

Provisoire

Réservé aux participants

22 février 2019

Original : français

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3425^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 9 juillet 2018, à 15 heures

Sommaire

Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (*suite*)

Organisation des travaux de la session (*suite*)

* Nouveau tirage pour raisons techniques (25 février 2019).

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.18-11451 (F) 210219 220219



* 1 8 1 1 4 5 1 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Valencia-Ospina

Membres : M. Argüello Gómez
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. Laraba
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M. Nolte
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Tladi
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 h 5.

Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (point 9 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/714 et A/CN.4/714/Corr.1)

M. Tladi (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son troisième rapport, dit qu'il va en premier lieu répondre à la préoccupation concernant les méthodes de travail exprimée par M. Nolte et partagée par M. Rajput, M. Grossman Guiloff et M. Murase. Le fait qu'il n'ait pas élaboré de commentaires ne tient pas à une absence d'efforts de sa part, comme M. Rajput semble l'avoir laissé entendre. Il souscrit à toutes les observations de M. Hmoud, mais souligne que la méthode de travail appliquée a été proposée à titre de compromis lorsqu'il a résumé le débat sur son premier rapport, eu égard aux préoccupations exprimées par M. Nolte, M. Murphy, Sir Michael Wood et d'autres, qui contestaient la proposition figurant dans ce rapport selon laquelle la Commission devrait suivre une approche fluide consistant à adopter des conclusions mais à les ajuster à mesure que les travaux progressaient. Cette méthode de travail n'aurait pas été adoptée si ces préoccupations n'avaient pas été exprimées. Le Rapporteur spécial fait observer que, lorsque la proposition de compromis a été formulée, M. Nolte n'a émis aucune réserve.

Le sujet a toujours été examiné pendant la seconde partie de la session annuelle de la Commission. Il n'aurait en aucun cas été possible, dans le temps restant après l'établissement de la version définitive des projets de conclusion par le Comité de rédaction, de rédiger des commentaires et de les soumettre aux services d'édition et de traduction de sorte qu'ils puissent être adoptés par la Commission. Procéder ainsi l'année suivante risquerait d'être source de confusion pour les États. Si, en 2019, le sujet est examiné pendant la première partie de la session, un ensemble complet de commentaires seront rédigés et soumis à la Commission pour examen.

Dans l'ensemble, quelques exceptions très prononcées mises à part, les membres de la Commission ont appuyé l'approche et les projets de conclusion proposés. Le Rapporteur spécial dit qu'il souscrit à la proposition de M. Ouazzani Chahdi d'inclure une bibliographie. S'agissant de l'emploi des termes, il convient qu'il faut faire preuve de cohérence, comme l'ont souligné plusieurs membres. M. Vázquez-Bermúdez et Sir Michael Wood ayant contesté l'utilisation des termes « effets » et « conséquences », il accepte volontiers de retenir ce dernier terme. Il se range également à l'avis des membres qui ont estimé que, dans le texte anglais du projet de conclusion 11, l'adjectif « void » était plus approprié que l'adjectif « invalid ».

De nombreux membres ont souligné l'importance du sujet. M^{me} Escobar Hernández a évoqué les effets que les normes du *jus cogens* pouvaient avoir sur le système juridique. Certains membres, en particulier M. Peter, ont insisté sur l'énorme pouvoir de la notion en tant qu'instrument de changement social, alors que d'autres, dont Sir Michael Wood, ont souligné qu'elle pouvait constituer un grave risque si elle n'était pas accompagnée de garde-fous appropriés et raisonnables.

Le Président, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, a déclaré que le rapport du Rapporteur spécial n'apportait rien de nouveau. Si la nouveauté est bienvenue dans un cadre universitaire, le sujet a été inscrit au programme de travail de la Commission étant clairement entendu que le but n'était pas d'élaborer de nouvelles règles, mais de rendre les règles existantes plus accessibles et compréhensibles, notamment par les tribunaux internes, désormais plus fréquemment appelés à appliquer des règles de droit international, dont des normes impératives. Le Président a contesté la logique du projet de conclusion 15 et affirmé qu'aucun des rapports n'expliquait ce qui distinguait les normes de *jus cogens* des normes du droit international coutumier ordinaire. Si ce n'était pas l'objet du troisième rapport, le deuxième rapport a clairement expliqué cette distinction. Le projet de conclusion 5, adopté sur la base du deuxième rapport, définit la relation entre le *jus cogens* et les autres normes du droit international coutumier, et le projet de conclusion 4 énonce les conditions du *jus cogens*, qui diffèrent de celles du droit international coutumier en ce qu'une norme du *jus cogens* 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. Les membres de la Commission qui jugeraient cette distinction insuffisante devraient le dire, mais il est faux d'affirmer qu'elle n'est pas évidente.

Le Président a aussi déclaré que le rapport soulevait un problème de cohérence, et s'est demandé à cet égard si une exception à l'immunité *ratione materiae* pour la violation de normes du *jus cogens* était nécessaire puisque ces normes prévalent sur les autres normes du droit international coutumier dans tous les cas. Cette affirmation suppose qu'il existe un conflit direct entre les règles relatives à l'immunité et les règles de fond du *jus cogens* se rapportant à l'interdiction des « crimes de *jus cogens* » – terme que M^{me} Escobar Hernández et Sir Michael Wood ont jugé discutable. Or dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, la Cour internationale de Justice a rejeté cette hypothèse, et des justifications supplémentaires sont par conséquent nécessaires.

M. Murase a appelé l'attention sur la nécessité d'envisager la définition et la nature du *jus cogens* sous l'angle de la responsabilité de l'État. Cette position explique en grand partie ses prises de position, y compris son affirmation selon laquelle les projets de conclusion reposent sur une confusion. Le Rapporteur spécial fait observer à cet égard que la plupart des membres de la Commission, comme lui-même, ne croient pas qu'il existe une définition différente du *jus cogens* pour chaque domaine du droit international.

S'agissant de la structure du rapport, le Rapporteur spécial convient avec M. Ruda Santolaria et M. Peter qu'un récapitulatif aurait été utile à la fin de chaque section. Il indique que c'est pour en faciliter la lecture qu'il a structuré différemment chacun de ses trois rapports et qu'il continuera de réfléchir aux moyens d'atteindre cet objectif.

Relevant que M. Zagaynov a vigoureusement contesté l'approche suivie dans le troisième rapport et certains des projets de conclusion, le Rapporteur spécial dit qu'il apprécie beaucoup le caractère respectueux et constructif de ses critiques. M. Zagaynov a mis à juste titre l'accent sur la rareté de la pratique relative au *jus cogens*, qui est particulièrement fâcheuse s'agissant des conséquences. Quoique difficile, le problème n'est pas insurmontable, et ne signifie pas que la Commission doit se montrer conservatrice, comme M. Zagaynov l'a préconisé. Que la pratique soit abondante ou rare, il incombe à la Commission de l'évaluer de bonne foi avec les autres sources sur lesquelles elle se fonde habituellement, pour aboutir à la description du droit international la plus exacte possible. Comme M. Saboia, M. Hmoud, M. Šturma et d'autres l'ont relevé, c'est ce qui a été fait dans le troisième rapport. M. Tladi souligne qu'en tant que Rapporteur spécial, il n'adoptera ni une approche conservatrice ni une approche libérale et que la Commission ne devrait pas le faire non plus.

