



Assemblée générale

Distr. générale
31 janvier 2019
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante et onzième session

Genève, 29 avril-7 juin 2019 et 8 juillet-9 août 2019

Quatrième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) présenté par Dire Tladi, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Examen antérieur du sujet	3
A. Débat à la Commission	3
B. Débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	6
III. <i>Jus cogens</i> régional	11
IV. Liste indicative	20
A. Opportunité d'une liste indicative	20
B. Normes dont la Commission a précédemment reconnu le caractère impératif	23
1. Généralités	23
2. L'interdiction de l'agression	26
3. L'interdiction de la torture	29
4. L'interdiction du génocide	34
5. L'interdiction des crimes contre l'humanité	37
6. L'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale	40
7. L'interdiction de l'esclavage	44
8. Le droit à l'autodétermination	46
9. Les règles fondamentales du droit international humanitaire	50

* Ce quatrième rapport a été établi pendant que l'auteur était professeur invité à l'international dans le cadre d'une bourse Fulbright à l'Université de Californie à Irvine. Le Rapporteur spécial tient à remercier M. Francisco Lobo (New York University), M^{me} Tanishta Vaid (Gujarata National Law University) et M^{me} Cheree Olivier (Institute for Comparative and International Law in Africa, University of Pretoria) pour leur contribution documentaire à l'élaboration du présent rapport.



C . Les autres normes susceptibles de relever du <i>jus cogens</i> que la Commission n'a pas recensées dans ses précédents travaux	52
V. Projet de conclusion	60
VI. Suite des travaux	61

I. Introduction

1. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son ordre du jour et de nommer un Rapporteur spécial¹.
2. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial² et décidé de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction³. À sa soixante-neuvième session (2017), elle était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial⁴, dans lequel ce dernier a entrepris de définir les critères à appliquer pour déterminer les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Elle a alors décidé de renvoyer les six projets de conclusion au Comité de rédaction⁵. Elle a en outre décidé de modifier le titre du sujet, « *Jus cogens* », qui est devenu « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».
3. À sa soixante-dixième session (2018), la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial, qui traitait des conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)⁶. Elle a alors décidé de renvoyer 12 projets de conclusion au Comité de rédaction⁷.
4. L'objet du présent rapport est d'aborder deux grandes questions restées en suspens. En premier lieu sera examinée la question du *jus cogens* régional, ainsi que l'annonçait le troisième rapport. En second lieu sera abordée la question de la liste indicative.

II. Examen antérieur du sujet

A. Débat à la Commission

5. Au cours de la soixante-dixième session, le troisième rapport a suscité un débat intense qui a duré sept jours au total et au cours duquel 27 membres de la Commission ont pris la parole. La plupart d'entre eux ont convenu avec le Rapporteur spécial que le sujet du troisième rapport était particulièrement complexe et délicat. Dans l'ensemble, et malgré quelques exceptions vertement formulées⁸, les membres de la Commission se sont ralliés à la position du Rapporteur spécial et aux projets de conclusion proposés⁹. Dans la réponse complète qu'il a présentée à l'issue du débat, le Rapporteur spécial a

¹ Voir Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 286.

² A/CN.4/693.

³ Voir Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 100.

⁴ A/CN.4/706.

⁵ Voir Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 146.

⁶ A/CN.4/714 et A/CN.4/714/Corr.1

⁷ Voir Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-dixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 96.

⁸ Des interventions très critiques ont été faites par : M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416) ; M. Murphy (A/CN.4/SR.3416) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3418) ; M. Huang (A/CN.4/SR.3419) ; Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421) ; M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3421). Il convient de mentionner que, contrairement à d'autres membres ayant adopté une position critique, M. Valencia-Ospina a reproché au Rapporteur spécial, non pas d'être allé trop loin, mais au contraire de n'être pas allé assez loin. Il y a lieu d'ajouter que M. Nolte (A/CN.4/SR.3417), tout en étant généralement critique, s'est montré moins sévère que les autres.

⁹ Dans l'ensemble, la plupart des membres se sont déclarés favorables à l'égard du rapport et du projet de conclusions, bien que certains aient proposé des modifications rédactionnelles : M. Saboia (A/CN.4/SR.3415) ; M. Nguyen (ibid.) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3416) ; M. Park (ibid.) ; M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3417) ; M^{me} Lehto (ibid.) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3418) ; M. Ouazzani Chahdi (ibid.) ; M. Vázquez-Bermúdez (ibid.) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3419) ; M. Hassouna (ibid.) ; M^{me} Oral (ibid.) ; M. Reinisch (ibid.) ; M. Cissé (A/CN.4/SR.3420) ; M. Grossman Guiloff (ibid.) ; M. Hmoud (ibid.) ; M. Al-Marri (ibid.) ; M. Peter (A/CN.4/SR.3421) ; M^{me} Escobar Hernández (ibid.) ; M. Gómez-Robledo (ibid.).

répondu aux principales critiques soulevées¹⁰. On trouvera dans le rapport de la Commission un résumé du débat qu'il n'y a pas lieu de reproduire ici¹¹. Il ne sera fait état que des questions ayant soulevé d'importantes critiques.

6. Il paraît utile de commencer par la critique d'ordre méthodologique soulevée par M. Nolte¹² et appuyée par MM. Grossman¹³, Murase¹⁴ et Rajput¹⁵, et ce, d'autant plus que cette critique est venue soudainement colorer l'ensemble de l'examen du rapport par la Sixième Commission. Dans leurs déclarations, ces membres ont critiqué la méthode de travail adoptée en l'occurrence par la Commission, les projets de conclusion adoptés par le Comité de rédaction n'ayant pas été envoyés pour adoption avec les commentaires y afférents. Ils ont fait valoir que cette façon de procéder privait les États Membres de la possibilité d'influer sur les travaux de la Commission.

7. Plusieurs suggestions ont été faites pour assurer la cohérence terminologique¹⁶. Sur le plan du fond, certains membres ont laissé entendre que le rapport (et ses conclusions) n'étaient pas étayés par une pratique suffisante des États¹⁷. Toutefois, d'autres membres se sont dits d'avis que le rapport était bien étayé à cet égard¹⁸.

8. D'une manière générale, nombre de membres ont signalé qu'il n'avait pas été tenu compte des principes généraux du droit en tant que source de droit international¹⁹, faisant remarquer que les conséquences du *jus cogens* sur les principes généraux devraient aussi être prises en considération dans le projet de conclusions.

9. Bien que certains problèmes structurels fondamentaux aient été soulevés par deux d'entre eux²⁰, dans l'ensemble, les membres se sont dits satisfaits du contenu et de la structure du premier groupe de propositions²¹. Un certain nombre de suggestions d'ordre rédactionnel ont toutefois été faites en vue d'aligner les projets de conclusion sur la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la « Convention de Vienne de 1969 »)²². En outre, et bien que la plupart des membres aient appuyé le troisième paragraphe du projet de conclusion 10 concernant les effets du *jus cogens* sur l'interprétation²³, plusieurs d'entre eux ont fait valoir que le paragraphe devrait avoir une portée générale et viser toutes les sources du droit international²⁴.

¹⁰ A/CN.4/SR.3425.

¹¹ Voir A/73/10, par. 111 à 152.

¹² A/CN.4/SR.3417.

¹³ A/CN.4/SR.3420.

¹⁴ A/CN.4/SR.3418.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Voir, par exemple, M. Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3418) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421), concernant l'utilisation du terme « effet » de préférence à « conséquences ».

¹⁷ Voir, par exemple, M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416). D'autres membres, notamment M. Murphy (ibid.), M. Rajput (A/CN.4/SR.3418) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421), ont fait valoir que certaines parties du rapport et les projets de conclusion afférents n'étaient pas étayés par la pratique, mais se sont abstenus de toute affirmation générale concernant l'insuffisance de la pratique dans l'ensemble du rapport.

¹⁸ Voir, par exemple, M. Saboia (A/CN.4/SR.3415) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3416) ; M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3417) ; M^{me} Lehto (ibid.) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3418) ; M. Vázquez-Bermúdez (ibid.) ; M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3419) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3420).

¹⁹ Voir, par exemple, M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3316) ; M. Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3418) ; M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3420) ; M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3421).

²⁰ M. Murphy (A/CN.4/SR.3416) et M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3419). Pour des vues opposées sur la structure, voir MM. Saboia (A/CN.4/SR.3415) et Nguyen (ibid.).

²¹ À titre d'exemple des questions qui ont été soulevées, la question a été posée de savoir s'il était opportun de maintenir la distinction entre la norme de *jus cogens* nouvelle et la norme de *jus cogens* existante, dans la perspective de leur séparation.

²² Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

²³ M. Saboia (A/CN.4/SR.3415), M. Park (A/CN.4/SR.3416) et M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3417) ont toutefois mis en garde contre le recours à cette proposition interprétative pour contourner les effets du *jus cogens*.

²⁴ Voir, par exemple, M. Nolte (A/CN.4/SR.3417) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3418) ; M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3421).

10. C'est le bien-fondé du projet de conclusion 14 (procédure recommandée pour le règlement des différends) qui a été le principal sujet de débat en ce qui concerne le groupe de projets de conclusion se rapportant aux traités. Bien que certains membres aient appuyé ce projet de conclusion²⁵, la disposition a fait l'objet de critiques émanant de deux camps opposés et irréconciliables. D'une part, certains membres ont avancé que la disposition, même si elle ne constituait qu'une recommandation, tendait à imposer des obligations conventionnelles aux États non parties à la Convention de Vienne de 1969 et aux États qui avaient clairement exprimé, au moyen d'une réserve, leur objection aux dispositions de celle-ci qui concernent le règlement des différends²⁶. D'autre part, on a fait valoir que, en ne reproduisant pas l'intégralité du cadre de la Convention de Vienne de 1969 et en réduisant les dispositions relatives au règlement des différends à de simples recommandations d'ordre procédural, on avait minimisé ce qui avait conditionné l'accord sur les dispositions de ladite Convention sur le *jus cogens* (art. 53 et 64)²⁷.

11. Le contenu des projets de conclusions 15 et 16 a bénéficié d'un appui général, sous réserve de quelques propositions visant à améliorer la rédaction²⁸. De même, le contenu du projet de conclusion 17 a reçu un accueil généralement favorable, le principal point de désaccord concernant la question de savoir si le texte du projet de conclusion devrait faire expressément référence aux décisions du Conseil de sécurité²⁹. Le contenu des projets de conclusions 18, 19, 20 et 21 a également bénéficié de l'appui général³⁰. À quelques détails près, deux grandes questions restaient à débattre. En premier lieu, un membre a déploré que la question de la qualité pour agir, traitée à l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 (ci-après les « articles sur la responsabilité de l'État »), ait été exclue des projets de conclusion proposés³¹. Le Rapporteur spécial est d'accord avec cette critique et espère que le Comité de rédaction sera en mesure d'inclure une disposition à cet effet dans un second paragraphe du projet de conclusion 18. En second lieu, l'absence du mot « grave » dans les projets de conclusion, contrairement aux articles sur la responsabilité de l'État, a été critiquée par plusieurs membres³².

12. Ce sont toutefois les projets de conclusions 22 et 23 qui ont suscité le plus vigoureux débat. De vives critiques ont été exprimées à leur égard par certains membres³³, tandis que d'autres les ont appuyés³⁴. Tenant compte du débat et après avoir

²⁵ Voir, par exemple, M. Saboia (A/CN.4/SR.3415) ; M. Nguyen (ibid.) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3416).

²⁶ Voir, par exemple, M. Park (A/CN.4/SR.3416) ; M. Zagaynov (ibid.) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3419).

²⁷ Voir, en particulier, M. Murphy (A/CN.4/SR.3416) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421).

²⁸ Voir toutefois les interventions de M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416), M. Rajput (A/CN.4/SR.3418) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421).

²⁹ Cette question a donné lieu à deux minidébats (voir A/CN.4/SR.3420 et A/CN.4/SR.3421).

³⁰ Voir cependant les vives critiques soulevées par M. Rajput (A/CN.4/SR.3418).

³¹ M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3419). Pour les articles sur la responsabilité de l'État, voir résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduit dans l'*Annuaire... 2001*, vol. II (deuxième partie), et rectificatif, par. 76 et 77.

³² Voir, en particulier, M. Murphy (A/CN.4/SR.3416), M. Rajput (A/CN.4/SR.3418) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421). Pour un plaidoyer solide en faveur de l'exclusion de ce mot, voir M. Hmoud (A/CN.4/SR.3420).

³³ Les membres opposés à ces projets de conclusion sont MM. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416), Murphy (ibid.), Nolte (A/CN.4/SR.3417), Rajput (A/CN.4/SR.3418) et Huang (A/CN.4/SR.3419), et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421).

³⁴ M. Saboia (A/CN.4/SR.3415) ; M. Nguyen (ibid.), M. Šturma (A/CN.4/SR.3416) ; M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3417) ; M^{me} Lehto (ibid.) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3418) ; M. Ouazzani Chahdi (ibid.) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3419) ; M. Hassouna (ibid.) ; M^{me} Oral (ibid.) ; M. Cissé (A/CN.4/SR.3420) ; M. Grossman Guilof (ibid.) ; M. Hmoud (ibid.) ; M. Peter (A/CN.4/SR.3421) ; M^{me} Escobar Hernández (ibid.). Voir toutefois M. Reinisch (A/CN.4/SR.3419) qui, sans remettre en question la substance du projet de conclusion 23, a proposé qu'il soit exclu des présents projets de conclusion, puisqu'il est traité dans le cadre d'un autre sujet.

répondu aux critiques formulées, le Rapporteur spécial a proposé de remplacer ces projets de conclusion par une clause « sans préjudice »³⁵.

B. Débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale

13. Avant d'entreprendre l'analyse du débat qui a eu lieu sur le sujet à la Sixième Commission au cours de la soixante-treizième session de l'Assemblée générale (et d'y répondre en partie), le Rapporteur spécial tient à exprimer sa profonde gratitude au Président de la Commission lors de la soixante-dixième session pour la déclaration qu'il a faite en conclusion pour expliquer que les membres de la Commission, y compris les rapporteurs spéciaux, assistaient aux séances de la Sixième Commission volontairement et à leurs propres frais³⁶. Une remarque lancée inopinément par une délégation avait donné la fâcheuse impression que les rapporteurs spéciaux se prélassaient sur les plages de Miami aux frais de l'Organisation des Nations Unies³⁷.

14. Si certains États se sont déclarés préoccupés par la démarche de la Commission, la plupart ont accueilli favorablement les travaux qu'elle-même et le Rapporteur spécial avaient accomplis sur le sujet³⁸. Les États Membres ont non seulement fait des observations sur des projets de conclusion individuels, mais aussi abordé une gamme de questions, y compris la méthode adoptée par le Rapporteur spécial et la Commission.

³⁵ A/CN.4/3425.

³⁶ M. Valencia-Ospina (A/C.6/73/SR.30).

³⁷ Pour mémoire, il arrive régulièrement que le Rapporteur spécial participe aux séances de la Sixième Commission à ses propres frais et sans l'aide de l'ONU, de son gouvernement ou de quelque autre institution.

³⁸ Parmi ceux qui ont formulé des observations sur le sujet, les États ci-après on a adopté une position généralement défavorable : Chine (A/C.6/73/SR.25) ; France (A/C.6/73/SR.26) ; Roumanie (Ibid.) ; Israël (A/C.6/73/SR.27) ; Turquie (Ibid.) ; États-Unis d'Amérique (A/C.6/73/SR. 29). Les États ci-après se sont en revanche déclarés favorables : Bahamas, au nom de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) (A/C.6/73.SR.20) ; Autriche (déclaration du 26 octobre 2018 ; voir aussi A/C.6/73/SR.25) (réaffirmant sa reconnaissance envers la Commission pour les travaux qu'elle a accomplis sur ce sujet) (toutes les déclarations présentées à la Sixième Commission qui sont citées dans le présent rapport peuvent être consultées sur la Plateforme d'écopublication PaperSmart : <http://papersmart.unmeetings.org>) ; Brésil (A/C.6/73/SR.25) ; Chypre (Ibid.) ; Égypte (Ibid.) ; Mexique (Ibid.) (la délégation se félicite de ce que la plupart des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial sont fondés sur les dispositions d'autres textes adoptés par la Commission, en particulier la Convention de Vienne, les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. Elle appuie l'inclusion d'un projet de conclusion sur les conséquences des normes du *jus cogens* sur les principes généraux du droit, de manière à englober toutes les sources du droit international) ; Singapour (déclaration du 30 octobre 2018 ; voir aussi A/C.6/73/SR.25) (où il est souligné que les observations formulées n'entament en rien sa reconnaissance pour les travaux accomplis dans l'ensemble et l'analyse approfondie qui a permis l'élaboration du rapport) ; Estonie (A/C.6/73/SR.26) ; Japon (Ibid.) (la délégation du Japon appuie la démarche du Rapporteur spécial) ; Nouvelle-Zélande (Ibid.) ; Portugal (Ibid.) ; Thaïlande (Ibid.) ; Grèce (A/C.6/73/SR27 et déclaration du 30 octobre 2018) (le Rapporteur spécial est félicité pour la démarche pragmatique et globale qu'il a réussi à adopter dans son troisième rapport, en dépit de la rareté de la pratique des États en la matière ; le Comité de rédaction est remercié pour la poursuite de l'examen du projet de conclusions) ; Iran (République islamique d') (A/C.6/73/SR.27) ; Malaisie (déclaration du 30 octobre 2018 ; voir aussi A/C.6/73/SR.27) (le Rapporteur spécial est remercié pour le travail accompli jusqu'à présent) ; République de Corée (Ibid. et déclaration du 30 octobre 2018) (malgré l'insuffisance de la pratique et de la jurisprudence, le Rapporteur spécial a réussi à produire un rapport détaillé sur ces questions fondamentales de droit international et la délégation a tenu à le féliciter chaleureusement, ainsi que la Commission, pour le travail inestimable qui a été accompli) ; Afrique du Sud (Ibid.) ; Viet Nam (Ibid.) ; Mozambique (A/C.6/73/SR.28). D'autres États ont exprimé leurs vues sur diverses dispositions, sans adopter de position globale favorable ou défavorable quant à la manière dont la question avait été traitée, notamment : République tchèque (A/C.6/73/SR.25) ; Pologne (Ibid.) ; Allemagne (A/C.6/73/SR.26) ; Inde (Ibid.) ; Pays-Bas (Ibid.) ; Slovaquie (Ibid.) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/C.6/73/SR.27). La position de l'Italie (A/C.6/73/SR.25) est difficile à cerner. Bien que le ton général de sa déclaration semble favorable, sa proposition d'adoption du rapport par la Commission témoigne d'une attitude nettement défavorable.

Bien que les questions du *jus cogens* régional et de la liste indicative aient été soulevées au cours des débats, elles ne seront pas abordées dans la présente section du rapport, mais dans des sections subséquentes.

