

Provisoire

Réservé aux participants

30 septembre 2019

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante et onzième session (Première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3461^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 10 mai 2019, à 10 heures

Sommaire

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

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.19-07652 (F) 270919 300919



* 1 9 0 7 6 5 2 *

Merci de recycler



Présents :

<i>Président :</i>	M. Šturma
<i>Membres :</i>	M. Argüello Gómez
	M. Cissé
	M ^{me} Escobar Hernández
	M ^{me} Galvão Teles
	M. Gómez-Robledo
	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. Petrič
	M. Rajput
	M. Reinisch
	M. Ruda Santolaria
	M. Saboia
	M. Tladi
	M. Valencia-Ospina
	M. Wako
	Sir Michael Wood
	M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn	Secrétaire de la Commission
--------------	-----------------------------

La séance est ouverte à 10 h 5.

Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (point 5 de l'ordre du jour) (suite) [A/CN.4/727](#)

Le Président invite la Commission à reprendre l'examen du quatrième rapport du Rapporteur spécial sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ([A/CN.4/727](#)).

M. Nolte remercie le Rapporteur spécial pour son rapport riche d'informations et d'une lecture agréable. Il se félicite en particulier que le Rapporteur spécial ait fait preuve de transparence dans l'indication de ses sources et du raisonnement qu'il a suivi, et ait évoqué impartialement les diverses solutions possibles.

Le rapport examine en premier lieu la question du *jus cogens* régional. Le Rapporteur spécial propose de n'adopter aucun projet de conclusion sur cette question et d'expliquer dans le commentaire que « le droit international ne reconnaît pas la notion de *jus cogens* régional ». M. Nolte dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que la Commission ne doit pas adopter de projet de conclusion sur le *jus cogens* régional mais n'estime pas justifié de nier catégoriquement la possibilité de l'existence de ce droit dans le commentaire. La Commission devrait laisser la question ouverte et ne pas l'évoquer du tout, comme l'ont fait valoir, entre autres, Sir Michael Wood, M. Park et M. Hmoud. Diverses raisons militent en faveur de cette solution.

M. Nolte dit qu'il est d'accord avec le Rapporteur spécial lorsque celui-ci affirme que les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ont souvent leur origine dans certaines régions, en particulier dans le droit conventionnel régional, et que des organes régionaux ont parfois joué un rôle crucial dans l'identification des normes existantes du *jus cogens* universel. Mais cette observation n'a aucune implication négative quant à la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional, bien au contraire. Elle ne saurait donc justifier la négation catégorique par la Commission de l'existence d'un *jus cogens* régional, ne serait-ce que dans un commentaire.

Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial avance divers arguments qui selon lui excluraient la possibilité d'un *jus cogens* régional. Il invoque entre autres le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les travaux antérieurs de la Commission, l'absence de pratique des États et l'absence d'appui à la Sixième Commission, ainsi que des considérations de certitude juridique et d'ordre pratique, en particulier en ce qui concerne les parties extérieures à la région concernée. M. Nolte dit qu'il va répondre successivement à chacun de ces arguments puis expliquer pourquoi il considère qu'il n'est pas judicieux pour la Commission de nier catégoriquement l'existence d'un *jus cogens* régional dans les commentaires.

L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'« une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Cette définition ne vise que les normes du droit international général et n'exclut donc pas la possibilité d'un *jus cogens* régional. Faisant écho aux préoccupations exprimées par certains États et auteurs, le Rapporteur spécial semble convaincu que les mots « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble » excluent la possibilité d'un *jus cogens* régional. Les travaux préparatoires attestent cependant que les mots « dans son ensemble » n'ont pas été insérés pour exclure le *jus cogens* régional mais ne l'ont été, selon le rapport du Président du Comité de rédaction, que pour que la reconnaissance et l'acceptation de tous les États ne soient pas considérées comme nécessaires. De fait, le terme « droit international général » indique simplement que, lorsque la Convention de Vienne a été adoptée, le *jus cogens* régional n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 53. La possibilité de son existence n'a pas été exclue : elle n'a tout simplement pas été examinée, et le *jus cogens* régional a ainsi été exclu du champ d'application de l'article 53.

M. Nolte dit qu'il ne saurait souscrire aux observations formulées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 26 et 37 de son rapport selon lesquelles aucune pratique des États n'étaye l'existence d'un *jus cogens* régional. La pratique des États d'Amérique latine concernant l'interdiction des disparitions forcées et l'interdiction de la discrimination

arbitraire, mentionnée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 126 et 127, mérite de retenir davantage l'attention à cet égard. La Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire *James Terry Roach and Jay Pinkerton v. the United States*, a expressément constaté l'acceptation et la reconnaissance par les États membres de l'Organisation des États américains de l'interdiction d'exécuter des enfants. Le fait que la Commission interaméricaine a ultérieurement estimé que cette interdiction était une norme du *jus cogens* universel n'ôte rien à la pertinence de cette constatation.

La pratique des États européens donne à penser que, dans son essence, le droit d'accès aux tribunaux est peut-être un exemple de *jus cogens* régional. Les juridictions européennes ont qualifié l'accès aux tribunaux de « fondement » de l'« ordre public européen ». Ils ont à l'occasion attribué à ce droit des effets juridiques comparables à ceux attribués aux normes impératives du droit international général, par exemple en déclarant nulles des réserves à la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sans aller jusqu'à dire que le raisonnement suivi par ces juridictions dans les affaires en question est correct, M. Nolte estime que leurs jugements ne peuvent être purement et simplement écartés.

S'il est vrai qu'à la Sixième Commission un certain nombre d'États ont exprimé des réserves au sujet du *jus cogens* régional, d'autres, en particulier l'Espagne, le Bélarus et les Pays-Bas, ont adopté une attitude positive. La question n'a toutefois pas été examinée de manière approfondie, notamment parce que la Commission ne l'avait pas suffisamment étudiée pour alimenter un débat à la Sixième Commission.

Ce ne sont donc pas simplement quelques auteurs qui soutiennent que la définition des normes impératives du droit international figurant à l'article 53 n'est pas exhaustive, ou défendent la possibilité d'un *jus cogens* régional ; cette possibilité est confirmée par une pratique régionale et des déclarations d'États.

Les considérations de certitude juridique et de prévisibilité ne doivent pas faire obstacle à une éventuelle reconnaissance du *jus cogens* régional. Ce dernier peut ne s'appliquer qu'entre les membres d'un système juridique régional (*inter partes*) et ne peut être opposé aux États qui n'en sont pas membres. M. Nolte dit qu'il convient avec M^{me} Lehto que le terme « régional » pourrait simplement être défini en fonction de la source de la norme régionale concernée : s'il s'agit d'un traité régional, les États parties à celui-ci sont liés par cette norme ; s'il s'agit d'une coutume régionale, la région comprend tous les États qui sont liés par la règle coutumière ou la coutume particulière concernée. Eu égard aux conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier, un État de la région ne peut être lié par une norme de *jus cogens* régional s'il n'y consent pas.