La principale préoccupation à laquelle visaient à répondre les remaniements proposés par M. Murphy était que la structure et le libellé des projets de conclusion minimisaient l'importance des prescriptions procédurales énoncées aux articles 65 et 66 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités au point de les ignorer purement et simplement. Or pour le Rapporteur spécial, la place assignée au projet de conclusion 14 vise à indiquer qu'il s'applique à tous les projets de conclusion qui précèdent et n'amoindrit pas l'importance de la procédure qu'il décrit. Adopter la proposition de M. Murphy compromettrait la bonne logique de la structure actuelle. De la même manière, les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 10 ne devraient pas être séparés. Bien qu'ils portent sur les différents facteurs entraînant la nullité d'un traité, le résultat final est le même. M. Murphy semble faire trop grand cas de la structure de la Convention de Vienne de 1969, qui va bien au-delà de la question des conséquences des normes impératives. Même si la partie V de la Convention avait été rédigée uniquement sous l'angle du *jus cogens*, la nullité peut découler et de l'article 53 et de l'article 64. Les suggestions de M. Murphy semblent porter davantage sur la manière dont ces conséquences surviennent que sur les conséquences elles-mêmes. Même les membres de la Commission qui ont repris à leur compte certaines des vigoureuses critiques émises par M. Murphy sur d'autres aspects du rapport n'ont pas souscrit à ses propositions concernant la structure. Mis à part des modifications mineures, M. Tladi dit qu'en tant que Rapporteur spécial il préférerait de beaucoup que la Commission n'adopte pas les remaniements complexes et relativement radicaux proposés.

Plusieurs membres ont mentionné le manque de certitude concernant la signification du terme « conflit ». Comme l'a fait observer M. Park, la question est inextricablement liée à celle de la procédure et pourrait utilement être traitée dans le commentaire plutôt que dans le texte du projet de conclusions. En dernière analyse, on ne peut pas, pour déterminer s'il y

a conflit, se fonder sur des considérations abstraites ; tout dépend du texte du traité et de la teneur de la norme de *jus cogens* en cause.

M. Ouazzani Chahdi a contesté l'évocation dans le rapport d'arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne concernant des accords entre l'Union européenne et le Maroc. S'il est vrai que ce sont des décisions du Conseil de l'Union européenne qui étaient en cause dans ces affaires, les arrêts et l'interprétation de la Cour reposaient sur les accords en question et concernaient la validité l'interprétation de ceux-ci. Ces arrêts sont par conséquent pertinents.

Plusieurs membres ont demandé pourquoi les principes généraux du droit international n'avaient pas été pris en considération. Le Rapporteur spécial dit qu'à l'instar de M. Nolte, il a du mal à imaginer des principes généraux du droit qui seraient en conflit avec des normes de *jus cogens*. Cela étant, bien qu'il ressorte clairement du rapport qu'il en va de même pour les traités, les résolutions des organisations internationales et le droit international coutumier, les projets de conclusion n'en envisagent pas moins ces autres sources de droit. Le Rapporteur spécial convient donc avec la majorité des membres que les principes généraux devraient aussi être envisagés.

La plupart des membres conviennent que le projet de conclusion 10 est fondé sur la Convention de Vienne de 1969. M. Park a fait une comparaison intéressante et utile entre le texte de plusieurs des projets de conclusion, dont les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 10, et la Convention, et affirmé qu'il n'était pas nécessaire d'en débattre plus avant. M. Šturma a estimé que les dispositions du projet de conclusion 10 étaient appropriées parce qu'elles découlaient des articles pertinents de la Convention. M. Nolte, de manière plus conservatrice, a dit que le projet de conclusion 10 était un bon point de départ.

Des membres ont relevé que le paragraphe 3 du projet de conclusion 10, concernant l'interprétation, était différent, puisqu'il n'avait pas son pendant dans la Convention de Vienne de 1969. La plupart des membres en ont néanmoins approuvé la teneur. Selon M. Šturma, cette disposition permettra de régler la plupart des questions se rapportant au *jus cogens*. M. Rajput a approuvé le raisonnement sur lequel repose le texte mais a émis des réserves sur son libellé, même si la nature précise de ces réserves demeure obscure. Sa proposition d'utiliser une double négation risquerait d'alourdir le texte, mais elle pourra être examinée par le Comité de rédaction. Le Rapporteur spécial partage l'avis des nombreux membres selon lequel le paragraphe 3 devrait aussi s'appliquer aux autres sources du droit international, estimant qu'un seul un projet de conclusion devrait s'appliquer à toutes les sources.

Si M. Saboia n'a pas manifesté d'opposition au paragraphe 3 du projet de conclusion 10, il a dit craindre qu'interprété trop largement ce paragraphe n'aboutisse à des résultats imprévus, et que la Commission ne devait pas paraître porter atteinte au caractère impératif du *jus cogens*. Tout en appuyant ce paragraphe, M^{me} Lehto a mis en garde contre le risque qu'il soit utilisé pour « neutraliser » l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Une note de prudence similaire a été émise par M. Park, qui a souligné qu'une telle approche risquait d'ouvrir la porte à des abus. Il a fait valoir que les traités en conflit avec le *jus cogens* ne seraient ainsi jamais annulés mais seraient interprétés d'une manière qui les rende compatibles avec les normes du *jus cogens*, ce qui, selon lui et M. Saboia, n'était pas une bonne chose. Pour ces deux membres, la règle de l'interprétation cohérente ne devait pas reposer, contrairement à ce qu'indique le rapport, sur le principe *pacta sunt servanda*. M. Park a affirmé que, presque par définition, la notion de *jus cogens* neutralisait ce principe lorsque des règles conventionnelles étaient contraires à des normes de statut supérieur, et que le principe de la bonne foi constituait un meilleur fondement pour le paragraphe 3 du projet de conclusion 10. La bonne foi est en effet au cœur de la règle de l'interprétation cohérente, mais cette règle n'exige pas que l'on recherche une interprétation contraire au texte du traité uniquement pour éviter la nullité. Le principe est appliqué dans le contexte de l'interprétation des traités. C'est ce que signifient les mots « autant que possible » au paragraphe 3 du projet de conclusion 10. Comme M. Hassouna l'a fait observer, indiquer que les traités doivent être interprétés de manière compatible avec le *jus cogens* n'empêche pas autorisation de s'affranchir des règles régissant l'interprétation des traités.

Pour répondre à la question soulevée par M. Park, le commentaire devra être rédigé de manière à indiquer que la disposition est fondée non seulement sur le principe *pacta sunt servanda* mais aussi sur la nécessité d'une interprétation cohérente ; le principe *pacta sunt servanda* est toutefois un élément important qui sous-tend à la fois cette cohérence et l'approche intégrative de l'interprétation des traités. L'objectif du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 est d'éviter autant que possible les conflits entre les règles du droit international, notamment les règles découlant du principe *pacta sunt servanda* et celles ayant un statut supérieur. Lorsqu'il est possible d'interpréter un traité de bonne foi en faisant appel à tous les moyens d'interprétation, y compris le paragraphe 3 de l'article 31, et d'aboutir ce faisant à un résultat compatible avec le *jus cogens*, cela sera toujours préférable à l'annulation du traité. Comme l'a expliqué M. Vázquez-Bermúdez, c'est là l'essence même de l'intégration systémique dans l'interprétation des traités.

M. Park s'est demandé ce qu'il fallait entendre par « autant que possible ». En tant que Rapporteur spécial, M. Tladi dit qu'il convient avec M^{me} Lehto et avec M^{me} Escobar Hernández que le commentaire pourrait expliquer le sens de cette expression, c'est-à-dire qu'une telle interprétation ne doit pas sortir des limites des règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités. En outre, M. Zagaynov a exprimé son scepticisme à l'égard du début du texte, qui lui semblait énoncer une nouvelle règle d'interprétation des traités. Il a fait valoir que le texte du rapport lui-même, expressément inspiré du paragraphe 3 c) de l'article 31, reflétait peut-être mieux le lien organique indissoluble existant entre la disposition proposée et les autres éléments des règles d'interprétation des traités. Si le Comité de rédaction examine cette proposition, il pourrait également répondre aux préoccupations de M. Saboia et de M. Park. Le libellé actuel ne propose pas une nouvelle règle d'interprétation mais indique simplement ce qui peut être observé dans la pratique, à savoir l'application de la règle énoncée au paragraphe 3 c) de l'article 31 lorsque le *jus cogens* est en cause. Le Rapporteur spécial dit qu'il peut néanmoins accepter la proposition de M. Zagaynov.