15. À l'instar de plusieurs membres de la Commission, de nombreux États ont exprimé leur mécontentement à l'égard de la décision prise par celle-ci de retenir les projets de conclusion au Comité de rédaction jusqu'à ce que l'ensemble ait été achevé³⁹. Il convient de signaler que, bien que cette façon de procéder ait été expressément adoptée il y a plusieurs années⁴⁰, elle n'a jamais encore été remise en question au cours des débats. En outre, il est inexact de penser que la Commission n'a jamais procédé de cette manière dans le passé. C'est en 2012 qu'elle a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « La formation et l'identification du droit international coutumier » (devenu ensuite « Détermination du droit international coutumier »). Ce sujet a été examiné par la Commission en 2012, en 2013, en 2014 et en 2015, et l'ensemble du projet de conclusions et des commentaires y afférents a été adopté en 2016. C'est cette même année, soit celle de l'adoption en première lecture de l'ensemble du projet que, pour la première fois, le rapport de la Commission sur le sujet contenait des projets de conclusion assortis de commentaires. Or pas un seul membre de la Commission ni aucun État Membre n'a manifesté la moindre préoccupation à l'égard de cette façon de procéder. De fait, il paraît d'autant plus intéressant de mentionner que, dans son intervention au cours du débat à la Sixième Commission, la délégation française a qualifié d'idéale la démarche adoptée pour le sujet de la détermination du droit international coutumier⁴¹. Pourtant, la même délégation s'est inquiétée du recours à cette même méthode de travail à propos du sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Le résumé qu'on peut lire dans le rapport de la Commission de la réponse du Rapporteur spécial à la critique formulée par les trois membres de la Commission qui ont initialement soulevé la question présente un ton plus contrit que la réponse effectivement formulée à l'issue du débat⁴². Il est donc nécessaire de reproduire intégralement cette réponse :

Je voudrais commencer mon intervention en répondant à la préoccupation de M. Nolte au sujet des méthodes de travail, préoccupation partagée par MM. Rajput, Grossman et Murase. [...]

On se rappellera que la méthode de travail retenue en l'occurrence a d'abord été proposée à la Commission par le Rapporteur spécial, au moment de la récapitulation du débat sur le premier rapport, à titre de compromis pour tenir compte des préoccupations exprimées par certains membres, notamment MM. Nolte, Murphy et Wood, qui remettaient en question la proposition faite dans ce premier rapport quant à l'emploi par la Commission d'une démarche fluide

³⁹ France (A/C.6/73/SR.20) (« Le Comité de rédaction a adopté à titre provisoire plusieurs projets de conclusion sur le sujet 'Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)', mais aucun n'a encore été examiné ni adopté par la CDI en séance plénière et aucun commentaire n'a encore été produit. La multiplication des sujets rend également difficile aux États de communiquer à la CDI les observations qu'elle demande chaque année. Il est donc impératif de revenir à la pratique antérieure selon laquelle la CDI n'examinait qu'un nombre limité de sujets à chaque session, ce qui lui permettrait de les analyser en profondeur et de dresser l'état de la pratique et de la jurisprudence des différentes régions du monde. ») ; Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/73/SR.24) ; Chine (A/C.6/73/SR.25) ; Singapour (Ibid.) ; Allemagne (A/C.6/73/SR.26) ; Roumanie (Ibid.) ; Israël (A/C.6/73/SR.27) ; États-Unis (A/C.6/73/SR.29).

⁴⁰ Voir, par exemple, A/72/10, par. 210 (« [I]e Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il préférerait que le Comité de rédaction établisse la version définitive de tous les projets de conclusion qu'il avait l'intention de proposer en première lecture avant de les renvoyer en plénière. »). Voir également la déclaration, en date du 9 août 2016, du Président du Comité de rédaction (M. Šturma) sur le *jus cogens* et celle, en date du 26 juillet 2017, du Président du Comité de rédaction (M. Rajput) sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

⁴¹ France (A/C.6/73/SR.20) : « Il faut donc s'efforcer de permettre aux rapporteurs spéciaux de recevoir des informations utiles sur les différents systèmes juridiques. La méthode adoptée pour les travaux de la Commission sur la "Détermination du droit international coutumier" devrait constituer un modèle à suivre à l'avenir. ».

⁴² A/73/10, par 162.

consistant à adopter certaines conclusions, quitte à les ajuster en fonction de l'évolution des travaux. L'autre solution, si j'ai bien compris leur proposition à l'époque, marquait une rupture plus radicale par rapport aux usages de la Commission. Il s'agissait pour le Rapporteur spécial de produire plusieurs rapports ne contenant aucun projet de conclusion et d'attendre que les positions soient claires pour proposer un projet de conclusions. Peut-être l'a-t-il oublié mais, selon un dicton d'Afrique du Sud, la victime n'oublie jamais.

Il est vrai que, à la suite de cette proposition, j'ai fini par voir, en tant que Rapporteur spécial, des avantages supplémentaires à cette façon de procéder, de sorte que, si je l'ai initialement perçue comme un compromis, je l'ai ensuite adoptée carrément.

Mais je tiens à ajouter que, même s'il ne s'agit pas d'un choix délibéré de la part du Rapporteur spécial, les archives montrent que ce sujet a toujours été examiné au cours de la deuxième partie de la session. Il n'aurait été possible à aucune des sessions où il a été examiné, c'est-à-dire dans les deux ou trois semaines suivant la finalisation du projet par le Comité de rédaction, de rédiger, éditer et traduire des commentaires afin de les soumettre pour adoption par la Commission.

On aurait certes pu envisager de le faire pour l'année suivante, de façon que les projets de conclusion examinés en 2016 soient adoptés en 2017, que les projets de conclusion examinés en 2017 soient adoptés en 2018 et que les projets de conclusions qui pourraient être examinés cette année soient adoptés en 2019. Mais cela aurait pu être encore plus déconcertant pour les États qui reçoivent à la fois le résumé du débat sur le texte non encore adopté de l'année en cours et le texte adopté dans le rapport de l'année précédente.

16. Plusieurs délégations ont soulevé une seconde question d'ordre méthodologique concernant l'importance de la pratique dans l'examen du sujet. Nombre d'États se sont inquiétés de l'insistance mise par le Rapporteur spécial sur la théorie et à la doctrine plutôt que la pratique des États⁴³. Il convient de noter que, si quelques États ont souscrit à cette affirmation, tel n'était pas l'avis de la majorité et, en fait, certains États ont expressément fait observer que le troisième rapport du Rapporteur spécial tenait compte de la pratique des États en dépit de la pénurie de celle-ci⁴⁴. Il est difficile de répondre à la critique voulant que le Rapporteur spécial et la Commission aient adopté dans leurs travaux un point de vue théorique ne tenant pas compte de la pratique, alors qu'aucun

⁴³ République tchèque (A/C.6/73/SR.25) (la méthode adoptée par le Rapporteur spécial consiste principalement à faire référence à la doctrine plutôt qu'à la pratique internationale) ; France (A/C.6/73/SR.26) ; Roumanie (Ibid.) (l'examen du sujet par la Commission doit être fondé sur la pratique des États et non sur une analyse théorique) ; Slovaquie (Ibid.) (la Slovaquie constate avec inquiétude que plusieurs des projets de conclusion proposés reposent sur des opinions doctrinales au lieu de refléter la pratique des États) ; Israël (A/C.6/73/SR.27 et déclaration du 30 octobre 2018) (un certain nombre de préoccupations ont été soulevées relativement à la méthode employée par le Rapporteur spécial, qui aurait notamment donné une trop grande importance à la théorie et à la doctrine, plutôt qu'à la pratique des États). Voir également États-Unis (A/C.6/73/SR.29) (De façon plus générale, l'absence de pratique des États ou de jurisprudence sur la plupart des questions abordées dans le projet a des répercussions claires sur le rôle et la fonction des projets de conclusions qui seront finalement adoptés. Bien que présentés sous forme de « projets de conclusion », les énoncés figurant dans le projet ne présentent pas de fondement juridique propre, mais participent davantage de la volonté de prévoir, par raisonnement déductif, la manière dont certains principes pourraient s'appliquer dans des cas hypothétiques.).

⁴⁴ Parmi les États qui se sont expressément prononcés dans ce sens, citons : Autriche (déclaration du 26 octobre 2018 ; voir aussi A/C.6/73/SR.25) (un accueil favorable est donné aux projets de conclusions 10 à 12, dans leur version initiale, qui paraît refléter en grande partie l'état actuel du droit, lequel est énoncé dans la Convention de Vienne de 1969 et le droit international coutumier correspondant) ; Brésil (Ibid.) (le Rapporteur spécial est à féliciter pour avoir accompli des recherches de qualité et avoir fait état de la pratique en conformité avec la Convention de Vienne sur le droit des traités) ; Japon (A/C.6/73/SR.26) (la délégation appuie également la démarche du Rapporteur spécial consistant à faire fond sur la pratique des États et les décisions des juridictions internationales pour étayer et expliciter l'article) ; Portugal (Ibid.) (la Commission a su trouver un juste équilibre entre la théorie et la pratique dans ses travaux sur le sujet au cours de la présente session) ; Afrique du Sud (A/C.6/73/SR.27).

des États n'a été en mesure de citer un seul projet de conclusion qui ne trouve aucun fondement dans la pratique. Il n'y a pas un seul projet de conclusion figurant dans le troisième rapport (ou, d'ailleurs, dans l'un ou l'autre des rapports précédents) qui soit uniquement fondé sur la doctrine. Bien que cette assertion n'ait été soutenue que par une petite minorité d'États, elle est si grave et si accablante⁴⁵ que, exceptionnellement, quelques exemples s'imposent pour la réfuter. Qu'il s'agisse de la jurisprudence nationale⁴⁶, des déclarations des États⁴⁷, de la pratique en matière de traités⁴⁸ ou de résolutions de l'Assemblée générale⁴⁹ ou du Conseil de sécurité, les références à la pratique des États abondent dans le troisième rapport⁵⁰, qui contient en outre de nombreux renvois à la jurisprudence internationale et régionale⁵¹.

17. Comme à la Commission, de nombreux États ont concentré leur attention sur le projet de conclusion 14, dans sa version approuvée à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2018⁵², concernant le mécanisme de règlement des différends pour l'invalidation des traités. À bien des égards, les commentaires formulés vont dans des directions différentes et confirment que la solution préconisée par le Comité de rédaction constitue le choix optimal. À une extrême, certains États ont suggéré d'aligner étroitement les mécanismes procéduraux sur le modèle de la Convention de Vienne de 1969, car le contraire risquerait d'affaiblir les dispositions relatives au règlement des différends qui constituent au sein de celle-ci une composante essentielle du régime du *jus cogens*⁵³. À l'autre extrême opposée, d'autres États ont fait valoir que l'inclusion du projet de conclusion, bien qu'elle soit étayée par la Convention de Vienne de 1969, avait pour effet d'imposer une règle conventionnelle à des États qui ne seraient pas parties au traité en cause, puisque le projet de conclusion ne pouvait être considéré comme une règle du

⁴⁵ Cette critique est d'autant plus grave que le Rapporteur spécial s'était engagé à éviter les débats théoriques et à se concentrer sur la pratique : voir troisième rapport (A/CN.4/714 et A/CN.4/714/Corr.1), par. 23.

⁴⁶ Pour des exemples choisis au hasard dans le troisième rapport (références omises), voir : note 363, renvoi à l'affaire *Nada (Youssef) c. Secrétariat d'État à l'économie et Département fédéral de l'économie* (Suisse) ; note 352, renvoi, entre autres, à l'affaire *Sabbithi v. Al Saleh* (États-Unis) ; note 264, renvoi à l'affaire *Nulyarimma v. Thompson* (Australie). Sont exclues les affaires concernées par les projets de conclusions 22 et 23 en raison de la controverse évidente qui en est résultée, laquelle n'avait rien à voir avec la prise en considération de la pratique des États, mais concernait plutôt la suffisance de celle-ci.

⁴⁷ Pour des exemples choisis au hasard dans le troisième rapport (références omises), voir : note 79, contenant les déclarations des Pays-Bas, de Chypre et d'Israël sur divers traités ; note 81, référence aux moyens de l'Australie en l'affaire du *Timor oriental* en ce qui concerne le Traité sur la passe de Timor ; note 83, sur le point de vue des États-Unis concernant le traité entre l'URSS et l'Afghanistan ; note 126, renvoi à la déclaration du Rwanda concernant l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 ; note 147, renvoi aux déclarations faites par plusieurs États (Royaume-Uni, Turquie) à une séance du Conseil de sécurité relativement à une plainte déposée par Chypre concernant l'emploi de la force par la Turquie sur son territoire ; note 266, mention du Burkina Faso et renvoi aux déclarations de la République tchèque concernant le rapport entre les obligations *erga omnes* et le *jus cogens*.

⁴⁸ Qu'il nous suffise de dire ici que la plus grande part des travaux exposés dans le troisième rapport (A/CN.4/714 et A/CN.4/714/Corr.1) repose sur la Convention de Vienne de 1969.

⁴⁹ Pour des exemples choisis au hasard dans le troisième rapport (références omises), voir : note 86, renvoi à la résolution 33/28 A de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 1979 ; note 248, renvoi à la résolution 3411 D de l'Assemblée en date du 28 novembre 1975.

⁵⁰ Pour des exemples choisis au hasard dans le troisième rapport (références omises), voir : note 150, renvoi à la résolution 353 (1974) du Conseil de sécurité ; note 241, renvoi à la résolution 276 (1970) du Conseil.

⁵¹ Pour des exemples choisis au hasard dans le troisième rapport (références omises), voir : note 88, renvoi à l'affaire *Procureur c. Taylor* (Tribunal spécial pour la Sierra Leone) ; note 124, renvoi à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (arrêt de la Cour internationale de Justice), dans laquelle a été proposée une interprétation étroite de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 ; note 154, renvoi à l'affaire *Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario) c. Conseil de l'Union européenne* ; note 163, renvoi à l'affaire des *Plateformes pétrolières* (Cour internationale de Justice).

⁵² Disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc..>

⁵³ Voir, par exemple : Inde (A/C.6/73/SR.26) ; Pays-Bas (Ibid.) ; Royaume-Uni (déclaration du 30 octobre 2018 ; voir aussi A/C.6/73/SR.27).

droit international coutumier⁵⁴. De l'avis du Rapporteur spécial, bien qu'elles ne soient pas dénuées de fondement, ces deux positions prêtent aussi à la critique. Dans sa version adoptée à titre provisoire par le Comité de rédaction, le projet de conclusion 14 vise à concilier ces deux positions opposées.

18. Il convient maintenant d'aborder deux questions indirectement liées au rôle de la pratique et illustrant les malentendus auxquels ont donné lieu certains aspects du troisième rapport. Premièrement, dans sa déclaration, Israël affirmait que les projets de conclusions 20 et 21 étaient inacceptables en ce qu'ils reposaient exclusivement sur les articles sur la responsabilité de l'État, lesquels, à son avis, ne correspondaient pas au droit international coutumier⁵⁵. La Commission a pour habitude de faire fond sur ses travaux antérieurs et il serait surprenant que, dans le cas présent, elle déroge à cette coutume sans fournir de bonnes raisons. Qui plus est, ces projets de conclusion ont d'autres fondements que les articles sur la responsabilité de l'État. Ils reposent sur la jurisprudence (nationale, régionale et internationale)⁵⁶, les déclarations faites par les États⁵⁷ et les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale⁵⁸. Il n'est tout simplement pas exact de dire qu'ils sont fondés exclusivement sur les articles sur la responsabilité de l'État. En tout état de cause, le Rapporteur spécial estime que la Commission serait mal placée, en 2018, pour soutenir qu'il est conforme au droit international que les États ne coopèrent pas pour mettre fin aux situations découlant de la violation du *jus cogens* et, pis encore, que le droit international permet aux États de contribuer à entretenir de telles situations. Dans sa déclaration, la Turquie affirmait que le Rapporteur spécial soutenait que la « non-dérogeabilité » était un critère et non une conséquence du *jus cogens*⁵⁹. Il s'agit manifestement d'une erreur, car le Rapporteur spécial a indiqué clairement, en divers endroits de ses rapports, que, à son avis, l'interdiction de toute dérogation est bien une conséquence⁶⁰, le critère résidant plutôt dans l'acceptation et la reconnaissance de l'intangibilité, selon la formule *opinio juris cogens* utilisée dans le deuxième rapport.

19. Des vues divergentes ont également été exprimées sur la question de la mention explicite du Conseil de sécurité dans le projet de conclusion 17. Ces vues seront sans aucun doute prises en considération par le Comité de rédaction lorsqu'il examinera ce projet de conclusion.

20. Comme à la Commission, nombre d'États ont abordé la question de la responsabilité pénale individuelle. Compte tenu de la proposition du Rapporteur spécial d'insérer une clause « sans préjudice », il n'est pas nécessaire d'en dire davantage à ce sujet.

⁵⁴ Voir, par exemple, Pologne (A/C.6/73/SR.25) ; Singapour (Ibid.) ; Grèce (A/C.6/73/SR.27) ; Israël (Ibid.).

⁵⁵ Israël (A/C.6/73/SR.27). Voir également Royaume-Uni (déclaration du 30 octobre 2018 ; voir aussi A/C.6/73/SR.27).

⁵⁶ Voir, par exemple, dans le troisième rapport : note 222, renvoi à l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* ; note 225, référence aux *Affaires du Sud-Ouest africain (Exceptions préliminaires)* ; note 228, renvoi à l'avis consultatif concernant la Namibie ; note 239, référence à l'affaire *Amnesty International v. Secretary of State for the Home Department* ; note 215, référence à l'affaire *La Cantuta c. Pérou*.

⁵⁷ Voir, dans le troisième rapport, la note 222, où il est fait référence à la déclaration faite par l'Iraq lors d'une séance du Conseil de sécurité (S/PV.4503).

⁵⁸ Voir par exemple, dans le troisième rapport, la note 241, où il est fait référence à la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, et la note 244, où il est fait référence à la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 27 octobre 1966.

⁵⁹ Turquie (A/C.6/73/SR.27).

⁶⁰ Voir, par exemple, le par. 38 du deuxième rapport (A/CN.4/706), où le Rapporteur spécial précise que l'interdiction de toute dérogation n'est pas un critère, mais une conséquence du *jus cogens*. Voir également le par. 62 du premier rapport (A/CN.4/693) (« La non-dérogeabilité [...] est une conséquence du caractère impératif »).

III. *Jus cogens* régional

21. Il était annoncé dans le troisième rapport que la question du *jus cogens* régional serait analysée dans le quatrième rapport⁶¹. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial avait déjà exposé son analyse préliminaire de la question :

L'idée que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables a elle-même deux conséquences [...] Une seconde implication, plus complexe, de l'applicabilité universelle est que les normes du *jus cogens* ne s'appliquent pas sur une base régionale ou bilatérale. Si certains auteurs considèrent qu'un *jus cogens* régional est possible, le fondement de cette opinion demeure quelque peu obscur. S'il existe, ce *jus cogens* régional serait une exception au principe général de l'applicabilité universelle des normes du *jus cogens*. La question de savoir si le droit international admet l'existence d'un *jus cogens* régional sera examinée dans le rapport final, consacré à des questions diverses⁶².