Enfin, et c'est peut-être le plus important, le *jus cogens* régional ne doit pas contredire le *jus cogens* universel ni porter atteinte à celui-ci. Si la Commission doit dire quoi que ce soit sur ce point, c'est que le *jus cogens* universel prévaut sur tout *jus cogens* régional et que les normes impératives du droit international général privent tout droit international régional, y compris le *jus cogens* régional, de sa validité et de ses effets juridiques.

Pour toutes ces raisons, le rapport ne présente pas suffisamment d'éléments pour que la Commission puisse nier catégoriquement l'existence d'un *jus cogens* régional. Cette question doit être laissée ouverte. La Commission doit simplement expliquer dans les commentaires que le projet de conclusions ne traite pas de cette question parce qu'elle ne relève pas du sujet.

La seconde question que pose le Rapporteur spécial à la Commission est celle de savoir si le projet de conclusions doit comprendre une liste indicative de normes du *jus cogens*. Abandonnant la position qu'il avait adoptée dans son premier rapport, le Rapporteur spécial se prononce désormais en faveur de l'inclusion d'une telle liste et propose un projet de conclusion à cet effet. M. Nolte rappelle qu'il a lui-même précédemment déclaré qu'il préférerait que le projet de conclusions ne contienne pas de liste indicative, même dans les commentaires ; après avoir lu le quatrième rapport et écouté les membres ayant pris la parole avant lui, son opinion sur ce point demeure inchangée.

M. Nolte dit qu'il souhaite, avant d'expliquer pourquoi il estime que la Commission ne doit pas adopter de liste indicative de normes du *jus cogens*, souligner que ce n'est pas parce qu'il est en désaccord avec le Rapporteur spécial sur le fait que les normes visées dans le projet de conclusion 24 sont, quant au fond, des normes du *jus cogens*. Il pense toutefois que les difficultés associées à la formulation et à l'explication de ces normes, dans le cadre des travaux en cours et au stade actuel, sont telles qu'elles devraient dissuader la Commission d'adopter une telle liste, que ce soit dans un projet de conclusion ou dans les commentaires.

Deux des nombreuses raisons pour lesquelles la Commission ne devrait pas adopter un projet de conclusion tel que le projet de conclusion 24 méritent en particulier de retenir l'attention.

La première concerne la nature du sujet. Comme le Rapporteur spécial l'a lui-même souligné à de nombreuses reprises, le sujet est essentiellement méthodologique. Le résultat des travaux de la Commission consistera principalement en des conclusions expliquant comment les normes du *jus cogens* doivent être identifiées et quels sont leurs effets. En d'autres termes, le sujet concerne les règles secondaires. La Commission n'a jamais affirmé ni donné à penser que l'objet des travaux était d'identifier le contenu des diverses règles primaires du *jus cogens*, une question qui mériterait d'être étudiée en tant que sujet distinct.

De fait, le Rapporteur spécial n'assigne pas au projet de conclusion 24 un objectif aussi ambitieux. Il propose simplement une liste « indicative » (« *illustrative* »). Les deux questions qui se posent à cet égard sont premièrement ce qu'il faut entendre par « indicative » (« *illustrative* ») et, deuxièmement, qu'est-ce exactement qui doit être « indiqué » (« *illustrated* »). Les indications devraient indiquer l'objet concerné, à savoir les autres projets de conclusion, non le *jus cogens* en tant que tel. C'est pourquoi le mot « indicative » (« *illustrative* ») doit être interprété comme signifiant que la liste donne des exemples qui montrent comment la méthodologie définie dans les projets de conclusion doit être ou a été appliquée. Or ni le rapport ni le projet de conclusion ne le font. Le rapport ne donne aucune indication sur la manière dont l'existence de certaines normes du *jus cogens* peut être expliquée en appliquant la méthodologie définie dans les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. Il ne fait que constater que la Commission a reconnu ces normes. Trois exemples vont illustrer ce point.

Premièrement, le Rapporteur spécial, pour expliquer le caractère de *jus cogens* des « règles fondamentales du droit international humanitaire », renvoie à des décisions de la Cour internationale de Justice, à des opinions dissidentes de juges, à des décisions de juridictions pénales internationales et à des décisions de trois tribunaux internes. Bien que les règles en question soient effectivement des normes du *jus cogens*, de simples renvois à des décisions judiciaires n'illustrent pas la méthodologie proposée dans le projet de conclusions, en ce qu'ils ne démontrent pas que ces normes ont été acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise, comme l'exige le projet de conclusion 4. Les décisions judiciaires constituent assurément un élément de l'acceptation et de la reconnaissance mais elles ne sauraient en constituer le seul fondement.

Deuxièmement, pour justifier l'inclusion de l'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale ainsi que du droit à l'autodétermination dans le projet de conclusion 24, le Rapporteur spécial invoque pour l'essentiel des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Or la Commission, dans son projet de conclusion 12 sur la détermination du droit international coutumier, de même que les États à la Sixième Commission, se sont montrés prudents quant au poids à accorder à ces résolutions. Il aurait donc été utile dans le contexte du *jus cogens* de savoir pourquoi et dans quelles circonstances les résolutions de l'Assemblée générale peuvent constituer une forme de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 8 et donc un indice aux fins de l'identification de l'interdiction de l'apartheid en tant que norme du *jus cogens*. M. Nolte se demande s'il y a une différence entre, par exemple, l'interdiction de l'apartheid et le droit à l'eau, sur lequel l'Assemblée générale a adopté sa résolution 70/169 du 17 décembre 2015, dans laquelle elle affirme que « les droits fondamentaux à l'eau potable ... sont indispensables pour la pleine jouissance du droit à la vie et de tous les droits de l'homme ».

Troisièmement, le rapport justifie le caractère de *jus cogens* de l'interdiction de l'agression par des renvois indirects à deux décisions de la Cour internationale de Justice, à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, aux déclarations de quelque 20 États et à 4 décisions de tribunaux internes. M. Nolte se demande si l'on peut considérer que ces sources reflètent la reconnaissance et l'acceptation par la communauté internationale dans son ensemble d'une norme spécifique et bien définie et si, en fait, la réponse à cette question ne dépend pas fondamentalement de la portée et du contenu de l'interdiction. M^{me} Lehto a souligné combien il était difficile de répondre à ces questions.

M. Nolte dit que, cela étant, il est convaincu qu'une liste indicative, reposant sur des arguments tels que ceux avancés dans le rapport, susciterait plus de questions qu'elle n'apporterait de réponses. En fait, on peut même aller plus loin : une telle liste, et les explications y relatives, affaibliraient les autres conclusions et ainsi les normes méthodologiques que la Commission vise en premier lieu à définir et établir. De fait, le Rapporteur spécial donne, de la présence dans la liste du projet de conclusion 24 des diverses normes qui y figurent, des explications contradictoires, et M. Nolte dit qu'il n'est donc pas convaincu que les arguments ainsi avancés adhèrent à la méthodologie définie dans les projets de conclusion adoptés à titre provisoire.