Les membres de la Commission ont généralement bien accueilli les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 10, qui ont tout de même suscité un débat et des propositions. M. Zagaynov a préconisé une déclaration générale indiquant que les États ne devraient pas conclure de traités qui sont en conflit avec les normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial dit qu'il partage assurément le sentiment qui motive cette proposition, mais il doute qu'il doive être exprimé dans le texte lui-même. Une telle déclaration serait peut-être plus à sa place dans les commentaires.

M. Nolte a exprimé, au sujet de la deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 10, des doutes dont il n'a pas expliqué l'origine ; M. Cissé a déclaré que cette phrase était superflue. M. Murphy et beaucoup d'autres ont estimé qu'elle n'avait pas sa place dans le projet de conclusion 10 parce que celui-ci traitait des conséquences. Toutefois, la nullité d'un traité est tout autant une conséquence du *jus cogens* que le fait qu'un tel traité ne crée ni droits ni obligations, ce qui est l'essence même de l'observation de M. Nguyen selon laquelle la deuxième phrase est une conséquence de la première. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'opposera toutefois pas à la proposition de M. Murphy de transférer cette deuxième phrase dans le projet de conclusion 12. Les mêmes arguments valent pour la deuxième phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 10.

Le projet de conclusion 11 a généralement été bien accueilli. M. Ruda Santolaria s'est particulièrement félicité de la distinction faite entre nullité *ab initio* et *jus cogens superveniens*. Même M. Murphy, qui a critiqué à presque tous égards les projets de conclusion proposés, a déclaré que le projet de conclusion 11 « n'était pas contestable », ses préoccupations relatives à la structure mises à part. Bien qu'il ne se soit pas opposé au contenu du projet de conclusion, M. Zagaynov a suggéré d'utiliser le mot « void » au lieu du mot « invalid » dans le texte anglais. M. Nguyen a proposé quelques modifications de forme, notamment le remplacement des mots « may be » par « is » ou « shall be » dans le texte anglais, bien que le libellé actuel soit plus conforme à l'appel qu'il a émis en faveur de l'interdiction absolue de la séparabilité. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'opposera toutefois pas aux autres modifications de forme proposées par M. Nguyen si un accord peut être trouvé au sein du Comité de rédaction.

M. Park a exprimé des préoccupations plus sérieuses, non pas au sujet du projet de conclusion 11 en tant que tel, mais concernant le fait que, si elle n'explique pas comment les normes de *jus cogens* se forment, cette disposition risque donner lieu à des différends quant au moment où une norme de *jus cogens* est établie. De nombreux différends peuvent surgir, mais les projets de conclusion sur l'identification des normes de *jus cogens* adoptés par le Comité de rédaction peuvent être utilisés pour les régler. Un État qui affirme qu'une norme de *jus cogens* est apparue avant une certaine date devra démontrer qu'à cette date ladite norme répondait aux conditions définies par le Comité de rédaction en 2017. M. Park a soulevé une vraie question, mais il existe des outils pour la résoudre.

M. Nolte a souscrit au paragraphe 2 du projet de conclusion 11, à l'exception des alinéas b) et c) et M. Cissé a, quant à lui, estimé que les alinéas a) et b) étaient suffisants et que c'était l'alinéa c) qui était obscur et prêtait à confusion. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas que les alinéas b) et c) traitent des mêmes questions que l'alinéa a), comme l'a dit M. Nolte, ni que l'alinéa c) prête à confusion, comme l'a déclaré M. Cissé ; plus important, il estime que la Commission devrait s'écarter le moins possible des dispositions de la Convention de Vienne de 1969, à moins qu'elle ait des raisons précises de le faire.

M. Nolte a soulevé une question plus fondamentale concernant le paragraphe 1 du projet de conclusion 11 : il n'est pas convaincu que l'inséparabilité soit absolue en cas de conflit entre un traité et une norme du *jus cogens*. La question a également été soulevée par M. Rajput, qui a dit qu'il n'était pas convaincu par le raisonnement suivi par la Commission en 1966 et a estimé qu'il serait préférable de reprendre le libellé de la Convention de Vienne de 1969. Dans le même ordre d'idées, M. Hmoud a déclaré que, bien qu'il ne soit pas nécessairement d'accord avec la Convention sur la distinction faite aux fins de la séparabilité entre les cas relevant de l'article 53 et ceux relevant de l'article 64, cette distinction devrait être maintenue.

M. Tladi dit qu'en tant que Rapporteur spécial il avait initialement l'intention de remettre en cause l'approche adoptée dans la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne l'inséparabilité, mais qu'il n'a pas trouvé de raisons assez solides pour s'écarter du libellé clair de cet instrument. La résolution 33/28 A de l'Assemblée générale relative aux Accords de Camp David mentionnée par M. Nolte et évoquée dans le troisième rapport fournit certaines justifications, mais il en faudrait davantage, compte tenu en particulier de la déclaration de M. Nolte concernant la rareté de la pratique en matière d'immunité. En l'absence d'un fondement juridique cohérent reposant sur la pratique des États, il serait difficile de s'écarter des dispositions de la Convention, malgré les préoccupations exprimées par M. Rajput et M. Hmoud – que le Rapporteur spécial dit partager – au sujet de l'approche adoptée par la Commission et les États dans cet instrument.

M. Nguyen a soulevé des questions intéressantes concernant la fixation de limites incompatibles avec les normes du *jus cogens*, mais on peut penser que ces questions ne concernent pas la divisibilité et ne devraient pas être traitées par l'invocation d'un changement fondamental de circonstances. Le *jus cogens* a ses propres conséquences, indépendamment de la clause *rebus sic stantibus*, et tenter d'établir des parallèles risque d'être source de confusion. M. Peter a mentionné certaines des carences de la clause *rebus sic stantibus*, notamment le fait que ce principe ne s'applique peut-être pas au *jus cogens*.

Le projet de conclusion 12 a suscité peu d'observations et bénéficié d'un large soutien. Des membres, dont M. Šturma et M. Zagaynov, ont noté, comme pour les autres projets de conclusion, qu'il suivait généralement la Convention de Vienne de 1969. M. Nguyen a proposé quelques modifications de forme qui pourront être examinées par le Comité de rédaction. Certaines d'entre elles, appuyées par d'autres membres, visent à rapprocher le texte du libellé de la Convention de Vienne de 1969, notamment en reprenant les expressions « rendre leurs relations mutuelles conformes à la norme impérative » et « dans la mesure du possible » pour limiter l'obligation d'éliminer les conséquences. M. Ouazzani Chahdi a proposé de reformuler le projet de conclusion 12.

M. Murphy, rejoint par M. Huang, a exprimé des préoccupations fondamentales. Le Rapporteur spécial dit qu'il convient que les articles 69 et 70 de la Convention de Vienne de 1969 s'appliquent également aux traités qui sont nuls en raison d'un conflit avec les normes du *jus cogens*, mais il souligne que la Commission vise à définir les conséquences

spécifiquement attachées au *jus cogens* et non à réécrire la Convention. Comme dans le cadre de la responsabilité de l'État, il peut y avoir d'autres conséquences, telles que l'obligation d'indemniser le dommage causé énoncée à l'article 36 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001), mais personne ne suggère sérieusement que, parce qu'elles s'appliquent également aux violations des normes du *jus cogens*, toutes ces obligations doivent être mentionnées dans le projet de conclusions, car elles ne sont pas des conséquences propres au *jus cogens*. Comme M. Jalloh, le Rapporteur spécial n'appuie donc pas la suggestion faite par M. Murphy et M. Huang à ce sujet.

Le projet de conclusion 13 a également été généralement accepté par les membres qui l'ont commenté. M. Ruda Santolaria a à juste titre appelé l'attention sur la position du Comité des droits de l'homme selon laquelle les réserves contraires aux normes du *jus cogens* ne sont pas compatibles avec l'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette position est d'ailleurs consacrée dans le troisième rapport. Toutefois, comme expliqué dans celui-ci, il s'agit là d'une conséquence des règles relatives aux réserves, non d'une conséquence du *jus cogens*. Le commentaire contiendra évidemment une explication à ce sujet.

