Provisoire

Réservé aux participants

8 novembre 2019
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante et onzième session (Première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3462e séance
Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 14 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@un.org).

GE.19-07858 (F) 071119 081119

1907858

Merci de recycler

Présents :

Président :	M. Šturma
Membres :	M. Argüello Gómez
	M. Aurescu
	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. 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 10.

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

M. Aurescu, se félicitant que le Rapporteur spécial expose exhaustivement, dans son quatrième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (A/CN.4/727), l'état de la doctrine sur la question du *jus cogens* régional, dit que certaines références ne sont pas nécessairement pertinentes. Par exemple, le Rapporteur spécial fait valoir que les vues de Grigory Tounkine concernant les normes applicables dans les États socialistes durant la guerre froide présentent un intérêt théorique bien que les normes elles-mêmes ne soient plus valides. Il finit toutefois par conclure qu'en fait ces normes ne relèvent pas du *jus cogens* mais constituent un ensemble régional de règles de droit international, et indique même que Tounkine lui-même n'a pas dit qu'il s'agissait de normes du *jus cogens*. Cette référence aurait donc pu être omise.

Il aurait été souhaitable que le Rapporteur spécial s'arrête plus longuement sur la pratique des États concernant le *jus cogens* régional, cette pratique n'étant visée que dans le paragraphe exposant les vues exprimées en 2018 à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Les juridictions et commissions internationales ne sont mentionnées qu'incidemment, et les différences et similarités entre les systèmes interaméricain, européen et africain de protection des droits de l'homme et les instruments juridiques sur lesquels ils reposent auraient pu être envisagées plus exhaustivement ; il aurait en particulier été intéressant de savoir si ces systèmes pourraient à l'avenir créer des normes de *jus cogens* régional. M. Aurescu dit qu'il est loin de souscrire à l'affirmation figurant au paragraphe 45 du rapport selon laquelle le droit au développement et le droit à l'environnement sont des droits « collectifs » : il s'agit comme tous les autres droits de l'homme de droits individuels quoique susceptibles d'être exercés collectivement.

Notant que le rapport n'analyse pas directement la pratique des États en matière de *jus cogens* régional, M. Aurescu souscrit pleinement à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle cette notion n'est pas étayée par la pratique des États. Il convient également que la Commission ne doit pas élaborer de projet de conclusion indiquant que le droit international existant ne reconnaît pas la notion de *jus cogens* régional, même s'il aurait souhaité que le rapport explique pourquoi. Selon lui, la question du *jus cogens* régional ne relève pas du sujet tel qu'il est actuellement défini.

S'agissant de la liste indicative de normes impératives proposée par le Rapporteur spécial, M. Aurescu relève que celui-ci a choisi d'utiliser l'expression « interdiction de l'agression » de préférence aux autres expressions possibles et dit que la décision d'utiliser le terme « agression » et non le terme « emploi de la force » aurait dû être expliquée plus en détail, puisque la plupart des citations figurant dans le rapport utilisent ce dernier terme. Il relève également l'absence de toute mention de l'interdiction de la menace de l'emploi de la force qui, avec l'interdiction de l'emploi de la force, est considérée par de nombreux auteurs comme un principe fondamental du droit international et donc comme une norme impérative. Il souhaiterait savoir si le Rapporteur spécial considère que la menace de l'emploi de la force doit figurer dans la liste.

Le Rapporteur spécial relève que, bien que la Cour internationale de Justice n'emploie pas les termes « *jus cogens* », « normes impératives » ou « obligations *erga omnes* », les termes qu'elle utilise pour qualifier l'interdiction du génocide concordent avec la description du *jus cogens* mais il aurait été utile de définir la relation entre obligations *erga omnes* et normes du *jus cogens* au paragraphe 78, où elle est mentionnée pour la première fois. Il y est fait référence plus loin dans le rapport, mais l'explication donnée au paragraphe 93 de celui-ci n'est pas convaincante : le Rapporteur spécial y affirme que les notions d'obligations *erga omnes* et de normes du *jus cogens* sont liées quoique distinctes ; or si les unes et les autres sont dans une certaine mesure comparables en ce qu'elles s'adressent et sont opposables à l'ensemble de la communauté internationale, certaines obligations *erga omnes*, par exemple les dispositions conventionnelles créant une organisation internationale, ne relèvent pas à proprement parler du *jus cogens*. Il est donc difficile de conclure qu'une norme qui peut être qualifiée d'*erga omnes* est également une norme du *jus cogens*, comme le rapport semble l'indiquer.

M. Aurescu dit qu'il convient que l'interdiction du génocide, comme celle de l'apartheid et de la discrimination raciale, doit figurer dans la liste de normes du *jus cogens* si la Commission décide d'en établir une. À cet égard, le Rapporteur spécial aurait dû expliquer pourquoi il a décidé de considérer l'apartheid et la discrimination raciale comme un seul fait, certes « composite », et quelles similarités et différences existant entre ces deux notions justifient l'inclusion de l'une et l'autre dans la liste.

M. Aurescu appuie l'idée d'une liste indicative de normes du *jus cogens*, liste qui devrait demeurer ouverte, car de nouvelles normes pourront se faire jour à l'avenir. Cette liste devrait toutefois être qualifiée de « non-exhaustive » et non d'« indicative » et ne devrait pas se limiter aux seules normes déjà qualifiées par la Commission de normes impératives. Elle devrait dépasser ces limites afin de favoriser la production de preuves supplémentaires de l'acceptation et de la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble du caractère impératif d'autres normes, comme indiqué au paragraphe 122 du rapport à l'examen ; à défaut, elle aura un effet dissuasif. M. Aurescu dit que, pour cette raison, d'autres normes impératives devraient figurer dans la liste dès lors que leur inclusion est justifiée par des preuves de leur acceptation et leur reconnaissance en tant que normes du *jus cogens*. Le droit à la vie devrait y figurer, tout comme l'interdiction du terrorisme. M. Aurescu dit qu'il fait sienne la question posée par M. Murase, à savoir pourquoi seuls certains des principes fondamentaux du droit international y figurent, et en particulier pourquoi y figurent deux seulement des sept principes fondamentaux du droit international visés par l'Assemblée générale dans la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, alors que les cinq autres sont eux aussi généralement considérés comme relevant du *jus cogens*.

M. Aurescu dit qu'il comprend et approuve dans leur principe les arguments avancés contre l'inclusion d'une telle liste dans le projet de conclusions si la présence de chacune des normes qui y figurent n'est pas exhaustivement justifiée mais que les vives critiques formulées à l'encontre de presque toutes les normes qu'il est proposé de faire figurer dans la liste, alors même que la Commission a déjà mentionné ou invoqué ces normes par le passé, risquent de réduire la liste comme peau de chagrin et ainsi de remettre en question la validité des travaux antérieurs de la Commission.

S'agissant du projet de conclusion 24, le rapport analyse l'interdiction de l'« agression » mais l'expression « emploi agressif de la force » a été ajoutée dans le projet de conclusion. D'autres éclaircissements conceptuels sont également nécessaires en ce qui concerne la terminologie : pourquoi le terme « agression » a-t-il été préféré au terme « emploi de la force », pourquoi l'expression « l'emploi agressif de la force » a-t-elle été ajoutée et en quoi diffère-t-elle, du point de vue juridique, du terme « agression », et pourquoi la « menace de l'emploi de la force » n'a-t-elle pas été visée ? À l'instar de la liste de normes impératives figurant dans les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, l'alinéa *a)* du projet de conclusion 24 ne devrait viser que l'interdiction de l'agression.

Le commentaire de l'alinéa *d)* du projet de conclusion devrait expliquer pourquoi les notions d'apartheid et de discrimination raciale sont visées dans la même disposition. La notion d'apartheid est généralement considérée comme reposant sur la discrimination raciale et donc comme relevant de cette dernière. Ainsi, le paragraphe 2 *h)* de l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale peut être interprété comme définissant l'apartheid comme une discrimination raciale institutionalisée. L'alinéa *e)* du projet de conclusion vise les crimes contre l'humanité qui, avec l'apartheid, sont visés à l'article 7 du Statut de Rome. L'« apartheid » ne devrait donc pas être visé explicitement dans la liste, puisqu'il est déjà couvert par les dispositions relatives à la discrimination raciale et aux crimes contre l'humanité. M. Aurescu propose, afin d'étayer l'affirmation, au début du projet de conclusion, selon laquelle la liste est « [s]ans préjudice de l'existence d'autres normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », soit de supprimer la conjonction « et » figurant à la fin de l'alinéa *g)* soit de la remplacer par la conjonction « ou ». Il est également important que la Commission prenne une décision sur l'inclusion d'autres normes de *jus cogens* dans la liste.

