

Chapitre VIII

NORMES IMPÉRATIVES DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (*JUS COGENS*)

A. Introduction

142. 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 sujet⁷⁷⁹. Dans sa résolution 70/236, du 23 décembre 2015, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

143. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial⁷⁸⁰, qui traitait de questions conceptuelles, ainsi que de diverses questions de méthode, notamment celle de savoir si, dans le cadre de l'examen du sujet, la Commission devait dresser une liste indicative de normes ayant le statut de *jus cogens*. Ce rapport exposait, en outre, les fondements historiques et théoriques de la notion de *jus cogens*.

B. Examen du sujet à la présente session

144. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/706), dans lequel celui-ci a établi des critères d'identification des normes impératives (*jus cogens*) en prenant comme point de départ la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Sur la base de son analyse, le Rapporteur spécial a proposé dans son deuxième rapport six projets de conclusion⁷⁸¹. Il a également proposé de modifier l'intitulé du sujet en remplaçant «*Jus cogens*» par «Normes impératives du droit international (*jus cogens*)».

145. La Commission a examiné le deuxième rapport de sa 3368^e à sa 3370^e séance et de sa 3372^e à sa 3374^e séance, du 3 au 5 et du 11 au 13 juillet 2017.

146. À sa 3374^e séance, le 13 juillet 2017, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 4 à 9⁷⁸² figurant dans le deuxième rapport du

⁷⁷⁹ 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. 175, par. 268, et p. 181 à 189].

⁷⁸⁰ *Annuaire... 2016*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693.

⁷⁸¹ Projet de conclusion 4 (Critères du *jus cogens*); projet de conclusion 5 (Les normes du *jus cogens* en tant que normes du droit international général); projet de conclusion 6 (L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du *jus cogens*); projet de conclusion 7 (Communauté internationale des États dans son ensemble); projet de conclusion 8 (Acceptation et reconnaissance); projet de conclusion 9 (Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance).

⁷⁸² Le texte des projets de conclusions 4 à 9 tels qu'ils ont été proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, se lit comme suit :

Rapporteur spécial. À la même séance, elle a décidé de modifier l'intitulé du sujet «*Jus cogens*», et de le

«Projet de conclusion 4 Critères du jus cogens

«Pour identifier une norme en tant que norme de *jus cogens*, il est nécessaire de montrer que la norme en question satisfait à deux critères :

«a) il doit s'agir d'une norme de droit international général; et

«b) elle doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«Projet de conclusion 5 Les normes du jus cogens en tant que normes du droit international général

«1. Une norme du droit international général est une norme dont le champ d'application est général.

«2. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens* du droit international.

«3. Les principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens* du droit international.

«4. Une disposition conventionnelle peut refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens* du droit international général.

«Projet de conclusion 6 L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du jus cogens

«1. Une norme du droit international général est identifiée en tant que norme de *jus cogens* lorsqu'elle est acceptée et reconnue en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«2. L'exigence qu'une norme soit acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise exige une évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble.

«Projet de conclusion 7 Communauté internationale des États dans son ensemble

«1. C'est l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble qui sont pertinentes pour l'identification des normes du *jus cogens*. En conséquence, c'est l'attitude des États qui est pertinente.

«2. Si l'attitude d'acteurs autres que les États peut être pertinente pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble, cette attitude ne peut, en elle-même, constituer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble. Les attitudes d'autres acteurs peuvent être pertinentes pour donner un contexte aux attitudes des États et les évaluer.

«3. L'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*. L'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise.

«Projet de conclusion 8 Acceptation et reconnaissance

«1. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* est distincte de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier. Elle est de même distincte de l'exigence de reconnaissance aux fins des principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice.

«2. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* signifie que la preuve doit être apportée que, outre qu'elle est acceptée comme étant le droit, la norme en question est acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

(Suite de la note page suivante.)

remplacer par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

147. À la 3382^e séance de la Commission, le 26 juillet 2017, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport intermédiaire du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), dans lequel figuraient les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité à sa soixante-neuvième session. Présenté à titre d'information seulement, ce rapport peut être consulté sur le site Web de la Commission⁷⁸³.

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON DEUXIÈME RAPPORT

148. Le Rapporteur spécial a fait observer que son deuxième rapport comportait trois chapitres consacrés au fond du sujet : un chapitre consacré à l'examen antérieur du sujet (par. 4 à 30) ; un chapitre consacré aux critères du *jus cogens* (par. 31 à 89) ; et un chapitre dans lequel étaient formulées des propositions (par. 90 et 91).

149. Dans le chapitre portant sur l'examen antérieur du sujet, le Rapporteur spécial a relevé que, si les trois États qui avaient initialement critiqué le choix du sujet avaient maintenu leurs objections, la grande majorité des États qui avaient exprimé une opinion avait continué de l'appuyer⁷⁸⁴. Il a souligné que la modification de l'intitulé du sujet avait généralement été considérée comme nécessaire. Il a aussi rappelé que, malgré la décision de la Commission de ne pas renvoyer au Comité de rédaction le projet de conclusion 2 figurant dans son premier rapport⁷⁸⁵, il entendait proposer de nouveau ce projet dans un futur rapport. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que c'était le projet de conclusion 3 qui avait suscité le clivage le plus marqué au sein tant de la Commission du droit international que de la Sixième Commission, et en particulier le paragraphe 2, qui énonce trois caractéristiques fondamentales des normes de *jus cogens*, à savoir qu'il

s'agit de normes protégeant les valeurs fondamentales de la communauté internationale, hiérarchiquement supérieures aux autres normes et universellement applicables.