22. Les États se sont longtemps préoccupés de la façon dont la Commission allait examiner la question du *jus cogens* régional⁶³. Lors du débat sur le rapport de 2018, ils ont fait part de leurs commentaires sur cette question. Dans leurs déclarations, ils ont globalement rejeté la possibilité d'un *jus cogens* régional. La Malaisie, attendant avec intérêt la poursuite des débats sur ce thème, a fait observer qu'une telle application pourrait être incompatible avec le *jus cogens* et que la notion de *jus cogens* régional pourrait être source de confusion, et qu'il valait donc mieux l'éviter⁶⁴. Le Royaume-Uni s'est dit sceptique quant à l'intérêt d'examiner la question⁶⁵. À son avis, la notion de *jus cogens* régional pourrait porter atteinte au principe d'applicabilité universelle propre aux normes du *jus cogens*. Dans sa déclaration, la Thaïlande a fait valoir « qu'accepter l'existence d'un *jus cogens* régional contredirait et affaiblirait la notion de *jus cogens* en tant qu'ensemble de normes "acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble" », raison pour laquelle son existence ne pouvait être admise par le droit international⁶⁶. De même, la Finlande, s'exprimant au nom des pays nordiques, a dit ne pas être convaincue qu'il soit possible de concilier le *jus cogens* régional avec la notion de *jus cogens* dans le contexte des normes impératives du droit international général⁶⁷. En des termes plus vigoureux encore, la Grèce a déclaré être fermement convaincue que l'idée d'un *jus cogens* régional était contraire à la notion même de *jus cogens*, qui est par définition universelle⁶⁸. L'Afrique du Sud a dit craindre qu'une notion telle que le *jus cogens* régional ne dilue le caractère suprême et universel du *jus cogens*⁶⁹. Les États-Unis se sont pour leur part interrogés sur l'intérêt d'envisager un *jus cogens* régional et sont convenus avec d'autres délégations que cette notion semblait s'écarter de l'idée que les normes du *jus cogens* étaient acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble⁷⁰. Même le Portugal, qui a reconnu que l'étude de la question du *jus cogens* régional pouvait présenter un intérêt d'un point de vue intellectuel, a dit qu'il fallait faire preuve de prudence pour ne pas porter atteinte au principe voulant que les normes impératives du droit international général sont reconnues et appliquées universellement⁷¹.

⁶¹ A/CN.4/714 et Corr.1, par. 162.

⁶² A/CN.4/693, par. 68.

⁶³ K. Gastorn, « Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, 2017, p. 659 et 660.

⁶⁴ Malaisie (A/C.6/73/SR.27).

⁶⁵ Royaume-Uni (déclaration du 30 octobre 2018 ; voir également A/C.6/73/SR.27).

⁶⁶ Thaïlande (A/C.6/73/SR.26).

⁶⁷ Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/73/SR.24).

⁶⁸ Grèce (A/C.6/73/SR.27).

⁶⁹ Afrique du Sud (A/C.6/73/SR.27).

⁷⁰ États-Unis (A/C.6/73/SR.29).

⁷¹ Portugal (déclaration du 26 octobre 2018 et A/C.6/73/SR.26).

23. Comme il ressort du premier rapport du Rapporteur spécial, certains auteurs ont avancé l'idée d'un *jus cogens* régional⁷², au premier rang desquels figure Robert Kolb⁷³. D'après la position défendue par ce dernier, qui a fait l'objet d'un long examen dans le premier rapport, le *jus cogens* est dépourvu de tout caractère universel et absolu, et dénué de toute supériorité hiérarchique, point de vue qui, contrairement à celui de la Commission, pourrait être tout à fait compatible avec l'idée de *jus cogens* régional⁷⁴. Selon Kolb, le *jus cogens* est une « technique juridique » qui peut être employée et appliquée de diverses façons⁷⁵. Il existerait différents types de *jus cogens* dont le rôle et les effets sur le droit international seraient variables⁷⁶. D'après cette théorie, toute règle à laquelle il ne peut être dérogé, y compris les règles de procédure de la Cour internationale de Justice, pourrait relever du *jus cogens*⁷⁷. Ainsi, l'impossibilité pour les parties à un différend de demander à la Cour de rendre un avis consultatif ou de leur donner une indication officieuse quant à l'issue de ses délibérations serait constitutive de normes de *jus cogens*⁷⁸. Si l'on s'en tient à cette conception large du *jus cogens*, il n'est guère difficile d'envisager l'existence d'un *jus cogens* régional (voire bilatéral) puisque, si des États convenaient qu'une règle, quelle qu'elle soit, n'est pas susceptible de dérogation, celle-ci pourrait être qualifiée de norme impérative⁷⁹. La notion de *jus cogens* correspondant à la pratique des États, dont il est rendu compte dans les premier, deuxième et troisième rapports, repose sur une hiérarchie de normes, dont découle l'idée de conférer la primauté à ce qui serait le plus important, à savoir un ensemble commun de valeurs humaines que l'on suppose universelles⁸⁰.

24. Cependant, même parmi les auteurs qui acceptent généralement le caractère « absolu » du *jus cogens*, certains semblent admettre, quoique plus prudemment, qu'un *jus cogens* régional puisse exister, du moins sur le plan théorique. Erika de Wet, par exemple, avance avec circonspection que les obligations énoncées dans la Convention

⁷² Pour un aperçu du débat, voir U. Linderfalk, « Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism over legal idealism », *Netherlands Yearbook of International Law: Jus cogens — Quo Vadis?*, vol. 46, 2015, p. 70, 72 et 81. Voir également R. Hasmath, « The utility of regional *jus cogens* », article présenté lors de la réunion annuelle de l'American Political Science Association, Nouvelle-Orléans (États-Unis d'Amérique), 30 août-2 septembre 2012.

⁷³ Voir également W. Czapliński, « *Jus cogens* and the law of treaties », in C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 92 et 93. Voir également G. Gaja, « *Jus cogens* beyond the Vienna Convention », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 172, 1981-III, p. 284.

⁷⁴ Voir, en général, R. Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens): A General Inventory*, Oxford, Hart, 2015, en particulier les p. 97 et suivantes. Voir, sur ce point, le premier rapport (A/CN.4/693), en particulier le par. 57.

⁷⁵ Voir, pour détails, T. Kleinlein, « *Jus cogens* re-examined: value formalism in international law », *European Journal of International Law*, vol. 28, 2017, p. 295 à 315. À la page 297, la position de Kolb sur ce point est décrite comme étant technique, analytique et dénuée d'idéologie.

⁷⁶ Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)* (voir *supra* note 72), p. 45.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 51 à 54.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 51 et 52.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 97 (Si l'on s'en tient à l'idée que le *jus cogens* est une technique juridique, ainsi qu'il est soutenu dans la présente monographie, rien ne s'oppose à l'existence de normes impératives régionales).

⁸⁰ H.R. Fabri, « Enhancing the rhetoric of *jus cogens* », *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, p. 1050. Voir C. Tomuschat, « The Security Council and *Jus cogens* », in E. Cannizzaro (dir.), *The Present and Future of Jus cogens*, Rome, Sapienza, 2015, p. 8, où le *jus cogens* est défini comme étant une catégorie de normes qui protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. À la page 23, il est dit que le *jus cogens* a une forte connotation morale. Voir, en particulier, le projet de conclusion 2 des projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) adoptés provisoirement par le Comité de rédaction en 2017 (déclaration du Président du Comité de rédaction du 26 juillet 2017 (voir *supra* note 40), annexe). Au sujet de ce projet de conclusion, le Président du Comité de rédaction a expliqué que, de l'avis de la majorité des membres, il s'agissait d'une disposition importante qui donnait une orientation générale quant aux dispositions suivantes (*Ibid.*). Voir les éléments qui étayaient cette position dans la pratique des États et les décisions des juridictions internationales, premier rapport (A/CN.4/693), par. 61 à 72 ; deuxième rapport, (A/CN.4/706), par. 18 à 30.

européenne des droits de l'homme⁸¹ relèvent désormais du droit coutumier régional et même, d'une certaine façon, d'un *jus cogens* régional⁸². Elle en veut pour preuve le statut particulier dont jouit la Convention dans le territoire des États qui y sont parties⁸³. Czaplinski adopte pour sa part une position quelque peu ambiguë. Tout d'abord, faisant écho aux vues exprimées par les États ci-dessus, il se dit sceptique quant à la possibilité que des normes régionales (particulières) revêtent un caractère impératif, la Convention de Vienne de 1969 définissant le *jus cogens* en son article 53 comme étant exclusivement constitué de normes du droit international général acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble⁸⁴. Il poursuit toutefois en affirmant que la notion a évolué depuis 1969 et qu'il pourrait accepter, d'un point de vue théorique, l'existence d'un *jus cogens* régional⁸⁵. Ancien membre de la Commission et juge à la Cour internationale de Justice, Giorgio Gaja fait également une interprétation large de la question du *jus cogens* régional :

[...] la Convention montre que les normes impératives relèvent nécessairement du « droit international général » et s'appliquent à « la communauté internationale des États dans son ensemble ». Aucune raison convaincante n'a jamais été avancée pour écarter la possibilité qu'il existe des normes impératives non universelles ou « régionales ». Les valeurs qui prévalent dans les groupes régionaux ne sont pas forcément incompatibles avec les valeurs s'inscrivant dans un cadre plus large. Il se peut qu'une norme n'acquière un caractère impératif que dans un contexte régional⁸⁶.

25. Un autre ancien membre de la Commission, Alain Pellet, défend une position semblable⁸⁷. Il avance tout d'abord, à juste titre selon le Rapporteur spécial, que, bien souvent, l'apparition d'une norme universelle du *jus cogens* fait suite aux demandes formulées par la société civile (les acteurs non étatiques au sens large) et les régions⁸⁸. Il ne semble pas entendre par là que les normes universelles du *jus cogens* sont nécessairement issues d'un *jus cogens* régional. À notre sens, il soutient plutôt que les règles normales survenant dans un contexte régional favorisent souvent l'apparition de normes de *jus cogens*. Il précise toutefois, entre parenthèses⁸⁹, que l'existence d'un *jus cogens* régional n'est pas exclue selon lui, sachant qu'il existe un droit impératif européen des droits de l'homme, qui est certainement bien plus élaboré et exigeant que le système très imprécis du droit « impératif » mondial des droits de l'homme⁹⁰.

26. Si elle reçoit l'appui de certains auteurs, la notion de *jus cogens* régional présente à tout le moins deux problèmes. Le premier concerne l'insuffisance de la pratique étayant l'existence d'un *jus cogens* régional. Le second est de nature plus théorique et est au cœur des objections soulevées par les États. Par souci de commodité, le problème plus théorique sera examiné en premier. Il est assez bien illustré par une série de questions posées par Kennedy Gastorn, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique⁹¹, qui s'interroge, par exemple, sur le

⁸¹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), Rome, 4 novembre 1950, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 253, n° 2889, p. 221.

⁸² E. de Wet, « The emergence of international and regional value systems as manifestations of the emerging international constitutional order », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, p. 617.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Czaplinski, « *Jus cogens* and the law of treaties », (*supra* note 73), p. 92 et 93.

⁸⁵ Ibid., p. 93.

⁸⁶ Gaja, « *Jus cogens* beyond the Vienna Convention », (*supra* note 73), p. 284.

⁸⁷ A. Pellet, « Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 27, 2016, p. 83.

⁸⁸ Ibid., p. 89.

⁸⁹ L'auteur souligne que son commentaire, qui figure entre parenthèses, est en soi une parenthèse.

⁹⁰ Pellet, « Comments in response to Christine Chinkin... » (*supra* note 87), p. 89 (souligné dans l'original).

⁹¹ Gastorn, « Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law », *supra* note 63, p. 661.

sens qu'il pourrait y avoir à parler de normes de *jus cogens* ne s'appliquant qu'à certains États, autrement dit, de normes impératives distinctes en ce sens de celles découlant de la simple coutume régionale, et pose la question de savoir si une norme demeurerait impérative si elle n'était contraignante que pour certains États et non pour tous⁹².

27. Dans le même sens, M. Orakhelashvili remet en cause la possibilité d'un *jus cogens* régional⁹³. Il fait valoir des arguments presque identiques à ceux avancés par les États au cours du débat de la Sixième Commission tenu en 2018. Il relève en particulier que la notion de *jus cogens* régional ne serait pas compatible avec la définition du *jus cogens* donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969⁹⁴, largement acceptée par la Commission. Universitaire allemand renommé (et ancien membre de la Commission), M. Tomuschat abonde dans le même sens, en ce que les normes du *jus cogens* ne peuvent être purement bilatérales puisqu'elles tirent leur autorité de l'intérêt de la communauté internationale⁹⁵. Si l'on suit ce raisonnement, la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional semble exclue. Quoi qu'il en soit, outre les questions de définition, la notion de *jus cogens* régional pose d'autres difficultés fondamentales⁹⁶. Ces difficultés d'ordre conceptuel et pratique découlent du caractère universel inhérent au *jus cogens*, qui s'applique « partout »⁹⁷.

28. Sur le plan conceptuel, la première difficulté a trait à la création (ou la formation) d'un *jus cogens* régional. Il est malaisé de justifier théoriquement pourquoi un État situé dans une région donnée, qui pourrait par ailleurs lui être hostile, serait tenu aussi absolument par une norme ne relevant pas du *jus cogens* universel et à laquelle il n'aurait pas consenti (ou dont il n'aurait pas reconnu le caractère impératif, avec toutes les conséquences que cela implique), comme s'il s'agissait d'une norme du *jus cogens*. La justification des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et de leur pouvoir exceptionnel et leur vocation à lier des États sans leur consentement tiennent à ce qu'elles sont si fondamentales pour la communauté internationale qu'elles ne peuvent souffrir aucune dérogation. Ce pouvoir exceptionnel découle donc précisément de la valeur absolue dans laquelle Kolb refuse de voir l'essence du *jus cogens*⁹⁸. Il est vrai que la Commission a récemment admis la possibilité qu'il existe un droit coutumier international régional, qu'elle a appelé « droit international coutumier particulier »⁹⁹. On pourrait donc se demander si le raisonnement théorique suivi pour régler les difficultés posées par le droit international coutumier régional ne permettrait pas également de surmonter les obstacles rencontrés dans le cas du *jus cogens* régional. Il faut répondre résolument par la négative. Alors que la règle de l'objecteur persistant s'applique très certainement au droit international coutumier régional (sachant qu'elle s'applique au droit international coutumier général), on ne peut sans doute pas en dire autant du *jus cogens* régional, sans quoi il ne s'agirait absolument plus de *jus cogens*. Si le *jus cogens* régional était soumis à la règle de l'objecteur persistant ou, d'ailleurs, à quelque autre règle d'objection, il perdrait son caractère impératif.

⁹² Ibid.

⁹³ A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 38 et 39.

⁹⁴ Ibid., p. 39.

⁹⁵ Tomuschat, « The Security Council and *jus cogens* » (*supra* note 80), p. 28.

⁹⁶ La lecture objective de la contribution de Tomuschat dans son ensemble tend à confirmer cette conclusion. Voir en particulier la page 33 (Ibid.), où l'auteur rejette la position relativiste (lire non absolutiste) du *jus cogens* de Kolb (Récemment, Robert Kolb a cherché à démontrer qu'il était incorrect de se fonder exclusivement sur le système de valeurs international et qu'il fallait interpréter le *jus cogens* bien plus largement. Toutefois, tous ses exemples font l'impasse sur l'essentiel. D'une part, il affirme que certaines bases axiologiques de l'ordre juridique international ne peuvent être modifiées par les États, d'où le principe de *pacta sunt servanda*. Ces questions ne relèvent pourtant pas de la compétence des États. Nul besoin d'invoquer les règles du *jus cogens* pour contester la validité des hypothèses tendant à saper le fondement de l'ordre juridique international).

⁹⁷ Ibid., p. 25.

⁹⁸ Voir Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)...* (*supra* note 74), p. 97 et suivantes.

⁹⁹ Voir le projet de conclusion 16 des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés en seconde lecture par la Commission, A/73/10, par. 65, p. 164.

29. La deuxième difficulté d'ordre conceptuel a trait à la définition de « région ». L'applicabilité universelle se définit aisément, en ce qu'elle concerne tous les États. Par contre, la portée juridique d'un *jus cogens* régional reste pour sa part indéterminée. Ainsi, la région de l'Afrique australe comprend-elle le Burundi (qui a présenté une demande d'adhésion à la Communauté de développement de l'Afrique australe) ? Pour l'application du *jus cogens* régional, l'Europe, en tant que région, comprend-elle l'Europe de l'Est et, plus particulièrement, la Fédération de Russie ? La même question vaut pour les Amériques, dont la configuration régionale peut varier en fonction du contexte. Cette difficulté se règle en principe par l'accord des États sur la question au regard de l'objectif visé. C'est pour cette même raison que la région de l'Afrique australe ne recouvre pas la même réalité selon qu'il en est question dans l'Union africaine ou à l'ONU. Devant cette imprécision, la notion de *jus cogens* régional entraînerait des difficultés conceptuelles et pratiques, quant à savoir à quels États s'applique telle ou telle norme.

30. La troisième difficulté, liée à la précédente, concerne la question de savoir si le *jus cogens* régional doit forcément être lié à un régime conventionnel régional existant. Les exemples de pratique avancés pour étayer l'existence du *jus cogens* régional (et exposés ci-dessous) font référence soit à la protection des droits en Europe, soit au système interaméricain des droits de l'homme. Or, sachant que ces systèmes reposent sur l'accord des États qui y sont parties, on voit mal comment ils pourraient être générateurs de normes de *jus cogens* proprement dites¹⁰⁰. Cela étant, qu'un régime conventionnel régional puisse ou non donner lieu à la formation d'un *jus cogens* régional n'exclut en rien la possibilité que les normes conventionnelles régionales puissent contribuer à l'évolution des normes de *jus cogens* proprement dites. On pourrait arguer (sans vouloir trop s'avancer) que l'interdiction de la disparition forcée, qui provient sans le moindre doute de la région des Amériques, illustre la façon dont un traité régional ou une norme coutumière peut donner lieu à l'apparition d'une norme relevant du *jus cogens*.

31. L'exemple invoqué le plus souvent pour justifier la notion de *jus cogens* régional est l'Europe, à savoir les normes de la Communauté européenne ou la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰¹. Ainsi, lorsqu'il avance l'idée d'un *jus cogens* régional, Kolb invoque un ordre public européen plus poussé que l'ordre public mondial en ce qui concerne la démocratie, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs¹⁰². De même, De Wet évoque « les obligations énoncées dans la Convention européenne des droits de l'homme » qui, soutient-elle, pourraient former des normes du *jus cogens* régional¹⁰³. Souvent, ces arguments reposent sur la notion d'identité commune résultant de l'appartenance à une communauté et, partant, sur la nature particulière que revêtent les règles qui lient cette communauté. Ce raisonnement a pour défaut d'assimiler au caractère impératif la nature ou l'importance particulières dont bénéficient les règles s'appliquant à une communauté d'États. Le fait qu'un ensemble de règles contraignantes pour une communauté d'États donnée revêtent, pour celle-ci, une importance particulière n'implique pas que ces règles relèvent du *jus cogens*, régional ou autre. Les normes du *jus cogens* correspondent à une catégorie particulière de normes, qui répondent à des critères précis définis dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial et dont découlent des conséquences spécifiques.