M. Nguyen et M. Murphy ont demandé pourquoi le membre de phrase « entre l'État ou l'organisation auteur de la réserve et les autres organisations » avait été omis. La raison en est que la norme impérative en question continue de s'appliquer en tant que norme du droit international général. Le commentaire pourra indiquer que la norme s'applique également dans les relations entre les États et/ou les organisations réservataires et les autres États. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'opposera pas à l'inclusion de ce membre de phrase si tel était le souhait du Comité de rédaction.

M. Zagaynov a quant à lui proposé de préciser, comme dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, que le fait qu'une norme de *jus cogens* figure dans un traité n'empêche pas la formulation de réserves à ce traité. Ce point a déjà été souligné dans le rapport et sera mentionné dans le commentaire du projet de conclusion 13 ou du projet de conclusion 14, et non dans le texte lui-même. M. Murphy et M. Nolte ont également contesté la place du projet de conclusion 13. Sa place actuelle risque en effet de donner à penser que la procédure prévue dans le projet de conclusion 14 s'applique également à la question des réserves. Peut-être serait-il donc préférable de placer le projet de conclusion 13 après l'actuel projet de conclusion 14.

Le projet de conclusion 14 a recueilli l'appui de la plupart des membres qui ont participé au débat et qui étaient d'avis qu'un État ne devrait pas avoir à décider par lui-même si un traité est nul. Il a notamment été proposé, pour améliorer le texte, d'en élargir la portée à d'autres procédures amiables ou de souligner que la Cour internationale de Justice ne devait être saisie qu'en dernier ressort. Deux membres se sont prononcés en faveur de la reprise de la procédure prévue à l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969 et, à cette fin, il a été proposé d'insérer dans le projet de conclusion un premier paragraphe ainsi rédigé :

Un État partie qui invoque la nullité d'un traité comme résultant d'un conflit avec une règle impérative du droit international général (*jus cogens*) doit notifier sa prétention aux autres parties. Si une autre partie soulève une objection, les États parties concernés négocient de bonne foi en vue de convenir d'une solution ou d'une procédure appropriée pour régler le différend. La partie qui invoque la nullité peut donner effet à sa prétention à l'égard de toute partie qui soulève une objection après que la nullité a été déterminée comme elles en ont convenu.

Le Rapporteur spécial dit que s'il ne s'oppose pas à cette proposition, qui semble avoir recueilli un large soutien, il tient à souligner plusieurs points importants. Premièrement, la dernière phrase ne vient pas de l'article 65. Il serait donc intéressant de savoir pourquoi et sur quelle base elle a été incluse. Quoi qu'il en soit, il pourrait être utile de l'examiner brièvement au sein du Comité de rédaction. Deuxièmement, le libellé de cette proposition s'appuie sur les positions défendues par de nombreux membres concernant d'autres procédures de règlement des différends. Le Comité de rédaction devrait examiner si les « négociations » visant à résoudre les différends portant sur la question de savoir si une règle est en conflit avec une norme de *jus cogens* subordonnent les conséquences du *jus cogens* à des accords entre deux États ou plus. En d'autres termes, il faut se demander s'il est possible

de soustraire un traité en conflit avec une norme de *jus cogens* aux conséquences de ce conflit si, par voie de négociation, l'État auteur de l'objection obtient des concessions, que ce soit en relation avec l'application du traité ou d'une autre manière. Le Rapporteur spécial dit qu'il pense comme M^{me} Lehto qu'il n'est pas nécessaire d'aborder les questions de procédure dans le texte lui-même, et que si la Commission souhaite le faire, les commentaires pourraient indiquer que de telles négociations n'impliquent pas le droit pour les États de se soustraire aux normes de *jus cogens* par voie d'accords.

M. Reinisch et M^{me} Escobar Hernández ont présenté des arguments très convaincants pour exclure l'arbitrage, à savoir le risque de fragmentation. M. Grossman Guilloff a estimé que le système juridique international avait les moyens de traiter ces problèmes potentiels. Le Rapporteur spécial dit qu'il se demande personnellement quelle justification peut être donnée pour s'écarter de la Convention de Vienne de 1969. De nombreux membres ont fait observer à juste titre que tous les États n'étaient pas parties à la Convention et que, même pour ce qui est des États parties, l'article 66 faisait l'objet de plusieurs réserves. M. Grossman Guilloff estime que l'article 66 ne relève probablement pas du droit international coutumier. M. Park a donc raison de mettre en garde contre l'imposition aux États d'une procédure que certains d'entre eux ont expressément rejetée. Cette préoccupation a été exprimée différemment par M. Zagaynov, qui doute que la disposition du projet de conclusion 14 s'applique aux États qui ne sont pas parties à la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, le projet de conclusion 14 ne vise pas à imposer quoi que ce soit aux États. Premièrement, son titre même indique clairement que la procédure n'est que recommandée. Deuxièmement, le texte du paragraphe 1 stipule explicitement que la procédure recommandée s'entend sous réserve des règles de la Cour internationale de Justice relatives à sa compétence. Enfin, le paragraphe 2 souligne la nécessité d'obtenir le consentement aux fins d'un règlement judiciaire. Le Rapporteur spécial convient néanmoins que l'éventail des options de règlement des différends devrait être élargi.

M. Zagaynov s'est également demandé si la procédure recommandée devait s'appliquer à toute partie à un différend concernant un conflit potentiel entre une disposition conventionnelle et une norme de *jus cogens* ou uniquement aux parties au traité. Pour le Rapporteur spécial, le projet de conclusion 14 ne devrait pas traiter cette question, notamment parce qu'il ne constitue qu'une recommandation. En fin de compte, outre les règles de compétence applicables à la Cour internationale de Justice ou à tout autre mécanisme de règlement des différends, la question de la qualité pour agir se pose. Si un État a qualité pour agir, on voit mal pourquoi il devrait être empêché de chercher à régler le différend. Par exemple, si deux États concluent un accord prévoyant l'emploi de la force contre un État tiers, on voit mal pourquoi celui-ci, qui est menacé d'une attaque armée, devrait être empêché – dès lors que les conditions relatives à la compétence sont remplies – de recourir à une procédure de règlement des différends pour déterminer si cet accord viole une norme de *jus cogens*. Une telle action a été exercée dans le cadre de deux affaires (*C-104/16 P* et *C-266/16*) dont a récemment connu la Cour de justice de l'Union européenne et dans lesquelles la validité d'accords entre l'Union européenne et le Maroc était contestée par le Front POLISARIO, qui n'était pas partie à ces accords.

Si M. Zagaynov préférerait apparemment que le projet de conclusion 14 soit abandonné, M. Murphy semble estimer qu'il faudrait le renforcer au motif qu'en l'état il ne fait que recommander une procédure qui, en réalité, est juridiquement obligatoire pour les États parties à la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne voit pas très bien où est le problème. Après tout, pour les États parties à la Convention de Vienne, la procédure reste juridiquement obligatoire en vertu de la Convention et aucun publiciste raisonnable n'interpréterait le projet de conclusion 14 comme signifiant que les États parties à la Convention ne sont plus liés par les procédures prévues par celle-ci. L'autre solution, qui consisterait à rendre cette procédure obligatoire pour les États non parties à la Convention, serait extrêmement problématique, d'autant plus que le projet de conclusions n'est pas contraignant. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'oppose pas à ce que la disposition indique que les parties à la Convention restent liées par les procédures qu'elle prévoit, même si cette question pourrait être traitée dans le commentaire.

M. Cissé, qui n'est pas favorable au paragraphe 2, a proposé une formulation qui semble aller à l'encontre de l'essence de celui-ci et risque d'entraîner la Commission sur un

terrain où elle ne devrait pas s'aventurer. Le Rapporteur spécial dit qu'il préfère la proposition de M^{me} Galvão Teles, qui consiste à remanier le paragraphe 2 pour en faire une clause « sans préjudice ».

Bien que la plupart des membres aient approuvé le projet de conclusion 15, deux d'entre eux ont contesté le libellé du paragraphe 1. Ce que le texte signifie, c'est qu'une règle de droit international coutumier ne se formera pas si son contenu sera en conflit avec des normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'opposera toutefois pas à des formulations telles que : « Une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne donne pas naissance à une règle de droit international coutumier », ou « Une règle de droit international coutumier ne se forme pas si la pratique qui la fonde est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ».