Félicitant le Rapporteur spécial pour son travail, M. Aurescu dit qu'il appuie le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

M. Saboia dit, en ce qui concerne la méthodologie utilisée pour l'étude du sujet des normes impératives du droit international (*jus cogens*), qu'il importe effectivement de fournir aux lecteurs, en particulier aux membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, une explication claire de la teneur et la portée de chaque projet de conclusion en veillant à ce que le commentaire y relatif soit élaboré et provisoirement adopté aussi tôt que possible par la Commission. Une seconde question méthodologique concerne le choix des sources invoquées pour analyser la pratique afin de déterminer si une norme a un caractère impératif. Le Rapporteur spécial soulignait déjà dans son premier rapport sur le sujet que la pratique étatique était rare et qu'il faudrait donc recourir à des sources secondaires comme la jurisprudence des juridictions internationales. Les décisions des juridictions nationales sont indicatives de la pratique des États ; celles des juridictions internationales, en particulier la Cour internationale de Justice, sont des sources faisant autorité dans le domaine concerné, tout comme certaines résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, lorsqu'il est clair qu'elles expriment l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble.

S'agissant du *jus cogens* régional, le rapport reconnaît qu'il peut exister, dans telle ou telle région, des règles juridiques ou un système normatif hiérarchiquement supérieurs aux règles ordinaires du droit international. Des normes régionales particulières telles que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention européenne des droits de l'homme) ou des décisions telles que celle rendue par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Roach and Pinkerton v. United States* peuvent être devenues des règles coutumières de droit international régional ou avoir acquis un statut constitutionnel, ce que le groupe d'États concerné peut considérer comme essentiel. Toutefois, si de tels exemples démontrent l'existence d'un ensemble régional de règles contribuant à définir l'identité et les valeurs communes du groupe en question, ces règles ne satisfont pas au critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer si des normes ont le statut de normes impératives du droit international général. Comme indiqué dans le rapport, des questions se posent en ce qui concerne la formation de ces normes, leur non-dérogeabilité, voire la définition du terme « région ». Le fait qu'un traité violant une norme du *jus cogens* régional serait nul entre les États de la région mais non entre l'un de ces États et un État extérieur à la région montre également que les normes en question ne satisfont pas au critère de non-dérogeabilité.

La notion de *jus cogens* régional semble ainsi difficile à accepter. Comme indiqué dans les rapports précédents du Rapporteur spécial, des normes ne peuvent être considérées comme impératives si elles ne font pas partie du droit international général et ne sont pas acceptées et reconnues comme non susceptibles de dérogation par la communauté internationale des États dans son ensemble.

S'agissant d'assortir le projet d'une liste indicative et non exhaustive de normes impératives du droit international général, M. Saboia estime que la Commission ne doit pas laisser passer l'occasion qui lui est donnée de sauter le pas. En 1966, malgré l'opposition et le scepticisme, la Commission a analysé la question de l'existence de normes de *jus cogens* et de l'effet de ces normes sur les traités. Dans son commentaire du projet d'article 50, qui allait en 1969 devenir l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle a souligné que le droit de la Charte des Nations Unies concernant l'interdiction de l'emploi de la force constituait un exemple frappant d'une règle de droit international relevant du *jus cogens*. Elle a ensuite mentionné d'autres normes également susceptibles d'être considérées comme telles, mais s'est prudemment abstenue d'aller plus loin, peut-être parce que le monde était en pleine guerre froide et qu'elle a considéré qu'une disposition sur la prévention de l'agression avait plus de chances de recueillir un consensus. Les raisons d'opportunité politique de cette nature montrent que l'examen des règles secondaires, en particulier lorsqu'elles ont un caractère crucial, ne peut être cliniquement isolé de celui des règles primaires de fond.

Les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire de l'article 40 ainsi que les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international sont des textes contemporains plus généraux qui

justifient l'élaboration d'une liste des règles actuellement reconnues comme relevant du *jus cogens* telle que celle proposée au paragraphe 60 du rapport à l'examen et dans le projet de conclusion 24.

La section B du chapitre IV du rapport présente une analyse et un examen utiles de la manière dont chacune des huit catégories de règles visées dans le projet de conclusion proposé peut être envisagée dans le texte issu des travaux de la Commission sur le sujet. L'inclusion d'une liste constituerait un pas en avant prudent reposant sur des travaux antérieurs de la Commission dont le *jus cogens* n'était pas l'objet principal. Comme il est celui des travaux en cours, il faut faire ce pas. M. Saboia dit qu'il ne s'oppose donc pas à l'inclusion de la liste dans le projet de conclusion mais qu'il peut aussi accepter, puisque certains membres s'y opposent, le compromis proposé par M^me^ Galvão Teles consistant à annexer la liste au projet de conclusions. Si la Commission en décide ainsi, il lui faudra examiner la teneur de chacune des règles visées à la section B du chapitre IV. L'analyse figurant dans le rapport est utile mais le débat en plénière a montré que des éclaircissements étaient nécessaires dans plusieurs domaines. M. Saboia dit qu'il ne pense toutefois pas qu'il soit nécessaire que la Commission examine exhaustivement chaque règle, comme il lui aurait fallu le faire si ces règles avaient constitué des sujets distincts de son ordre du jour ; ce travail peut être effectué par le Comité de rédaction sur la base du rapport à l'examen et du débat en plénière.

Relevant que M. Aurescu a formulé des observations utiles en la matière, M. Saboia dit qu'il faut expliquer pourquoi le Rapporteur spécial a choisi d'utiliser le terme « interdiction de l'agression » et non le terme « interdiction de l'emploi de la force » ou une expression similaire. De plus, des éclaircissements sont nécessaires s'agissant de l'interdiction de la discrimination raciale lorsque celle-ci n'est pas liée à des situations de ségrégation institutionnalisée telles que l'apartheid. Le Rapporteur spécial invoque la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid mais non la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ni les instruments et décisions ultérieurs concernant la discrimination raciale, notamment les décisions de la Conférence mondiale de 2001 contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée.

S'agissant du droit à l'autodétermination, bien qu'il ne soit pas douteux qu'il s'agisse d'une norme impérative, comme l'ont confirmé la Cour internationale de Justice et de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, il convient effectivement de tenir compte des aspects tant internes qu'externes de l'autodétermination, ainsi que de la question de l'emploi légitime de la force. En 1993, les participants à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme ont, à l'issue d'intenses négociations, mis au point une solution de consensus sur la question en associant le libellé de l'article 1 commun du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels à celui de la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international et celui de la résolution 47/83 de l'Assemblée générale sur le droit à l'autodétermination. A pu ainsi être adopté sans vote, dans le cadre d'une conférence à laquelle participaient les représentants de plus de 190 États, le paragraphe 2 de la Déclaration de Vienne, paragraphe dont certaines dispositions pourraient être reflétées dans les commentaires.

« L'interdiction de l'esclavage » et les « règles fondamentales du droit international humanitaire » font aussi partie des normes proposées qui doivent être examinées plus avant.

M. Saboia dit qu'il serait possible d'étudier, avec prudence et modération, d'autres normes du *jus cogens* que la Commission n'a pas déjà identifiées comme telles dans le cadre de ses travaux. Comme le montre la section C du chapitre IV, la création de normes de *jus cogens* est un processus ouvert mais le critère auquel une norme doit satisfaire pour être reconnue comme telle est rigoureux et le processus prend donc du temps.

En conclusion, M. Saboia dit qu'il est favorable au renvoi du projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

M. Cissé, félicitant le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, dit que ses vues sur le sujet demeurent dans une large mesure inchangées depuis la soixante-neuvième session de la Commission, lors de laquelle il a formulé, à la 3373^e^ séance, des observations

sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Il souhaite toutefois préciser et compléter certaines de ces observations à la lumière des positions prises par d'autres membres de la Commission lors du débat en cours.