32. Comme suite aux trois premiers points avancés, il faut rappeler en quatrième lieu que le *jus cogens* est exceptionnel. En principe et de façon générale, les règles du droit international sont susceptibles de dérogation et peuvent être librement modifiées par

¹⁰⁰ Voir, pour analyse, le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/706), par. 53 à 59.

¹⁰¹ Contrairement à l'exemple de l'Europe, le système interaméricain, souvent évoqué dans le contexte du *jus cogens* régional lui aussi, fait plutôt référence à des normes spécifiques. Il sera donc pris en considération dans la recherche d'une pratique étayant la notion de *jus cogens*.

¹⁰² Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)...* (*supra* note 74), p. 97.

¹⁰³ De Wet, « The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order » (*supra* note 82), p. 617.

l'exercice de la souveraineté¹⁰⁴. On ne saurait présumer à la légère que, sauf dans le cas où les États ont librement renoncé à leur droit de déroger à des règles du droit international, il pourrait exister des normes contraignantes autres que les normes de *jus cogens* généralement acceptées. Si l'on part du principe que les normes du *jus cogens* régional sont réputées découler de la liberté des États de restreindre leur souveraineté, elles ne peuvent pas, à proprement parler, relever du *jus cogens*. Les règles auxquelles les États conviennent de se soumettre s'apparentent aux dispositions d'intangibilité que l'on trouve dans les traités et qui ne relèvent pas du *jus cogens*, du moins pas au sens de la Convention de Vienne de 1969. On peut citer à titre d'exemple l'article 20 du Pacte de la Société des Nations¹⁰⁵, qui dispose que celui-ci abroge toutes obligations incompatibles avec ses termes et que les membres de la Société s'engagent « à n'en pas contracter à l'avenir de semblables ». Ainsi qu'il est indiqué dans le premier rapport, l'article 20 étant lui-même une règle conventionnelle, applicable uniquement aux membres de la Société et pouvant être modifié, voire abrogé par un accord ultérieur, il ne peut être donné comme exemple de norme impérative.

33. Du point de vue conceptuel (et pratique), la difficulté majeure que présente la notion de *jus cogens* régional ne tient pas tant à la formation des normes en relevant qu'à leurs conséquences. Le Rapporteur spécial se fonde ici sur les conséquences du *jus cogens* recensées dans son troisième rapport. Bien que la Commission n'ait encore adopté aucun projet de conclusion et qu'un certain nombre de questions aient été soulevées au cours du débat en plénière au sujet de l'élaboration des projets de conclusion, aucun problème majeur n'a été signalé quant au fond des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial¹⁰⁶. Il est difficile, surtout en l'absence de pratique, d'envisager les conséquences que pourraient avoir des normes relevant d'un *jus cogens* régional. Les conséquences recensées dans le troisième rapport illustrent bien ces difficultés.

34. La principale conséquence du *jus cogens*, à savoir la nullité des traités incompatibles avec la norme qui en relève, conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, est un bon point de départ. Aux termes de cet article, est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme du *jus cogens*¹⁰⁷ et, selon l'article 64, tout traité qui est en conflit avec une norme du *jus cogens* survenue ultérieurement devient nul. Abstraction faite des difficultés de formation mentionnées plus haut, c'est-à-dire dans l'hypothèse que la survenance d'une norme de *jus cogens* régional soit possible, la nullité en découlant emporterait vraisemblablement l'incapacité, pour les membres de la région concernée, de conclure *inter partes* un traité en conflit avec une telle norme, pareil traité antérieurement conclu *inter se* devenant dès lors nul. Or il est inconcevable que de tels traités conclus avec des États tiers soient aussi frappés de nullité. On pourrait bien sûr avancer que le *jus cogens* régional a cette particularité qu'il ne porte pas atteinte aux traités conclus avec des États n'appartenant pas à la région, mais cela reviendrait à montrer que ces normes souffrent dérogation et qu'elles ne sont donc pas impératives au sens retenu jusqu'ici.

¹⁰⁴ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, CIJ Recueil 1969*, p. 42, par. 72 (« Sans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties ») ; *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, CIJ Recueil 1966*, p. 6, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298 (« [le] *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international), [est une] sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les États »).

¹⁰⁵ Pacte de la Société des Nations, Versailles, 28 avril 1919, Société des Nations, *Journal officiel*, n° 1, Février 1920, p. 3.

¹⁰⁶ Voir, en général, A/73/10.

¹⁰⁷ Voir également le projet de conclusion 11 sur la séparabilité des dispositions conventionnelles en conflit avec une norme impérative de droit international général (*jus cogens*), provisoirement adopté par le Comité de rédaction (voir la déclaration, en date du 26 juillet 2017, du Président du Comité de rédaction (note 40 *supra*), annexe).

35. Les membres de la Commission ont soulevé plusieurs questions théoriques¹⁰⁸, mais aucun n'a remis en question l'hypothèse voulant qu'il ne puisse émerger de règle de droit international coutumier qui soit incompatible avec une norme du *jus cogens*. Or, en présence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, même non assortie de l'acceptation et de la reconnaissance de ce qu'il n'est pas permis d'y déroger (*opinio cogentis*), le *jus cogens* régional ne pourrait faire obstacle à l'émergence d'une règle de droit international coutumier. En effet, on ne voit pas bien pourquoi une pratique répandue dans la région et acceptée par les membres de celle-ci comme étant le droit ne pourrait prévaloir sur un prétendu *jus cogens* régional, alors même qu'elle n'en partagerait pas le caractère impératif.

36. La question se complique si l'on prend en considération d'autres conséquences. L'une de celles relevées dans le troisième rapport, à laquelle la Commission a largement souscrit¹⁰⁹, est que la décision contraignante d'une organisation internationale n'établit pas d'obligation en cas de conflit avec une norme du *jus cogens*. Or, on voit mal pourquoi, en cas de conflit avec une norme du *jus cogens* régional, la décision contraignante de l'Organisation des Nations Unies ou de l'un de ses organes, comme le Conseil de sécurité, ne créerait aucune obligation contraignante pour les membres de la région concernée. La nullité des règles n'est pas le seul domaine où la difficulté se pose. Le troisième rapport relevait aussi l'obligation de ne pas reconnaître comme licite la situation découlant de la violation d'une norme du *jus cogens*. Le membre d'une région soumise à un *jus cogens* régional serait-il dans l'obligation de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international régional, mais licite à tous autres égards ?

37. La possibilité d'un *jus cogens* régional soulève de nombreux problèmes théoriques, qui admettent, il est vrai, certaines réponses¹¹⁰. Celles-ci supposent toutefois une gymnastique intellectuelle qui aboutit en fin de compte à admettre qu'il peut y être dérogé. Par ailleurs, à supposer que ces réponses soient satisfaisantes sur le plan théorique, la notion de *jus cogens* régional présente le défaut plus grave (et même rédhibitoire) de ne s'appuyer sur aucune pratique des États. À cet égard, le Royaume-Uni a souligné dans sa déclaration que la notion n'avait aucun fondement solide dans la pratique des États, ce que confirme l'absence d'exemples dans la doctrine favorable au *jus cogens* régional.

38. Par exemple, Pellet fait expressément état (quoiqu'entre parenthèse) d'un « système impératif de droit européen des droits de l'homme certainement bien plus élaboré et exigeant que le système très imprécis du droit "impératif" mondial des droits de l'homme »¹¹¹, mais ne cite à l'appui aucun exemple de ce système de droit européen impératif et ne précise pas ce qui en ferait un droit impératif plutôt qu'un *jus dispositivum* ni ce qui lui confère son caractère strictement européen et inapplicable aux régions africaine, asiatique et latino-américaine. De même, Kolb invoque un ordre public européen plus poussé, dit-il, que l'ordre public universel en ce qui concerne par exemple la démocratie, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs¹¹². Dans le même ordre d'idées, De Wet « avance » que le système européen relève d'un « *jus cogens* régional »¹¹³. Elle s'appuie sur le « statut spécial dont jouit la Convention européenne des droits de l'homme auprès des États parties » pour justifier le caractère

¹⁰⁸ M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3416), M. Rajput (A/CN.4/SR.3418) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3421) ont soulevé des questions concernant le rôle de l'objecteur persistant et M. Murphy (A/CN.4/SR.3416) s'est interrogé sur la modification des normes. Voir également Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session (A/73/10), par. 128.

¹⁰⁹ Hormis les questions de formulation, le seul véritable sujet de désaccord concernait l'opportunité de citer expressément les décisions du Conseil de sécurité dans le projet de conclusion.

¹¹⁰ Voir en particulier Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)* (supra note 74), p. 97 et 98.

¹¹¹ Pellet « Comments in response to Christine Chinkin... » (supra note 87), p. 89 (les italiques sont dans l'original).

¹¹² Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)* (supra note 74), p. 97.

¹¹³ De Wet, "The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order" (supra note 82), p. 617.

de *jus cogens* régional du système européen des droits de l'homme¹¹⁴. Toutefois, ni l'existence d'un statut spécial ni la plus grande rigueur des règles régionales par rapport aux règles universelles ne sont des arguments suffisants pour en faire un *jus cogens* circonscrit à la région.

39. La décision rendue par la Commission interaméricaine des droits de l'homme en 1987 dans l'affaire *Roach and Pinkerton*¹¹⁵ a également été avancée comme preuve de l'existence d'un *jus cogens* régional¹¹⁶. Il est vrai que, en l'espèce, la Commission a jugé que, dans les États membres de l'Organisation des États américains, une norme reconnue de *jus cogens* interdit l'exécution d'enfants par l'État, norme qui était acceptée par tous les États du système interaméricain¹¹⁷. Il convient toutefois de rappeler que la décision émanait de la Commission et non d'une juridiction nationale, régionale ou internationale. En outre, la Commission n'a pas motivé cette conclusion en particulier, si ce n'est en faisant valoir que *la norme* elle-même était acceptée, sans toutefois établir qu'il ne pouvait y être dérogé. Par ailleurs, quand bien même la formule se rapporterait à l'acceptation de l'interdiction de déroger, rien n'indique que cette acceptation n'est pas partagée par l'ensemble de la communauté internationale des États. En 2002, la Commission interaméricaine a en effet conclu que l'interdiction d'exécuter des personnes de moins de 18 ans était une norme impérative de droit international général¹¹⁸.

40. S'il est vrai que le système interaméricain (la Commission et la Cour) est plus facilement enclin à constater l'existence de normes du *jus cogens*¹¹⁹, il n'a pas pour autant accepté la notion de *jus cogens* régional. La Cour et la Commission interaméricaines ont certes plus volontiers reconnu des normes du *jus cogens*, mais se sont abstenues de les considérer comme participant d'un *jus cogens* régional. L'exemple du système interaméricain des droits de l'homme ne saurait donc étayer la notion de *jus cogens* régional.

41. Au plus fort de la guerre froide, Grigori Tounkine avançait l'idée qu'il existait des normes du *jus cogens* « particulières » propres aux « pays du camp socialiste », sorte de *jus cogens* régional fondé sur des critères non géographiques¹²⁰. Ce type de droit international supérieur ou droit international socialiste, affirmait-il, était appelé à remplacer le droit international général contemporain, mais seulement entre États du système socialiste ou dans les relations entre pays de l'ordre mondial socialiste¹²¹. Il n'est certes pas question ici d'un droit « régional » au sens géographique, mais la notion

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Roach and Pinkerton v. United States*, affaire n° 9647, résolution n° 3/87, 22 septembre 1987. Voir, sur ce point, Hasmath, "The utility of regional *jus cogens*" (*supra* note 72).

¹¹⁶ Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)*, (*supra* note 74), p. 97.

¹¹⁷ *Roach and Pinkerton* (*supra* note 115), par. 56.

¹¹⁸ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Michael Domingues v. United States*, affaire n° 12.285 (fond), 22 octobre 2002, par. 85 (De plus, la Commission est convaincue, sur la base des informations dont elle dispose, que cette règle a été reconnue comme étant suffisamment indéfectible pour participer désormais du *jus cogens*, conclusion qu'elle avait devancée dans l'affaire *Roach and Pinkerton*.)

¹¹⁹ Voir, en général, L. Burgogue-Larsen et A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Pour des exemples de décisions à cet effet, voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Maritza Urrutia v Guatemala*, arrêt (fond, réparations et dépens), 27 novembre 2007, Série C, n° 103, par. 92 (L'interdiction absolue de la torture, sous toutes ses formes, fait désormais partie du *jus cogens* international) ; *Mapiripán Massacre v Colombia*, arrêt (fond, réparations et dépens), 15 septembre 2005, série C, n° 34, par. 178 (confirmant que le principe d'égalité et de non-discrimination avait acquis le statut de *jus cogens*) ; *Goiburú et al v Paraguay*, arrêt (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153, par. 84 (l'interdiction de la disparition forcée de personnes et l'obligation connexe de faire enquête et de punir les responsables font désormais partie du *jus cogens*). Pour une autre affaire de disparition forcée, voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Trujillo Oroza v Bolivia*, ordonnance (contrôle de l'exécution du jugement), 16 novembre 2009, série C, n° 92, par. 34.

¹²⁰ G. I. Tounkine, *Theory of International Law*, p. 444. Voir Hasmath, "The utility of regional *jus cogens*" (*supra* note 72).

¹²¹ Ibid. p. 444 à 446.

est analogue à celle de coutume « particulière », qui figure dans le Projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier¹²². Cet auteur affirme, par exemple, que les principes auxquels il se réfère s'appliquent dans les relations entre pays de la communauté socialiste et ont un champ d'application restreint par rapport au droit international général¹²³. Ces principes seraient impératifs au sens envisagé par le Rapporteur spécial (et le Comité de rédaction) en ce qu'ils constitueraient un type de droit supérieur, doté à ce titre d'une force supérieure¹²⁴.

42. Il serait tentant d'écarter les arguments de Tounkine en arguant de leur désuétude, la fin de la guerre froide ayant aboli la séparation du droit applicable aux relations entre pays de la communauté socialiste d'avec le droit international général irrigué, à suivre Tounkine, par la « doctrine bourgeoise »¹²⁵. Toutefois, l'existence, même caduque, d'un *jus cogens* régional ou particulier propre aux États socialistes pendant la guerre froide signifierait la possibilité (au moins théorique) d'un *jus cogens* régional.

43. L'hypothèse de Tounkine en faveur d'un *jus cogens* régional présente toutefois au moins deux problèmes. D'abord, comme Kolb, cet auteur s'appuie sur une conception du *jus cogens* toute différente de celle avancée par le Rapporteur spécial et acceptée par la majorité des membres de la Commission, sachant que, et c'est le principal, la conception du *jus cogens* qui sous-tend les rapports du Rapporteur spécial est celle qui se dégage de la Convention de Vienne de 1969 et de la pratique des États. La théorie avancée par Tounkine semble reposer sans équivoque sur le consentement de l'État et la volonté des États intéressés. De l'avis de cet auteur, les normes du *jus cogens*, de même que tous les autres principes et normes du droit international général, peuvent être modifiées par l'accord des États¹²⁶. Or, comme l'a signalé le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, l'acceptation et la reconnaissance prévues à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 impliquent davantage que le simple consentement des États¹²⁷. La conception du *jus cogens* inspirée d'une pure théorie du consentement des États s'accorde bien mieux avec la notion de *jus cogens* régional (ou particulier). La théorie de Tounkine postulant un droit supérieur propre à la « communauté socialiste » des États ne peut être invoquée à l'appui d'un *jus cogens* régional puisque, vraisemblablement, un État individuel pourrait toujours s'en délier en quittant la communauté.

44. Chose plus importante encore, le Rapporteur spécial ayant insisté, à la demande des États, pour que les travaux se fondent sur la pratique et non sur les appels idéologiques à la solidarité entre États socialistes, force est d'admettre qu'il n'existe aucune pratique étayant la notion d'un *jus cogens* particulier applicable entre États socialistes. Tounkine donne certes des exemples d'application de principes et de normes dans les relations entre pays de la communauté socialiste, mais on ne saurait guère les qualifier de normes de *jus cogens*, ce que l'auteur lui-même, il faut le reconnaître, s'abstient de faire¹²⁸. Tout au plus pourrait-on voir dans ses propos l'affirmation, parfaitement juste, qu'un groupe d'États peut soumettre ses relations internes à des règles de droit international distinctes du droit international général et prévalant dans ce cadre sur celui-ci, mais il ne s'agirait plus là d'un *jus cogens*, ni même d'une sous-catégorie de *jus cogens*, puisqu'il serait possible d'y déroger de différentes façons, comme il ressort de ce qui précède.

45. Dire que la notion de *jus cogens* régional ou particulier n'est pas étayée par la pratique ne revient pas à considérer que les régions ou les groupes d'États ne peuvent se doter d'un ensemble commun de normes uniformes (et contraignantes) l'emportant

¹²² Projet de conclusion 16 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier (*supra* note 99).

¹²³ Tounkine, *Theory of International Law* (*supra* note 120), p. 445.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 444 et 445.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 158.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 159.

¹²⁷ Voir deuxième rapport (A/CN.4/706), par. 68 et suiv.

¹²⁸ Tounkine, *Theory of international law* (*supra* note 120), p. 446.

même, au moins entre ces États, sur les autres règles¹²⁹. Les droits de l'homme, dont les conceptions peuvent varier d'une région à l'autre, en fournissent peut être le meilleur exemple. Ainsi, il est bien connu que le système africain des droits de l'homme en appelle volontiers au collectif¹³⁰. Le titre même du principal texte africain relatif aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des *peuples*, reflète ce caractère distinctif. Ce texte consacre par ailleurs un certain nombre de droits collectifs, tels que le droit au développement et le droit à l'environnement. Il assortit en outre ces droits d'obligations individuelles¹³¹. Comme le font valoir De Wet, Kolb et Pellet, il existe sans aucun doute une conception européenne distincte des droits de l'homme¹³². L'invocation d'un « ordre public européen » dans l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Loizidou c. Turquie* en est un exemple¹³³. On pourrait même voir un mode encore plus distinctif (et même productif) de détermination de l'existence des normes dans le système interaméricain des droits de l'homme, comme en témoigne le nombre de normes du *jus cogens* reconnues.

46. L'existence dans telle ou telle région d'un ensemble commun de normes uniformes et contraignantes ne vaut pas pour autant reconnaissance d'un *jus cogens* régional. Il ne faut y voir que la conséquence de la structure générale du droit international et, concrètement, de la liberté qu'ont les États de se doter de règles particulières, différentes et distinctes des règles générales du droit international.

47. À la lumière de l'analyse qui précède, on peut conclure que la notion de *jus cogens* régional n'est pas étayée par la pratique des États. Il est certes possible d'indiquer expressément dans un projet de conclusion que le droit international ne reconnaît pas la notion de *jus cogens* régional, mais le Rapporteur spécial estime que cela n'est pas nécessaire et qu'il suffirait d'une explication dans le commentaire. C'est pourquoi il n'est proposé aucun projet de conclusion relatif au *jus cogens* régional.