M. Zagaynov et M. Park ont soulevé des questions au sujet de la doctrine de l'objecteur persistant. La réponse, selon le rapport, semble aller de soi. Une norme impérative est qualitativement différente d'une règle ordinaire du droit international coutumier et les conséquences de l'une et de l'autre sont donc différentes. L'une des différences qualitatives du point de vue des conséquences est que la doctrine de l'objecteur persistant ne s'applique pas aux normes impératives. Si M. Zagaynov ne semble pas nier la logique de l'inapplicabilité de cette doctrine aux normes impératives, il estime nécessaire de lier l'effet de l'objection pendant la formation du droit international coutumier à la non-applicabilité de l'objection persistante une fois que la norme a acquis le statut de *jus cogens*.

L'argument de M. Rajput selon lequel il est essentiel de préciser que la doctrine de l'objecteur persistant s'applique jusqu'à ce que la norme devienne impérative semble n'avoir guère de rapport avec le sujet, car c'est une question qui est clairement couverte par le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Sir Michael Wood semble s'interroger sur le statut de *lex lata* de la conclusion relative à l'objecteur persistant, mais n'explique pas pourquoi ; il a également affirmé que le rapport indiquait qu'il n'existe aucune pratique en la matière, alors que trois affaires sont citées au paragraphe 143.

M. Murphy s'est dit préoccupé par la question conceptuelle de la modification d'une norme impérative par une norme impérative ultérieure. Effectivement, rien dans le projet de conclusions tel qu'il est rédigé n'exclut la possibilité qu'une nouvelle norme de *jus cogens* soit en conflit avec une norme existante et la remplace. Toutefois, pour que cela se produise, la nouvelle norme ne saurait être une règle ordinaire du droit international coutumier ; elle doit être acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. La proposition de M. Nolte d'insérer l'expression « n'ayant pas le caractère de *jus cogens* » serait peut-être la solution. Quoi qu'il en soit, c'est une question qui relève du Comité de rédaction et qui devra être évoquée dans le commentaire.

M. Rajput a été le seul membre à mettre en doute le bien-fondé du paragraphe 1 du projet de conclusion 15 et à soutenir qu'une règle de droit international coutumier n'ayant pas le statut de norme impérative pouvait se former et s'appliquer même si elle était incompatible avec une norme impérative. Il a justifié cette étonnante affirmation en invoquant l'intervention humanitaire et la responsabilité de protéger. En fait, ni l'une ni l'autre de ces notions ne constituent des exceptions à l'interdiction de l'emploi de la force, bien que pour des raisons différentes. Même si les normes de *jus cogens* en question sont souvent désignées par l'expression « interdiction de l'emploi de la force », la Commission utilise l'expression « interdiction de l'agression », qui englobe la règle primaire et les exceptions à cette règle. L'évolution d'une nouvelle exception devra donc faire partie de cette règle impérative. En d'autres termes, elle devrait être reconnue et acceptée par la communauté internationale, de sorte qu'il n'y aura pas de conflit avec le *jus cogens*.

Peu d'observations ont été formulées sur le projet de conclusion 16. Plusieurs membres ont estimé que le terme « actes unilatéraux » devrait être clarifié et limité aux actes unilatéraux de l'État susceptibles de créer des obligations juridiques. Cela devrait être fait et les trois catégories d'actes unilatéraux mentionnées par M. Murase devraient également être envisagées dans le projet de conclusions.

Le projet de conclusion 17 a généralement recueilli l'appui des membres de la Commission. M. Šturma a reconnu que les normes impératives avaient des conséquences sur

les résolutions contraignantes des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité, et il a proposé un libellé à l'intention du Comité de rédaction. M. Vázquez-Bermúdez a fait observer que les résolutions du Conseil de sécurité n'étaient pas en soi des sources de droit et M^{me} Escobar Hernández a dit qu'il convenait de prendre en considération tous les instruments susceptibles de produire des obligations juridiques, même s'ils n'étaient pas des sources de droit. Plusieurs membres ont estimé qu'outre les résolutions contraignantes, il fallait viser d'autres instruments susceptibles de créer des obligations et prendre en compte d'autres organisations internationales. Les divers libellés proposés pourront être examinés par le Comité de rédaction.

Si certains membres ont mis en doute la nécessité de viser explicitement le Conseil de sécurité, d'autres ont affirmé qu'il convenait de le faire. Un mini-débat très intéressant s'en est suivi. Le Rapporteur spécial dit qu'il est enclin à penser que, dans la mesure où l'examen des effets du *jus cogens* sur les actes des organisations internationales aboutit généralement à un débat sur les décisions du Conseil de sécurité, celles-ci méritent une attention particulière, en raison des pouvoirs uniques que l'Article 103 de la Charte des Nations Unies confère au Conseil. L'affirmation de M. Huang selon laquelle les règles de procédure sont le seul critère de la légalité des décisions du Conseil de sécurité n'est pas compatible avec l'Article 24 de la Charte. En outre, comme l'ont souligné deux autres membres, on ne voit pas très bien comment la Charte elle-même pourrait être soumise au *jus cogens* alors qu'une entité établie par celle-ci ne le serait pas. Au vu des observations de M. Huang, il est manifestement approprié de mentionner explicitement le Conseil de sécurité dans le texte du projet de conclusion. Trois membres seulement se sont opposés au projet de conclusion 17, dont un au motif qu'il n'était pas étayé par la pratique. À cet égard, le Rapporteur spécial renvoie aux paragraphes 153 à 156 de son rapport. Les objections de M. Rajput sont quelque peu opaques : il semble être d'accord avec le principe, mais s'interroge sur son applicabilité à des normes spécifiques. De toute évidence, comme toutes les normes qu'il a mentionnées ne sont pas des normes de *jus cogens*, ses préoccupations ne sont pas fondées. Enfin, en réponse à un point soulevé par deux membres, le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'oppose pas à l'insertion d'une clause sur la divisibilité.

Les projets de conclusions 18 et 19 ont été approuvés presque à l'unanimité. Le Rapporteur spécial ne s'oppose pas à la formulation proposée par M^{me} Galvão Teles, calquée sur l'arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*. Il est également d'accord avec les sept membres qui ont affirmé que les projets de conclusions 18 à 21 devraient viser non seulement les États mais aussi les organisations internationales.

M. Rajput a insisté pour que le mot « grave » soit inséré dans le projet de conclusion 21 et souhaitait à tort qu'il figure également dans le projet de conclusion 18. Il a avancé pour cela de multiples raisons en reliant la jurisprudence de la Cour internationale de Justice au projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Or aucune disposition de ce projet d'articles n'indique que les obligations *erga omnes* découlant d'une norme impérative dépendent de la gravité de la violation de cette norme. Deuxièmement, et plus important encore, l'affirmation de M. Rajput est fondée sur une incompréhension fondamentale tant du troisième rapport que de la relation entre obligations *erga omnes* et normes impératives. Les obligations *erga omnes* ne sont assurément pas identiques aux normes impératives et, comme M. Reinisch l'a souligné, le troisième rapport l'indique clairement. Toute référence au paragraphe 7) du commentaire du chapitre III est donc dénuée de pertinence. M. Rajput semble supposer que les obligations – *erga omnes* ou autres – sont autonomes, alors qu'elles découlent de règles ou de normes. Par conséquent, s'ils ne sont pas synonymes, les deux concepts sont liés. Les normes impératives ne sont pas des obligations *erga omnes*, mais elles produisent de telles obligations. M. Rajput semble également considérer que l'existence d'obligations dépend de l'existence d'une violation, alors qu'il n'en est rien. En effet, qu'elle ait ou non été violée une norme impérative établit une obligation *erga omnes*.