Les observations faites par certains membres sur la notion de *jus cogens* régional impliquent que le *jus cogens* n'existerait qu'au sens où le définit l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Or si la Commission se limitait aux obligations conventionnelles, elle serait fidèle à la lettre de l'article 53 mais non à son esprit, car cette disposition n'impose pas une interprétation statique du *jus cogens*. La Commission devrait faire reposer ses travaux non seulement sur les traités mais aussi sur d'autres sources pertinentes du droit international, notamment les sources régionales, et en particulier les pratiques régionales qui contribuent à la mise en œuvre de nombreuses conventions multilatérales et à l'application de certaines normes et certains principes du droit international.

La question même de savoir si la notion de *jus cogens* régional est reconnue en droit international ne se pose pas, puisque le régionalisme lui-même se veut un instrument au service du droit international. Par exemple, le Programme pour les mers régionales contribue à l'élaboration de normes pour la protection du milieu marin et des zones côtières qui sont propres à certaines régions, tout en veillant à ce que ces normes soient compatibles avec les normes universelles de protection des mers et des océans. D'un point de vue plus général, le Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies, relatif aux accords régionaux, permet au Conseil de sécurité de déléguer ses pouvoirs en matière d'emploi de la force aux accords ou organismes régionaux pour régler des crises graves causées par des violations du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme ou des situations de rupture de la paix et de la sécurité ou de menace contre la paix et la sécurité.

Ces exemples montrent que les régions ne sont pas coupées du droit international et que les distinctions artificielles entre systèmes juridiques ne doivent pas compromettre la protection des valeurs fondamentales. Le droit international universel ne saurait exister en dehors des droits régionaux qui contribuent dans une large mesure à la production des normes juridiques, y compris l'établissement et la consolidation des normes du *jus cogens*. Le développement et la promotion du *jus cogens* régional ne porte aucunement atteinte au *jus cogens* du droit international général tel que le définit l'article 53 de la Convention de Vienne. L'idée que l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble exclut la possibilité d'un *jus cogens* régional relève d'une interprétation trop étroite de l'article 53. M. Cissé dit qu'il souscrit donc pleinement à l'opinion de M. Nolte selon laquelle la Commission ne doit pas rejeter catégoriquement la notion de *jus cogens* régional. À cet égard, il rappelle la maxime selon laquelle il faut se garder de distinguer là où la loi ne distingue pas (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). L'article 53 ne distingue pas entre *jus cogens* régional et *jus cogens* international ou universel, alors que les rédacteurs de cette disposition auraient pu aisément faire cette distinction s'ils avaient voulu exclure la possibilité d'un *jus cogens* régional.

En tout état de cause, le régionalisme n'est pas détachable de l'internationalisme. M. Cissé dit que, comme d'autres membres, il ne saurait admettre que l'absence de pratique des États en la matière ou la rareté de cette pratique invalide la notion de *jus cogens* régional. Les membres rejettent cette notion parce qu'ils craignent des conflits entre *jus cogens* régional et *jus cogens* universel, mais en cas de conflit ce dernier prévaudra en raison de sa supériorité hiérarchique. De plus, la pratique des États n'est pas le seul facteur déterminant le contenu et la portée du *jus cogens*. En d'autres termes, l'étude du *jus cogens* par la Commission ne peut se limiter aux traités, car l'article 53 de la Convention de Vienne n'envisage pas la notion de manière exhaustive. Des normes impératives peuvent être identifiées sur la base de la pratique des États, mais également sur la base des pratiques qui se font jour dans les systèmes régionaux, par exemple en Europe, en Afrique et en Amérique latine.

Le droit international, qui tend à cibler les crimes qui choquent la conscience de l'humanité, n'accorde pas le même traitement à toutes les questions touchant la protection des droits de l'homme, dont certaines peuvent assurément être considérées comme relevant du *jus cogens*. Comme le multilatéralisme juridique est lent à établir des normes et donc à légiférer sur les questions touchant les normes impératives, on voit mal pourquoi tout rôle

devrait être dénié au régionalisme dans la production de normes du droit international général.

L'apatridie constitue un exemple pertinent. Une personne apatride n'ayant pas de nationalité, aucun État ne la protège contre les multiples formes de violence, y compris l'esclavage, la traite des êtres humains et les pires formes de discrimination. Comme c'est au niveau régional que des solutions au problème de l'apatridie, qui relève à la fois du droit interne et du droit international, doivent être trouvées, pourquoi la possibilité d'un *jus cogens* régional devrait-elle être exclue au seul motif qu'elle n'est pas étayée par la pratique des États ? La Commission œuvre-t-elle au progrès, ou au maintien du statu quo ? Pour M. Cissé, lorsqu'elle recense les normes impératives du droit international général, la Commission doit adopter une approche progressiste laissant subsister la possibilité d'un *jus cogens* régional, car cette notion a un rôle utile à jouer dans le développement progressif du droit international sur certaines questions, notamment l'apatridie.

Dans le cadre d'une initiative de la Côte d'Ivoire, 15 États membres de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) s'efforcent de lutter contre l'apatridie au niveau régional, car le droit à une nationalité est largement reconnu comme un droit de l'homme fondamental. Cette initiative confirme qu'il n'est pas facile d'opérer une distinction nette entre *jus cogens* régional et *jus cogens* international. L'article 53 de la Convention de Vienne ne le fait pas, car le droit international qu'il vise englobe le droit régional.

La démarche de la Côte d'Ivoire offre l'exemple d'une initiative nationale visant à protéger juridiquement au niveau régional une norme qui peut être élevée au rang de norme impérative. Si les 15 États membres de la CEDEAO harmonisent leur législation sur l'apatridie pour créer un droit communautaire auquel aucun d'entre eux ne peut déroger, ce droit ne constituerait-il pas un *jus cogens* régional de l'apatridie ? Si tel est le cas, et si ce *jus cogens* régional ne contredit en rien les normes impératives du droit international général, force est de conclure que la Commission ne doit pas se hâter de nier l'existence du *jus cogens* régional.

Sur la question de savoir si une liste indicative doit ou non figurer dans le projet de conclusions, la Commission et la Sixième Commission semblent être d'accord. Une telle liste présenterait en effet un intérêt considérable. Le rapport à l'examen a notamment pour mérite de proposer une liste non exhaustive de normes impératives du droit international général (*jus cogens*), y compris les interdictions du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, de la torture, de l'agression, des traitements cruels, inhumains ou dégradants, de l'emploi de la force, de la détention arbitraire, de l'esclavage, de l'apartheid et de la discrimination, les principes de l'autodétermination et du non-refoulement, et le droit d'accès à la justice et à un procès équitable. Les interdictions de la traite des êtres humains, du terrorisme international, de l'apatridie et de la piraterie devraient également figurer dans la liste.

Une interprétation restrictive de l'article 53 de la Convention de Vienne implique qu'il appartiendra aux tribunaux internes ou aux juridictions internationales, en tant que créateurs du droit, de développer la notion de *jus cogens* en précisant son champ d'application, les principes qui le sous-tendent, ses critères d'identification et ses moyens de preuve et les sanctions applicables en cas de violation de ses normes. M. Cissé dit qu'il pense comme M. Petrič que la Commission ne doit pas s'ériger en législateur du *jus cogens*. Elle peut et doit néanmoins recenser et analyser systématiquement les normes du *jus cogens* pour permettre aux États d'en prendre acte et au juge de les interpréter de manière objective, prudente et progressiste sur la base du droit interne, régional et international. Il importe d'établir et de compléter progressivement une liste de normes du *jus cogens* parce que ces normes ne sont pas gravées dans le marbre mais évoluent constamment au fur et à mesure que le droit international renforce la protection des êtres humains et de la vie humaine. En dernière analyse, le caractère évolutif des normes impératives signifie que la liste n'en sera jamais exhaustive. La Commission devrait ainsi adopter une liste non exhaustive de normes du *jus cogens* qui pourra être complétée prudemment et progressivement à la lumière des décisions judiciaires rendues dans des affaires touchant les normes impératives du droit international général.

M. Cissé recommande le renvoi du projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

M. Petrič, remerciant le Rapporteur spécial pour son excellent quatrième rapport et la présentation orale qu'il en a faite, dit qu'il partage l'opinion exprimée par la majorité des États qui ont fait des observations sur la notion de *jus cogens* régional, à savoir que cette notion doit être rejetée. Comme l'a fait valoir le Royaume-Uni, la notion de *jus cogens* régional pourrait porter atteinte au principe d'applicabilité universelle des normes du *jus cogens*. Il est manifeste qu'il ne peut y avoir de normes de *jus cogens* qu'en droit international général, car pour acquérir ce statut une norme doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble. Si certaines des opinions doctrinales relatives au *jus cogens* régional sont intéressantes, elles ne confirment pas l'existence d'un tel *jus cogens de lege lata*. La pratique des États n'est pas non plus suffisante pour étayer cette notion.