La seconde raison pour laquelle la Commission ne devrait pas adopter le projet de conclusion 24 touche davantage le fond. À la 3459^e séance de la Commission, M. Petrič a demandé pourquoi celle-ci ne devrait pas énoncer l'évidence, à savoir que l'interdiction du génocide est une norme du *jus cogens*. On peut répondre à cela que, si la Commission entend énoncer l'évidence, elle doit décider et expliquer ce qu'est l'évidence, ce qui, malheureusement, est loin d'être évident, comme il ressort des raisons fort différentes données par M. Petrič et le Rapporteur spécial pour justifier le caractère de *jus cogens* du droit à l'autodétermination. Étant donné l'importance du *jus cogens* en droit international, la Commission ne devrait pas simplement « proposer "quelque chose" » (« *provide "something"* »), comme le déclare le Rapporteur spécial au paragraphe 54 de son rapport, ni se contenter de donner quelques exemples des normes du *jus cogens* que la Commission elle-même a précédemment reconnues comme telles.

Transférer la teneur du projet de conclusion 24 dans les commentaires, comme l'ont proposé plusieurs membres, reviendrait pour la Commission à se rabattre sur le type de compromis auquel elle a souvent recours. Une telle solution ne serait ni adaptée à l'objectif poursuivi ni élégante. Elle serait à la fois décevante et contreproductive. La montagne aurait accouché d'une souris.

La Commission ne ferait pas montre de faiblesse si elle limitait ses travaux sur le sujet aux règles secondaires régissant l'identification des normes impératives du droit international général et leurs conséquences. Elle ferait par contre preuve de faiblesse si elle se contentait de reprendre les exemples qu'elle a précédemment cités, que ce soit dans un projet de conclusion, une annexe ou les commentaires. Si l'objectif d'une telle approche est de montrer que la Commission ne fait pas marche arrière, elle ne ferait pas marche arrière en passant tout simplement sous silence la question des normes primaires du *jus cogens*. Elle pourrait, dans le commentaire introductif général, indiquer qu'elle ne l'a pas examinée, évitant ainsi toutes les implications négatives liées à l'adoption d'une liste.

Les normes impératives du droit international général sont les normes les plus importantes du droit international. Leur importance, leur force et leur statut ne doivent pas être remis en question, surtout par la Commission. M. Nolte souligne que c'est précisément l'importance qu'il attache à ces normes qui l'empêche d'appuyer le projet de conclusion 24 et le renvoi de celui-ci au Comité de rédaction. Il n'est pas non plus convaincu par les propositions visant à en transférer la teneur dans les commentaires.

M. Reinisch dit que la question hautement théorique de l'existence éventuelle d'un *jus cogens* régional est loin d'être réglée. Il serait trop facile de se contenter d'affirmer qu'une norme du *jus cogens* doit être reconnue et acceptée par la communauté internationale dans son ensemble pour nier l'existence de normes de *jus cogens* régionales. Il est tout à fait concevable que certaines régions confèrent à un ensemble de normes un statut supérieur à celui du droit coutumier ordinaire, du droit conventionnel et des principes généraux du droit. Il n'est toutefois pas nécessaire et il serait très difficile, dans le cadre du

sujet à l'examen, de déterminer si des normes du droit international renforcées au plan régional doivent être considérées comme relevant du *jus cogens*.

L'approche la plus convaincante consiste probablement à limiter les travaux aux normes du droit international général qui ont acquis le statut de *jus cogens* et à ne pas traiter la question du *jus cogens* régional. Affirmer que le *jus cogens* régional ne peut exister serait aller trop loin. M. Reinisch souscrit donc à la proposition du Rapporteur spécial de ne pas faire figurer de disposition sur la question dans le projet de conclusions.

Les raisons avancées par le Rapporteur spécial pour justifier l'élaboration d'une liste indicative semblent être bien fondées et légitimer l'inclusion d'une telle liste dans un projet de conclusion et non dans les commentaires. M. Reinisch rappelle qu'il s'est déjà exprimé en faveur d'une liste indicative et qu'il continue de penser qu'il serait souhaitable que la Commission s'affranchisse de sa pratique antérieure, qui consistait à ne citer de normes spécifiques du *jus cogens* que dans les commentaires, comme elle l'a fait par exemple dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Le risque qu'une telle liste soit considérée comme exhaustive est relativement faible, car il a toujours été entendu que cette liste ne serait qu'indicative. Qu'il puisse être difficile de parvenir à un consensus sur son contenu ne doit pas a priori empêcher la Commission d'essayer de le faire, car une telle liste serait fort utile à la communauté internationale.

M. Reinisch dit qu'il n'est pas convaincu par l'argument selon lequel le sujet concerne la méthodologie, à savoir les critères d'identification du *jus cogens*, et non l'identification des règles du *jus cogens* elles-mêmes. Il n'est guère utile à cet égard de comparer le sujet à l'examen avec celui de la détermination du droit international coutumier, car les deux projets sont de nature différente. Certains sont allés jusqu'à contester la notion même de *jus cogens*, et d'autres ne sont pas sûrs que certaines normes en relèvent. Toutefois, et précisément pour cette raison, si la Commission ne teste pas les méthodes qu'elle a définies pour identifier les règles du *jus cogens* en identifiant effectivement celles-ci, il sera impossible de savoir si ces méthodes sont réellement efficaces.

Une liste indicative des normes déjà reconnues par la Commission dans des commentaires adoptés dans le cadre de travaux antérieurs comme celle proposée par le Rapporteur spécial ne mettra pas fin au débat sur le point de savoir quelles règles ont acquis le statut de *jus cogens*. La Commission doit faire un pas de plus et le cas échéant établir une liste plus longue. M. Reinisch dit qu'il partage certaines des préoccupations exprimées quant à la manière dont plusieurs normes du *jus cogens* sont formulées dans le projet de conclusion 24. Se posent notamment, parmi les questions complexes méritant de retenir l'attention, celles de savoir si l'expression « règles fondamentales du droit international humanitaire » est suffisamment précise, si l'omission de toute mention de la traite des êtres humains ou de la traite des esclaves ne limite pas indûment la notion d'interdiction de l'esclavage, et quels aspects de la discrimination et du droit à l'autodétermination peuvent être considérés comme relevant du *jus cogens*. Pour M. Reinisch, tous ces facteurs renforcent sa conviction qu'établir une liste indicative sera une tâche difficile nécessitant davantage de temps. La Commission doit donc décider si elle est prête, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, à y consacrer le temps et l'énergie considérable nécessaires. Tant qu'elle n'a pas pris cette décision, il n'est peut-être pas judicieux de renvoyer le projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

M. Jalloh félicite le Rapporteur spécial pour son excellent quatrième rapport, qui constitue une bonne base pour le débat de la Commission sur les deux questions dont il traite. Il se réjouit d'être parmi les nombreux membres de la Commission qui ont une opinion généralement positive du rapport, de l'analyse qu'il contient et de ses principales conclusions. Étant donné toutefois certaines difficultés méthodologiques que peut soulever l'examen d'un sujet aussi complexe, les critiques constructives faites par certains membres de la Commission sont également les bienvenues.