En outre, les citations des commentaires du projet d'articles dont M. Rajput a donné lecture étaient sélectivement choisies. Par exemple, lorsqu'il cite le paragraphe 7) du commentaire du chapitre III, il omet le passage qui précède immédiatement sa citation et se lit comme suit :

Les exemples d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble donnés par la Cour internationale de Justice concernent tous des obligations

qui, de l'avis général, découlent de normes impératives du droit international général. De même, les exemples donnés par la Commission dans son commentaire relatif à ce qui est devenu l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 concernent des obligations envers la communauté internationale tout entière.

Il est tout aussi inexact de laisser entendre que le Rapporteur spécial, James Crawford, partage son approche. Au paragraphe 87 de son premier rapport (A/CN.4/490/Add.3), Crawford fait observer ce qui suit :

En droit international positif, deux catégories possibles seraient les obligations *erga omnes* et les règles de *jus cogens*. Pourtant, bien qu'il s'agisse par définition de normes et de principes qui importent à la communauté internationale dans son ensemble, ces catégories ne correspondent pas directement à la notion de « violations les plus graves ». Des manquements à des obligations qui ne sont pas des obligations *erga omnes* peuvent être très graves [...] et les obligations *erga omnes* peuvent faire l'objet de violations mineures.

En ce qui concerne le paragraphe 3 du projet de conclusion 20, le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas certain que l'idée de M. Zagaynov selon laquelle la priorité doit être donnée aux mécanismes de coopération dans le cadre des mesures de sécurité collective soit correcte. Si les mesures de sécurité collective sont le moyen de coopération le plus probable, cela ne signifie pas pour autant qu'elles soient prioritaires. En outre, il est clairement démontré dans le rapport que certaines mesures de coopération qui peuvent être prises dans le cadre de mesures de sécurité collective ne peuvent pas l'être unilatéralement ou ponctuellement. Ces nuances pourraient être expliquées dans le commentaire. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne s'oppose pas à la proposition d'ajouter un passage de l'avis consultatif concernant les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Afrique du Sud-Ouest) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* pour indiquer que la non-reconnaissance ne devrait pas avoir de conséquences négatives pour la population concernée ni la priver d'avantages et, en conséquence, que les actes concernant la population civile comme l'inscription des naissances, décès et mariages à l'état civil, devraient être reconnus. Cette position est déjà exprimée au paragraphe 100 du rapport et le Rapporteur spécial dit qu'il proposera de la reproduire dans le commentaire. Il pourrait toutefois être également judicieux de l'inclure dans le texte.

Quatre membres ont suggéré d'ajouter une disposition sur les contre-mesures. La licéité des contre-mesures est controversée et peut-être est-il imprudent pour la Commission de s'aventurer sur ce terrain. Néanmoins, le Rapporteur spécial est ouvert à toute proposition que les membres pourront faire au Comité de rédaction.

Certains membres se sont demandé s'il était judicieux d'omettre le mot « grave » dans le projet de conclusion 21. Cette omission ne tient pas à une négligence. Il est vrai que la Commission ne devrait pas s'écarter du texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite à moins qu'elle n'ait de bonnes raisons de le faire. À cet égard, le Rapporteur spécial demande aux membres de réfléchir à l'observation de M. Hmoud selon laquelle, lorsqu'elle a adopté ce projet d'articles, la Commission ne considérait pas l'obligation de coopérer comme *lex lata* mais faisait œuvre de développement progressif. La disposition ayant depuis lors acquis le caractère de *lex lata*, la question se pose de savoir si la Commission ne devrait pas s'engager dans un processus de développement progressif en supprimant l'adjectif « grave ». En insistant pour insérer cet adjectif, la Commission semblerait donner à penser qu'il est licite pour les États de reconnaître des situations résultant de violations du *jus cogens* qui ne seraient pas graves, ou de contribuer au maintien de telles situations. Considérer ne serait-ce qu'un cas de torture comme n'étant pas grave impliquerait qu'un État pourrait aider un autre État à torturer un individu. Si la Commission devait insérer l'adjectif « grave », le commentaire devra indiquer expressément qu'en 2018 la Commission considère que les États sont libres de reconnaître des situations résultant de violations du *jus cogens* qui ne sont pas graves, ou de contribuer au maintien de celles-ci. En même temps, le commentaire devra indiquer que certains membres, dont le Rapporteur spécial, ne partagent pas cet avis.

Les projets de conclusions 22 et 23 traitent des questions les plus délicates. La plupart des membres de la Commission les approuvent. Toutefois, certains d'entre eux, à savoir M.

Murphy, Sir Michael Wood, M. Zagaynov, M. Nolte, M. Rajput et M. Huang, s'y opposent vigoureusement. D'autres, comme M. Ruda Santolaria, ont déclaré que, s'ils ne s'opposaient pas à leur contenu, ils estimaient que les projets de conclusions 22 et 23 touchaient une question qui devrait être envisagée dans le cadre des travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

Le Rapporteur spécial dit qu'une critique en particulier a retenu toute son attention. M. Murphy, M. Zagaynov, M. Nolte et Sir Michael Wood ont fait observer que les projets de conclusions 22 et 23 différaient des autres projets de conclusion proposés en ce qu'ils ne traitaient pas de questions méthodologiques. M. Zagaynov, par exemple, a relevé à juste titre que ces projets de conclusion portaient sur les conséquences spécifiques des normes de *jus cogens* interdisant des crimes de droit international, telles que l'interdiction du génocide, et non sur celles des normes de *jus cogens* en général. M. Zagaynov a demandé pourquoi les conséquences de l'autodétermination n'avaient pas été examinées séparément. On peut également se demander pourquoi les conséquences de l'emploi de la force ou de la discrimination raciale, notamment, n'ont pas été prises en compte. M. Nolte a fait observer que l'un des axes des travaux de la Commission sur le sujet était la méthodologie utilisée pour déterminer toutes les règles du *jus cogens* et leurs conséquences et que, si la Commission définissait les conséquences spécifiques de certaines règles du *jus cogens*, telles que celles relatives au génocide, aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité, elle devrait également examiner les conséquences spécifiques d'autres règles. M. Nolte a lui aussi cité l'exemple de l'autodétermination.

Toutes ces remarques sont très justes et le Rapporteur spécial convient qu'elles constituent un motif pour ne pas conserver les projets de conclusions 22 et 23. Il rappelle toutefois qu'il est fait expressément référence à la question des immunités au paragraphe 17 du plan d'étude proposé pour le sujet. M. Zagaynov et M. Rajput n'étaient certes pas membres de la Commission lorsque ce plan d'étude a été examiné, mais M. Murphy, M. Nolte, Sir Michael Wood et M. Huang l'étaient, et le décalage entre la question des immunités et la dimension méthodologique du sujet n'a jamais été relevé. M. Murphy a participé activement à l'examen du plan d'étude et il ne s'est pas opposé, à l'époque, à ce que la question des immunités soit envisagée au motif qu'elle concernait des règles primaires de fond. Il est étrange qu'un tel argument soit avancé pour la première fois et que l'examen d'une question qui a été proposé dans le plan d'étude suscite une telle surprise.

À cet égard, le Rapporteur spécial dit qu'il pourrait s'offusquer de l'affirmation de M. Rajput selon laquelle il aurait tenté, en traitant cette question, de tirer parti des divergences de vues au sein de la Commission au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il ressort en effet clairement du plan d'étude que l'examen de la question des immunités dans le cadre des travaux sur les normes impératives du droit international général avait été prévu bien avant 2017 ; la décision de traiter cette question ne peut donc pas être attribuée à de tels motifs.

M. Nolte a eu raison de lier la proposition tendant à traiter la question des immunités à celle tendant à établir une liste indicative, dans la mesure où ces deux propositions concernent davantage les règles primaires de fond que la dimension méthodologique du sujet. Rappelant qu'il n'a pas encore décidé de ce qui devrait figurer dans une telle liste indicative, le Rapporteur spécial indique que son indécision découle de cette même distinction entre le fond et la méthodologie sur laquelle certains membres de la Commission ont appelé l'attention au sujet de son troisième rapport. D'emblée, en effet, certains États et certains membres de la Commission ont fait part de leurs préoccupations quant à l'ajout d'une liste indicative, ce qui l'a amené à s'interroger sur l'opportunité d'inclure une telle liste. Or il n'en va pas de même pour les immunités. Certains membres de la Commission ont fait valoir que la Commission devrait reporter l'examen de la question des immunités dans le cadre du présent sujet jusqu'à ce qu'elle ait examiné les exceptions aux immunités dans le cadre de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, mais nul n'a encore jamais dit que la question des immunités ne devait pas être examinée du tout. De fait, cette question est d'une importance telle pour le sujet des normes impératives du droit international général que, dans le volume de 2015 du *Netherlands Yearbook of International Law*, Alexander Orakhelashvili a présenté une critique relativement détaillée de l'approche que, selon lui, la Commission entendait adopter à cet égard.