Dans une section du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial analyse les opinions doctrinales relativement rares en faveur d'un *jus cogens* régional. M. Petrič dit qu'il appuie pleinement l'approche suivie par le Rapporteur spécial et pense lui aussi que l'existence dans telle ou telle région d'un « ensemble commun de normes uniformes contraignantes » ne vaut pas pour autant reconnaissance d'un *jus cogens* régional et que la notion de *jus cogens* régional n'est pas étayée par la pratique des États.

Certaines régions, ou certains groupes d'États définis conformément à un critère géographique ou autre, peuvent assurément avoir en commun un ensemble de normes uniformes et contraignantes qui, au moins entre ces États, « l'emport[ent]... sur les autres règles ». Toutefois, le droit de l'Union européenne, par exemple, est un système juridique *sui generis* qui ne vise pas à réglementer les relations entre les États tiers et ne prétend pas être hiérarchiquement supérieur au droit international général, par lequel les États membres de l'Union européenne sont liés comme tous les autres États. En d'autres termes, le droit de l'Union européenne n'est pas au-dessus du droit international général. Il ne s'agit pas d'une *lex specialis* permettant de déroger au droit international général, et aucunement d'un *jus cogens* régional.

Le système européen de protection des droits de l'homme comprend des États qui ne sont pas membres de l'Union européenne, par exemple la Fédération de Russie et la Turquie. Ce système est un système subsidiaire de protection des droits de l'homme reposant sur le consentement des États qui en font partie à être liés par la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, au regard de la Convention de Vienne et des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, le caractère impératif des normes du *jus cogens* découle du consentement de la communauté internationale des États dans son ensemble. Le *jus cogens* traduit et protège les valeurs fondamentales et les intérêts communs de l'humanité à un stade particulier du développement de celle-ci. La capacité des normes du *jus cogens* de lier les États sans leur consentement tient au fait que ces normes sont fondamentales pour la communauté internationale dans son ensemble et font, par définition, partie du droit international général.

M. Petrič dit qu'il approuve pleinement la décision du Rapporteur spécial de ne pas proposer de projet de conclusion sur le *jus cogens* régional et d'indiquer dans les commentaires que cette notion n'est pas suffisamment étayée en théorie ni en pratique.

En ce qui concerne les travaux de Grigory Tounkine, le droit international socialiste a constitué une notion intéressante mais dangereuse, fondée non seulement sur l'égalité souveraine des États mais aussi sur la solidarité prolétarienne. Elle a servi de cadre théorique à ce qu'on a appelé la doctrine Brejnev, qui voulait que les États socialistes interviennent dans d'autres États socialistes lorsque la solidarité prolétarienne rendait leur intervention nécessaire. Cette notion a toutefois depuis été reléguée aux oubliettes de l'histoire.

Des vues divergentes ont été exprimées, y compris à la Commission, sur la question de savoir s'il convenait d'établir une liste illustrative, indicative et non exhaustive des normes impératives du droit international général les plus largement reconnues. Il serait utile d'établir une liste des normes du droit international général qui sont les plus largement reconnues par les États, que ce soit explicitement ou implicitement, par les juridictions

internationales, par la Commission elle-même, par la doctrine et, de fait, par l'opinion publique en général.

Si la Commission décidait de proposer une telle liste, que ce soit dans un projet de conclusion, un additif ou les commentaires, elle n'en indiquerait pas pour autant, de manière faisant autorité, quelles normes du droit international général constituent le *jus cogens*. Elle ne ferait qu'indiquer quelles normes du droit international général ont été le plus largement reconnues comme des exemples de normes impératives depuis la conclusion de la Convention de Vienne de 1969. M. Petrič dit qu'il ne voit pas pourquoi une telle liste, qui ne ferait qu'indiquer factuellement quelles normes du *jus cogens* sont les plus largement reconnues comme telles par les plus hautes autorités juridiques, comme la Cour internationale de Justice, d'autres juridictions, la Commission du droit international et les États, serait source de confusion. Bien au contraire, elle apporterait des éclaircissements.

M. Petrič dit qu'il a examiné sérieusement les réserves exprimées par certains membres au sujet de la liste proposée. Il convient que la Commission ne dispose pas de suffisamment de temps pour rédiger des explications détaillées quant aux raisons pour lesquelles les normes retenues par le Rapporteur spécial figurent dans la liste. Souvent les juridictions, les États et les organisations internationales qui ont reconnu certaines normes comme relevant du *jus cogens* n'ont pas, en fonction du contexte, motivé en détail cette reconnaissance. Il semble néanmoins clair que les normes du droit international concernant, par exemple, le droit à l'autodétermination et l'interdiction du génocide, de la torture, de l'esclavage, de l'agression et des crimes contre l'humanité peuvent figurer dans la liste, car elles ont été considérées comme des normes du *jus cogens* par des instances faisant autorité telles que la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, ainsi que par les États. Si ces normes ne sont pas claires, les tribunaux ne doivent pas les invoquer, puisqu'elles ne répondent pas aux critères de la *lex certa*.

Pour M. Petrič, les normes figurant dans la liste proposée sont suffisamment claires pour permettre aux tribunaux de les appliquer et de les interpréter en fonction des circonstances de chaque espèce. On trouve des explications de la plupart d'entre elles dans des traités, des décisions judiciaires et des déclarations faites au nom d'États et d'organisations internationales. Certaines ont reçu une interprétation faisant autorité. Des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, par exemple, ont été interprétés dans la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international. Davantage d'attention aurait dû être accordée dans le quatrième rapport aux principes fondamentaux de la Charte ayant acquis le statut de *jus cogens*.

Il est préférable de laisser au Comité de rédaction le soin de déterminer s'il convient d'établir une telle liste, où celle-ci doit figurer dans le projet de conclusions et quelles normes elle doit viser. M. Petrič dit qu'ayant écouté attentivement les déclarations des membres de la Commission s'étant montrés sceptiques face à la liste proposée, il n'est plus du tout certain que la Commission doive la faire figurer dans un projet de conclusion, car elle risque ce faisant de donner à penser qu'elle entend déterminer de manière concluante ce qui est ou n'est pas une norme du *jus cogens*, alors que cela n'est ni l'objectif de ses travaux sur le sujet ni la tâche qui lui incombe. Il serait peut-être préférable que la liste figure dans un additif et ne vise que les normes du droit international général qui sont les plus largement reconnues comme relevant du *jus cogens*. Le commentaire de cet additif expliquerait que la liste ne vise qu'à donner des exemples des normes pouvant être considérées comme des normes du *jus cogens*.

Il n'est pas douteux que le droit à l'autodétermination est un droit reconnu à tous les peuples par le droit international général. L'idée que ce droit n'est lié qu'à la décolonisation est dépassée, comme l'ont démontré en pratique la dissolution de l'ex-Union soviétique, celle de l'ex-Yougoslavie et, plus récemment, les exemples de l'Érythrée et du Soudan du Sud. Il s'agit aussi d'un droit permanent, ce qui signifie qu'un peuple peut l'exercer plus d'une fois à différents moments de son histoire. Cela au moins est clair. Ce qui n'est pas clair est la nature de la relation entre le droit à l'autodétermination, droit des peuples énoncé dans la Charte des Nations Unies, et le droit des États à l'intégrité territoriale, à l'égalité souveraine et à la non-ingérence. Ces droits sont égaux et doivent être mis en balance selon le critère du libre arbitre. Si la légitimité d'un État repose sur le libre arbitre de ses habitants et le respect de leurs droits fondamentaux, l'intégrité de cet État prévaudra.

Comme l'indique la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international, dans les États dont les habitants sont soumis au colonialisme ou à toute autre forme de domination étrangère, le droit à l'autodétermination prévaudra. Le résultat de l'exercice de ce droit importe peu ; ce qui est crucial est qu'il soit l'expression d'un libre arbitre.

Le verbe « illustrer » s'entend de l'emploi d'exemples concrets pour expliquer un concept, une déclaration ou une situation. Tel est exactement l'objectif de la liste proposée par le Rapporteur spécial. Elle ne proclame pas que certaines normes du droit international général ont le statut de *jus cogens*, pas plus qu'elle n'exclut que les normes qui n'y figurent pas puissent avoir ce statut. Elle a pour fonction d'illustrer en donnant des exemples concrets contribuant à expliquer ce que sont les normes du *jus cogens* et quelles normes peuvent avoir un tel statut.