M. Jalloh dit qu'il se réjouit que la Commission progresse dans l'examen des projets de conclusion qui, faute de temps, étaient demeurés au Comité de rédaction l'année précédente. Il se joint aux membres qui ont remercié le Rapporteur spécial d'avoir distribué les commentaires des projets de conclusions 1 à 14 adoptés à titre provisoire avant le début

de la session en cours. Il sait infiniment gré au Rapporteur spécial de son souci de transparence et de collégialité, attesté une nouvelle fois par l'incorporation de certaines des modifications proposées par les membres dans la deuxième version des commentaires qu'il a distribuée.

M. Jalloh dit que sa déclaration portera sur deux questions. Premièrement, il fera quelques observations sur la question du *jus cogens* régional, en soulignant en particulier certaines des raisons pour lesquelles il lui est difficile d'accepter cette notion, à laquelle des problèmes conceptuels sont inhérents. Il fera ensuite quelques observations sur le projet de conclusion 24, une proposition intéressante reposant sur les travaux antérieurs de la Commission, et sur la liste indicative mais non exhaustive de normes impératives du droit international général qui y figure.

À titre préliminaire, la méthodologie, qui a suscité des critiques, appelle quelques observations. Premièrement, l'année précédente, quelques membres bien intentionnés de la Commission ont vigoureusement critiqué la méthodologie suivie et consistant pour la Commission à laisser les projets de conclusion en attente au Comité de rédaction jusqu'à ce qu'un projet de conclusions complet ait été établi avant de s'en saisir en plénière pour l'adopter avec les commentaires y relatifs, selon l'approche suivie par la Commission pour le sujet « Détermination du droit international coutumier ». Cette importante question n'a été abordée que par un nombre relativement réduit d'États, qui ont commenté l'approche suivie pour la critiquer. Il convient de prêter attention aux préoccupations ainsi exprimées, pour que les États aient la possibilité de commenter les travaux de la Commission et d'y participer pleinement en présentant des observations écrites ainsi que dans le cadre de la Semaine du droit international célébrée chaque année. Tel est le fondement de la légitimité des travaux de la Commission en tant qu'organe constitué de juristes indépendants qui, bien qu'ils soient élus sur proposition des États et par les États, ne représentent pas ceux-ci. L'expérience porte à croire que, eu égard en particulier au climat actuel de rejet général du droit international et des institutions internationales, la Commission pourra vouloir procéder avec prudence en plénière afin de ne pas nuire à sa propre cause, s'agissant en particulier de sujets délicats comme celui à l'examen.

D'autres membres ont toutefois souligné à juste titre qu'il s'agissait de questions qui devraient probablement être examinées dans le cadre du Groupe de travail sur les méthodes de travail qui pourrait, sur cette question et les méthodes de travail en général, établir un rapport succinct qui serait reproduit dans le rapport annuel de la Commission à l'Assemblée générale. M. Jalloh dit qu'il note avec satisfaction que la Commission semble disposer de suffisamment de temps pour pouvoir mener un examen approfondi de ses méthodes de travail à la session en cours. Il indique qu'à l'issue des débats en plénière, il présentera la proposition que le précédent Président de la Commission, M. Valencia-Ospina, lui a demandé d'élaborer sur l'utilisation des termes « conclusions », « directives » et « principes » pour désigner le résultat des travaux de la Commission et qu'il attend avec intérêt de pouvoir s'en entretenir avec les autres membres de la Commission.

Deuxièmement, comme l'indique le Rapporteur spécial dans son rapport, plusieurs délégations ont, à la Sixième Commission, souligné qu'il importait, dans la formulation des projets de conclusion, de faire fond sur la pratique des États et non sur les considérations théoriques et la doctrine. M. Jalloh dit qu'à cet égard, sur un sujet de caractère relativement abstrait et théorique comme le *jus cogens*, il se joint aux États et membres de la Commission qui se sont déjà félicités de l'accent mis par le Rapporteur spécial sur la pratique étatique et internationale dans son quatrième rapport et ses rapports précédents. Il souscrit en particulier à l'opinion de l'Afrique du Sud, de l'Autriche, du Brésil, du Japon et du Portugal, citée dans la note de bas de page 44 du quatrième rapport, selon laquelle la Commission a réalisé un équilibre adéquat entre théorie et pratique dans le cadre de ses travaux.

Passant à la question du *jus cogens* régional, M. Jalloh rappelle que durant le débat qui a eu lieu sur le sujet l'année où il a pris ses fonctions de membre de la Commission, il avait déclaré garder l'esprit ouvert. Ayant eu depuis le bénéfice de l'examen approfondi de la question figurant aux paragraphes 21 à 47 du quatrième rapport, y compris les vues de plusieurs États, dont la Finlande et les autres pays nordiques, la Malaisie, la Thaïlande et l'Afrique du Sud, et de l'opinion des membres de la Commission, notamment M. Murase,

M^{me} Lehto et M. Nguyen, telle qu'exprimée en plénière, il peut souscrire à l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle la notion soulève un si grand nombre de difficultés théoriques et est si lourde de conséquences qu'elle risque fort d'aller à l'encontre du concept même de *jus cogens* au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

Plusieurs membres de la Commission, qui admettent la notion de *jus cogens* régional, ont cité des normes qui se sont fait jour dans différentes régions comme l'Afrique, l'Europe et les Amériques et peuvent être considérées comme revêtant un caractère fondamental dans ces régions. S'il n'est pas contestable qu'il existe probablement de nombreuses normes qui ont un caractère plus fondamental dans certaines régions du monde que dans d'autres, la Commission n'a pas à examiner le développement de ces normes, notamment la notion d'ordre public européen ou africain, qui souvent contribuent à promouvoir les droits de l'homme et d'autres principes. La question de ces normes régionales de rang supérieur ne se pose pas, sauf si l'on entend le terme « *jus cogens* » en un sens général, et non au sens technique qui est le sien dans la Convention de Vienne de 1969 et dans les projets de conclusion provisoirement adoptés par la Commission. M. Jalloh dit que pour cette raison, et comme nombre d'autres membres de la Commission, il souscrit pleinement à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 47, à savoir qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer dans un projet de conclusion que le droit international ne reconnaît pas la notion de *jus cogens* régional, et qu'une brève explication dans le commentaire est suffisante. Il faudra veiller à cet égard à ne pas rejeter l'idée qu'il existe des normes supérieures dans diverses régions.