Néanmoins, indépendamment du fait que la question des immunités figure dans le plan d'étude, il ne fait aucun doute que certains membres de la Commission ont exprimé une préoccupation de fond légitime. M^{me} Lehto a fait observer à juste titre que la décision d'examiner la question des immunités témoignait de l'accent mis sur les conséquences potentielles du *jus cogens* les plus fréquemment identifiées. M. Murphy et d'autres membres ont également fait valoir que l'examen des exceptions aux immunités interférerait avec les travaux menés sur les crimes contre l'humanité et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En effet, M. Murphy a dit qu'il serait impossible pour la Commission de trouver une solution dans le cadre de ses travaux sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Or une solution a déjà été trouvée sous la forme d'un vote majoritaire sur le projet d'article 7 relatif à ce sujet. D'autres membres qui souscrivaient au contenu du projet de conclusion 23 ont également appelé l'attention sur la nécessité d'éviter un chevauchement avec la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Sur ce point, le Rapporteur spécial dit qu'il partage l'avis de M^{me} Lehto, à savoir que le projet de conclusion 23 est une règle générale, alors que le projet d'article 7 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est une règle spécifique. Il a également été dit que le projet de conclusion 23 était de portée plus large que le projet d'article 7.

M. Murphy a déclaré que le traitement de la question des crimes contre l'humanité dans le cadre des travaux sur les normes impératives du droit international général nuirait aux travaux de la Commission sur les crimes contre l'humanité. Il a expliqué que des gouvernements lui avaient donné à entendre que le projet de conclusion 23 risquait d'anéantir tout espoir de conclure une convention sur les crimes contre l'humanité. Que ce projet de conclusion présente ou non un tel risque, la Commission ne peut pas prendre ses décisions sur la base de conversations privées auxquelles elle n'a pas été associée. À la fin de 2017, lorsque le projet d'article 7 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a été examiné à la Sixième Commission, aucun État n'a indiqué que la reconnaissance d'une exception à l'immunité dans le cas des crimes contre l'humanité compromettrait les espoirs relatifs à une convention sur les crimes contre l'humanité.

Il est également injuste d'attribuer l'échec éventuel des travaux de la Commission sur un sujet à ses travaux sur un autre sujet. Le Rapporteur spécial espère que l'Assemblée générale décidera d'élaborer une convention sur les crimes contre l'humanité mais, si elle ne le fait pas, il est peu probable que la responsabilité en incombe à son troisième rapport, même si la Commission adopte le projet de conclusion 23. Il peut y avoir d'autres raisons, par exemple la réticence générale de la Sixième Commission à élaborer des conventions ou sa pratique du consensus. Il est clair, par exemple, que de nombreux États souhaiteraient que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite prenne la forme d'un traité, mais que la pratique du consensus permet à une minorité d'États de bloquer toute initiative en ce sens. En outre, toute décision future de ne pas élaborer une convention sur les crimes contre l'humanité pourrait également être attribuée à la décision de la Commission de ne pas envisager tous les principaux crimes dans le cadre de ses travaux sur ce sujet. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il a fait valoir dès le début que le sujet des crimes contre l'humanité devait être élargi mais qu'aucune autre voix ne s'est jointe à la sienne au sein de la Commission. M^{me} Escobar Hernández et M. Jalloh ont par la suite émis la même opinion, mais la Commission s'est finalement pliée à la volonté de la majorité.

En ce qui concerne le fond des projets de conclusions 22 et 23, M. Murphy a contesté les « arguments inédits » avancés à l'appui du projet de conclusion 23, qu'il a jugés « incroyables » et « trompeurs ». Par « arguments inédits », M. Murphy visait la distinction établie entre procédures pénales et procédures civiles. Le Rapporteur spécial fait observer qu'il a lui-même formulé exactement le même argument dans sa déclaration sur le cinquième rapport du Rapporteur spécial sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En effet, sa principale critique à l'égard de ce rapport tenait à l'absence d'une telle distinction. D'autres membres de la Commission ont également fait cette distinction. Ces arguments n'ont donc rien d'inédit.

Bien que M. Murphy n'ait pas expliqué, dans sa déclaration, pour quelles raisons il qualifiait d'« incroyables » et de « trompeurs » les arguments avancés à l'appui du projet de conclusion 23, les notes de bas de page figurant dans la version écrite de sa déclaration

donnent une indication quant à ces raisons. Dans l'une de ces notes, il souligne que la pertinence de l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* ressort clairement du plan d'étude du sujet. Cette déclaration est surprenante car, dans l'arrêt qu'elle a rendu en cette affaire, la Cour internationale de Justice a adopté la même approche que celle suivie dans le troisième rapport. Au paragraphe 91 de son arrêt, la Cour souligne qu'en formulant sa conclusion, elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État, et que la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce. La Cour réaffirme ailleurs dans le même arrêt la distinction entre l'immunité de juridiction civile de l'État et l'immunité de juridiction pénale de ses représentants. Le fait que l'affaire ait été mentionnée dans le plan d'étude n'est pas significatif. Le plan d'étude offre un aperçu des décisions des tribunaux et d'autres sources et ne dit rien du contenu des règles. Il présente le sujet à étudier et n'en constitue pas lui-même l'étude. En outre, l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* n'a pas été simplement écartée, comme M. Murphy l'a laissé entendre. Le fondement même de la distinction que M. Murphy a qualifiée d'inédite découle de cette affaire, entre autres.

Dans une autre note de bas de page, M. Murphy avance que, bien que la pratique relative aux procédures civiles ait été jugée non pertinente dans le troisième rapport, le Rapporteur spécial a néanmoins cité des affaires civiles à l'appui de sa position, en particulier l'affaire *Yousuf c. Samantar*, citée dans les notes de bas de page 316 et 339. Or, dans la note 316, l'affaire *Yousuf c. Samantar* n'est citée qu'en tant qu'exemple des sources utilisées par les commentateurs qui se fondent sur la pratique en matière civile pour tirer des conclusions concernant l'immunité de juridiction pénale. Le Rapporteur spécial indique que dans le paragraphe pertinent de son rapport, il conclut que c'est sur la pratique en matière pénale que doit reposer toute règle de droit international en cas de crimes de *jus cogens*. Dans la note 339, l'affaire *Yousuf c. Samantar* est citée pour la même raison que celle des *Immunités juridictionnelles de l'État*, à savoir pour étayer l'opinion selon laquelle les décisions rendues en matière civile ne sauraient constituer des précédents en ce qui concerne les exceptions à l'immunité en matière pénale.

Ainsi, les passages de la déclaration de M. Murphy qui portent sur les « arguments inédits » avancés dans le troisième rapport sont eux-mêmes incroyables et trompeurs. C'est notamment pour cette raison qu'il est préférable de rédiger des rapports concis : souvent, le lecteur se fatigue et les nuances lui échappent.

Le Rapporteur spécial souligne que M. Nolte a fait de nombreuses observations de fond avec lesquelles il n'est pas d'accord. D'une manière générale, ces observations portent sur la rareté de la pratique. Pourtant comme M^{me} Lehto et M^{me} Escobar Hernández l'ont relevé, la pratique est abondante. Le principal défaut de la déclaration de M. Nolte est qu'il suppose, à tort, que le rapport confère un caractère impératif aux effets eux-mêmes. Il est extrêmement surprenant que M. Nolte laisse entendre que la pratique disponible n'est pas suffisante, même pour étayer une règle ordinaire du droit international coutumier, car la Commission a, par le passé, fondé d'importants projets de conclusion sur une pratique encore moins abondante. Il convient de rappeler, comme de nombreux membres de la Commission l'ont déjà noté, que la règle de l'objecteur persistant a été incluse dans le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier sur le seul fondement de l'arrêt *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*.