IV. Liste indicative

A. Opportunité d'une liste indicative

48. Le plan d'étude du sujet à l'examen prévoyait, parmi les questions soumises à la Commission, la présentation d'une liste indicative de normes du *jus cogens*. Au cours du débat à l'issue duquel ce plan a été adopté, la question de la liste indicative a donné lieu à de grandes divergences d'opinions, contrairement aux trois autres questions prévues. Bien que la plupart des membres se soient montrés favorables à l'idée d'une liste, plusieurs se sont demandé s'il revenait à la Commission de l'établir. Un membre a indiqué que l'entreprise revêtirait un grand intérêt, mais que la nature du projet risquait de s'en trouver altérée, raison pour laquelle il vaudrait mieux que la Commission attende la fin des travaux avant de prendre sa décision¹³⁴. Ce temps est maintenant venu.

49. Le Rapporteur spécial tient d'abord à rappeler que lors de l'adoption des projets d'articles sur le droit des traités de 1966, la Commission avait envisagé d'insérer une liste non exhaustive dans les projets, avant d'y renoncer par crainte de donner lieu d'une part, à de trop longs débats au sein de la Commission et, d'autre part, à des malentendus sur le statut des normes ne figurant pas dans la liste. Lors de la Conférence des Nations

¹²⁹ Voir De Wet, « The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order » (*supra* note 82), p. 617.

¹³⁰ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, n° 26363, p. 217

¹³¹ *Ibid.*, p. ex. art. 18 à 20

¹³² Voir De Wet, « The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order » (*supra* note 82), p. 617; Kolb, *Peremptory International Law (Jus cogens)* (*supra* note 74), p. 97 ; Pellet, « Comments in response to Christine Chinkin ... » (*supra* note 87), p. 89.

¹³³ Cour européenne de droits de l'homme, *Loizidou c. Turquie*, arrêt (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A, n° 310

¹³⁴ M. Donald McRae (A/CN.4/SR.3315).

Unies sur le droit des traités, tenue à Vienne en 1968 et 1969 (ci-après « Conférence de Vienne »), le Royaume-Uni a dit ne pas croire qu'il faille rejeter purement et simplement l'élaboration d'une liste de normes du *jus cogens*¹³⁵, liste qui pourrait par ailleurs prendre deux formes selon qu'elle prétendrait ou non à l'exhaustivité¹³⁶. Ce n'est donc pas la première fois que la question de l'inclusion d'une liste est envisagée.

50. Au cours de l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial par la Commission, l'idée d'insérer une liste indicative a suscité des doutes chez plusieurs membres¹³⁷ mais a recueilli le soutien d'un grand nombre d'autres¹³⁸. Lors de l'examen du deuxième rapport, des membres nouvellement élus à la Commission et d'autres qui n'avaient pas eu l'occasion de s'exprimer ont donné leur avis sur la question. Bon nombre d'entre eux se sont dits favorables à l'idée¹³⁹. Un autre a toutefois estimé qu'elle ne serait peut-être pas judicieuse¹⁴⁰. D'autres encore ont appelé à trouver une forme de compromis¹⁴¹.

51. Les États se sont montrés tout aussi divisés sur la question de la liste indicative que les membres de la Commission. Ils ont fait part de leurs vues lors du débat de la Sixième Commission consacré au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session. Comme au sein de celle-ci, une petite majorité des États qui se sont exprimés s'est dite favorable à l'élaboration d'une liste indicative¹⁴². Des États ont également fait part de leurs vues durant l'examen du rapport de la Commission de 2018. À nouveau, certains étaient favorables¹⁴³ à l'idée et d'autres y étaient opposés¹⁴⁴. D'autres encore y restaient ouverts¹⁴⁵.

52. Les membres de la Commission et les États partisans de l'élaboration et de l'insertion de la liste ont principalement invoqué deux raisons. Tout d'abord, ils ont estimé utile et intéressant de recenser des exemples de normes qui remplissent déjà les critères du *jus cogens*. Ensuite, l'élaboration d'une liste indicative permettrait de montrer comment appliquer les critères définis par la Commission. Ces deux raisons sont valables. Les opposants ont également présenté des arguments fondés. En premier

¹³⁵ Voir les observations du Royaume-Uni, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, (A/CONF.39/11, Publication des Nations Unies, Numéro de vente : F.68. V. 7), 53^e séance, 6 mai 1968, par. 55.

¹³⁶ Ibid., par. 55 et 56.

¹³⁷ Les membres opposés à la liste indicative ou ayant émis des réserves étaient les suivants : Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3314) ; M. Nolte (A/CN.4/SR.3315) ; M. Murphy (A/CN.4/SR.3316).

¹³⁸ Les membres favorables à la liste indicative étaient les suivants : M. Murase (A/CN.4/SR.3314) ; M. Caflisch (Ibid.) ; M. Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3315) ; M. Park (A/CN.4/SR.3316) ; M. Saboia (Ibid.) ; M. Candioti (A/CN.4/SR.3317) ; M. Forteau (Ibid.)M. ; M. Vásquez Bermúdez (A/CN.4/SR.3322) ; M^{me} Escobar Hernández (Ibid.) ; M. Niehaus (A/CN.4/SR.3323).

¹³⁹ M. Nguyen (A/CN.4/SR.3369) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3370) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3372) ; M. Reinisch (Ibid.) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3373) ; M^{me} Oral (Ibid.).

¹⁴⁰ M. Rajput (A/CN.4/SR.3369).

¹⁴¹ Par exemple, M. Hassouna a proposé de procéder de façon indirecte, en faisant figurer la liste indicative dans les commentaires (A/CN.4/SR.3315), une idée soutenue par M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3372) et M. Ouazzani Chahdi (A/CN.4/SR.3373). M. Nolte a également partagé ce point de vue (A/CN.4/SR.3315) lors de l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial.

¹⁴² Voir premier rapport (A/CN.4/693), par. 9.

¹⁴³ Autriche (A/C.6/73/SR.25) ; Chypre (Ibid.) ; Japon (A/C.6/73/SR.26) ; République de Corée (A/C.6/73/SR.27).

¹⁴⁴ Finlande (au nom des pays nordiques) (A/C.6/73/SR.24) ; Allemagne (A/C.6/73/SR.26) ; Pays-Bas (Ibid.) ; Thaïlande (Ibid.) ; Israël (A/C.6/73/SR.27) ; Afrique du Sud (Ibid.) ; Soudan (A/C.6/73/SR.28).

¹⁴⁵ Brésil (A/C.6/73/SR.25) (« Nous encourageons le Rapporteur spécial à trouver un moyen original de dresser une liste indicative de normes de *jus cogens* tout en respectant l'idée que la Commission débâte d'un processus et d'une méthode et non du contenu des normes impératives elles-mêmes. ») ; Nouvelle-Zélande (A/C.6/73/SR.26) ; Portugal (Ibid.) (« l'élaboration d'une liste indicative ne fait pas obstacle au développement progressif du *jus cogens*. Toutefois, un débat sur cette question serait sans doute long et ardu. ») ; Slovaquie (Ibid.) (« ...notre délégation n'est pas contre l'élaboration d'une liste indicative de normes impératives pouvant figurer dans le résultat des travaux sur le sujet. À défaut, il serait utile d'y faire référence dans les commentaires des projets de conclusions individuels. »).

lieu, ils ont souligné que, quel que soit le soin avec lequel les réserves seraient rédigées, l'insertion d'une liste donnerait l'impression que les normes qui n'y seraient pas énumérées ne relèveraient pas du *jus cogens*. Cet argument n'est pas sans rappeler celui invoqué par la Commission en 1966 pour ne pas insérer de liste indicative de normes dans le projet d'articles sur le droit des traités¹⁴⁶. En second lieu, l'établissement d'une telle liste se révélerait éminemment complexe. En effet, à l'occasion d'une réunion informelle, un ancien membre a souligné non sans humour que la mise au point d'une telle liste pourrait prendre cinq minutes ou cinquante ans. On se rappellera que le Rapporteur spécial s'est lui-même montré indécis. Lors de la présentation de son premier rapport, il avait demandé aux membres de la Commission de donner leur avis sur l'opportunité d'établir une liste indicative, et avait fait part de son indécision en ces termes :

À cet égard, le Rapporteur spécial reste d'avis que la Commission ne peut exclure un sujet par crainte de malentendus. En d'autres termes, on ne peut s'abstenir d'établir une liste indicative, clairement présentée comme telle, au prétexte que certains pourraient malgré tout y voir un *numerus clausus*.

Reste à voir, toutefois, si l'établissement de cette liste n'altérerait pas la nature fondamentale de nos 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. Si la Commission entendait inscrire dans la liste de normes du *jus cogens* l'interdiction du génocide, devrait-elle procéder à une étude approfondie de ce crime et, dans ce cas, cette entreprise serait-elle compatible avec la nature du projet ? Nous convenons tous que le génocide relève du *jus cogens*, mais le cas d'autres normes pourrait être moins évident et leur ajout à la liste pourrait nécessiter une étude approfondie. Le fait est que la décision d'insérer une liste indicative pourrait faire dévier les travaux, même légèrement, de leur objet fondamental, à savoir le processus et la méthodologie, en axant le débat sur le statut juridique de telle ou telle norme¹⁴⁷.

53. En d'autres termes, malgré le grand intérêt d'une liste indicative, il reste à voir si son élaboration ne modifierait pas fondamentalement la nature du projet. La Commission serait amenée à étudier en détail des règles spécifiques auxquelles elle pourrait consacrer un sujet ultérieur. C'est d'ailleurs le cas d'une norme, l'interdiction du crime contre l'humanité, qui figure actuellement parmi les sujets examinés par la Commission. Il avait déjà été proposé aussi d'examiner une autre norme susceptible de figurer dans la liste, à savoir le droit à l'auto-détermination. Les normes « évidentes » ne devraient sans doute pas faire l'objet d'une étude approfondie, mais il n'en sera certainement pas de même pour les autres normes devant encore être reconnues par la Cour internationale de Justice ou la Commission elle-même, par exemple. Cette difficulté a été mentionnée par le Brésil dans sa déclaration sur le rapport de la Commission en 2018, dans laquelle il a encouragé le Rapporteur spécial à trouver un moyen original de dresser une liste indicative de normes de *jus cogens*, étant entendu que la Commission devrait débattre d'un processus et d'une méthode et non du contenu des normes impératives elles-mêmes¹⁴⁸ ».

54. Si convaincant l'argument invoqué ci-dessus soit-il, le Rapporteur spécial estime que la Commission manquerait une occasion en ne présentant rien. À cet égard, on pourra s'inspirer des encouragements du Brésil, qui incitait à trouver un moyen original de rapprocher deux éléments concurrents, à savoir l'utilité de la liste indicative d'une part, et la nature fondamentalement méthodologique du sujet à l'examen d'autre part.

¹⁴⁶ Voir le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 50 des articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II. (« l'énumération de certains cas de traités nuls pour incompatibilité avec une règle de *jus cogens* pourrait, quel que soit le soin avec lequel la cause serait rédigée, conduire à des malentendus quant à la position adoptée concernant les autres cas non mentionnés dans l'article. »).

¹⁴⁷ Déclaration du Rapporteur spécial lors de la présentation de son premier rapport (A/CN.4/693) (archivée).

¹⁴⁸ Brésil (A/C.6/73/SR.25). Voir également M. McRae (A/CN.4/SR.3315).

La solution proposée par les Pays-Bas est en ce sens particulièrement intéressante. Bien que défavorables à l'idée d'une liste indicative, ces derniers ont fait l'observation suivante :

Si l'inclusion d'une liste était néanmoins jugée nécessaire, il conviendrait de faire référence aux commentaires des articles 26 et 40 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui contiennent des listes provisoires et non limitatives de normes du *jus cogens*¹⁴⁹.

55. Le Rapporteur spécial propose ainsi d'énumérer dans un seul projet de conclusion, intitulé en conséquence, des normes reconnues par la Commission. Toutefois, on ne saurait se borner à ne faire référence qu'aux travaux de la Commission et de la Cour internationale de Justice. Des preuves de l'acceptation et de la reconnaissance devraient aussi figurer dans le commentaire. La prochaine section du présent rapport concernera donc les normes reconnues par la Commission et la Cour et les moyens supplémentaires d'en déterminer l'existence.

B. Normes dont la Commission a précédemment reconnu le caractère impératif

1. Généralités

56. Dans le commentaire de l'article 50 du projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, devenu l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la Commission recense « le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force » comme « un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens* »¹⁵⁰. Elle a par ailleurs considéré à l'époque d'autres exemples de normes, notamment l'interdiction des « actes constituant un crime au regard du droit international » et de « la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide », ainsi que « les droits de l'homme, l'égalité des États ou le principe de l'autodétermination »¹⁵¹. Il est indiqué dans le commentaire que « la Commission s'est prononcée contre l'insertion de tout exemple de règles de *jus cogens* dans l'article ... »¹⁵², ce qui ne veut pas dire, et il importe de le préciser, qu'elle se soit prononcée contre l'insertion des autres exemples. Il est simplement dit que la Commission s'est prononcée contre l'insertion de « tout exemple ... dans l'article » (souligné par l'auteur). La position adoptée par la Commission à l'époque à l'égard de ces autres exemples est donc ambiguë. On peut en déduire soit qu'après examen, elle n'a pas reconnu le caractère impératif de ces règles, soit qu'elle a examiné l'ensemble des normes impératives et décidé de ne les énumérer que dans le commentaire et non dans le projet d'articles, auquel cas il faudrait comprendre qu'en 1966, la Commission estimait que toutes les normes évoquées dans le commentaire relevaient du *jus cogens*. En effet, dans le commentaire des articles sur la responsabilité de l'État, la Commission semble être d'avis que toutes les normes figurant dans le projet d'articles de 1966 constituent la liste des normes dont elle a accepté le statut de *jus cogens*¹⁵³. On peut également envisager, et c'est peut-être le plus probable, que la Commission n'a pas

¹⁴⁹ Pays-Bas (A/C.6/73/SR.26).

¹⁵⁰ Voir le par. 1 du commentaire du projet d'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire...1966*, vol. II, chap. II, sect. C, p. 270.

¹⁵¹ Ibid., par. 3.

¹⁵² Ibid. (souligné par l'auteur).

¹⁵³ Voir paragraphe 4) du commentaire relatif à l'article 40 des projets d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire... 2001*, vol. II (Deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 120 (« Les autres exemples énumérés par la Commission dans le commentaire relatif à l'article 53, à savoir les interdictions relatives à l'esclavage et à la traite des esclaves, ou au génocide, ainsi qu'à la discrimination raciale et à l'apartheid, semblent eux aussi recueillir une large adhésion. »). Voir également la déclaration des États-Unis, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session (supra note 135)*, 52^e séance, 4 mai 1968, par. 16 (« La Commission du droit international a donné, dans son commentaire, des exemples d'atteintes au *jus cogens*, tels que les traités qui envisagent ou tolèrent les guerres d'agression, le génocide, la piraterie, ou la traite des esclaves, mais elle s'est prononcée contre l'insertion de tout exemple de cette nature dans l'article »).

statué sur le caractère impératif de ces normes, sauf pour ce qui est du « droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force ». Quelle qu'ait été la position de la Commission en 1966, les types de normes énoncées dans cette liste constituent un bon point de départ aux fins de la détermination du *jus cogens*.

57. S'il ressort clairement du commentaire que la Commission ne considérait pas la règle relative à l'interdiction de l'emploi de la force comme la seule norme de *jus cogens*, il apparaît de façon tout aussi évidente qu'elle estimait ces normes peu nombreuses¹⁵⁴, et ce à raison, le caractère impératif des normes du droit international général étant exceptionnel.

58. La Commission a également répertorié des normes du *jus cogens* ailleurs que dans le commentaire du projet d'article 50. Dans son rapport sur les difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a répertorié, « entre autres règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *jus cogens* », l'interdiction de l'« emploi agressif de la force », le droit de légitime défense, l'interdiction du génocide, l'interdiction de la torture, l'interdiction des crimes contre l'humanité, l'interdiction de l'esclavage et de la traite des esclaves, l'interdiction de la piraterie, l'interdiction de la discrimination raciale et de l'*apartheid* et l'interdiction des hostilités dirigées contre la population civile (« règles fondamentales du droit international humanitaire »)¹⁵⁵. La liste énoncée dans les conclusions du Groupe d'étude, qui figurent dans le rapport de la Commission de 2006, est différente de la liste ci-dessus en ce qu'on n'y retrouve pas la « légitime défense »¹⁵⁶. La décision de ne pas reprendre cet élément est sans doute fondée car l'interdiction de l'emploi agressif de la force ne s'applique pas, par définition, aux actes de légitime défense. Autrement dit, le recours à l'expression « emploi agressif de la force » plutôt qu'à celle d'« emploi de la force » sous-entend que la norme de *jus cogens* reconnaît le droit à l'emploi de la force en cas de légitime défense. Au lieu de faire référence au droit à l'emploi de la force dans ce cas, les conclusions font référence au droit à l'autodétermination, qui n'apparaît pas dans le rapport du Groupe d'étude de 2006¹⁵⁷.

59. Dans les articles sur la responsabilité de l'État, la Commission a fourni des exemples de normes de *jus cogens* les plus cités¹⁵⁸. Dans son commentaire de l'article 26, la Commission cite au titre des « normes qui sont clairement acceptées et reconnues » comme ayant acquis le statut de *jus cogens* « les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination. »¹⁵⁹ Le commentaire de l'article 40 contient quant à lui une liste de normes qui, de l'avis de la Commission, relèvent du *jus cogens*, et qui semble être fondée sur le commentaire de l'article 50 des projets d'articles sur le droit des traités de 1966. Premièrement, il est fait mention dans

¹⁵⁴ Par. 2 du commentaire relatif au projet d'article 50 des projets d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, chap. II, sect. C, p. 270 (« En outre, la plupart des règles générales du droit international n'ont pas ce caractère »).

¹⁵⁵ Voir « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international finalisé par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), (consultable sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif sera publié comme additif à l'*Annuaire ... 2006*, vol. II (Première partie), par. 374.

¹⁵⁶ Voir les conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international, dans *Annuaire ... 2006*, vol. II, (Deuxième partie), p. 251, par. 33.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ M. den Heijer et H. van der Wilt, « *Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law », *Netherlands Yearbook of International Law: Jus cogens — Quo Vadis?*, vol. 46, 2015, p. 9, qui jugent que le caractère impératif des normes mentionnées dans les articles sur la responsabilité de l'État ne souffre aucune contestation. Voir également J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Genève, Schulthess, 2016, p. 151 et 152 ; T. Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 202.

¹⁵⁹ Voir le paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II, (Deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 90.

le commentaire de l'article 40 de l'interdiction de l'agression¹⁶⁰, qui renvoie au « droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force » évoqué au paragraphe 1 du texte de 1966. Deuxièmement, dans le premier texte, la Commission range les normes énumérées au paragraphe 3 du second, c'est-à-dire « les interdictions de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale et de l'apartheid », parmi celles ayant acquis le statut de *jus cogens*¹⁶¹. Comme indiqué plus haut, le commentaire de l'article 50 des projets d'articles de 1966 est plutôt flou au sujet du statut de ces normes, contrairement au commentaire de l'article 40, duquel il ressort clairement qu'elles ont acquis le statut de *jus cogens*¹⁶². Outre ces normes, sont recensées dans le premier texte d'autres règles qui ne sont pas expressément mentionnées dans le commentaire des projets d'articles de 1966¹⁶³. Il s'agit notamment de « l'interdiction de la torture », telle que définie dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après « Convention contre la torture »)¹⁶⁴, des règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et de « l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination »¹⁶⁵.