La liste proposée devrait être examinée et complétée par le Comité de rédaction et être accompagnée de commentaires en expliquant l'objectif. Elle devrait également être brève, et ne contenir que les normes du droit international général qui sont effectivement les plus largement reconnues comme relevant du *jus cogens*. Elle devrait reposer essentiellement mais non exclusivement sur la pratique des États, comme l'indique le Rapporteur spécial. Le *jus cogens* étant fondé sur le consentement de la large majorité des États constituant la communauté internationale dans son ensemble, le terme « pratique » doit s'entendre au sens large comme reflétant le consentement de la communauté internationale.

Les opinions sont divisées au sein de la Commission, mais il faut trouver un compromis. Il serait regrettable que la Commission, l'organe de l'ONU chargé du développement progressif et de la codification du droit international, ne puisse parvenir à un consensus quant aux normes du droit international général qui sont le plus largement reconnues comme des normes impératives. M. Petrič dit qu'il espère que le Rapporteur spécial sera en mesure de proposer une solution de compromis compte dûment tenu des opinions exprimées par les membres, y compris sa propre proposition de placer la liste dans un additif. En conclusion, il recommande le renvoi du projet de conclusion 24 au Comité de rédaction.

M. Argüello Gómez remercie le Rapporteur spécial pour son excellent rapport et la présentation orale qu'il en a faite. Il indique que, bien qu'il n'ait pas participé aux débats sur le sujet lors des deux sessions précédentes de la Commission, il limitera ses observations au quatrième rapport, ne souhaitant pas revenir sur des questions que la Commission a déjà examinées et sur lesquelles elle s'est prononcée.

M. Argüello Gómez dit que, comme la plupart des orateurs, il doute de l'existence d'un *jus cogens* régional, qui semble être un oxymore. Les prétendues normes de *jus cogens* régional ne relèvent pas du droit international général, sont susceptibles de dérogation et ne peuvent être opposées aux normes impératives du droit international général. De par leur définition même, il ne s'agit pas de normes impératives du droit international général.

En fait, c'est l'existence de règles coutumières à l'intérieur de certaines régions ou entre certains États qui a été reconnue. Les exemples donnés par M. Nolte et d'autres membres comme attestant l'existence d'un *jus cogens* régional, comme ceux tirés de la pratique des États d'Amérique latine, ne sont pas convaincants. Il est inexact d'affirmer qu'en Amérique latine l'interdiction des disparitions forcées et l'interdiction d'exécuter des mineurs ne sont considérées, ou n'ont été considérées, que comme des normes de *jus cogens* régional, puisque les organismes régionaux compétents les considèrent comme des normes impératives du droit international général. De plus, l'interdiction des disparitions forcées n'est pas propre à une seule région.

L'exemple du droit européen n'est pas non plus convaincant, dans la mesure où ce droit n'a pas seulement un caractère régional. L'Union européenne est une union d'États et, en tant que telle, a ses propres normes que ses membres doivent respecter et dont certaines ne sont pas susceptibles de dérogation aussi longtemps que l'Union perdure ou que l'accord dont elles découlent demeure en vigueur. M. Argüello Gómez dit qu'à cet égard il souscrit aux observations de M. Petrič sur les normes européennes.

C’est à juste titre que M. Reinisch estime que la notion de *jus cogens* régional est « hautement théorique » et ne relève pas des travaux sur le *jus cogens* proprement dit. Toutefois, comme le Rapporteur spécial examine cette notion dans son rapport, elle ne peut être passée sous silence. La Commission devrait indiquer clairement que le droit régional ne relève pas du sujet à l’examen et que les normes régionales, quelles que soient leur nature et leur force juridique, ne sauraient prévaloir sur les normes de *jus cogens* du droit international général.

La section B du chapitre IV traite des normes dont la Commission a précédemment reconnu le caractère impératif et que le Rapporteur spécial fait figurer dans la liste indicative qu’il propose dans le projet de conclusion 24 comme les exemples les plus largement reconnus de normes impératives du droit international général. La section C du chapitre IV examine d’autres normes susceptibles de relever du *jus cogens* que la Commission n’a pas recensées dans ses travaux antérieurs.

La simple lecture des normes qui ont été exclues de la liste indicative proposée devrait aider la Commission à décider d’inclure ou non cette liste, qui est censée ne contenir que les normes qu’elle a reconnues comme impératives. Il est difficilement compréhensible qu’au stade actuel de développement de l’humanité, des normes telles que l’interdiction des disparitions forcées, de la traite des êtres humains, de la discrimination et du terrorisme, ainsi que le droit à la vie et les droits environnementaux, tous mentionnés au paragraphe 123 du rapport à l’examen, n’y figurent pas.

Le droit à la vie et l’égalité de tous les êtres humains sont des concepts fondamentaux sur lesquels reposent toutes les autres normes impératives comme les interdictions de l’agression, du génocide, de crimes contre l’humanité, de l’esclavage, de la torture et de toutes les formes de discrimination. M. Argüello Gómez dit qu’il ne comprend donc pas comment la Commission peut affirmer que le droit à la vie n’est pas une norme du *jus cogens*. Si la raison en est que certains États imposent la peine de mort, alors l’interdiction de la torture ne devrait pas non plus figurer dans la liste, puisque certains États pratiquent ouvertement la torture sous le nom de « techniques d’interrogatoire renforcées ».

Il aurait été préférable de ne pas soulever du tout la question d’une liste indicative, mais dès lors que le rapport du Rapporteur spécial est un document public, le fait qu’une telle liste a été proposée à la Commission ne peut être passé sous silence. La décision que les membres prendront à cet égard sera remarquée et interprétée. Le fait que d’autres normes, par exemple le droit à la vie, n’aient pas été retenues et, si la proposition du Rapporteur spécial est acceptée, ne figureront pas dans la liste de normes impératives sera aussi de notoriété publique.

Un autre problème que pose la liste est que l’inclusion de certains principes dans celle-ci n’a même pas été envisagée. À cet égard, M. Argüello Gómez dit qu’il pense comme M. Huang qu’aussi bien les principes et normes de la Charte des Nations Unies que la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international et les cinq Principes de la coexistence pacifique, par exemple le respect de la souveraineté, l’interdiction de l’emploi de la force et la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États, sont des normes impératives du droit international général. Le fait que la Commission n’a pas retenu ces normes ne manquera pas d’être relevé.

Le fait que la Commission fasse figurer telle ou telle norme dans une liste de normes ayant le statut de *jus cogens* ne saurait conférer ce statut à la norme en question et n’est d’aucune utilité. On peut par exemple se demander si l’inclusion de l’interdiction de la torture dans la liste ajoute quoi que ce soit à cette interdiction.

Il n’appartient pas à la Commission de décider des normes qui n’ont pas un caractère impératif. Comme indiqué dans le rapport à l’examen, le statut de *jus cogens* de certaines règles, comme celles relatives à l’environnement, peut très bien ne pas encore avoir été accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble, de telle manière que ces normes ne produisent pas encore, en droit, les effets des normes du *jus cogens*.

L'environnement est un bon exemple de domaine incontestablement régi par des normes impératives. Nul ne considère qu'il soit licite de causer des dommages à l'environnement. La question n'est donc pas de savoir si les normes relatives aux dommages environnementaux ont un caractère impératif, mais de savoir quelles normes doivent être appliquées. Pour M. Argüello Gómez, la Commission ne doit pas tenter d'identifier ces normes.

De plus, la Commission ne doit pas oublier que c'est la Cour internationale de Justice qui est compétente, en vertu de l'article 66 de la Convention de Vienne, pour se prononcer sur l'application ou l'interprétation des articles 53 et 64 de ladite Convention. En dernier ressort, il appartient à la Cour de déterminer ce que sont les normes impératives du droit international général dans une situation donnée.

Dans son rapport, le Rapporteur spécial reconnaît que certaines normes impératives ne sont pas clairement définies. Par exemple, il ne tranche pas la question de savoir si le droit à l'autodétermination n'est applicable que dans le contexte de la décolonisation ou s'il s'applique également en cas de sécession. Il conclut à cet égard qu'il serait justifié que la Commission décide de faire figurer ce droit, quelle que soit la manière dont il peut être défini, parmi les normes du *jus cogens* largement acceptées.