150. Le Rapporteur spécial a par ailleurs rappelé qu'il entendait examiner l'opportunité de dresser une liste indicative des normes de *jus cogens*, soulignant qu'il ferait une proposition concrète à ce sujet dans un futur rapport consacré à des questions diverses et invitant les membres de la Commission à lui faire part de leur point de vue.

151. Les paragraphes 31 à 89 du rapport étaient consacrés aux critères d'identification du *jus cogens*, lesquels étaient établis sur la base de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, conformément aux vues exprimées par les États et dans le droit fil de la pratique étatique, des décisions des juridictions internationales, de la doctrine et de l'analyse du *jus cogens* dans le contexte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 précédemment réalisée par la Commission elle-même, sans toutefois limiter la portée du sujet au droit conventionnel.

152. À cet égard, le Rapporteur spécial a souligné que l'article 53 établissait deux critères cumulatifs, à savoir que la norme en question doit être une norme du droit international général et être acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Tout en faisant observer qu'il y avait plusieurs manières de définir les normes de *jus cogens*, il a estimé que c'était l'approche fondée sur un double critère qui devait être retenue. C'était donc celle-ci qui était reflétée dans le projet de conclusion 4, dont l'alinéa *a* énonçait le premier critère et l'alinéa *b*, le second.

153. Dans son rapport, le Rapporteur spécial analysait ensuite la teneur du premier critère, sur lequel portait le projet de conclusion 5 intitulé « Les normes du *jus cogens* en tant que normes du droit international général ». Le Rapporteur spécial a fait savoir qu'il n'avait pas jugé nécessaire de consacrer un projet de conclusion à la relation entre le droit international coutumier et le *jus cogens*, estimant que le paragraphe 2 du projet de conclusion proposé était suffisamment explicite à cet égard. Il a en outre fait observer qu'aux fins de l'identification du *jus cogens*, le rôle joué par le droit international coutumier était largement reconnu, mais la possibilité de se fonder sur d'autres sources du droit international l'était moins. Le Rapporteur spécial a relevé que certaines sources venaient étayer l'opinion selon laquelle les principes généraux du droit pouvaient servir de fondement aux normes de *jus cogens*, ainsi qu'il ressortait clairement non seulement de la pratique, mais aussi des travaux préparatoires de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités⁷⁸⁶ et du fait que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 visait manifestement aussi les principes généraux du droit. Malgré la rareté de la pratique disponible, le Rapporteur spécial a jugé souhaitable de faire figurer les principes généraux du droit parmi les fondements possibles du *jus cogens*, quoique en termes plus nuancés que ceux employés pour le droit international coutumier.

(Suite de la note 782.)

« Projet de conclusion 9 Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance »

« 1. Les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme du droit international général en tant que norme de *jus cogens* peuvent prendre des formes et être reflétées dans des documents divers.

« 2. Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du fait qu'une norme du droit international général a été élevée au rang de *jus cogens* : traités, résolutions adoptées par des organisations internationales, déclarations publiques faites au nom des États, publications officielles, avis juridiques gouvernementaux, correspondance diplomatique et décisions des juridictions nationales.

« 3. Les jugements et décisions des cours et tribunaux internationaux peuvent également servir de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance pour l'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* du droit international.

« 4. D'autres documents, comme ceux issus des travaux de la Commission du droit international, des travaux d'organes d'experts et de la doctrine, peuvent constituer un moyen secondaire d'identification des normes du droit international auxquelles aucune dérogation n'est permise. Ces documents peuvent également être utiles pour évaluer le poids des documents principaux. »

⁷⁸³ <https://legal.un.org/ilc/>.

⁷⁸⁴ Voir le deuxième rapport du Rapporteur spéciale (A/CN.4/706), par. 10 et 12.

⁷⁸⁵ *Annuaire...* 2016, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/693.

⁷⁸⁶ Le projet d'articles adopté par la Commission à sa dix-huitième session et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire...* 1966, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193 et suiv.

154. À propos des traités, le Rapporteur spécial a rappelé que s'il était généralement admis que les traités ne créaient pas, en eux-mêmes, de règles du droit international général, une règle conventionnelle pouvait refléter une règle du droit international général.

155. Le Rapporteur spécial a ensuite fait observer que le second critère, à savoir celui selon lequel la norme «doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise», qui faisait l'objet des projets de conclusions 6 à 9, comportait plusieurs éléments : le premier, et le plus important, était l'exigence que la norme soit acceptée et reconnue ; le deuxième concernait les entités dont doivent émaner l'acceptation et la reconnaissance ; le troisième portait sur ce qui est accepté et reconnu.

156. Le Rapporteur spécial a expliqué que le projet de conclusion 6, qui plaçait le deuxième critère dans son contexte, avait un double objectif, à savoir établir, d'une part, qu'il ne suffit pas de déterminer qu'une norme appartient au droit international général pour qu'elle ait le statut de *jus cogens* et, d'autre part, que c'est l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble qui importe.