La seconde question, que le Rapporteur spécial posait déjà dans son premier rapport, est « celle de savoir s'il convient ou non d'établir, comme indiqué dans le plan d'étude, une liste indicative de normes ayant actuellement le statut de *jus cogens* ». Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial examine les arguments pour et contre l'établissement d'une telle liste et il conclut que la Commission devrait en établir une. M. Jalloh dit qu'il craint personnellement qu'une liste, quelle que soit la clarté des explications données, soit considérée comme exhaustive. De plus, il ne faut pas faire obstacle à l'apparition de nouvelles normes de *jus cogens*, par exemple dans le domaine de l'environnement évoqué la veille par M^{me} Oral. M. Jalloh dit qu'il souscrit néanmoins à l'opinion selon laquelle, dès lors qu'elle est établie avec soin, une liste indicative et non exhaustive peut être utile et contribuer au développement de ce domaine du droit international. Il convient également qu'une telle liste, si elle est présentée avec prudence, démontrera comment les critères définis par la Commission dans le cadre des travaux sur le sujet, lesquels ont également pour objet d'explicitier les conséquences du *jus cogens*, peuvent être appliqués.

L'existence d'une telle liste aura bien entendu des conséquences. Le Rapporteur spécial propose d'en limiter le contenu aux exemples de normes impératives déjà désignées comme telles par la Commission. Il s'agit d'un bon point de départ, car ainsi il ne sera pas nécessaire de mener un examen plus approfondi des normes susceptibles de figurer dans la liste, et également parce qu'élaborer une telle liste *ab nihilo* serait, du point de vue méthodologique, extraordinairement complexe. Une liste ainsi élaborée risquerait même d'être rejetée par les États et, de fait, par la communauté internationale, y compris la société civile. Les difficultés inhérentes à l'établissement d'une liste ne doivent toutefois pas être méconnues et la Commission doit effectivement être prudente, de crainte qu'on lui reproche d'être allée trop loin ou de ne pas être allée assez loin. Elle risque de ne satisfaire personne et, peut-être plus important, d'entraver le développement du droit international.

Les membres devraient tenir compte, par exemple, de ce qu'implique l'utilisation d'une liste remontant à la période qui a suivi immédiatement la décolonisation, celle d'un monde bipolaire marqué par la Guerre froide et la peur de l'anéantissement nucléaire. La Déclaration internationale des droits de l'homme venait alors d'être élaborée et ses implications n'étaient pas encore bien comprises. C'était la période d'avant les ordinateurs, Internet et les médias sociaux. Le monde actuel est très différent de ce monde-là. Or la liste proposée par le Rapporteur spécial énumère les normes impératives les plus largement reconnues à l'époque et reflète les préoccupations de cette période. Elle repose sur les exemples présentés dans les commentaires du projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, dans lesquels la Commission soulignait que l'emploi de la force, contraire aux

principes de la Charte des Nations Unies, était un exemple de norme pouvant avoir le caractère de *jus cogens*. Les commentaires en question visaient également l'interdiction de l'esclavage, la piraterie, le génocide et d'autres crimes de droit international. Dans la version finale du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission s'est délibérément abstenue de donner des exemples concrets de normes du *jus cogens*. Cela a peut-être constitué un choix judicieux, mais la notion de *jus cogens* fait désormais partie de l'imaginaire juridique international.

Il n'existait pas à l'époque de critère simple permettant de déterminer si une règle du droit international général relevait du *jus cogens*. La liste de ces règles est demeurée plus ou moins la même au fil des décennies ; c'est ainsi qu'elle apparaît de nouveau dans les commentaires des articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. Pour M. Jalloh, il est prudent de s'en tenir à cette liste, et il est judicieux de le faire s'agissant d'un sujet délicat ayant des implications systémiques. C'est peut-être pour des raisons comparables que la Cour internationale de Justice s'est montrée relativement prudente lorsqu'elle a visé le *jus cogens* dans des décisions. Bien que celui-ci soit souvent cité dans les opinions individuelles de plusieurs juges, et encore en février 2019 en relation avec l'avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, le *jus cogens* n'a été expressément mentionné que dans très peu d'affaires.

En bref, les travaux sur le sujet, qui sont menés avec prudence, offrent à la Commission l'occasion d'être utile à la communauté internationale, de faire preuve de créativité et de réellement s'acquitter de son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international. Si les organes internationaux tels que la Cour internationale de Justice sont prudents lorsqu'il s'agit de donner de « nouveaux » exemples de normes impératives, divers organes judiciaires et autres ont, aux niveaux national, régional et international, avancé des idées quant à ce qui peut constituer le *jus cogens*.

M. Jalloh dit qu'il souhaite évoquer brièvement certains des droits que les États ont acceptés mais ne considèrent pas encore comme relevant du *jus cogens* au niveau international. Il entend aborder la question du point de vue des droits de l'homme, du point de vue de ceux dont trop souvent le droit ne tient pas compte : les êtres humains ordinaires pour lesquels la promesse du *jus cogens* est la promesse d'une sorte de salut juridique. Les normes de *jus cogens* en question comprennent l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, le droit au mariage homosexuel et le droit à la vie.

Le droit à l'égalité sans discrimination aucune est un principe fondamental du droit des droits de l'homme et est inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans des instruments internationaux et régionaux. Ce droit découle plus ou moins du consensus selon lequel la discrimination arbitraire est interdite par le droit international, un principe qui a trouvé son expression la plus claire dans les Amériques, où la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé que le droit à l'égalité sans discrimination aucune était devenu une norme établie du *jus cogens*. Si l'interdiction de la discrimination raciale est considérée comme une norme du *jus cogens*, on ne peut apparemment pas en dire de même de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, en particulier la discrimination à l'égard des femmes, qui pour M. Jalloh est très troublante. On peut bien entendu faire valoir que des normes de *jus cogens*, par exemple l'interdiction des crimes contre l'humanité, protègent les femmes contre certaines infractions fondées sur le sexe, comme la discrimination, la traite des femmes, la prostitution forcée et le mariage forcé, mais en l'état actuel des choses, il semble qu'au niveau international davantage de poids soit accordé à l'interdiction de la discrimination raciale qu'à celle de la discrimination fondée sur le sexe.

Un second exemple est celui du droit à la vie ou, plus précisément, de l'interdiction ou de l'abolition de la peine de mort, un autre exemple de norme largement acceptée. Au moins 111 pays ont aboli la peine de mort en droit ou en fait, ce qui reflète une coutume en voie de formation quant à l'inadmissibilité de la peine capitale ; ce chiffre ne représente toutefois que 66 % des pays du monde et non la « très large majorité » requise par les projets de conclusion de la Commission. La Déclaration universelle des droits de l'homme

évoque le droit à la vie, mais ce droit a depuis été plus substantiellement défini dans des instruments régionaux.

