la question dans des rapports à venir. Cela étant, s'il n'était pas convaincu que la notion de norme régionale de

jus cogens soit fondée en droit international, il estimait néanmoins que l'universalité du *jus cogens*, qui était bien établie, n'excluait pas a priori la possibilité qu'il existe des normes impératives régionales.

134. Le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il n'entendait pas faire abstraction des implications du *jus cogens* au regard de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Comme indiqué dans le plan de travail, le sujet dépassait les limites du droit des traités. L'intention du Rapporteur spécial était de traiter ces questions dans des rapports ultérieurs sur les conséquences du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial a toutefois exprimé son désaccord avec l'idée que la nature et la définition du *jus cogens* pouvaient varier d'une branche à l'autre du droit international.

135. Concernant les travaux à venir, le Rapporteur spécial avait pris note des vues concernant la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* conventionnel. Il a par ailleurs rappelé qu'il entendait examiner la relation entre les normes de *jus cogens* et les obligations *erga omnes*.

136. Concernant les projets de conclusion proposés, le Rapporteur spécial a pris note des différentes suggestions d'ordre rédactionnel émises au cours du débat. Il a également admis que le projet de conclusion 2 traitait de questions qui n'entraient pas dans le champ d'application du projet de conclusions. Il a expliqué qu'en proposant ce

projet de conclusion, il avait cherché à exprimer l'idée que, de par leur nature même, les normes impératives étaient exceptionnelles par rapport aux autres règles du droit international. Il a néanmoins accepté que la Commission n'ait pas jugé opportun de renvoyer ce projet de conclusion au Comité de rédaction.

137. S'agissant du projet de conclusion 3, si le Rapporteur spécial était ouvert aux propositions d'amélioration du paragraphe 1, et notamment à l'idée de reformuler cette disposition sur le modèle de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, il ne partageait pas l'avis des membres de la Commission qui estimaient que la notion de valeurs fondamentales et celles de supériorité hiérarchique et d'applicabilité universelle du *jus cogens* n'étaient pas fondées dans la pratique des États ni dans la jurisprudence des tribunaux, du moins pas suffisamment pour que l'on y fasse référence. Outre les sources données en référence dans son premier rapport, il a donc cité de nouveaux documents et décisions, provenant principalement d'organes des Nations Unies et de tribunaux, pour illustrer les positions adoptées par les États au sujet du *jus cogens*.

138. Le Rapporteur spécial a par ailleurs dit qu'il serait judicieux d'examiner les propositions visant à modifier le titre du projet et que cela pourrait être fait à l'occasion d'un futur rapport.