157. Le Rapporteur spécial a fait observer que le projet de conclusion 7 portait sur la question de savoir de qui doit émaner l'acceptation et la reconnaissance, soulignant que tant les travaux préparatoires de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 que la pratique des États étaient particulièrement intéressants à cet égard. Il a en outre souligné que, si l'on insistait au paragraphe 2 sur le rôle central joué par les États en tant que communauté, le membre de phrase «la communauté internationale des États dans son ensemble» visait à indiquer que c'était le point de vue global des États qui devait être pris en considération, et non les attitudes individuelles. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 tendait également à refléter le délicat équilibre auquel la Commission était parvenue lorsqu'elle avait reconnu le rôle primordial joué par les États dans la détermination du droit sans pour autant nier que d'autres entités pouvaient avoir une influence à cet égard.

158. Le projet de conclusion 8 portait sur le contenu de l'acceptation et de la reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial était d'avis que pour qu'une norme puisse être considérée comme ayant le statut de *jus cogens*, il ne suffisait pas qu'elle soit simplement acceptée et reconnue comme ayant une qualité particulière, c'est-à-dire comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé (*opinio juris cogentis*) ; comme pour le droit international coutumier, il fallait aussi que soient fournies des preuves de son acceptation et de sa reconnaissance.

159. Le projet de conclusion 9 traitait donc de la nature des documents pouvant être produits comme preuves. Le Rapporteur spécial a rappelé que si, en pratique, ces documents visés étaient pour l'essentiel semblables à ceux souvent utilisés pour faire la preuve de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier, leur contenu était néanmoins différent.

160. Dans le prolongement du débat tenu par la Commission à sa soixante-huitième session, le Rapporteur spécial avait proposé, au paragraphe 90 du rapport, de modifier l'intitulé du sujet en remplaçant «*Jus cogens*» par «Normes impératives du droit international (*jus cogens*)». Toutefois, il a par la suite constaté que sa proposition ne satisfaisait pas à l'exigence de conformité à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il a donc proposé un autre intitulé, «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)».

161. Pour ce qui est du programme de travail futur, le Rapporteur spécial envisageait qu'en 2018, la Commission examine, éventuellement dans deux rapports, les effets ou conséquences du *jus cogens* dans une perspective générale, ainsi que sous l'angle du droit conventionnel et d'autres domaines du droit international. Le quatrième rapport, prévu pour 2019, porterait sur toutes questions diverses restées en suspens et contiendrait des propositions aux fins de l'établissement d'une liste indicative de normes de *jus cogens*.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) Observations d'ordre général

162. Dans l'ensemble, les membres ont accueilli avec intérêt le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Le fait que le rapport maintienne un équilibre entre «la flexibilité de l'identification» et «la nature consensuelle du droit international» a été souligné. Si la plupart des membres ont mis l'accent sur la nécessité de faire la lumière sur une notion compliquée, certains ont rappelé que des États Membres s'étaient montrés sceptiques quant à l'opportunité d'examiner le sujet.

163. Si, de manière générale, les membres de la Commission étaient d'accord avec le Rapporteur spécial pour prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ aux fins de la définition des critères de détermination du *jus cogens*, d'aucuns ont rappelé qu'il se pouvait que la notion de *jus cogens* ne couvre pas tous les aspects sur lesquels la Commission devait se pencher dans le cadre de ses travaux. Il a été rappelé que, comme le Rapporteur spécial l'avait signalé dans son premier rapport, cette notion était née plusieurs siècles avant la Convention de Vienne de 1969. Certains ont en outre fait observer que la Commission devait réexaminer l'opportunité d'établir les critères de détermination des normes ayant acquis un caractère impératif en droit international sur la seule base de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, car cela signifierait qu'elle conçoit clairement le *jus cogens* comme étant fondé sur le consentement alors qu'il vise précisément, entre autres objectifs, à fixer des limites à ce que les États peuvent accepter ou rejeter. Certains membres ont en outre fait observer que les normes de *jus cogens* s'étendaient, au-delà du droit des traités, aux instruments non conventionnels et à d'autres domaines du droit, tels que le droit relatif à la responsabilité des États pour faits internationalement illicites.

164. S'il a été souscrit à la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle c'est essentiellement sur la base du droit international coutumier que se forment les normes de *jus cogens*, l'idée que les règles conventionnelles ne

devraient pas en soi être considérées comme une source ou un fondement des normes de *jus cogens* a suscité des opinions divergentes. De surcroît, d'aucuns ont fait observer que, pour participer du *jus cogens*, une norme devait être suffisamment établie dans les trois sources de droit, à savoir la coutume, les traités et les principes généraux de droit.

165. Si la plupart des membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que l'élément relatif à la modification mentionné à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne pouvait pas être retenu comme critère, certains n'étaient pas d'accord. D'aucuns estimaient de surcroît que la première phrase de l'article 53 devait figurer aux côtés des critères retenus.