60. Si elle s'est parfois montrée prudente, la Commission (et son Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) est globalement restée cohérente pour ce qui est des normes dont elle juge qu'elles ont acquis le rang de *jus cogens*. Compte tenu de ce qui précède, on peut citer parmi les normes dont la Commission a reconnu le caractère impératif les règles suivantes :

- L'interdiction de l'agression ou de l'emploi agressif de la force (également dénommé « droit de la Charte concernant l'emploi de la force ») ;
- L'interdiction du génocide ;
- L'interdiction de l'esclavage ;
- L'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale ;
- L'interdiction des crimes contre l'humanité ;
- L'interdiction de la torture ;
- Le droit à l'autodétermination ;
- Les règles fondamentales du droit international humanitaire.

61. Bien que cette liste soit globalement acceptée et reconnue par les États et la doctrine¹⁶⁶, il vaut la peine d'examiner, fût-ce brièvement, si la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales attestent que le caractère impératif de ces normes est « accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble »¹⁶⁷. À cette fin, le premier critère énoncé dans le deuxième rapport et adopté provisoirement par le Comité de rédaction, à savoir que les normes en question doivent relever du droit international général, est présumé rempli, les règles énumérées

¹⁶⁰ Par. 4 du commentaire relatif à l'article 40, Ibid., p. 120.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid. Les autres exemples énumérés par la Commission dans le commentaire relatif au projet d'article 50 (devenu après adoption l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969), à savoir les interdictions relatives à l'esclavage et à la traite des esclaves, ou au génocide, ainsi qu'à la discrimination raciale et à l'apartheid, semblent eux aussi recueillir une large adhésion. Ces pratiques sont interdites en vertu de conventions et de traités internationaux qui ont été ratifiés par un grand nombre d'États et n'admettent aucune exception.

¹⁶³ Paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 40, Ibid., p. 121.

¹⁶⁴ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, 10 décembre 1984, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n° 24841, p. 85.

¹⁶⁵ Par. 5 du commentaire du projet d'article 40 sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (Deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 121.

¹⁶⁶ À l'exception notable d'Israël (A/C.6/73/SR.27), qui a remis en cause le caractère impératif du droit à l'autodétermination.

¹⁶⁷ Pour comparaison, voir C. Mik, « *Jus cogens* in contemporary international law », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, 2013, p. 56.

ci-dessus constituant sans aucun doute des règles du droit international général. Deuxièmement, le sujet à l'examen portant sur la méthodologie, la liste de normes n'a pas vocation à être exhaustive. Il s'ensuit que le Rapporteur spécial a choisi pour l'essentiel de ne pas faire référence aux opinions dissidentes et individuelles, malgré l'importance que celles-ci revêtent.

2. L'interdiction de l'agression

62. Il est utile de commencer par déterminer si l'interdiction de l'emploi de la force, reconnue dans les travaux de la Commission en tant que norme de *jus cogens*, est également reconnue comme telle dans la pratique, au sens large où l'entend la Commission. Sur le plan terminologique, les termes « interdiction de l'agression » seront dorénavant employés dans le présent rapport en lieu et place d'autres termes équivalents, tels que l'interdiction de l'emploi de la force, l'interdiction de l'emploi agressif de la force et le droit de la Charte concernant l'interdiction de la force, sauf en cas de citations directes.

63. L'exemple le plus couramment cité de la reconnaissance de l'interdiction de l'agression est l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a notoirement fait la déclaration suivante :

La validité en droit coutumier du principe de la prohibition de l'emploi de la force exprimé à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies trouve une autre confirmation dans le fait que les représentants des États le mentionnent souvent comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un *principe fondamental ou essentiel de ce droit*. Dans ses travaux de codification du droit des traités, la Commission du droit international a exprimé l'opinion que « le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens* »¹⁶⁸.

64. Divers auteurs se sont demandé si, en s'exprimant comme elle l'a fait, la Cour avait appuyé la proposition selon laquelle l'interdiction de l'agression participe du *jus cogens*¹⁶⁹. Peu encline à assumer cette interprétation, la Cour préfère à cet égard s'en remettre aux déclarations des « représentants de l'État » et à l'opinion exprimée par la Commission « dans ses travaux de codification du droit des traités », mais, le Rapporteur spécial estime, suivant en cela l'avis de Green, que telle est bien dans l'ensemble sa position¹⁷⁰. En outre, la Commission elle-même, dans son commentaire relatif à l'article 40 des articles sur la responsabilité de l'État, a considéré que la Cour avait en l'espèce reconnu le caractère de *jus cogens* de ladite interdiction¹⁷¹. L'ambivalence dont a fait preuve la Cour n'enlève rien à la valeur de l'avis exprimé par la Commission dans ses commentaires relatifs au projet d'articles sur le droit des traités de 1966 et aux articles sur la responsabilité de l'État de 2001, selon lequel l'interdiction de l'agression constitue bien une norme du *jus cogens*. Premièrement, la Cour a ultérieurement réaffirmé, de façon un peu moins ambiguë, le caractère impératif de l'interdiction. Dans son avis consultatif relatif au Kosovo, la Cour a jugé que l'illicéité de déclarations unilatérales antérieures « découlait, non de leur caractère unilatéral, mais du fait que celles-ci allaient ou seraient allées de pair avec un recours illicite à la force ou avec d'autres violations graves de normes de droit international général, en

¹⁶⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 100, par. 190 (souligné par l'auteur).

¹⁶⁹ Premier rapport (A/CN.4/693), par. 46.

¹⁷⁰ J. Green, « Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force », *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, 2011, p. 223 (De l'avis de l'auteur, la Cour a conclu que l'interdiction de l'emploi de la force constituait une norme impérative, quoiqu'il faille noter que d'autres font une interprétation différente de ce passage.).

¹⁷¹ Paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 40 des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (Deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 120, où les « communications des deux parties dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et la position adoptée par la Cour dans cette affaire » sont évoquées pour étayer le caractère impératif de l'interdiction de l'agression.

particulier de nature impérative (*jus cogens*) »¹⁷². On pourrait certes envisager que la Cour ait fait une distinction entre « le recours illicite à la force » et les « autres violations graves de normes de droit international général, en particulier de nature impérative », mais une telle interprétation serait pour le moins forcée. Deuxièmement, la conclusion de la Commission selon laquelle l'interdiction de l'agression participe du *jus cogens* est largement étayée par la pratique des États, sur laquelle porte la suite du présent rapport.

65. Dans sa résolution 3314 (XXIX) sur la définition de l'agression, l'Assemblée générale apporte des éléments étayant l'acceptation et la reconnaissance du caractère indérogable de l'interdiction de l'agression. Cette résolution, adoptée par consensus, définit l'agression comme « la forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force » et « la menace possible d'un conflit mondial avec toutes ses conséquences catastrophiques »¹⁷³. De plus, il est dit clairement dans le préambule que « le territoire d'un État est inviolable et ne peut être l'objet, même temporairement, d'une occupation militaire ou d'autres mesures de force prises par un autre État en violation de la Charte »¹⁷⁴. L'interdiction est en outre insusceptible de dérogation¹⁷⁵.

66. Dans le commentaire relatif à l'article 40 des articles sur la responsabilité de l'État, la Commission a compté les « déclarations non démenties faites par les gouvernements au cours de la Conférence de Vienne » parmi les éléments qui étayaient l'acceptation et la reconnaissance de l'interdiction de l'agression comme norme du *jus cogens*¹⁷⁶. Plusieurs États ont expressément cité l'interdiction de l'agression parmi les exemples de *jus cogens* moderne¹⁷⁷. Lors de la Conférence de Vienne, d'autres États ont fait référence aux principes énoncés à l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, ce qui comprend bien sûr le paragraphe 4 dudit article¹⁷⁸. Avant même l'adoption du projet d'articles sur le droit des traités de 1966, les États avaient souvent cité, dans leurs observations sur les travaux de la Commission, l'interdiction de l'agression au titre des exemples de normes relevant du *jus cogens*¹⁷⁹. Ils en ont fréquemment fait de même au

¹⁷² *Conformité au droit international de la Déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, CIJ Recueil 2010*, p. 437, par. 81.

¹⁷³ Voir résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1974, annexe, préambule.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid. Voir, en particulier, art. 5. Quoiqu'il semble envisager des cas de dérogation, l'article 7 traite en réalité davantage de la définition de l'agression (« Rien dans la présente Définition, et en particulier l'article 3, ne pourra en aucune manière porter préjudice au droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance, tel qu'il découle de la Charte, des peuples privés par la force de ce droit et auxquels fait référence la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, notamment les peuples qui sont soumis à des régimes coloniaux ou racistes ou à d'autres formes de domination étrangère ; ainsi qu'au droit de ces mêmes peuples de lutter à cette fin et de chercher et de recevoir un appui, conformément aux principes de la Charte et en conformité avec la Déclaration susmentionnée »).

¹⁷⁶ Par. 4 du commentaire relatif à l'article 40 des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (Deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 120.

¹⁷⁷ Voir Ghana, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, Première session (*supra* note 135), 53^e séance, 6 mai 1968, par. 15 ; Uruguay, Ibid., par. 48 ; Chypre, Ibid., par. 70 ; Union soviétique, Ibid., 52^e séance, 4 mai 1968, par. 3 ; Kenya, Ibid., par. 31.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, Sierra Leone, Ibid., 53^e séance, 6 mai 1968, par. 9 ; Madagascar, Ibid., par. 22 ; Pologne, Ibid., par. 35. Cuba, Ibid., 52^e séance, 4 mai 1968, par. 34 ; Liban, Ibid., par. 43.

¹⁷⁹ Voir, par exemple, Pays-Bas (A/C.6/SR.781, par. 2) ; Chypre (A/C.6/SR.783, par. 18) ; Brésil (A/C.6/SR.793, par. 14) ; République fédérale d'Allemagne (A/C.6/41/SR.14, par. 33).

Conseil de sécurité¹⁸⁰ ainsi qu'au cours des délibérations sur le sujet à l'examen¹⁸¹. En outre, de nombreuses juridictions nationales ont elles aussi cité cette interdiction comme exemple de *jus cogens* dans leurs décisions¹⁸². La décision du Tribunal administratif fédéral allemand relative à la procédure disciplinaire contre une personne ayant refusé de suivre un ordre lors d'une guerre jugée illégale – la guerre d'Iraq – revêt un intérêt particulier¹⁸³. Le Tribunal a jugé en l'espèce que le *jus cogens* international comprenait notamment l'interdiction internationale de recourir à l'emploi de la force, telle qu'énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies¹⁸⁴.

67. Aux exemples de pratique des États et l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires* susmentionnés, s'ajoutent les nombreuses opinions dissidentes et individuelles de juges de tribunaux internationaux citant l'interdiction de l'agression comme exemple de norme du *jus cogens*. De fait, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, le juge Schwebel a noté que « l'on s'accordait généralement à considérer que, s'il est une clef de voûte reconnue du *jus cogens*, c'était l'article 2,

¹⁸⁰ Japon (S/PV.2350) (« Le principe du non-emploi de la force constitue, autrement dit, une norme impérative du droit international. »). Portugal (S/PV.2476) (« Aucun argument relatif à la sécurité des États ne saurait être invoqué pour justifier l'emploi de la force dans des conditions qui seraient contraires aux principes reconnus de *jus cogens* et de normes acceptées par la communauté internationale ») ; Chypre (S/PV.2537) (« [s'est rendu] coupable d'agression contre la République de Chypre en recourant à l'emploi de ses forces armées sur le territoire de la République, en violation des normes impératives du droit international ») ; Azerbaïdjan (S/PV.6897) (« en particulier ses normes impératives telles que celles qui interdisent le recours à la menace ou à l'emploi de force ») ; Pérou (S/PV.8262) (« Nous ne pouvons maintenir la paix et la sécurité internationales sans respecter l'état de droit. Par exemple, l'une des pierres angulaires de l'ordre international est l'interdiction de l'emploi de la force de quelque façon qui soit incompatible avec la Charte des Nations Unies. ») ; Grèce (S/PV.8262) (« la règle impérative de la Charte qui interdit le recours à la menace ou à l'emploi de la force ainsi que les actes d'agression dans les relations internationales, est de la plus haute importance »).

¹⁸¹ Voir, par exemple, Afrique du Sud (A/C.6/69/SR.20, par. 111) (« il est généralement admis que l'interdiction du recours à la force relève par sa nature du *jus cogens* ») ; Chypre (A/C.6/73/SR.25) (« la violation d'obligations découlant de normes impératives, comme l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, est une violation grave et engage la responsabilité des États ») ; Mozambique (A/C.6/73/SR.28) (« Les normes du *jus cogens* comprennent des principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, tels que l'interdiction du recours à la force entre les États. ») ; (Observateur du Saint-Siège) (Ibid.).

¹⁸² Tribunal fédéral suisse, *A. c. Département fédéral de l'économie*, arrêt, 23 janvier 2008, ILCD 1200 (CH 2008), par. 8.2 (« À titre d'exemple, on cite généralement les normes ayant trait à l'interdiction du recours à la force ») ; *Committee of US Citizens Living in Nicaragua and Others v. President Reagan and Others*, 859 F2d 929, p. 941 ; Haute Cour du Kenya, *RM v. Attorney-General*, jugement, 1^{er} décembre 2006, ILDC 699, KE, 2006, par. 42.

¹⁸³ Tribunal administratif fédéral, ordonnance du 21 juin 2005, BVerwG 2 WD 12.04.

¹⁸⁴ Ibid. Traduction vers l'anglais fournie gracieusement par la République fédérale d'Allemagne.

paragraphe 4 » de la Charte des Nations Unies¹⁸⁵. Cette interdiction est globalement admise aussi par les auteurs¹⁸⁶.

68. Le bref passage en revue ci-dessus n'a pas vocation à être exhaustif. Il ne prétend pas non plus circonscrire la portée de l'interdiction de l'agression ni aborder toutes les nuances que celle-ci comporte, telles que les exceptions, la portée du droit de légitime défense et d'autres points de débat intéressants¹⁸⁷. L'objectif est simplement de démontrer que la reconnaissance de l'interdiction de l'agression en tant que norme du *jus cogens* par la Commission est étayée par la pratique et par d'autres moyens auxiliaires.

3. L'interdiction de la torture

69. La Cour internationale de Justice reconnaît explicitement et sans ambiguïté l'interdiction de la torture. Dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, elle a nettement établi que, selon elle, « l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et

¹⁸⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 1984*, p. 392, opinion dissidente de M. Schwebel, p. 615. Voir d'autres exemples dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires (supra note 168)*, opinion individuelle de M. Nagendra Singh, Président, p. 151 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996*, p. 226, opinion dissidente de M. Koroma, p. 561 ; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, CIJ Recueil 1998*, p. 432, opinion dissidente de M. Weeramantry, Vice-Président, p. 502, par. 25 ; *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2003*, p. 161, opinion dissidente de M. le juge Kooijmans, p. 262, par. 46, et opinion individuelle de M. le juge Simma, p. 326 et 327, par. 5 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, CIJ Recueil 2011*, p. 6, opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Dugard, p. 65, par. 15. Voir également *Le Procureur c. Jandrako Prlić, IT-04-74-T, jugement, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, 29 mai 2013, opinion individuelle séparée et partiellement dissidente du juge Jean-Claude Antonetti, p. 249. Voir également D. Tladi, « The use of force against non-State actors, decline of collective security and the rise of unilateralism: whither international law? » in M. E. O'Connell, C. Tams et D. Tladi, *Max Planck Trialogues on War and Peace: Vol I – The Use of Force against Non-State Actors*, Cambridge, 2019, à paraître, *supra* note 48.

¹⁸⁶ Voir, par exemple, M. E. O'Connell, « Self-defence, pernicious doctrines, preemptory norms », in O'Connell, Tams et Tladi, *Max Planck Trialogues on War and Peace...* (*supra* note 185) (Les arguments invoqués pour étendre le droit du recours à la force ... sont incompatibles avec l'interdiction impérative de l'emploi de la force). Voir C. Tams « Self-defence against non-State actors: making sense of the 'armed attack' requirement », *Ibid.* (La légitime défense est sur le même plan hiérarchique que l'interdiction de l'emploi de la force. Les arguments relatifs au caractère impératif de l'interdiction de l'emploi de la force devraient en rendre compte : ce qui est impératif, c'est la règle interdisant les emplois illicites de la force) ; D. Costelloe, *Legal consequences of preemptory norms in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 16. S. Knuchel, *Jus cogens : Identification and Enforcement of Preemptory Norms*, Schultess, Zurich, 2015, p. 41 ; Christófolo, *Solving Antinomies between Preemptory Norms in Public International Law (supra note 152)*, p. 153 (L'interdiction de l'emploi de la force est une norme du droit général international qui revêt incontestablement la qualité de *jus cogens* ; elle est l'un des rares points à faire consensus dans la théorie du *jus cogens*) ; A.C. de Beer, *Preemptory Norms of General International Law (Jus cogens) and the Prohibition of Terrorism*, Brill, 2019, à paraître, en particulier le chapitre 5 ; Orakhelashvili, *Preemptory Norms of General International Law*, (*supra* note 93), p. 113 ; L. Hannikainen, *Preemptory Norms (Jus cogens) in International Law*, Helsinki, Finnish Lawyers', 1988, p. 323 et 356 ; J.A. Frowein, « *Jus cogens* » in R. Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 444, par. 8 ; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon, 2006, p. 146 ; T. Kleinlein, « *Jus cogens* as the "highest law"? Preemptory norms and legal hierarchies », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 180 ; E. Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens* norms », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 229 ; T. Cottier, « Improving compliance: *jus cogens* and international economic law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 330.

¹⁸⁷ Sur ce point, voir U. Linderfalk, « The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora's box, did you ever think about the consequences? », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2008, p. 859 à 863.

[...] a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) »¹⁸⁸. En 1998 déjà, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait jugé, dans l'affaire *Le Procureur c. Delalić*, que l'interdiction de la torture était une norme de *jus cogens*¹⁸⁹. Un mois plus tard, dans l'affaire *Le Procureur c. Furundžija*, la Chambre de première instance a confirmé qu'« en raison ... des valeurs qu'[elle] protège », l'interdiction de la torture « est devenu[e] une norme impérative ou *jus cogens* »¹⁹⁰. Ces jugements de la Chambre de première instance ont été confirmés par la Chambre d'appel du Tribunal¹⁹¹.

70. Outre la Cour internationale de Justice et du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, des juridictions régionales et d'autres organes ont également reconnu le caractère impératif de l'interdiction de la torture. Il est de jurisprudence constante à la Cour interaméricaine des droits de l'homme que l'interdiction de la torture est une norme du *jus cogens*. Dans l'affaire *Espinoza Gonzáles v. Peru*, par exemple, la Cour a formulé à cet égard les observations suivantes :

L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est absolue et n'est pas susceptible de dérogation, même dans les circonstances les plus difficiles, par exemple en cas de guerre, de menace de guerre, aux fins de la lutte contre le terrorisme et la criminalité, en cas d'état d'urgence ou de troubles ou de conflits internes, de suspension des garanties constitutionnelles, d'instabilité politique intérieure ou dans tout autre danger ou catastrophe publics exceptionnels. Aujourd'hui, cette interdiction participe du *jus cogens* international¹⁹².