Cette position est toutefois contestée. Plusieurs membres ont souligné que certaines des normes figurant dans la liste indicative proposée n'étaient pas clairement définies, ce qui pour eux était une raison supplémentaire pour ne pas ouvrir un débat sur le point de savoir quelles normes peuvent figurer dans une liste. M. Argüello Gómez dit qu'il partage cette opinion. C'est à juste titre que M. Murase a déclaré que la définition des normes devait être envisagée séparément et prendrait probablement plusieurs années.

Pour éviter d'établir une liste de normes qui, pour certaines, ne sont pas clairement définies, la Commission pourrait envisager d'établir une liste des sujets présentant un intérêt fondamental pour la communauté internationale ; en d'autres termes, une liste de sujets déduite de la nature des normes de *jus cogens* mentionnées dans le projet de conclusion 24. Recenser des sujets et des valeurs à protéger et non des normes permettrait d'éviter d'avoir à définir des normes complexes qui, avec le temps, finiront par être définies par la société elle-même.

M. Murphy et d'autres membres ont fait valoir que la Commission n'avait pas établi de liste indicative dans le cadre de ses travaux sur le sujet de la détermination du droit international coutumier, et qu'elle ne devrait donc pas non plus le faire dans le cadre du sujet à l'examen. Les deux sujets ne sont toutefois pas comparables. Les règles du droit coutumier sont une source de droit international et sont donc innombrables alors que les normes de *jus cogens* sont peu nombreuses, ne sont pas une source de droit et découlent elles-mêmes du droit conventionnel et du droit coutumier.

Certains membres de la Commission ont voulu tirer des conclusions concernant le statut de *jus cogens* de certaines des normes figurant dans la liste proposée de l'avis consultatif rendu récemment par la Cour internationale de Justice sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* qu'avait demandé l'Assemblée générale. Ils ont souligné en particulier que les normes régissant le droit à l'autodétermination n'avaient pas été qualifiées de normes du *jus cogens* par la Cour.

Or, dans la demande d'avis consultatif qu'elle a adressée à la Cour, l'Assemblée générale n'a pas mentionné le *jus cogens* ni les normes impératives du droit international et n'a pas demandé à la Cour de dire si le droit à l'autodétermination était une norme du *jus cogens*. De plus, aucun des États ayant volontairement participé à la procédure n'a non plus demandé à la Cour de le dire.

La Cour a pour pratique d'éviter de se prononcer lorsque cela n'est pas strictement nécessaire aux fins de sa décision. Dans la procédure en question, l'Assemblée générale a demandé à la Cour, en tant que deuxième question constituant sa demande, de dire quelles étaient les conséquences du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni si le processus de décolonisation de Maurice n'avait pas été validement mené à bien. Sur ce point, il incombait à la Cour de se prononcer sur les effets des normes en cause, non sur la nature des normes elles-mêmes. Elle a décidé que ces normes

produisaient des effets *erga omnes*, en d'autres termes les mêmes effets que des normes de *jus cogens*.

Même cette position a été critiquée par l'un des membres de la Cour, le juge Tomka, qui, dans une déclaration annexée à l'avis consultatif, a souligné que la Cour, bien qu'elle ait déclaré ne pas traiter d'un différend bilatéral entre Maurice et le Royaume-Uni, s'était prononcée de manière inutile sur « un fait illicite à caractère continu » de celui-ci dans sa réponse à la deuxième question de l'Assemblée générale, et que les procédures consultatives ne constituaient pas un cadre approprié pour rendre de telles décisions, en particulier lorsque la Cour n'y était pas invitée et qu'elles n'étaient pas strictement nécessaires pour donner un avis à l'organe requérant. Dans la procédure en question, la Cour n'avait pas à déterminer si le droit à l'autodétermination était une norme de *jus cogens* parce qu'il ne lui avait pas été demandé de le faire et que cela ne lui était pas strictement nécessaire pour donner son avis consultatif.

M. Murphy a fait valoir que si la Cour n'avait pas qualifié le droit à l'autodétermination de norme du *jus cogens*, c'était peut-être parce qu'elle craignait ce faisant de donner à penser aux États qu'ils étaient justifiés à mener des attaques armées contre d'autres États s'ils estimaient que ceux-ci violaient les droits de leur population. Bien qu'il soit clair que M. Murphy ne pense pas qu'il en soit ainsi, il s'agit d'un exemple malheureux. La Cour n'a assurément pas considéré qu'en déclarant que le droit à l'autodétermination était une norme impérative elle risquait de donner aux États le droit d'intervenir dans les affaires intérieures des autres États lorsqu'ils n'approuvent pas le système politique, économique, social ou culturel de ceux-ci.

Plusieurs membres ont fait valoir que le rapport du Rapporteur spécial accordait trop de poids à la doctrine et ne reposait pas suffisamment sur la pratique des États, qui est l'élément essentiel. La difficulté du sujet tient notamment au fait qu'à de nombreux égards les normes du *jus cogens* ont leur origine dans des concepts de droit naturel ou des valeurs morales. Identifier la pratique des États à cet égard est difficile, puisque si tous les États affirment respecter les règles du droit international, y compris les normes du *jus cogens*, il est rare qu'ils déclarent, ou qu'ils se considèrent tenus de déclarer, que telle ou telle norme relève du *jus cogens*. La pratique en la matière est donc très rare. L'une des quelques situations dans lesquelles un État pourrait devoir invoquer le statut de *jus cogens* d'une norme serait pour contester la validité d'un traité sur la base des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne. M. Argüello Gómez dit qu'à sa connaissance, cela ne s'est jamais produit.

Dans l'affaire de l'*Archipel des Chagos*, plusieurs États ayant participé à la procédure devant la Cour, notamment l'Afrique du Sud, le Botswana, le Brésil, Chypre, le Guatemala, le Kenya, le Nicaragua, le Nigéria, la Serbie et Vanuatu, ont explicitement déclaré que l'autodétermination était une norme du *jus cogens*. Dans son exposé oral devant la Cour, l'Union africaine a déclaré que tout acte visant à séparer l'archipel des Chagos de Maurice devait être considéré comme nul et non avenu puisque le droit à l'autodétermination avait un caractère *erga omnes* et relevait du *jus cogens*.

En conclusion, M. Argüello Gómez dit que la liste indicative proposée par le Rapporteur spécial doit être examinée et analysée plus avant. Certaines normes qui y figurent doivent être définies plus clairement, et d'importantes normes impératives du droit international général n'y figurent pas. Pour ces raisons, le projet de conclusion 24 n'est pas en état d'être renvoyé au Comité de rédaction.

M^me^ Escobar Hernández remercie le Rapporteur spécial pour la présentation de son quatrième rapport et le félicite de l'excellent travail qu'il a accompli. Ce rapport est axé sur deux thèmes récurrents des travaux de la Commission sur le sujet des normes impératives du droit international (*jus cogens*) : le prétendu « *jus cogens* régional » et l'élaboration d'une liste de normes du *jus cogens* qui accompagnerait les projets de conclusion de la Commission sur l'identification et les effets de ces normes. Le Rapporteur spécial a présenté un rapport bien documenté et structuré qui tient compte des opinions exprimées par les membres de la Commission lors des précédentes sessions de celle-ci. Ce rapport traite également de questions de méthodologie, en particulier celle de savoir comment et quand le commentaire de chacun des projets de conclusion déjà adoptés par le Comité de

rédaction doit être présenté. M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle n'a pas l'intention, à la séance en cours, de s'arrêter sur cette question puisque celle-ci sera examinée par le Groupe de travail sur les méthodes de travail.

En ce qui concerne le prétendu *jus cogens* régional, M^me^ Escobar Hernández rappelle que dans une déclaration qu'elle a faite à la 3421^e^ séance de la Commission au sujet du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/714), elle avait exprimé de sérieuses réserves quant à l'existence d'un *jus cogens* régional et avait demandé au Rapporteur spécial d'étudier la question exhaustivement et avec prudence dans son rapport suivant, compte dûment tenu des préoccupations exprimées par divers membres de la Commission à cet égard. Elle se félicite donc de l'approche suivie par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport, qui contient une analyse approfondie et solide de la question.

Le Rapporteur spécial a examiné la possibilité qu'un *jus cogens* régional existe selon diverses perspectives, compte tenu d'éléments tels que la notion de « région », qui ne pose aucun problème majeur, l'origine de normes revêtant une importance particulière dans un cadre régional donné, la procédure d'élaboration de ces normes, leurs effets régionaux et universels et la relation entre les normes de « *jus cogens* régional » et les normes du *jus cogens* au sens strict, lequel, comme l'a souligné le Rapporteur spécial et comme la Commission en est convenue, a un caractère éminemment universel.