166. Plusieurs membres ont appuyé la proposition faite par le Rapporteur spécial concernant les critères d'identification du *jus cogens*. D'aucuns étaient d'avis que les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 (valeurs fondamentales, hiérarchiquement supérieures et d'application universelle) étaient des éléments inhérents et fondamentaux du *jus cogens* et ont demandé à ce qu'elles fassent partie des critères d'identification. Pour certains, le fait que le *jus cogens* a pour fonction de protéger les valeurs fondamentales devait être reflété dans les critères d'identification. Un membre a estimé, au contraire, que ces caractéristiques pouvaient être abordées dans le commentaire. D'aucuns ont relevé que le rapport ne contenait pas d'exemples concrets de formation et d'identification du *jus cogens*. Cela étant, d'autres membres se sont déclarés satisfaits par la somme de pratique recensée à l'appui des conclusions du Rapporteur spécial.

167. De nombreux membres ont dit partager l'avis du Rapporteur spécial sur l'importance de la notion de valeurs fondamentales, faisant observer, par exemple : que le *jus cogens* « permettait de veiller au respect des "valeurs fondamentales de la communauté internationale" » qui ne devaient jamais être compromises ; que le *jus cogens* découlait des textes constitutionnels des membres de la communauté internationale, qui exprimaient des « valeurs fondamentales et communes » ; que le caractère impératif d'une norme de *jus cogens* découlait de son acceptation en tant que norme reflétant des « valeurs fondamentales » ; ou que les vues du Rapporteur spécial étaient conformes à la position précédemment adoptée par la Commission dans ses travaux sur le droit des traités, la responsabilité des États et la fragmentation du droit international.

168. D'autres membres ont déclaré que la signification de l'expression « valeurs fondamentales » gagnerait à être précisée et que cette notion n'avait pas encore été acceptée sans réserve par les principales juridictions nationales et internationales. Certains ont fait observer que le droit international reposait sur une multiplicité de systèmes de valeurs et que, par principe, les valeurs de la communauté internationale n'étaient pas uniformes. Certains membres ont engagé le Rapporteur spécial à définir les valeurs fondamentales en droit international, en lui déconseillant d'employer de manière interchangeable les termes « protéger » et « refléter » concernant ces valeurs. D'aucuns estimaient en particulier qu'il serait préférable d'employer les deux termes ensemble.

169. Certains membres ont appuyé l'idée de retenir le lien entre valeurs fondamentales et *jus cogens* comme l'unique caractéristique des normes de *jus cogens* dans le cadre du droit international.

170. La plupart des membres ont appuyé la démarche du Rapporteur spécial consistant à faire de la qualité de norme du droit international général le premier critère du *jus cogens*. Certains ont demandé pourquoi la notion de « droit international général » n'était pas définie dans le rapport. Il a été dit que la supériorité hiérarchique des normes de *jus cogens* était davantage une conséquence qu'une caractéristique de ces normes et que la notion de hiérarchie soulevait d'importantes questions concernant les « effets de la hiérarchie » sur des sources de droit international telles que les principes généraux du droit et le droit international coutumier. D'aucuns ont fait observer que le premier critère n'exprimait qu'une condition préalable à l'existence du *jus cogens* et, de ce fait, ne devait pas nécessairement refléter toutes les caractéristiques du *jus cogens*.

171. D'autres membres ont rappelé que la notion ne faisait pas l'unanimité dans la doctrine. Certains estimaient qu'il n'était pas suffisant de renvoyer à l'étude sur la fragmentation du droit international⁷⁸⁷, qui ne prenait pas position sur une définition du droit international général. D'aucuns ont soulevé la question de savoir si les normes relevant de régimes spécialisés, notamment les règles du droit international humanitaire, pouvaient être considérées comme faisant partie du *jus cogens*.

172. Plusieurs membres sont convenus que le droit international coutumier était le principal fondement du *jus cogens*. Il a été dit que les normes internationales pouvaient comprendre les normes émanant des traités, ainsi que d'autres sources autres que celles énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple des résolutions d'organisations internationales. Des préoccupations ont été exprimées quant à la distinction établie par le Rapporteur spécial entre le droit international général et la *lex specialis*, qui était considérée comme susceptible de contribuer au droit international général.

173. Des points de vue divergents ont été exprimés concernant le rôle des principes généraux du droit. Si de nombreux membres ont admis que ces principes pouvaient servir de fondement au *jus cogens*, d'autres ont rappelé que l'absence de consensus à leur sujet⁷⁸⁸ avait conduit les membres de la Commission à les laisser de côté lors de la rédaction de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, en conséquence de quoi la Commission devait selon eux s'abstenir d'y faire référence dans le cadre de l'examen du sujet. Certains membres ont en outre soulevé la question de savoir si la pratique des États confirmait que les principes généraux du droit

⁷⁸⁷ Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi par M. Martti Koskenniemi sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude, conclusion 20 (« Application du droit coutumier et des principes généraux de droit »), *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie) [additif 2], document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 114 et 115.

⁷⁸⁸ *Annuaire... 1963*, vol. I, 684^e séance, 21 mai 1963, p. 77, par. 51.

constituaient le fondement du *jus cogens* et ont demandé que des exemples soient fournis. D'aucuns ont exprimé l'avis que, si certains principes généraux du droit pouvaient devenir des normes de *jus cogens*, tous n'avaient pas le statut de *jus cogens*.