M. Nolte a fait valoir que, parce que la Cour internationale de Justice avait affirmé que les normes de fond du *jus cogens* et les règles relatives à l'immunité, qui sont de nature procédurale, étaient des ensembles de règles portant sur des questions différentes, le paragraphe 2) du projet de conclusion 23 était problématique. Or les paragraphes de l'arrêt relatif à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*) que M. Nolte a cités sont sans rapport avec cette distinction, qui a été faite par la Cour dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. En outre, une toute autre distinction a été faite au paragraphe 60 de l'arrêt relatif au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, à savoir la distinction entre immunité et responsabilité pénale. Cette seconde distinction a été reprise dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité.

M. Murphy a conclu sa déclaration en disant qu'il aurait fallu consulter les rapporteurs spéciaux chargés d'autres sujets avant de proposer le projet de conclusion 23. Toutefois, les sujets sur lesquels les rapporteurs spéciaux de la Commission travaillent ne sont pas leurs sujets, mais ceux de la Commission dans son ensemble. C'est à la Commission qu'il appartient de déterminer si le rapporteur spécial chargé de tel ou tel sujet a pris une décision ou fait une recommandation risquant de nuire à ses travaux sur un autre sujet. M. Tladi souligne qu'en fait, en tant que Rapporteur spécial pour le sujet des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), il agirait de mauvaise foi s'il privait la Commission du résultat de ses recherches sur la base d'accords conclus en coulisse avec d'autres rapporteurs spéciaux.

Le rapport est le seul texte sur lequel le rapporteur spécial pour un sujet donné devrait avoir un contrôle total. Les rapporteurs spéciaux ne devraient pas être guidés par le souci d'éviter d'offenser d'autres membres de la Commission ou de créer des divisions au sein de celle-ci. En outre, il n'a encore jamais été affirmé qu'un rapporteur spécial était tenu de consulter d'autres rapporteurs spéciaux. Le Rapporteur spécial fait observer à cet égard que, bien qu'au paragraphe 39 du premier rapport du Rapporteur spécial pour le sujet des crimes contre l'humanité on puisse lire que l'interdiction de ces crimes est une norme du *jus cogens*, M. Murphy, le Rapporteur spécial pour ce sujet, ne l'a jamais consulté. De même, dans son cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier, le Rapporteur spécial pour le sujet, Sir Michael Wood, propose une clause « sans préjudice » des normes du *jus cogens* s'agissant de l'objecteur persistant. Sir Michael Wood ne s'est jamais entretenu de la question avec d'autres rapporteurs spéciaux, car il lui incombe d'examiner les éléments disponibles et de faire des propositions à la Commission sur la base de ceux-ci.

Certains membres de la Commission qui appuient fermement les projets de conclusions 22 et 23 ont proposé que le projet de conclusion 23 soit renvoyé au Comité de rédaction mais soit laissé en attente jusqu'à ce que la Commission ait achevé ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le Rapporteur spécial dit que dans un premier temps, cette proposition l'a séduit. Toutefois, après avoir écouté le débat, et à la lumière de l'argument avancé par plusieurs membres selon lequel les projets de conclusions 22 et 23 sont fondamentalement différents des autres projets de conclusion proposés pour le sujet parce qu'ils portent sur des règles primaires de fond, il estime qu'une telle démarche ne ferait que retarder l'inévitable.

M. Murase, par exemple, a déclaré qu'il pourrait accepter les projets de conclusions 22 et 23 si la Commission savait quels crimes en relèvent. Le Rapporteur spécial dit qu'à cet égard il serait réticent à limiter la liste des crimes de *jus cogens* à ceux énumérés dans le projet d'article 7 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, car cela aurait pour effet d'entraver le développement d'un domaine important du droit. Il serait possible d'établir une liste indicative de ces crimes, mais cela ne serait pas compatible avec le projet d'article 7. Certains membres de la Commission ont fait valoir que les immunités prévues par les régimes conventionnels spéciaux ne relevaient pas du sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Par extension, ces immunités ne relèveraient probablement pas non plus des projets de conclusions 22 et 23. Le Rapporteur spécial indique toutefois qu'il serait réticent à affirmer que les règles relatives aux crimes de *jus cogens* sont soumises à des régimes conventionnels. Il a donc conclu que toute tentative de ce genre se heurterait à de nombreuses difficultés. Le problème ne peut être résolu en renvoyant les projets de conclusion au Comité de rédaction et en les laissant en attente. Il pourrait donc être préférable de ne pas aborder les questions relatives à ces règles primaires de fond dans le cadre du sujet à l'examen et de justifier l'abandon de ces deux projets de conclusion sur cette base.

Il y a une autre raison de ne pas tenter de traiter des questions relatives aux règles primaires. Le Rapporteur spécial estime en effet qu'en matière pénale, il existe en droit international une exception à l'immunité *ratione materiae* pour tous les crimes de *jus cogens*. Il estime toutefois également qu'il n'y a pas d'exception à l'immunité *ratione personae*. Il est néanmoins réticent à inclure dans le projet de conclusions une disposition stipulant qu'il n'existe pas d'exception à l'immunité *ratione personae*. En fait, il considère qu'en cas de crimes de *jus cogens*, il n'y a pas en matière civile d'exception à l'immunité des représentants

de l'État ou de l'État. Il lui semble que, bien qu'ils puissent souhaiter qu'une telle exception soit reconnue, les tribunaux ne feront pas le premier pas dans cette direction.

Pour ces raisons, la Commission ne devrait pas envisager la question des immunités. En tout état de cause, les projets de conclusions 22 et 23 ne devraient être séparés. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la question des immunités est souvent évoquée, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, qu'il a été explicitement indiqué dans le plan d'étude qu'elle serait examinée et qu'elle a été envisagée dans le troisième rapport. Par conséquent, si la Commission reste muette en ce qui la concerne, son silence sera interprété comme la preuve qu'il n'existe aucune exception à l'immunité *ratione materiae* pour les crimes de *jus cogens*. Pour cette raison, une clause « sans préjudice » est peut-être la solution la plus appropriée.

Sur cette base, le Rapporteur spécial propose de renvoyer les deux projets de conclusion au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci devra les remanier sous la forme de clauses « sans préjudice ». Il propose en outre de les accompagner du texte suivant : « Le présent projet de conclusions est sans préjudice des conséquences de normes impératives spécifiques/données/particulières du droit international général (*jus cogens*) ». Ce texte ne contient pas le mot « immunité », mais le commentaire indiquera bien entendu que l'immunité est l'une de ces conséquences et le Rapporteur spécial dit qu'il s'engage à rédiger le commentaire de manière à réserver toute autre question. Il estime que sa proposition est optimale du point de vue du fond et de l'harmonie au sein de la Commission.

Le Rapporteur spécial indique qu'il a pris note des observations des membres de la Commission concernant le programme de travail futur et les examinera attentivement dans le cadre de l'élaboration de son quatrième rapport. Il espère que la Commission sera en mesure de renvoyer les projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

Le Président croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets de conclusions 10 à 23 au Comité de rédaction, en tenant compte des observations et suggestions formulées au cours du débat en plénière, et que, s'agissant des projets de conclusions 22 et 23, le Comité de rédaction travaillera sur la base de la proposition faite par le Rapporteur spécial à la séance en cours.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (point 11 de l'ordre du jour) (*suite*)

M. Jalloh (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 de M. Cissé, M^{me} Escobar Hernández, M. Gómez-Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M. Nolte, M^{me} Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Zagaynov, ainsi que de M. Tladi (Rapporteur spécial) et de M^{me} Galvão Teles (Rapporteuse), membres de droit.

La séance est levée à 16 h 55 pour permettre au Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (jus cogens) de se réunir.