Toutefois, le rapport ne traite pas suffisamment de ce qui est la question essentielle s'agissant de la notion de *jus cogens* régional : celle de sa relation avec la notion d'ordre public international ou, en l'occurrence, d'« ordre public régional ». Le Rapporteur spécial évoque plusieurs fois la notion d'ordre public, en particulier l'ordre public européen en ce qu'il touche les droits de l'homme (et, indirectement, l'ordre public interaméricain), mais il ne fournit pas suffisamment d'éléments pour déterminer s'il existe d'autres secteurs des divers ordres juridiques régionaux dans lesquels des éléments d'ordre public protégés par des normes de *jus cogens* régional peuvent être identifiés. De plus, l'accent mis par le Rapporteur spécial sur l'origine conventionnelle, ou au moins le fondement conventionnel, des normes de *jus cogens* régional permet de douter que ces normes soient réellement des normes impératives du droit international général.

Il est incontesté que certaines normes de divers systèmes régionaux sont considérées comme supérieures à d'autres, et qu'il existe effectivement des systèmes juridiques régionaux au sein de l'ordre juridique international dans son ensemble. M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle continue toutefois de douter sérieusement que ces normes sont considérées comme importantes parce qu'elles peuvent être qualifiées de normes impératives du droit international au sens de la Convention de Vienne, sur laquelle reposent les travaux de la Commission sur le sujet. Déterminer la raison d'être profonde de ces normes régionales « supérieures » et leurs effets exigerait une étude poussée qui ne relève pas des travaux de la Commission sur le sujet.

M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle considère donc que la proposition du Rapporteur spécial de ne pas élaborer de projet de conclusion sur le *jus cogens* régional est bonne, non pour des raisons qui tiendraient à la capacité de la Commission de se prononcer de manière définitive sur l'existence et la nature de telles « normes supérieures » de caractère régional, mais parce que la question ne relève pas des travaux sur le sujet.

Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial propose un projet de conclusion comprenant une liste indicative et non exhaustive des principales normes du *jus cogens* reposant pour l'essentiel sur des travaux antérieurs de la Commission, sur des décisions de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales et sur diverses décisions adoptées par des organes internationaux, en particulier l'Assemblée générale des Nations Unies. Le Rapporteur spécial fait également appel à la doctrine, ce qui en soit n'est pas une mauvaise idée, puisque c'est précisément la doctrine qui a fait le plus d'efforts pour identifier les normes du *jus cogens*.

M^me^ Escobar Hernández rappelle que tout au long du débat sur le sujet à l'examen, elle a fait valoir que l'élaboration d'une liste indicative de normes du *jus cogens* compléterait utilement les travaux de la Commission et qu'une telle liste devait figurer dans le projet de conclusions. Le fait que les débats sur le *jus cogens* ont duré des années peut être attribué non tant à la nature de la notion elle-même, ni même à ses effets, qu'à

l'incertitude quant aux normes qui sont ou ne sont pas des normes du *jus cogens*. Il est difficilement concevable que la Commission s'efforce à grand-peine de définir ce qui constitue une norme impérative, de déterminer comment identifier une telle norme en pratique et de définir les effets des normes en question sur l'ordre juridique international sans donner d'exemples, en particulier parce que c'est précisément ce qu'elle a déjà fait lorsqu'elle a étudié le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la fragmentation du droit international.

Même si l'on admet, pour les besoins du débat, que le sujet à l'examen est de caractère purement procédural et formel, un peu à l'instar du sujet de la détermination du droit international coutumier, cela n'empêche pas pour autant la Commission d'élaborer une liste indicative de normes du *jus cogens*. Il existe une nette différence entre les deux sujets s'agissant du nombre de normes en cause. De plus, les caractéristiques particulières du *jus cogens* sont telles que la Commission ne peut, dans le cadre de ses travaux, en laisser de côté le contenu et le champ d'application quant au fond. Les États attendent de la Commission davantage qu'un simple commentaire sur les normes qui peuvent être considérées comme des normes du *jus cogens*, car c'est précisément ce que la Commission leur a déjà fourni. Comme le *jus cogens* est au cœur du sujet à l'examen, elle ne peut, dans son projet de conclusions, s'abstenir d'indiquer quelles normes relèvent de cette catégorie à moins, bien entendu, qu'elle souhaite informer la communauté internationale qu'elle a des doutes à cet égard, ce qui risque de créer l'impression qu'elle doute de l'existence même de la notion de *jus cogens* et de ses effets sur l'ordre juridique international.

Il est exact, comme certains membres l'ont souligné, que la Commission n'a pas donné d'exemples dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, mais M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle n'est pas certaine que la même approche puisse être adoptée pour le sujet à l'examen sans compromettre le résultat des travaux ; les conséquences possibles d'un tel choix ou la manière dont il pourrait être interprété la mettent en effet mal à l'aise. À titre d'illustration, elle invite les membres à imaginer de demander à leurs assistants d'établir sur-le-champ une liste de dix normes importantes du droit international. À n'en pas douter, leurs assistants n'auront aucune difficulté à le faire, et leurs listes seront très similaires, sinon identiques. Par contre, si ces assistants sont priés de faire de même s'agissant des normes du *jus cogens*, il leur faudra assurément davantage de temps, et le contenu de leurs listes sera loin d'être aussi homogène. La principale raison n'en est pas que les règles techniques d'identification des normes coutumières sont mieux comprises, mais bien qu'il semble exister une ambiguïté dans la perception du *jus cogens*, voire des doutes quant à l'existence même de normes impératives du droit international général.

M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle n'est pas convaincue que la meilleure solution soit d'adopter une approche timide et hésitante consistant, comme cela a déjà été fait, à donner des exemples de normes du *jus cogens* dans les commentaires. Ne pas donner d'exemple de normes de *jus cogens* dans le projet de conclusions après plusieurs décennies de travaux sur le sujet risque d'être interprété comme signifiant que la Commission doute sérieusement de l'existence même de cette catégorie de normes, puisqu'elle n'est pas en mesure d'en donner une liste, ne serait-ce qu'indicative. Or, pour M^me^ Escobar Hernández, la Commission est en mesure de faire un pas en avant et d'abandonner sa position antérieure.

La forme que doit prendre la liste en cause est une question totalement différente. Il ne s'agit pas de savoir s'il faut ou non élaborer une liste mais bien de définir les critères à appliquer pour l'élaborer. Il faudra pour cela donner la priorité aux normes non controversées et accepter que la liste soit nécessairement brève. Il existe toutefois un risque indéniable, à savoir qu'une liste indicative soit confondue avec une liste exhaustive ou définitive, ou que la Commission paraisse préférer certaines normes impératives à d'autres.

La véritable question est celle de savoir si la Commission a le temps d'élaborer une liste, étant donné que le Rapporteur spécial souhaite achever la première lecture du projet de conclusions à la session en cours. La meilleure solution consiste probablement à se fonder exclusivement sur les travaux antérieurs de la Commission ou les décisions de la Cour internationale de Justice, qui font indéniablement autorité. Par contre, on peut douter qu'il soit utile de s'inspirer de la doctrine, eu égard en particulier aux positions divergentes

adoptées par les auteurs. La liste établie devrait être brève, non exhaustive et indicative et figurer dans un projet de conclusion distinct. À défaut, mais uniquement en dernier recours, elle pourrait être visée dans un projet de conclusion et figurer dans une annexe, comme l'a proposé M^me^ Galvão Teles.

Le projet de conclusion 24 proposé par le Rapporteur spécial est un bon point de départ mais il convient d'y apporter des modifications de forme, en particulier en ce qui concerne sa clause liminaire, et les normes figurant dans la liste proposée doivent être examinées avec soin. S'il s'agit assurément de normes impératives, la liste pose néanmoins plusieurs problèmes. Par exemple, M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle n'est pas convaincue par les arguments du Rapporteur spécial concernant la formulation de l'interdiction de l'emploi de la force. Il est essentiel de déterminer si le caractère impératif de la norme s'entend de l'interdiction de l'emploi de la force sous quelque forme que ce soit ou seulement de l'interdiction de l'agression. De plus, l'expression « l'agression ou ... l'emploi agressif de la force » est malheureuse en ce qu'elle crée une incertitude en ne distinguant pas entre l'interdiction de l'emploi de la force et l'interdiction de l'agression.