174. Entre autres arguments avancés contre l'inclusion des principes généraux du droit, certains membres ont fait valoir que ces principes étaient, par définition, des principes de droit interne. D'aucuns ont fait observer qu'une fois que des principes de droit interne étaient reconnus comme des principes généraux au sens du paragraphe 1 c de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ils cessaient d'être de simples principes de droit interne. Il a été en outre souligné que les principes généraux du droit étaient une source de droit international.

175. Alors que certains membres estimaient que les normes de *jus cogens* existaient indépendamment de la volonté et de la détermination des États et faisaient partie du droit naturel, et ont encouragé le Rapporteur spécial à étudier plus avant la nature du *jus cogens*, d'autres estimaient que le Rapporteur spécial avait raison de ne pas entrer dans le débat visant à déterminer si la notion trouvait son origine dans le «droit naturel» ou dans le «droit positif» et étaient favorables à ce que cette question soit traitée à la lumière de la pratique des États et des tribunaux et de la doctrine.

176. Certains membres ont souscrit à l'approche en deux étapes adoptée par le Rapporteur spécial pour prouver l'existence d'une norme de droit international général et élever une règle «normale» du droit international coutumier au rang de norme de *jus cogens* au regard du droit international général, et d'autres ont dit que c'était un outil analytique utile. Plusieurs ont toutefois fait observer que, dans la pratique, la formation du *jus cogens* ne se faisait pas nécessairement suivant les deux séquences indiquées. Dans certains cas, le *jus cogens* ne se formait pas en deux étapes distinctes, même si dans d'autres les étapes étaient apparentes. D'aucuns ont émis l'avis que d'autres critères devaient être pris en considération, à savoir, par exemple, que la norme en question devait être une norme du droit international général, ne souffrir aucune dérogation et ne pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme.

177. S'agissant du deuxième de ces critères, plusieurs membres ont exprimé leur désaccord avec la thèse du Rapporteur spécial selon laquelle l'indérogeabilité n'était pas un critère d'identification du *jus cogens*, mais une conséquence de son existence. Ces membres ont rappelé que, selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la notion d'indérogeabilité permettait de déterminer les règles relevant de la catégorie du *jus cogens* et n'était pas simplement une conséquence de ce dernier. Certains ont en outre avancé qu'une norme qui serait constamment violée, en pratique, par un grand nombre d'États n'acquerrait pas le statut de *jus cogens*, quoi qu'en disent les États en question.

178. En ce qui concerne la jurisprudence des cours et tribunaux, si certains ont souligné que la pratique de la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux était

dûment citée par le Rapporteur spécial, on a cependant fait observer que, généralement, les tribunaux se contentaient de se référer aux normes de *jus cogens*, sans préciser ce qu'ils entendaient par «droit international général», «supériorité hiérarchique», «valeurs fondamentales», «acceptation et reconnaissance» et «communauté internationale dans son ensemble». D'aucuns estimaient que les juridictions internationales semblaient avoir privé le *jus cogens* de son élément déterminant, à savoir sa supériorité hiérarchique sur toutes les autres normes. Pour d'autres, il était incorrect d'affirmer que les décisions des cours et tribunaux étaient des preuves du *jus cogens*, ces décisions n'étant qu'un moyen subsidiaire d'identification des normes de *jus cogens*.

179. Plusieurs membres ont exprimé des préoccupations au sujet de l'examen de la question du *jus cogens* régional et de son applicabilité universelle. Le Rapporteur spécial n'ayant pas expressément signalé qu'il entendait étudier la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* non universel, d'aucuns ont suggéré de ne pas décider à ce stade si cette notion s'inscrivait ou non dans le cadre du présent sujet. La question de savoir si l'«application universelle» désignait l'application à «tous les États» ou l'application à «tous les sujets de droit international» a été soulevée. Certains membres ont dit que poser le principe de l'application universelle, comme cela avait été fait au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, était acceptable pour autant que la possibilité d'un *jus cogens* régional soit traitée ultérieurement.

180. Rappelant les précédentes tentatives de la Commission pour établir une liste indicative de normes de *jus cogens*, la plupart des membres se sont déclarés favorables à l'élaboration d'une telle liste dans le cadre des travaux sur le sujet. Cette liste pourrait renvoyer à une annexe énumérant les normes susceptibles d'être élevées au rang de normes de *jus cogens*. Inversement, certains étaient d'avis qu'il ne serait pas judicieux que la Commission entreprenne d'établir une liste indicative, car cela prendrait beaucoup trop de temps, et ont suggéré que la Commission convienne d'une méthode d'identification du *jus cogens* et de ses conséquences.

b) *Commentaires particuliers sur les projets de conclusion*

i) *Commentaires généraux sur la structure du projet de conclusions*

181. Plusieurs propositions tendant à combiner et simplifier les projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial ont été faites en vue de leur examen par le Comité de rédaction.