M. Jalloh propose que la Commission fasse une pause et réfléchisse à des exemples qui n'ont pas été retenus mais qui jouissent manifestement d'un certain appui au sein de la communauté internationale et pourraient peut-être figurer dans la liste indicative. En 1966, les rédacteurs de la Convention de Vienne sur le droit des traités se sont abstenus de faire figurer une telle liste dans cet instrument. En 2019, la Commission peut aller plus loin, faire preuve d'audace en établissant une liste ambitieuse et peut-être faire œuvre de pionnière en y visant davantage de normes. L'essentiel est que la liste établie dans les années 1960 est désormais largement acceptée par les États. Un compromis peut être trouvé si les membres œuvrent de concert pour déterminer quelle est la valeur ajoutée du projet, en utilisant avec prudence les exemples les mieux établis sans empêcher les évolutions dans d'autres domaines importants.

En conclusion, M. Jalloh remercie le Rapporteur spécial des efforts qu'il a déployés au fil des ans pour faire avancer les travaux sur le sujet. Certes, d'importantes questions ont été soulevées par plusieurs membres de la Commission, notamment des questions méthodologiques. Bien que des solutions de compromis aient été proposées, elles devront être clarifiées. Quelle que soit la décision que prendra finalement la Commission, en particulier si elle parvient à un compromis satisfaisant pour les membres et, plus important, pour les États ayant des positions opposées au sujet de la liste, M. Jalloh dit qu'il souscrit pleinement à l'objectif du Rapporteur spécial de mener à bien la première lecture à la session en cours. La prudence s'impose toutefois : il serait souhaitable, pour rendre justice à cet important sujet, à cet important domaine du droit international et à l'autorité dont jouit la Commission, que les membres œuvrent de concert dans la collégialité pour répondre à toutes les préoccupations exprimées et à toutes les questions complexes qui se sont fait jour lors du mini-débat qu'il a tenu la veille avec M. Murphy.

M. Jalloh souligne qu'étant donné les observations positives qu'il vient de faire, il va sans dire qu'il appuie le renvoi du projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

M. Huang remercie le Rapporteur spécial d'avoir remis son quatrième rapport en temps voulu et d'en avoir fait une présentation orale concise. Comme les trois précédents, ce rapport est très ambitieux et dénote un espoir de réaliser une avancée décisive sur certaines questions extrêmement controversées. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 54, « la Commission manquerait une occasion en ne présentant rien ». Si l'ambition, l'énergie et le courage du Rapporteur spécial sont admirables, en matière de recherche la démarche consistant à vouloir à tout prix réaliser des avancées n'est ni scientifique ni judicieuse. La Commission n'est pas un institut de droit international purement académique ni une instance privée de codification mais un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies dont les travaux font partie intégrante de l'activité normative officielle et multilatérale de la communauté internationale.

Les États sont toujours la source et le moteur du développement progressif et de la codification du droit international. Le résultat des travaux de la Commission doit refléter un monde diversifié et les différentes cultures juridiques et être largement accepté. À cette fin, il est nécessaire de rechercher le plus grand dénominateur commun tant au sein de la Commission que parmi les États Membres. C'est pourquoi le travail de développement et de codification du droit international de la Commission doit reposer sur la pratique objective des États et non sur un intérêt académique personnel ou une idéologie, et ne pas être mené à des fins subjectives ou utilitaires. En particulier lorsqu'elle examine des questions juridiques précises, la Commission doit mettre l'accent sur la pratique et l'*opinio juris* des États. Lorsqu'une règle qui est proposée relève du développement progressif du droit international, il convient d'être extrêmement prudent et de ne pas promouvoir à tout prix une évolution ni tenter, au risque de donner lieu à des débats sans fin, de transcender la réalité pour « édicter des règles » à l'intention des membres de la communauté internationale.

M. Huang souligne en particulier que les derniers projets de conclusion sur le *jus cogens* ne doivent pas porter sur des questions controversées et délicates. Certains des projets de conclusion proposés dans les trois précédents rapports ont donné lieu à de vifs

débats au sein de la Commission et à la Sixième Commission, en particulier celui relatif à l'effet des résolutions du Conseil de sécurité et celui déniaut aux représentants de l'État l'immunité *ratione materiae*. Dans ces domaines extrêmement délicats du développement progressif du droit international, la Commission ne doit pas aller trop loin, car toute modification de principes ou normes du droit international contemporain existant de longue date risque d'avoir de graves conséquences, voire d'ébranler les fondements de l'ordre international. M. Huang espère donc que le Rapporteur spécial pourra envisager les questions controversées avec la plus grande ouverture d'esprit, sans exclusive aucune et dans un souci de compromis. Il rappelle que lorsqu'à sa soixante-dixième session la Commission a examiné les questions controversées faisant l'objet des projets de conclusions 22 et 23, les projets de conclusion initialement proposés ont été judicieusement retirés et remplacés par une clause « sans préjudice », et qu'à la session en cours le Comité de rédaction a décidé de ne pas viser expressément le Conseil de sécurité dans le projet de conclusion 17. M. Huang se dit convaincu que les efforts du Rapporteur spécial aideront la Commission à parvenir à un consensus en tenant compte dans une certaine mesure des préoccupations exprimées par de nombreux États à la Sixième Commission.

Une question méthodologique se pose également à cet égard. La Commission est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale qui jouit d'une excellente réputation en matière de codification et de développement du droit international. Chacune de ses conclusions doit être étayée par des éléments de preuve convaincants et des arguments solides et rigoureux. Il faut pour cela que la Commission, lorsqu'elle élabore chacune de ses conclusions, réfrène son imagination et ne fasse pas prévaloir des hypothèses théoriques sur les faits objectifs, ni des propositions doctrinales sur la pratique des États. Elle doit aussi, autant que faire se peut, éviter de recourir à l'analogie ou à des preuves indirectes pour arriver à des conclusions qui risquent d'être extrêmement controversées. Cela est particulièrement important dans le cadre du sujet à l'examen.

S'agissant des questions spécifiques dont traite le rapport, M. Huang dit qu'il souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle « la notion de *jus cogens* régional n'est pas étayée par la pratique des États ». Le Rapporteur spécial fait valoir de manière convaincante qu'établir l'existence d'un *jus cogens* régional se heurte à quatre difficultés. Dans les faits, la pratique des États en matière de *jus cogens* régional est quasiment inexistante. Il n'est pas possible de déduire par analogie l'existence d'un *jus cogens* régional de l'existence d'un droit international coutumier régional. De fait, un tel droit existe en Amérique latine, et ses règles ont été respectées et approuvées par la communauté internationale. Il n'existe toutefois aucun fondement comparable pour le *jus cogens* régional. De plus, comme le souligne le Rapporteur spécial, si le *jus cogens* régional existait, ses conséquences juridiques seraient pleines de contradictions et presque tous les projets de conclusion examinés dans le troisième rapport soulèveraient d'énormes difficultés, ce qui rend son existence totalement impossible.