71. C'est dans l'opinion individuelle détaillée de M. le juge Cançado Trindade, dans l'affaire *Blake v. Guatemala*, qu'il est fait mention pour la toute première fois dans le système interaméricain de l'interdiction de la torture en tant que norme du *jus cogens*¹⁹³. M. le juge Cançado Trindade notait que l'interdiction de cette pratique était un premier pas en direction de la *terra nova* du *jus cogens* international¹⁹⁴. La Cour elle-même a reconnu ce statut en 2000, dans l'affaire *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*¹⁹⁵, position qu'elle a ensuite réaffirmée et confirmée dans de nombreuses décisions ultérieures¹⁹⁶.

¹⁸⁸ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 457, par. 99.

¹⁸⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias « PAVO », Hazim Delić, Esad Landžo alias « Zenga »*, n° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, *Recueils judiciaires 1998*, par. 454 (« Compte tenu de ce qui précède, on peut dire que l'interdiction de la torture est une norme du droit coutumier. Elle constitue aussi une norme du *jus cogens*. »). Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts*, n° IT-96-23-T, jugement, 22 février 2001, par. 466, entre autres jugements dans lesquels le Tribunal a reconnu l'interdiction de la torture en tant que norme du *jus cogens*.

¹⁹⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, n° IT-95-17/1, jugement, 10 décembre 1998, *Recueils judiciaires 1998*, par. 153 à 156.

¹⁹¹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias « PAVO », Hazim Delić, Esad Landžo alias « Zenga »*, n° IT-96-21-A, arrêt, 20 février 2001, par. 172, en particulier la note 225.

¹⁹² Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Espinoza Gonzales v. Peru*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 20 novembre 2014, série C, n° 289, par. 141.

¹⁹³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Blake c. Guatemala*, arrêt (fond), 24 janvier 1998, série C, n° 36, opinion individuelle de M. Cançado Trindade.

¹⁹⁴ *Ibid.*, par. 15.

¹⁹⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, arrêt (fond), 25 novembre 2000, série C, n° 70, par. 25.

¹⁹⁶ Voir, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Mendoza et al. v. Argentina*, arrêt (exceptions préliminaires, fond et réparations), 14 mai 2013, série C, n° 260, par. 199 (« la Cour rappelle sa jurisprudence, en vertu de laquelle l'interdiction absolue de la torture, physique et mentale, participe aujourd'hui du *jus cogens* international ») ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Massacres of El Mozote and Nearby Places v. El Salvador*, arrêt (fond, réparations et dépens), 25 octobre 2012, série C, n° 252 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Barrios Family v. Venezuela*, arrêt (fond, réparations et dépens), 24 novembre 2011, série C, n° 237, par. 50 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, « *Las Dos Erres* » *Massacre v. Guatemala*, arrêt (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 24 novembre 2009 série C, n° 211.

Cette jurisprudence constante a été affirmée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Ortiz Hernandez v. Venezuela*, notamment¹⁹⁷.

72. Comme la Cour interaméricaine, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît sans ambiguïté le caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, souvent citée pour montrer que l'immunité ne souffre aucune exception, même en cas de violations de normes du *jus cogens*, la Cour, ayant étudié la pratique internationale, a « adm[is], sur la foi de [la pratique], que l'interdiction de la torture [était] devenue une règle impérative du droit international »¹⁹⁸. De même, dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*, la Cour, tenant pour acquis ce principe, a confirmé pour l'essentiel l'arrêt *Al-Adsani*¹⁹⁹. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a elle aussi reconnu, dans *Mohammed Abdullah Saleh al-Asad v. Djibouti*, l'interdiction de la torture en tant que norme du *jus cogens*²⁰⁰.

73. L'abondante jurisprudence des juridictions et organes internationaux prend largement sa source dans la conclusion du tout premier rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, M. Kooijmans (qui siégerait plus tard à la Cour internationale de Justice), datant de 1986²⁰¹. Après avoir donné une description factuelle de la torture, qualifiée de « peste de la seconde moitié du XX^e siècle » au premier paragraphe de son rapport, le Rapporteur spécial décrit le caractère juridique de l'interdiction en ces termes :

La lutte contre la torture est devenue l'un des thèmes majeurs abordés par la communauté internationale. La torture est aujourd'hui interdite de façon absolue et sans réserve en droit international, en temps de paix comme en temps de guerre. Dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme, l'interdiction de la torture relève du groupe des droits auxquels aucune dérogation n'est possible. La Cour internationale de Justice a qualifié l'obligation de respecter les droits fondamentaux de l'homme, dont le droit de ne pas être torturé fait indiscutablement partie, d'obligation *erga omnes* ... Eu égard à ces qualifications, l'interdiction de la torture doit être considérée comme appartenant aux règles de *jus cogens*²⁰².

74. Comme la Cour internationale de Justice l'a fait observer, la torture est interdite dans la quasi-totalité des législations nationales²⁰³. En outre, il existe une pratique

¹⁹⁷ *Johan Alexis Ortiz Hernández v. Venezuela*, affaire 12.270, Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport n° 2/15 du 29 janvier 2015, par. 212. Voir également Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Omar Maldonado Vargas, Alvaro Yáñez del Villar, Mario Antonio Cornejo et al. v. Chile*, affaire 12.500, Rapport n° 119/13 du 8 novembre 2013 et *Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira and Others v. Brazil*, affaires n° 11.566 et 11.694, Rapport n° 141/11 du 31 octobre 2011, par. 167.

¹⁹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/91, arrêt, 21 novembre 2001, CEDH 2001 XI, par. 61.

¹⁹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, arrêt, 14 janvier 2014, CEDH 2014, en particulier par. 205 à 215. Voir également Cour européenne des droits de l'homme, *A. v. The Netherlands*, n° 4900/06, arrêt, 20 juillet 2010, par. 133, où la Cour soutient que « la règle interdisant l'expulsion en cas de risque de torture ou de mauvais traitements ... a également atteint le rang de *jus cogens* et constitue donc une norme impérative du droit international à laquelle aucune dérogation n'est permise ».

²⁰⁰ *Mohammed Abdullah Saleh al-Asad v. the Republic of Djibouti*, communication n° 383/10, décision d'avril-mai 2014, par. 179 (L'interdiction de la torture est une règle de *jus cogens* du droit international).

²⁰¹ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, M. P. Kooijmans (E/CN.4/1986/15).

²⁰² *Ibid.*, par. 3.

²⁰³ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*supra* note 188), par. 99. Voir, pour une liste complète des textes législatifs nationaux interdisant la torture, Association pour la prévention de la torture, *Compilation of Torture Laws*, disponible (en anglais) à l'adresse <https://apt.ch/en/resources/compilation-of-torture-laws/> (consulté le 15 février 2019). Voir, pour divers exemples de textes législatifs interdisant absolument la torture : art. 25 de la Constitution, art. 74, 86 et 87 du Code pénal et art. 5 du Code de procédure pénale (Albanie) ; art. 34 et 132 de la Constitution et des art. 263 *bis, ter, quater* du Code pénal (Algérie) ; art. 274 du Code pénal

conventionnelle répandue faisant de l'interdiction de la torture une obligation non susceptible de dérogation. La Convention contre la torture, à laquelle 165 États sont parties, interdit la torture et impose aux États parties de prendre des mesures pour la prévenir²⁰⁴. L'article 2 de la Convention contre la torture dispose qu'« [a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture », insistant sur le caractère indérogable de l'interdiction²⁰⁵. L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit également la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et ce à titre de droit non susceptible de dérogation²⁰⁶. Le droit de ne pas être soumis à la torture est également inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁰⁷. L'interdiction est aussi consacrée dans des traités régionaux relatifs aux droits de l'homme²⁰⁸.

75. L'interdiction de la torture est également reconnue comme norme du *jus cogens* de façon constante dans les décisions des juridictions nationales. En Australie, la Cour fédérale a reconnu dans l'affaire *Habib v. the Commonwealth of Australia* qu'il s'agissait d'une norme impérative du droit international à laquelle aucune dérogation n'était permise²⁰⁹. D'autres juridictions ont aussi reconnu que l'interdiction de la torture avait atteint le rang de *jus cogens*, notamment en Afrique du Sud²¹⁰, au Canada²¹¹, aux

(Australie) ; art. 5 de la Constitution (Brésil) ; art. 38 de la Constitution (Cambodge) ; art. 259A du Code pénal (République tchèque) ; art. 157A du Code pénal civil et art. 10A et 27A du Code pénal militaire (Danemark) ; art. 44 de la Constitution (Islande) ; art. 401 du Code pénal (Liban) ; art. 36 de la Constitution, art. 486 du Code pénal, art. 227 du Code de procédure pénale (Malte) ; art. 31 de la Constitution (Koweït).

²⁰⁴ Convention contre la torture, art. 1 et 2, par. 1, et art. 4 et 5.

²⁰⁵ Ibid., art 2, par. 2.

²⁰⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171, art. 4, par. 2 (« La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18 »).

²⁰⁷ Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), art. 5 (« Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »).

²⁰⁸ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5 (« Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'aviilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites. ») ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1144, No. 17955, p. 183, art.5, par.2 (« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »), Convention européenne des Droits de l'Homme, art. 3 (« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »). Voir en particulier le paragraphe 2 de l'article 15, qui interdit toute dérogation à l'article 3.

²⁰⁹ Cour fédérale d'Australie, *Mamdouh Habib v. the Commonwealth of Australia*, arrêt, FCAFC 1518, 25 février 2010, par. 9.

²¹⁰ Cour suprême d'Afrique du Sud, *S v. Mthembu*, arrêt, 10 avril 2008, par. 31 (« La [Convention contre la torture] interdit absolument la torture et n'autorise aucune dérogation, même en cas de danger public exceptionnel. Il s'agit donc d'une norme impérative du droit international »).

²¹¹ Cour d'appel de l'Ontario (Canada), 30 juin 2004, *Bouzari v. Islamic Republic of Iran and the Attorney-General of Canada*, jugement, 30 juin 2004, par. 36 (« Tout d'abord, l'action est fondée sur la torture commise par un État étranger, qui constitue une violation du droit international des droits de l'homme et des normes impératives du droit international public »).

États-Unis²¹², en France²¹³, en Italie²¹⁴, au Royaume-Uni²¹⁵ et dans d'autres juridictions²¹⁶. Des États ont partagé ce même point de vue à la Sixième Commission²¹⁷.

76. L'acceptation de l'interdiction de la torture en tant que *jus cogens* est étayée non seulement par une pratique abondante, mais également par la doctrine²¹⁸. Tomuschat, par exemple, soutient que les infractions qui avilissent l'individu et portent préjudice à sa dignité et à son existence doivent s'inscrire dans le cercle des normes relevant du *jus cogens*, y compris l'interdiction de la torture²¹⁹.

77. De même que la réflexion sur l'interdiction de l'agression, l'examen ci-dessus n'avait d'autre objectif que de montrer que la conclusion de la Commission selon laquelle l'interdiction de la torture constitue une norme du *jus cogens* est étayée tant par la doctrine que par la pratique. Il n'a pas vocation à régler des questions connexes, comme la question de savoir si d'autres aspects liés à l'interdiction, tels que le non-refoulement, en partageant le caractère impératif, pas plus qu'il ne prétendait circonscrire la portée de l'interdiction.

²¹² Voir, par exemple, *Committee of US Citizens Living in Nicaragua and Others v. Reagan* (*supra* note 182), par. 56 ; Cour d'appel des États-Unis, Neuvième Circuit, *Siderman de Blake v. Argentina*, arrêt, p. 714 (« nous convenons avec les Siderman que les actes officiels de torture du type de ceux qu'ils accusent l'Argentine d'avoir commis constituent une violation du *jus cogens* ») ; Cour d'appel des États-Unis, Quatrième Circuit, *Yousuf v. Samantar*, arrêt, p. 19.

²¹³ Cour de cassation (France), chambre criminelle, arrêt, 19 mars 2013, *ILDC 2035 (FR2013)*, par. 10.4 (« l'interdiction de la torture a valeur de norme impérative ou *jus cogens* en droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et constitue une restriction légitime à l'immunité de juridiction »).

²¹⁴ Cour de cassation (Italie), Première Chambre criminelle, *Lozano c. Italie*, arrêt, 24 juillet 2008, *ILDC 1085*, par. 6.

²¹⁵ Voir Cour suprême du Royaume-Uni, *Belhaj v. Straw* ; *Rahmatullah v. Minister of Defence*, arrêt, 17 janvier 2017, en particulier l'opinion de Lord Sumption, p. 717 (« L'interdiction a atteint le rang de *jus cogens erga omnes*. Autrement dit, il s'agit d'une norme impérative de droit international qui fait naître pour chaque État des obligations envers les autres États et dont aucun intérêt public ne saurait justifier la dérogation »). Chambre des Lords du Royaume-Uni, *Jones and Others v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, arrêt, 14 juin 2006, par. 43 et 44 (« Il ne fait aucun doute que l'interdiction de la torture est une norme [du *jus cogens*] ... Le *jus cogens* est l'interdiction de torture »).

²¹⁶ Voir Cour d'appel du Kenya, *Koigi v. Attorney-General*, arrêt, 8 mars 2015, p. 6 (« L'interdiction absolue de la torture est un principe du *jus cogens* et une norme impérative du droit international contraignante qui prime tout traité, convention ou pacte ») ; Haute Cour du Zimbabwe, *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, jugement, 23 janvier 2008, p. 12 (« le principe de l'interdiction de la torture est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire un principe jouissant de la primauté dans la hiérarchie des règles qui constituent l'ordre normatif international »). *A c. Département fédéral de l'économie* (*supra* note 182), par. 8.2.

²¹⁷ Voir, par exemple, Afrique du Sud (*A/C.6/69/SR.20*), par. 109 ; Israël (*A/C.6/70/SR.18*), par. 6 ; République islamique d'Iran (*A/C.6/71/SR.26*), par. 116 ; Royaume-Uni (*A/C.6/71/SR.28*), par. 29 ; Argentine (*A/C.6/72/SR.26*), par. 13.

²¹⁸ Voir, en général, E. de Wet, « The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law », *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, p. 97 à 121. Voir également De Beer (*supra* note 186). Voir également De Wet, « The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order » (*supra* note 82), p. 616.

²¹⁹ Tomuschat, « The Security Council and *jus cogens* » (*supra* note 80), p. 36. Voir également Pellet, « Comments in response to Christine Chinkin ... » (*supra* note 87), p. 83 ; K. Parker et L.B. Neylon, « *Jus cogens*: compelling the law of human rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 11 (1988-1989), p. 414 ; A.A. Cançado Trindade, « *Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law », *Curso de Derecho Internacional*, vol. 35, 2008, p. 5 ; S. Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, (*supra* note 186), p. 41 ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 186), p. 16 ; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 158), p. 209 à 212 ; A. Bianchi, « Human rights and the magic of *jus cogens* », *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 492 ; Cherif Bassiouni, « International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes* », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), p. 63. Kleinlein, « *Jus cogens* as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 186), p. 180.

4. L'interdiction du génocide

78. Comme elle l'avait fait pour l'interdiction de la torture, la Cour internationale de Justice a reconnu sans ambiguïté que l'interdiction du génocide était une norme du *jus cogens*. Si, dans son avis consultatif *Réserves à la Convention sur le Génocide*, elle ne parle pas de « *jus cogen* », de « normes impératives » ni même d'« obligations *erga omnes* », les termes qu'elle emploie pour qualifier l'interdiction du génocide concordent avec la description du *jus cogens*²²⁰. Dans cet avis, la Cour formule les observations ci-après, souvent citées :

Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux » (préambule de la Convention). La Convention sur le génocide a donc été voulue tant par l'Assemblée générale que par les parties contractantes comme une convention de portée nettement universelle²²¹.

79. Bien que la Cour n'attribue pas le caractère de *jus cogens* à l'interdiction du génocide posée par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après la « Convention sur le génocide »)²²², les termes employés illustrent la nature générale des normes impératives, telle qu'elle est définie dans le projet de conclusion 2 provisoirement adopté par le Comité de rédaction en 2017²²³. Surtout, la Cour elle-même, en confirmant plus d'un demi-siècle plus tard que l'interdiction du génocide relève bien du *jus cogen*, cite cet extrait de l'avis consultatif de 1951 comme faisant autorité²²⁴. Après l'avoir répété, elle estime qu'« il en résulte que » l'interdiction visée dans la Convention sur le génocide constitue une obligation *erga omnes* et une norme du *jus cogens*²²⁵. Surtout, elle affirme expressément et sans réserve que l'interdiction du génocide relève du *jus cogens*²²⁶. La Cour a par la suite confirmé dans d'autres affaires le caractère de *jus cogens* de l'interdiction du génocide²²⁷. Cette position a par ailleurs été défendue dans de nombreuses opinions dissidentes et

²²⁰ *Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif, C. I. J. Recueil 1951*, p. 15.

²²¹ *Ibid.*, p. 23.

²²² Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

²²³ Voir déclaration du Président du Comité de rédaction du 26 juillet 2017 (*supra* note 40), annexe.

²²⁴ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête, CIJ Recueil 2006*, p. 31 et 32, par. 64.

²²⁵ *Ibid.* Voir également l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *CIJ Recueil 2007*, p. 110 et 111, par. 161, où la Cour, après avoir cité l'avis consultatif de 1951, rappelle qu'elle avait, dans son arrêt de 2006 « réaffirmé ses dicta de 1951(...), lorsqu'elle a ajouté que la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international (*jus cogens*) » (non souligné dans l'original).

²²⁶ *Activités armées sur le territoire du Congo (supra* note 224), p. 31 et 32, par. 64 (« le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère [de *jus cogens*], ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître).

²²⁷ Voir l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (*supra* note 225), par. 162 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, *CIJ Recueil 2015*, p. 47 et 48, par. 88.

individuelles²²⁸. Tout comme l'interdiction de la torture, l'interdiction du génocide a été reconnue comme relevant du *jus cogens* par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal international pour le Rwanda²²⁹.

80. Le caractère de *jus cogens* de l'interdiction du génocide est aussi généralement admis dans la doctrine. En 1971 déjà, Roberto Ago érigeait cette interdiction en norme du *jus cogens*²³⁰. Dans leurs travaux, Criddle et Fox-Decent ont parlé de « modèle fiduciaire » du *jus cogens* qui, selon eux, limite le pouvoir législatif et administratif de l'État, interdisant ainsi les crimes tels que le génocide²³¹. Bianchi a estimé quant à lui que les normes du *jus cogens* pouvaient être qualifiées de « droits de l'homme », sans plus de précisions, ou renvoyer à des obligations particulières en la matière, telles que « l'interdiction du génocide ou de la torture »²³². Cherif Bassiouni range l'interdiction du génocide qui, selon lui, choque la conscience de l'humanité²³³, dans la catégorie des « crimes de *jus cogens* », expression également utilisée par le Rapporteur spécial dans le troisième rapport²³⁴. De même, justifiant l'existence du *jus cogens* en droit international contemporain, Alain Pellet fait observer que la non-dérogeabilité absolue du génocide ne saurait être contestée aujourd'hui²³⁵.