ii) *Projet de conclusion 4*

182. Bien que des membres se soient déclarés favorables au projet de conclusion 4, le fait que la notion de valeur fondamentale ne figure pas au nombre des critères normatifs du *jus cogens* a suscité des interrogations compte tenu de son caractère essentiel. Certains ont donc suggéré de retenir cette qualité parmi les critères normatifs en reprenant le libellé utilisé dans les commentaires des projets d'article sur la responsabilité de l'État pour

fait internationalement illicite⁷⁸⁹, où il est fait mention des «intérêts essentiels de la communauté internationale» et du caractère «essentiel» des normes impératives, ce qui permettrait d'éviter d'employer les termes «valeurs fondamentales». Il a également été suggéré d'établir un lien entre le projet de conclusion 4 et les éléments décrits dans les projets de conclusions 5 à 8. D'aucuns ont en outre proposé de faire en sorte que le projet de conclusion 4 indique que les normes de *jus cogens* ne se forment pas nécessairement suivant la séquence suggérée par l'ordre des dispositions, soit en modifiant son libellé, soit en donnant une explication dans les commentaires. Faisant observer que cela pourrait conduire à un double emploi avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3, et donc ne pas être réellement utile, un autre membre a proposé d'intégrer le troisième critère énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 dans le projet de conclusion 4 en l'ajoutant au texte de l'alinéa *b* ou dans un nouvel alinéa *c*. Certains ont proposé de préciser que la norme en question devait être une norme du droit international général, et d'autres de poser que quatre critères devaient être pris en compte, à savoir que la norme devait être une norme du droit international général, être acceptée et reconnue par la communauté internationale, ne souffrir aucune dérogation et ne pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme. Il a été suggéré de réunir les deux derniers critères.

iii) *Projet de conclusion 5*

183. Il a été proposé d'intituler le projet de conclusion 5 «Source de droit international général». Certains membres étaient d'avis que le projet de conclusion 5 devait être davantage étayé et justifié, et d'autres ont insisté sur le fait que les trois sources du droit, à savoir la coutume, les traités et les principes généraux du droit, avaient toutes la même importance et devaient être traitées sur un pied d'égalité. Il a également été proposé d'indiquer clairement au paragraphe 1 que les normes en question liaient tous les États, alors que certains membres ont émis des doutes au sujet du paragraphe 3, estimant que les principes généraux de droit n'étaient pas, par nature, impératifs.

iv) *Projet de conclusion 6*

184. Selon certains, le projet de conclusion 6 pouvait être supprimé car il ne servait au fond qu'à réaffirmer que la norme devait être acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble.

v) *Projet de conclusion 7*

185. L'emploi du terme «attitude», au paragraphe 1 du projet de conclusion 7, a été mis en question. Si certains ont approuvé le raisonnement exposé au paragraphe 3, d'aucuns étaient néanmoins d'avis qu'il n'était pas équilibré car il n'exigeait qu'un niveau d'accord modéré de la part des États. Plusieurs membres ont dit préférer une formule exigeant le consentement de la totalité ou presque des États aux fins de l'identification des normes de

jus cogens, par exemple, «une très large majorité» ou «la quasi-totalité des États». D'autres estimaient qu'il fallait fusionner les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 7, ou supprimer le paragraphe 2, les normes du *jus cogens* étant universellement applicables.

vi) *Projet de conclusion 8*

186. Il a été suggéré, afin que le projet de conclusion 8 soit plus complet, de remplacer au paragraphe 2 le membre de phrase «la norme en question est acceptée par les États» par «la norme en question est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble». Le Rapporteur spécial a en outre été invité à envisager la question de savoir si l'acquiescement constituait une forme d'acceptation et de reconnaissance et à remédier au fait que le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 n'apportait aucun éclaircissement en ce qu'il ne faisait que répéter ce qui était dit dans les projets de conclusions 3, 4 et 6.

vii) *Projet de conclusion 9*

187. Certains ont exprimé l'idée que des documents qualitativement différents de ceux utilisés pour faire la preuve du droit international coutumier étaient requis pour prouver que de telles normes avaient été élevées au rang de *jus cogens*, afin d'éviter le «double ou triple comptage». Il a été suggéré d'ajouter les constitutions nationales au nombre des documents acceptés comme preuves et de préciser que la liste figurant au paragraphe 2 n'est pas exhaustive. Certains ont proposé d'ajouter aux moyens de preuve possibles le quatrième critère retenu par la Cour internationale de Justice⁷⁹⁰, à savoir la dénonciation régulière d'un comportement au sein des instances nationales et internationales. D'aucuns ont de surcroît suggéré, d'une part, de préciser s'il existait une différence qualitative entre les documents énumérés dans la liste et, d'autre part, de dire que les résolutions mentionnées devaient être adoptées par les États parties aux organisations auxquelles il était fait référence, et d'ajouter l'expression «à l'unanimité». On a également proposé de mentionner la modification du *jus cogens*. Il a été suggéré en outre de modifier le paragraphe 2 pour qu'il se lise comme suit: «Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble concernant l'acceptation et la reconnaissance [...]», et d'améliorer le paragraphe 3 en disposant que les décisions des cours et des tribunaux «peuvent servir de moyen secondaire d'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens*».

viii) *Intitulé du sujet*

188. L'idée de modifier l'intitulé du sujet a été favorablement accueillie. Les intitulés suivants ont été proposés: «Normes impératives (*jus cogens*)», «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)», «Le *jus cogens* dans le droit des traités», «Le *jus cogens* en droit international» et «Le *jus cogens* dans le droit international général».