Du point de vue théorique, il est inconcevable qu'un *jus cogens* régional puisse jamais satisfaire à la définition des normes impératives du droit international général figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier la nécessité pour ces normes d'être « reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Son existence serait en effet fondamentalement illogique : comment une région peut-elle représenter l'ensemble de la communauté internationale ? De plus, il n'aurait pas la nature générale du *jus cogens* telle que définie dans le projet de conclusion 2 sur le sujet, à savoir que ses normes « reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale ». De nombreux États ont exprimé les mêmes préoccupations à la Sixième Commission. Reconnaître l'existence d'un *jus cogens* régional aggraverait également la fragmentation du droit international. M. Huang dit que pour toutes ces raisons, il appuie la décision du Rapporteur spécial de ne pas formuler de projet de conclusion sur le *jus cogens* régional.

En ce qui concerne la liste indicative de normes du *jus cogens*, il importe que la Commission décide en premier lieu s'il est nécessaire et possible d'établir une telle liste. Si la majorité de ses membres juge que cela est inutile au stade actuel ou qu'il semble impossible, bien que cela soit nécessaire, d'établir une telle liste en temps voulu, la

Commission devrait s'abstenir d'ouvrir un long débat improductif quant aux règles ayant acquis le statut de *jus cogens*.

M. Huang dit que, dans l'ensemble, il pense comme Sir Michael Wood qu'une liste indicative de normes de *jus cogens*, qu'elle figure dans le projet de conclusions ou dans une annexe, risque fort de créer de nouveaux problèmes. La Commission fait de nouveau face aux deux mêmes difficultés qu'en 1966 lorsqu'elle a élaboré son projet d'articles sur le droit des traités, à savoir la crainte de s'enliser dans des débats prolongés, et celle de créer des malentendus quant aux normes ne figurant pas dans la liste. L'histoire a montré que la Commission avait bien fait de ne pas faire figurer de liste dans son projet d'articles sur le droit des traités.

Comme indiqué dans le projet de conclusion 3, la principale caractéristique des normes de *jus cogens* est qu'elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble. La Commission n'est pas à même de déterminer, au nom de la communauté internationale des États, si une norme a acquis le statut de *jus cogens*. Elle peut certes établir la liste des normes de *jus cogens* déjà acceptées et reconnues par la communauté internationale des États, mais cela ne présenterait guère d'intérêt, car les règles en question sont généralement évidentes, ont été universellement acceptées et n'appellent pas un examen approfondi.

De surcroît, il est extrêmement probable que l'élaboration d'une liste indicative de normes de *jus cogens* altérerait substantiellement la nature du sujet à l'examen ; la Commission doit faire de son mieux pour l'éviter. M. Huang appelle l'attention sur les similitudes existant entre ce sujet et d'autres, par exemple la détermination du droit international coutumier et la responsabilité de l'État, pour lesquels la Commission n'a pas tenté d'établir une liste de règles coutumières ni d'énumérer les actes constituant des faits internationalement illicites. La Commission doit suivre la même approche dans le cadre du sujet à l'examen.

En ce qui concerne la méthode de travail adoptée, l'objet de la stratégie, que l'on pourrait qualifier d'« ambiguïté tactique », adoptée par le Rapporteur spécial face aux questions controversées est compréhensible. Toutefois, en l'absence de critères clairement définis quant à ce qui confère à une norme donnée le caractère de *jus cogens* – « les règles fondamentales du droit international humanitaire » étant l'exemple le plus évident dans la liste indicative – il est difficile même pour la Commission de savoir exactement quelles règles sont visées dans cette liste. Les quatre termes utilisés au paragraphe 116 du rapport pour définir les « règles fondamentales du droit international humanitaire » ne désignent pas les mêmes notions. En l'absence de définition claire, il est difficile pour la Commission de conclure que certaines règles ont déjà été reconnues comme des normes du *jus cogens*. M. Huang dit qu'il partage donc l'opinion exprimée par M. Murase, à savoir que si une telle liste devait être établie, le champ d'application de chaque norme de *jus cogens* devra être clairement délimité et qu'il faudra pour cela étudier de manière approfondie chacune des normes devant figurer dans la liste ; la Commission ne pourra donc achever rapidement ses travaux sur le sujet.

On ne saurait nier que le statut de *jus cogens* de certaines normes a été reconnu par la communauté internationale, mais inclure ces normes dans une liste indicative risquerait d'entraîner des débats d'une longueur excessive. Les normes que le Rapporteur spécial propose de faire figurer dans la liste relèvent pour l'essentiel du droit international des droits de l'homme, en particulier du droit pénal international, tel qu'il s'est récemment développé. Or les normes en question soit sont extrêmement controversées, soit ne sont pas suffisamment bien définies. L'interdiction des disparitions forcées, par exemple, a été citée comme pouvant constituer une norme du *jus cogens*. Pour M. Huang, cette interdiction est surtout une obligation des États parties à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; elle est loin d'être reconnue comme une norme du *jus cogens* par la communauté internationale. Si la Commission décide d'établir une liste indicative de normes du *jus cogens*, les normes y figurant doivent être sélectionnées objectivement et impartialement. M. Huang dit qu'il appuie l'objectif fixé par le Rapporteur spécial pour la Commission, à savoir adopter le projet de conclusions en première lecture à la session en cours, mais qu'il n'est pas réaliste de compter qu'une liste indicative acceptable pour tous pourra être établie en un laps de temps aussi bref. Il serait

de plus irresponsable d'adopter le projet de conclusions, y compris une liste indicative, dans la hâte ; soucieux de la réputation de la Commission, M. Huang s'y opposerait.

En résumé, M. Huang dit qu'il n'est pas favorable au stade actuel au renvoi du projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

M. Rajput remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, un document à la foi concis et exhaustif.

M. Rajput dit qu'à l'instar du Rapporteur spécial, il rejette la notion de *jus cogens* ; le Rapporteur spécial a bien démontré dans son rapport que la construction théorique du *jus cogens* régional contredisait l'universalité, la caractéristique principale d'une norme de *jus cogens*. De fait, aux termes du paragraphe 1 du projet de conclusion 3 et de l'alinéa b) du projet de conclusion 4, l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble sont l'un des principaux critères d'identification des normes du *jus cogens*. M. Rajput dit qu'il souscrit à la plus grande partie de l'analyse par le Rapporteur spécial des arguments découlant de cette contradiction, à l'exception des réserves théoriques formulées au paragraphe 29. En effet, la notion de *jus cogens* régional ne peut être contestée en invoquant l'absence de définition du terme « région », qui n'est pas toujours strictement géographique. Bien qu'elle soit sans conséquence aux fins des travaux sur le sujet, cette difficulté conceptuelle concernant le sens du terme « région » peut affecter le droit coutumier régional.

Les auteurs qui affirment que le *jus cogens* régional existe semblent viser le droit coutumier régional et non le *jus cogens* régional proprement dit. Bien que certains développements, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, soient propres à une région, les normes qui en résultent ne sont pas nécessairement supérieures aux autres normes à l'intérieur ou à l'extérieur de cette région. Certaines régions peuvent avoir des normes de caractère fondamental qui leur soient propres, mais ces normes régissent les relations au sein de la région concernée ; elles peuvent au mieux être qualifiées de droit coutumier régional, car il ne s'agit pas de normes auxquelles il ne peut être dérogé. Si tel était le cas, elles risqueraient d'entrer en conflit avec des obligations découlant de normes du *jus cogens*, voire d'autres obligations généralement applicables au sein de la communauté internationale dans son ensemble.