S'agissant du droit à l'autodétermination, M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle est préoccupée par le fait que le Rapporteur spécial considère son inclusion dans la liste comme indépendante de la teneur de ce droit. Une telle approche est extrêmement dangereuse, étant donné les différentes interprétations de ce droit et les conséquences pratiques importantes qu'elles peuvent avoir pour les États et les peuples. Il convient soit de ne pas mentionner du tout le contenu de ce droit, soit d'en définir la teneur, ce qui est impossible au stade actuel. M^me^ Escobar Hernández précise que cette préoccupation n'ôte rien à sa conviction que le droit à l'autodétermination est sans doute possible une norme impérative du droit international général.

La terminologie utilisée s'agissant des règles fondamentales du droit international humanitaire pose moins de problème, tout comme la mention expresse dans la liste de l'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale, et de l'interdiction de l'esclavage avec celle de la traite des êtres humains. Dans le cas de ces normes, les questions soulevées par les membres de la Commission peuvent dans une large mesure être réglées dans les commentaires.

En ce qui concerne l'inclusion dans la liste des autres normes mentionnées par le Rapporteur spécial, les règles « candidates » à la qualification de normes du *jus cogens* sont très différentes les unes des autres et il est donc difficile de procéder à leur analyse comparative. De plus, comme la Commission ne les a pas déjà examinées sous l'angle du *jus cogens*, elle ne dispose d'aucun fondement solide pour les faire figurer dans la liste. Cela ne l'empêche certes pas d'examiner ces « candidates » aux fins de leur inclusion dans la liste, mais il lui faudrait pour ce faire un délai dont elle ne dispose pas. Il serait préférable de traiter dans le commentaire de la question des nouvelles normes du *jus cogens*. Pour éviter les nombreux risques et problèmes évoqués à cet égard durant le débat, la Commission doit faire preuve de minutie dans l'élaboration de ce commentaire.

M^me^ Escobar Hernández dit qu'elle est persuadée que l'excellent travail accompli par le Rapporteur spécial permettra à la Commission d'achever la première lecture du projet de conclusions durant la session en cours. Elle ajoute qu'elle est bien entendu favorable au renvoi au Comité de rédaction du projet de conclusion contenant la liste indicative des normes du *jus cogens*.

M. Ruda Santolaria dit qu'il a lu avec beaucoup d'intérêt les nombreux renvois à la jurisprudence de juridictions nationales et internationales qui traduisent la diligence et la rigueur du travail accompli par le Rapporteur spécial. Sont notamment visées des affaires dont ont connu des systèmes régionaux de droits de l'homme et même une décision concernant les disparitions forcées rendue par la Cour constitutionnelle du Pérou le 12 août 2005. Dans une autre décision importante, rendue le 21 mars 2011, cette juridiction a évoqué directement les normes du *jus cogens*, le droit fondamental de connaître la vérité et l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

S'agissant du *jus cogens* régional, M. Ruda Santolaria dit qu'il souscrit pleinement à l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle cette notion est difficile à concilier avec celle de *jus cogens* proprement dit, un droit qui, de par sa nature même, est universel. Les

normes impératives du droit international général qui sont acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble sont des normes dont l'importance est telle qu'elles sont contraignantes même en l'absence de consentement et qu'il ne peut y être dérogé.

À cet égard, la pratique des États traduit une conception du *jus cogens* qui repose sur une hiérarchie des normes visant à sauvegarder, par l'effet de la primauté, un noyau commun universel de valeurs humaines. M. Ruda Santolaria dit qu'à l'instar du Rapporteur spécial, il estime qu'au lieu de poser l'existence d'un *jus cogens* régional, il serait plus exact de parler de normes ayant un statut particulier dans une région ou pour un groupe d'États et considérées comme plus importantes que les autres normes par les États de la région ou du groupe en question. Dans le même temps, une norme du *jus cogens* peut naître à l'issue d'un processus engagé dans une région donnée. Déterminer quels États appartiennent à une région ne pose pas de difficultés particulières.

Les normes régionales ne peuvent être en conflit avec les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) puisque, dans l'hypothèse d'un tel conflit, ces dernières prévaudront. La plupart du temps, les normes régionales en cause lient les États de la région concernée et traduisent un progrès ou un développement par rapport au *jus cogens* proprement dit, ce dernier étant une sorte de minimum universel à préserver à tout prix. Toutefois, comme ces normes régionales ne sont pas impératives et qu'il peut y être dérogé, il est tout à fait possible que les sujets de droit international qu'elles touchent les remplacent par des normes conventionnelles ou coutumières.

De plus, bien que la Commission interaméricaine des droits de l'homme ait déclaré, au paragraphe 56 de sa résolution n° 3/87 du 22 septembre 1987 concernant l'affaire *Roach and Pinkerton v. United States*, que les membres de l'Organisation des États américains reconnaissaient qu'une norme du *jus cogens* interdisait à l'État d'exécuter des mineurs, la Commission elle-même n'a pas réitéré cette affirmation lorsque, des années plus tard, elle s'est prononcée dans une affaire similaire. En fait, au paragraphe 84 de son rapport n° 62/02 du 22 octobre 2002 concernant l'affaire *Michael Domingues v. United States*, elle a indiqué qu'une norme du droit international coutumier avait vu le jour qui interdisait d'exécuter les délinquants qui étaient âgés de moins de 18 ans au moment où ils avaient commis leur infraction. Elle poursuivait, au paragraphe 85, en reconnaissant que cette règle avait été reconnue comme étant suffisamment obligatoire pour faire désormais partie du *jus cogens* et que les États ne pouvaient validement y déroger, que ce soit par un traité ou par une objection, persistante ou autre. M. Ruda Santolaria appuie donc la proposition du Rapporteur spécial de ne pas consacrer de projet de conclusion au *jus cogens* régional mais de traiter de la question dans le commentaire.

M. Ruda Santolaria dit qu'il partage la préoccupation du Rapporteur spécial exprimée au paragraphe 52 du rapport à l'examen sur le point de savoir si « l'établissement [d'une] liste [indicative] n'altérerait pas la nature fondamentale [des] travaux sur le sujet, qui portent sur la méthodologie et les règles secondaires, et non sur les règles substantielles ou prescriptives des divers domaines du droit international ». Comme le relève le Rapporteur spécial, bien que tous les membres de la Commission puissent convenir que l'interdiction du génocide relève du *jus cogens*, il n'en va peut-être pas de même d'autres normes, dont l'inclusion dans la liste pourrait nécessiter une étude approfondie.

M. Ruda Santolaria propose de ne pas conserver le projet de conclusion 24 dans son état actuel mais de faire figurer certains des éléments de la liste dans le commentaire en tant qu'exemples représentatifs de normes impératives du droit international général (*jus cogens*), en indiquant clairement que la liste n'est pas exhaustive. Pourraient à cet égard être mentionnées les interdictions du génocide, de l'apartheid et de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture. Des distinctions subtiles devront être faites s'agissant de formuler l'interdiction de l'emploi de la force, l'interdiction de l'agression et l'interdiction de « l'emploi agressif de la force ». L'interdiction de l'esclavage et de la traite des esclaves est assurément une norme impérative mais, comme l'ont relevé d'autres membres de la Commission, la question de savoir si des tragédies actuelles telles que la traite des êtres humains relèvent de cette interdiction n'a pas encore été analysée.

Il ne serait pas approprié de mentionner le droit à l'autodétermination sans en préciser la portée. Il convient d'indiquer si ce droit s'applique uniquement en cas de décolonisation ou d'occupation étrangère ou si son exercice peut dans certaines situations aboutir à une sécession, une question très délicate du point de vue de la préservation de l'intégrité territoriale des États. Il ne serait pas non plus approprié de mentionner les « règles fondamentales du droit international humanitaire » dans la liste puisque, comme le Rapporteur spécial le souligne à juste titre, il existe une incertitude manifeste quant aux règles du droit international humanitaire qui sont les plus « fondamentales » et remplissent les conditions requises pour être considérées comme des normes du *jus cogens*.

M. Ruda Santolaria dit qu'il pense lui aussi que la proposition du Rapporteur spécial doit être renvoyée au Comité de rédaction. Il espère que la Commission pourra achever la première lecture à la session en cours et la seconde lecture d'ici la fin du quinquennat, en 2021.

La séance est levée à 12 h 55.