⁷⁸⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

⁷⁹⁰ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, à la page 457, par. 99.

ix) *Travaux futurs*

189. Si les membres de la Commission ont de manière générale appuyé les propositions du Rapporteur spécial quant aux futurs travaux de la Commission sur le sujet, il a toutefois été suggéré que les questions relatives à la responsabilité de l'État soient examinées en tenant compte non seulement des «effets» du *jus cogens*, mais aussi de l'ensemble des éléments qui caractérisent celui-ci, et notamment de sa définition, des critères qui permettent de l'identifier et de son contenu, ainsi que de ses conséquences. D'aucuns ont mis en évidence la nécessité d'envisager le *jus cogens* dans une perspective globale tenant compte à la fois du droit des traités et de la notion de responsabilité de l'État.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

190. Le Rapporteur spécial a récapitulé les commentaires et observations formulés pendant le débat. Il a réaffirmé qu'il préférerait que le Comité de rédaction reste saisi du projet de conclusions jusqu'à ce qu'un texte complet ait été adopté.

191. Le Rapporteur spécial a formulé des observations sur différents points abordés durant le débat, notamment la proposition que la Commission examine la question du *jus cogens* en droit interne, à laquelle il n'était pas favorable pour plusieurs raisons, à savoir : que la Commission avait décidé d'utiliser l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ de ses travaux ; qu'il fallait examiner la pratique sous un angle régional, plus large – ce qui l'a amené à inviter les membres à lui faire parvenir les documents dont ils disposaient – et diversifier les sources de preuve ; et qu'il lui avait été suggéré d'examiner la pratique et les traditions de divers groupes culturels.

192. S'agissant de la relation entre le principe de l'applicabilité universelle et la notion de *jus cogens* régional, le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'à son avis l'existence d'un *jus cogens* régional était juridiquement impossible, et ce, pour des raisons qu'il exposerait dans un futur rapport. À ce stade, il lui semblait que l'examen de la question pouvait déboucher sur l'adoption d'un projet de conclusion disposant soit qu'il est possible que des normes de *jus cogens* régional existent en tant qu'exception à la règle générale, soit qu'il ne peut pas exister de normes de *jus cogens* régional en droit international, soit simplement que le projet de conclusions est «sans préjudice» de l'existence possible d'un *jus cogens* régional, mais il se pouvait aussi que cet examen ne donne lieu à aucun projet de conclusion. Le Rapporteur spécial a par ailleurs suggéré d'examiner, dans un futur rapport, la question de savoir si l'«application universelle» signifiait l'application à «tous les États» ou l'application à «tous les sujets de droit international».

193. Au sujet de la supériorité hiérarchique telle qu'elle est envisagée dans la jurisprudence des juridictions internationales, le Rapporteur spécial a dit que les tribunaux, et en particulier la Cour internationale de Justice, estimaient que la question de la hiérarchie ne se posait pas car les règles considérées n'entraient pas en conflit les unes avec les autres. Il a en outre réaffirmé

qu'il ne partageait pas l'avis selon lequel la supériorité hiérarchique était davantage une conséquence qu'une caractéristique du *jus cogens*.

194. Le Rapporteur spécial ne partageait pas l'avis exprimé au sujet du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, renvoyé au Comité de rédaction en 2016, selon lequel cette disposition semblait suggérer que les caractéristiques du *jus cogens* n'avaient pas leur place dans le projet de conclusions à moins d'avoir un effet direct sur les critères et l'identification du *jus cogens*. Il a fait observer que les projets de conclusion étaient, de par leur nature, un mélange de conclusions normatives et descriptives sur l'état du droit, et a ajouté qu'il entendait expliquer dans le commentaire que ces caractéristiques pouvaient être utiles aux fins de la détermination des critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international.

195. Au sujet de l'avis exprimé par certains membres selon lequel l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne devait pas être la seule base sur laquelle fonder l'examen du sujet, il a rappelé que la démarche qu'il avait adoptée dans ses deux rapports, y compris s'agissant des critères d'identification du *jus cogens*, ne reposait pas entièrement sur le consentement. Selon lui, si le rôle des États était fondamental dans la formation du *jus cogens*, cela ne voulait pas pour autant dire que celle-ci reposait entièrement sur l'existence d'un consentement.

196. Le Rapporteur spécial a rappelé que la plupart des membres avaient approuvé l'approche en deux étapes, même si elle avait suscité des questions de la part de certains. Il a également rappelé que cette approche ne devait pas être assimilée à un double ou triple comptage, la première étape consistant à établir l'existence d'une règle de droit, le plus souvent une règle de droit international coutumier, alors que la seconde ne concernait pas la qualité juridique de la règle ou de la norme, mais son caractère impératif.

197. Le Rapporteur spécial a dit qu'il ne souscrivait pas aux arguments avancés en faveur de l'ajout de la modification parmi les critères retenus, rappelant que, dans la pratique des juridictions nationales et internationales, c'était principalement la preuve de l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité qui importaient. Il a néanmoins accepté de donner suite à la proposition, étant entendu que l'indérogeabilité et la modification ne seraient pas envisagées comme des critères distincts, mais plutôt comme deux éléments d'un même critère.