La plupart des membres estiment qu'il ne faut pas mentionner le *jus cogens* régional, que ce soit dans le texte du projet de conclusions ou dans les commentaires y relatifs ; M. Rajput dit qu'il partage cette opinion. Si le commentaire devait toutefois mentionner le *jus cogens* régional, il devrait le faire pour rejeter cette notion sur le fondement des arguments convaincants formulés par le Rapporteur spécial dans son rapport.

De plus, un problème pratique majeur est exposé au paragraphe 34 du rapport : si une norme est considérée comme une norme de *jus cogens* régional, tous les traités conclus par les États de la région concernée en conflit avec cette norme seront nuls. Bien que le Rapporteur spécial affirme qu'« il est inconcevable que de les traités conclus avec des États tiers soient aussi frappés de nullité », cette possibilité existe, puisqu'un État de la région concernée peut contester un traité qu'il a conclu avec un État extérieur à la région en invoquant un conflit avec une norme de *jus cogens* régional. De plus, il n'y a pas de pratique des États étayant l'existence d'un *jus cogens* régional ; en fait, les États ont rejeté cette notion, et la Commission ne doit pas la consacrer.

S'agissant de la liste indicative de normes du *jus cogens*, deux positions semblent s'être fait jour lors du débat sur le sujet. La première est que la liste offre à la Commission l'occasion d'indiquer quelles normes sont en fait des normes du *jus cogens*, et la seconde est que la Commission peut établir une liste de normes impératives en appliquant les règles et critères qu'elle a définis jusqu'ici. Si la Commission décide de se lancer dans l'établissement d'une liste comme celle figurant dans le projet de conclusion 24, il lui faudra beaucoup de temps pour s'entendre sur les normes devant y figurer, ainsi que sur le champ d'application et le contenu de chacune d'elles.

On pourrait considérer que la liste indicative proposée ne pose aucun problème en ce que le Rapporteur spécial s'est contenté de reprendre les normes désignées comme impératives par la Commission dans le cadre de travaux antérieurs. Comme indiqué dans le

rapport, le Rapporteur spécial n'entend pas prendre position sur le statut de ces normes. Qu'une liste soit proposée dans le texte du projet de conclusions ou dans une annexe, il faudra à la Commission plusieurs années pour s'entendre sur chacune des normes devant y figurer. Certains semblent être tentés de déclarer simplement que les normes énumérées dans le projet de conclusion 24 sont des normes dont le caractère de *jus cogens* est évident et ne peut être contesté. Les travaux menés jusqu'ici par la Commission l'auront été en vain si, après avoir déployé tant d'efforts pour définir plusieurs critères d'identification des normes du *jus cogens*, la Commission devait maintenant invoquer l'évidence pour déclarer que telle ou telle norme est une norme du *jus cogens*. Il en serait ainsi même si la Commission décidait de se contenter de reproduire les normes qu'elle a par le passé qualifiées de normes du *jus cogens*. La Commission n'a pas eu à l'époque la possibilité d'analyser ces normes en profondeur ni, comme elle s'y emploie depuis le début de ses travaux sur le sujet, de définir les critères permettant de les identifier comme des normes de *jus cogens*.

Un manque de rigueur dans l'établissement d'une liste indicative de normes du *jus cogens* est problématique, comme il est apparu lors du débat de la Commission sur le sujet. Par exemple, on voit mal, s'agissant de la liste proposée dans le projet de conclusion 24, quel aspect du droit à l'autodétermination est considéré comme une norme impérative. On pourrait ainsi faire valoir que le droit de sécession relève du droit à l'autodétermination ; or, pour M. Rajput, il n'est pas douteux que, comme lui-même, de nombreux membres de la Commission contesteraient vigoureusement cette affirmation. D'autres éléments de la liste, par exemple l'interdiction de l'esclavage, les règles fondamentales du droit international humanitaire et l'interdiction de l'agression et de l'emploi agressif de la force, posent des problèmes comparables. Les normes à inclure dans une liste indicative nécessiteront donc de longs débats et des éclaircissements.

Le fait que la liste de huit normes proposée dans le projet de conclusion 24 soit seulement « indicative » peut également être problématique, car il risque de renforcer la tendance dangereuse à allonger la liste des normes du *jus cogens*. Jusqu'à présent, une norme de *jus cogens* pouvait faire échec à un traité ; l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités permet de soumettre les différends en la matière à la Cour internationale de Justice. Or, compte tenu du large éventail de questions relevant du présent sujet, le résultat des travaux de la Commission, une fois qu'une norme aura été qualifiée de norme impérative, touchera de nombreux aspects des relations internationales, y compris les sources et la responsabilité de l'État.

Même s'il est indiqué que la liste n'est qu'indicative, le fait que certaines normes importantes n'y figurent pas risque de soulever diverses questions. On peut citer à cet égard la prévention et la répression du terrorisme, une norme fondamentale sur laquelle la communauté internationale s'est mise d'accord et qui a acquis le statut de *jus cogens*. En ne faisant pas figurer cette norme dans la liste indicative, la Commission risque de susciter des questions quant au statut exact d'une norme répondant à une préoccupation actuelle de la communauté internationale.

S'agissant de normes pouvant relever du *jus cogens*, M. Rajput dit qu'il souscrit à l'observation faite par M. Hassouna à la 3460^e séance de la Commission en ce qui concerne la règle du non-refoulement qui, même dans le cadre de la Convention relative au statut des réfugiés, n'a pas un caractère absolu puisqu'elle souffre une dérogation liée à la sécurité nationale. Si la Commission considère que pour être impérative une norme ne doit admettre aucune dérogation et si un traité prévoit lui-même des dérogations à une norme, on voit mal comment la Commission pourrait désigner cette norme comme une norme impérative. De plus, le principe du non-refoulement est appliqué différemment selon les divers régimes conventionnels.

Pour M. Rajput, au stade actuel la Commission ne doit pas proposer une liste de normes, que ce soit dans le projet de conclusions ou dans une annexe. Toutefois, si d'autres membres et le Rapporteur spécial souhaitent qu'une telle liste soit établie, un compromis acceptable pourrait consister à la faire figurer dans les commentaires. M. Rajput dit qu'étant donné les observations qu'il vient de faire quant au fond du rapport, il ne juge pas opportun de renvoyer le projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

S'agissant de la méthodologie, M. Rajput dit qu'il souhaite réaffirmer une opinion qu'il a déjà exprimée, à savoir que les commentaires devraient être disponibles pour adoption en même temps que les projets de conclusion. Il est grand temps que le Groupe de travail sur les méthodes de travail tienne compte des observations des États concernant la nécessité d'établir les commentaires dans l'année qui suit la publication des projets de conclusion.

La séance est levée à 11 h 45.