198. Le Rapporteur spécial a rappelé que la plupart des membres, sinon tous, avaient accepté la proposition visant à remplacer l'intitulé du sujet, «*Jus cogens*», par «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)».

199. S'agissant des différentes modifications rédactionnelles proposées par plusieurs membres dans le but de simplifier le projet de conclusions, le Rapporteur spécial a souligné qu'il fallait tenir compte des objectifs des différentes dispositions, mais qu'il était disposé à refondre le texte en tenant compte des suggestions faites pendant le débat en plénière.

200. Le Rapporteur spécial a pris note du fait que, si la plupart des membres avaient souscrit à la démarche générale suivie aux fins de l'établissement du premier critère, c'est-à-dire l'appartenance au droit international général, plusieurs questions avaient néanmoins été soulevées sur des points particuliers, et notamment celle de savoir si les règles du droit international humanitaire pouvaient ou non faire partie du *jus cogens*. Il a soutenu que le droit international général ne saurait être distingué de la *lex specialis* et que rien n'empêchait donc les règles du droit international humanitaire d'acquérir le statut de *jus cogens*.

201. À propos de l'idée selon laquelle les normes du droit international général étaient celles qui liaient tous les États, le Rapporteur spécial a fait observer que le premier critère n'était qu'une condition préalable à l'existence du *jus cogens* et ne devait donc pas nécessairement refléter toutes les caractéristiques de celui-ci.

202. Quant au désaccord de certains membres avec la conclusion formulée dans le rapport selon laquelle les traités ne peuvent pas faire partie du droit international général, le Rapporteur spécial estimait que la Commission devait se garder de conclure hâtivement que les traités pouvaient en soi participer du droit international général, d'autant que le projet de conclusion 5 ne rejetait pas catégoriquement les arguments avancés par les membres. Le Rapporteur spécial a déclaré que ce projet de conclusion ne concernait pas les preuves et avait plutôt pour objet d'énoncer certaines conclusions au sujet des sources du droit international et de leur relation avec le *jus cogens*, ainsi que de mettre en évidence le fait que les résolutions et d'autres documents ne faisaient pas partie de ces sources.

203. S'agissant de l'idée selon laquelle les trois sources, à savoir le droit international coutumier, les principes généraux du droit et le droit des traités, devaient jouer un rôle égal dans l'identification du *jus cogens* et devaient toutes confirmer l'existence d'une norme pour que celle-ci relève du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a souligné que les propositions ne cadraient pas avec la pratique ni avec la doctrine.

204. Au sujet des observations qui avaient été formulées concernant les principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a souligné que, dans le contexte des présents travaux, il suffisait de signaler que ces principes pouvaient servir de base à la formation de normes de *jus cogens*, sachant qu'il ne convenait pas d'exclure cette possibilité. Il a rappelé que le projet de conclusion 5 tel qu'il était proposé était formulé de manière suffisamment nuancée pour que l'on comprenne qu'il ne s'agissait que d'une possibilité et que la pratique correspondante était

très limitée. Si le texte était adopté, cela serait clairement expliqué dans le commentaire.

205. Le Rapporteur spécial a relevé que le projet de conclusion 6 n'avait pas fait l'objet de critiques, quoique plusieurs membres aient proposé de l'intégrer à d'autres dispositions, ce à quoi il n'était pas favorable étant donné que ce projet permettait de présenter le deuxième critère. Le Rapporteur spécial n'était pas non plus favorable à la suppression de cette disposition, mais si le Comité de rédaction décidait de ne pas la conserver, il expliquerait la structure des projets de conclusion traitant de l'identification du *jus cogens* dans le commentaire.

206. Les questions soulevées au sujet du projet de conclusion 7 concernaient le sens de l'expression « dans son ensemble ». Le Rapporteur spécial a signalé qu'il était d'avis, comme certains membres, que le choix de ces termes visait à mettre l'accent sur la notion de collectivité. Contrairement à d'autres, toutefois, il n'était pas d'avis que le terme « attitude » était inapproprié, ni que l'existence d'une pratique était nécessaire en sus de l'*opinio juris*. Il était par contre très favorable à la proposition tendant à utiliser le mot « conviction » et disposé à conserver l'adverbe « très », qui avait été retiré du paragraphe 3, même si les termes « une large majorité » ne désignaient pas autre chose qu'une forte majorité.

207. S'agissant du projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial a invité le Comité de rédaction à remplacer le membre de phrase « acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » par « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». Il ne partageait pas l'avis selon lequel le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 n'était pas particulièrement utile.

208. Le Rapporteur spécial a par ailleurs déclaré qu'il souscrivait aux propositions qui avaient été faites concernant la formulation du projet de conclusion 9. Il estimait que les constitutions nationales devraient figurer parmi les moyens de preuve possibles et que le Comité de rédaction pourrait envisager de mentionner la législation nationale au paragraphe 2.

209. Sans commenter les observations formulées au sujet de la liste indicative de normes, le Rapporteur spécial a fait savoir que la décision qu'il recommanderait tiendrait compte de la teneur des arguments avancés.

210. Le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il préférerait que le Comité de rédaction établisse la version définitive de tous les projets de conclusion qu'il avait l'intention de proposer en première lecture avant de les renvoyer en plénière.