81. Outre la solide jurisprudence internationale confirmant le caractère impératif de l'interdiction du génocide, il existe une pratique abondante des États (se manifestant dans la jurisprudence nationale notamment) reconnaissant et admettant l'interdiction du génocide comme une norme du *jus cogens*. L'interdiction du génocide a ainsi été reconnue comme norme du *jus cogens* par le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire A

²²⁸ On citera en premier lieu l'opinion individuelle de M. Lauterpacht, juge ad hoc dans l'affaire *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, CIJ Recueil 1993*, p. 440, par. 100 (« l'interdiction du génocide est depuis longtemps considérée comme l'un des rares exemples indiscutés du *jus cogens* »). Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie) (supra note 227)*, opinion dissidente de M. Cançado Trindade, p. 234 et 238, par. 83 et 92 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (supra note 185)*, opinion dissidente de M. Weeramantry, p. 496.

²²⁹ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement, *Recueils judiciaires 2000*, par. 520 ; Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-T, Jugement, 2 août 2001, par. 541 ; Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-2-T, Jugement, 31 juillet 2003 ; Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005. Pour la jurisprudence du Tribunal international pour le Rwanda, voir, par exemple, Tribunal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, Jugement, 21 mai 1999, Recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1999, vol. II, par. 88 [« Ladite Convention devient (...) un instrument international de protection des droits de l'homme communément admis. La Chambre relève que le crime de génocide est considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier qui, de surcroît, est une norme impérative du droit »].

²³⁰ R. Ago, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 134, 1971, p. 324, note 37.

²³¹ E. J. Criddle et E. Fox-Decent, « A fiduciary theory of *jus cogens* », *Yale Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 369.

²³² Bianchi, « Human Rights and the magic of *jus cogens* » (*supra note 224*), p. 491 et 492. Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra note 186*), p. 180 ; Cottier, « Improving compliance: *jus cogens* and international economic law » (*supra note 186*), p. 380.

²³³ Cherif Bassiouni, « International crimes ... » (*supra note 219*), p. 70 ; A. Cassese, « The enhanced role of *jus cogens* », in Cassese (dir.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 162.

²³⁴ A/CN.4/714 et A/CN.4/714/Corr.1. Voir également D. Tladi, « The International Law Commission's recent work on exceptions to immunity: charting the course for a brave new world in international law? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, 2019.

²³⁵ A. Pellet, « Conclusions », in C. Tomuschat et J.M. Thouvenin (dir.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 419 (« Personne aujourd'hui ne peut sérieusement prétendre qu'un traité organisant un génocide ou une agression n'est pas attaché de nullité »).

c. *Département fédéral de l'économie*²³⁶. De même, dans l'affaire *R. M. v. Attorney-General*, la Haute Cour du Kenya, niant le caractère impératif de l'interdiction de la discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage (et de leurs mères), a en revanche inscrit l'interdiction du génocide sur sa liste de normes relevant du *jus cogens*²³⁷. La Cour constitutionnelle allemande, statuant sur un pourvoi introduit contre la condamnation d'un Serbe de Bosnie pour actes de génocide, s'est appuyée sur une conclusion de la Cour internationale de Justice selon laquelle l'interdiction du génocide constituait une obligation *erga omnes* et une norme du *jus cogens*²³⁸. La Cour d'appel du Canada, dans l'affaire *R c. Munyaneza*, concernant un ressortissant rwandais impliqué dans le génocide commis au Rwanda en 1994, a dit que « le crime de génocide en 1994 allait à l'encontre de toutes les règles impératives du droit international coutumier »²³⁹. La Cour d'appel des États-Unis, dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto*, a également considéré que le caractère de *jus cogens* de l'interdiction du génocide demeurait incontestable²⁴⁰.

82. Du point de vue de la pratique conventionnelle, l'incrimination du génocide, posée par la Convention de 1951 sur le génocide, est également prévue par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁴¹ et le Protocole de Malabo²⁴². Sans être des traités, les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda incriminent également en termes absolus les actes de génocide²⁴³. Aucun de ces instruments ne prévoit la possibilité d'une dérogation. S'il peut exister des causes d'exonération de la responsabilité pénale²⁴⁴, ces dernières n'ont pas valeur de dérogation, ayant seulement une incidence sur les éléments constitutifs du crime, tels que le caractère illicite ou l'élément moral de l'acte²⁴⁵. Par ailleurs, la pratique législative reconnaît très largement qu'il ne peut être dérogé à l'interdiction du génocide²⁴⁶. Des États ont également fait valoir, devant les organes de l'Organisation

²³⁶ *A c. Département fédéral de l'économie* (*supra* note 182), par. 8.2. Voir également *Committee of US Citizens Living in Nicaragua* (*supra* note 182), par. 941 ; *Siderman de Blake* (*supra* note 214), par. 714 ; *Yousuf v. Samantar* (*supra* note 214), par. 19 ; *Lozano* (*supra* note 212), par. 6.

²³⁷ Haute Cour du Kenya, *RM v. Attorney-General*, Arrêt, 1^{er} décembre 2006, eKLR [2006].

²³⁸ Cour constitutionnelle fédérale, *Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 12. Dezember 2000*, Ordonnance, 12 décembre 2000, 2 BVR 1290/90.

²³⁹ Cour supérieure du Canada, Chambre criminelle, *R c. Munyaneza*, Jugement, 22 mai 2009, par. 75.

²⁴⁰ United States Court of Appeals for the Ninth District, *Sarei and Others v. Rio Tinto, PLC*, Arrêt, 25 octobre 2011, par. 19360.

²⁴¹ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3, art. 6.

²⁴² Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Malabo, 27 juin 2014), disponible à l'adresse suivante : www.au.int, annexe, art. 28 b).

²⁴³ Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, *S/25704*, annexe, art. 4 ; Statut du Tribunal international pour le Rwanda, résolution *955 (1994)* du Conseil de sécurité, annexe, art. 2.

²⁴⁴ Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 31.

²⁴⁵ Par exemple, la maladie mentale (art. 31, par. 1. a), du Statut de Rome), fait disparaître l'élément moral de l'infraction, tandis que la légitime défense [art. 31, par. 1. c), du Statut de Rome] enlève à l'acte son caractère illicite.

²⁴⁶ Voir, par exemple, Code pénal du Burkina Faso, art. 313 ; Code pénal de la Côte d'Ivoire, art. 317 ; Loi de 1993 portant modification du Code pénal du Ghana, sect. 1 ; Loi organique du Rwanda sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1^{er} octobre 1990, art. 2 ; Loi sud-africaine portant mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, annexe 1, part. 1 ; Code des États-Unis, chap. 50A, par. 1091 ; Loi n° 2.889 de 1956 du Brésil, art. 1 ; Code pénal du Mexique, sect. 149 *bis* ; Code pénal du Nicaragua, art. 549 et 550 ; Code pénal de Cuba, art. 116 ; Loi n° 5710-1950 d'Israël sur la prévention et la répression du crime de génocide ; Code pénal des Fidji, chap. VIII ; Code pénal de la République du Tadjikistan, art. 398 ; Code pénal de la République d'Albanie, art. 73 ; Code pénal d'Autriche, art. 321 ; Loi belge relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, art. 1 ; Code pénal de la République tchèque, art. 259 ; Code pénal de la France, art. 211-1 ; Code pénal de la Finlande, art. 6 ; Code pénal de l'Allemagne, art. 220 ; Loi irlandaise relative à la Convention sur le génocide, art. 2 ; Loi n° 962 de 1967 ; Code pénal du Portugal, art. 239 ; Code pénal d'Espagne, art. 607 ; Code pénal fédéral de la Fédération de Russie, art. 357.

des Nations Unies, que l'interdiction du génocide était une norme du *jus cogens*²⁴⁷. Il est inconcevable que l'on puisse remettre en cause aujourd'hui le caractère impératif de l'interdiction du génocide.

83. Il résulte de ce qui précède que la décision de la Commission d'inscrire l'interdiction du génocide sur sa liste précédente de normes *du jus cogens* est justifiée par la pratique existante.

5. L'interdiction des crimes contre l'humanité

84. En sus de ses travaux antérieurs dans lesquels elle a établi des listes énumérant les normes de *jus cogens* généralement acceptées, la Commission a reconnu, dans le préambule du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté en première lecture à sa soixante-neuvième session, que l'interdiction des crimes contre l'humanité constituait une norme impérative²⁴⁸. Comme la Commission l'a noté dans le commentaire du préambule, la Cour internationale de Justice, en reconnaissant, dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*²⁴⁹, la valeur de *jus cogens* à l'interdiction de la torture, « *a fortiori* donne à penser qu'une interdiction de la perpétration de tels actes de manière généralisée ou systématique les rendant assimilables à des crimes contre l'humanité aurait aussi le caractère de *jus cogens* ». Dans ses jugements, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également affirmé le caractère impératif de l'interdiction des crimes contre l'humanité. Dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić*, la Chambre de première instance du Tribunal a considéré que l'interdiction des crimes contre l'humanité et l'interdiction du génocide constituaient des normes impératives du droit international général²⁵⁰. La jurisprudence du Tribunal assimile également, dans certains cas, les actes de torture, lorsqu'ils sont constitutifs d'un crime contre l'humanité, à une violation d'une norme impérative du droit international général. Dans l'affaire *Le Procureur c. Simić*, l'accusé avait été « déclaré coupable de torture, un crime contre l'humanité, sur la base de deux chefs d'accusation »²⁵¹. La Chambre a relevé que la torture était un crime contre l'humanité²⁵². Si elle n'a pas directement attribué la valeur de *jus cogens* à l'interdiction des crimes contre l'humanité, la Chambre a rappelé que le droit de ne pas être torturé, ou l'interdiction de la torture, était « reconnu par le droit (...) coutumier et conventionnel, où il a valeur de *jus cogens* »²⁵³. Les actes de torture pour lesquels l'accusé a été reconnu coupable étant considérés comme un crime contre l'humanité, il peut en être déduit que la Chambre a admis que l'interdiction de la torture comme crime contre l'humanité avait le caractère de *jus cogens*. La Cour pénale internationale a également considéré que l'interdiction des crimes contre l'humanité relevait du *jus cogens*²⁵⁴.

85. Dans la jurisprudence du système interaméricain, l'interdiction des crimes contre l'humanité est également considérée comme ayant un caractère impératif. Dans l'affaire *Castro-Castro Prison v. Peru*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit que

²⁴⁷ Voir, par exemple, Bélarus (A/C.6/73/SR.26), Mozambique (A/C.6/73/SR.28) et Espagne (A/C.6/73/SR.29). Voir également Azerbaïdjan au Conseil de sécurité, 17 octobre 2012 (S/PV.6849).

²⁴⁸ Voir par. 4 du commentaire relatif au préambule du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, A/72/10, par. 45 et 46, p. 23.

²⁴⁹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (supra note 188), par. 99.

²⁵⁰ *Kupreškić* (supra note 229 **Error! Bookmark not defined.**), par. 520.

²⁵¹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Milan Simić*, affaire IT-95-9/2 S, Jugement portant condamnation, 17 octobre 2002, par. 34.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Voir, par exemple, Cour pénale internationale, Chambre de première instance, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, affaire n° CC-01/09-01/11, Décision sur la requête de M. Ruto demandant à être excusé d'une présence continue au procès, 18 juin 2013, par. 90 (Il est généralement admis que l'interdiction des crimes contre l'humanité a valeur de *jus cogens*. En revanche, la démocratie, en tant que norme juridique internationale, n'est pas connue pour jouir d'un tel statut. Dès lors, en cas de conflit apparent entre les deux normes, les considérations de démocratie doivent céder devant la nécessité de mener une enquête en bonne et due forme sur la responsabilité pénale d'un élu accusé de crimes contre l'humanité).

cette interdiction faisait partie des normes impératives du droit international général²⁵⁵. Le jugement dans l'affaire *Miguel Castro-Castro Prison* était lui-même fondé sur celui rendu dans l'affaire *Almonacid-Arellano v. Chile*, dans laquelle la Cour avait conclu, à l'issue d'une évaluation de la pratique depuis les principes de Nuremberg, que cette interdiction relevait du *jus cogens*²⁵⁶. La Commission interaméricaine a également reconnu valeur de *jus cogens* à l'interdiction des crimes contre l'humanité²⁵⁷.

86. Plusieurs décisions rendues par des juridictions nationales ont également reconnu le caractère impératif de l'interdiction des crimes contre l'humanité. Aux États-Unis, par exemple, un tribunal de district, citant Cherif Bassiouni²⁵⁸, a dit que l'interdiction des crimes contre l'humanité existait dans le droit coutumier international depuis plus d'un siècle et était également considérée comme faisant partie du *jus cogens*, qui sont les normes juridiques internationales ayant le rang le plus élevé²⁵⁹. La Cour suprême d'Argentine, dans l'affaire *Mazzeo, Julio Lilo*, a qualifié le *jus cogens* de droit international le plus élevé s'imposant aux États, faisant observer qu'il interdisait la commission de crimes contre l'humanité, même en temps de guerre²⁶⁰. Ailleurs, on a considéré que les règles relatives à la répression des crimes contre l'humanité, telles que l'imprescriptibilité et l'obligation de prévention et de répression, constituaient des normes impératives du droit international²⁶¹. De même, sans qualifier expressément l'interdiction des crimes contre l'humanité de norme du *jus cogens*, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, dans l'affaire *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre*, semble entériner le caractère impératif de cette interdiction :

Comme la torture, les crimes internationaux de piraterie, le commerce d'esclaves, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et l'apartheid imposent aux États, même en l'absence de traité international contraignant, de réprimer de tels comportements car tous les États y ont intérêt, ces comportements violant les valeurs qui constituent le fondement de l'ordre public mondial²⁶².

²⁵⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru*, Arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 25 novembre 2006, par. 402.

²⁵⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Almonacid-Arellano and Others v. Chile*, Arrêt (objections préliminaires, fond, frais et dépens), 26 septembre 2006, série C, n° 154, par. 99. Voir également *Goiburú* (*supra* note 119), par. 128, où il est indiqué que la torture et les disparitions forcées constituent des crimes contre l'humanité et que leur interdiction relève du *jus cogens*. Voir en outre Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, Arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 26 mai 2010, série C, n° 213, par. 42.

²⁵⁷ Voir, par exemple, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Manuel Cepeda Vargas v. Republic of Colombia*, affaire n° 12.531, Décision, 14 novembre 2008, note 66 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Julia Gomes Lund and Others (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil*, affaire n° 11.552, Décision, 26 mars 2009, par. 185 (devoir d'enquêter sur les auteurs de crimes contre l'humanité considérés comme relevant du *jus cogens* et de les poursuivre) ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Juan Gelman and Others v. Uruguay*, affaire n° 12.607, Décision, 21 janvier 2010, par. 66 ; Commission interaméricaine, *Marino Lopez and Others (Operation Genesis) v. Colombia*, affaire n° 12.573, fond, Décision, 31 mars 2011, rapport n° 64/11, par. 256, note 275.

²⁵⁸ M. Cherif Bassiouni, « Crimes against humanity », in R. Gutman et D. Rieff (dir.) *Crimes of War: What the Public Should Know*, New York, Norton, 1999, p. 135 et 136.

²⁵⁹ United States District Court for Eastern District of New York, *In Re Agent Orange Product Liability Litigation*, Arrêt, 28 mars 2005, par. 136.

²⁶⁰ Cour suprême d'Argentine, *Mazzeo, Julio Lilo and Others*, Arrêt, 13 juillet 2007, par. 15 (« se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la Comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en Épocas de guerra » [il s'agit de la source suprême du droit international qui s'est imposée aux États et interdit la commission de crimes contre l'humanité, même en temps de guerre]). Voir également Cour suprême d'Argentine, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro*, Arrêt, 24 août 2004, par. 28, et Cour suprême d'Argentine, *Office of the Prosecutor v. Priebke*, Arrêt, 2 novembre 1995, par. 2 à 5.

²⁶¹ Voir, par exemple, Cour constitutionnelle du Pérou, *affaire n° 0024-2010-PI/TC*, Arrêt, 21 mars 2011, par. 53.

²⁶² Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre*, Arrêt, 30 octobre 2014, par. 137.

87. Si la citation ne porte pas directement sur le caractère de *jus cogens* de ces crimes, deux points méritent néanmoins d'être relevés. Premièrement, la liste des crimes recensés par la Cour, à l'exception de celui de piraterie, correspond à celle, établie par la Commission, des exemples de normes du *jus cogens* les plus régulièrement cités dans les articles portant sur la responsabilité des États. Deuxièmement, pour qualifier ces crimes, la Cour utilise une formulation semblable aux caractéristiques descriptives adoptées à titre provisoire par le Comité de rédaction, à savoir la protection des valeurs qui constituent le fondement de l'ordre public mondial²⁶³. D'autres décisions, notamment de la Cour d'appel du Kenya, décrivent également l'interdiction des crimes contre l'humanité dans des termes confirmant son caractère indérogeable²⁶⁴.

88. Comme on l'a vu plus haut, la Commission a reconnu, dans le préambule du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité provisoirement adopté en première lecture en 2017, que l'interdiction des crimes contre l'humanité était une norme impérative du droit international général. Les réponses écrites des États concernant l'alinéa du préambule de ce projet d'articles montrent qu'ils reconnaissent généralement le caractère impératif de cette interdiction. Sur les 33 observations écrites²⁶⁵ reçues au moment de l'établissement du présent rapport²⁶⁶, un seul État, la France, s'est interrogé sur l'opportunité d'inclure l'alinéa en question. Fait révélateur, dans sa contribution écrite, la France ne remet pas en cause le bien-fondé de cet alinéa mais se borne à se demander à titre provisoire s'il était opportun, dans la mesure où la question du *jus cogens* était examinée par ailleurs²⁶⁷. Dans la plupart des observations, il n'est pas même question d'inclure l'alinéa qualifiant l'interdiction des crimes contre l'humanité de norme impérative du droit international, tant cette proposition, en raison de son évidence, ne mérite pas d'être mentionnée. La France mise à part, les États qui ont commenté cette inclusion s'y sont montrés favorables. Ainsi, la Belgique a fait observer que le « projet de préambule dispose fort justement que l'interdiction des crimes contre l'humanité constitue une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) »²⁶⁸. Le Royaume-Uni s'est contenté de prendre note de l'alinéa, indiquant que la Commission avait déjà adopté cette position par le passé²⁶⁹. Dans ses observations écrites, la Sierra Leone a également pris note, en ce qui concerne les amnisties, du caractère de *jus cogens* que revêt l'interdiction du crime de génocide²⁷⁰.

89. Comme on peut s'y attendre, l'idée selon laquelle l'interdiction des crimes contre l'humanité est une norme du *jus cogens* trouve également un large appui dans la

²⁶³ Le projet de conclusion 2 adopté provisoirement par le Comité de rédaction [voir déclaration du Président du Comité en date du 26 juillet 2017 (*supra* note 40), annexe] fait référence à la protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale.

²⁶⁴ Voir Cour d'appel du Kenya, *Attorney-General and Others v. Kenya Section of International Commission of Jurists*, Arrêt, 16 février 2018, p. 44.

²⁶⁵ Dans son quatrième rapport (A/CN.4/725 et A/CN.4/725/Add.1), Le Rapporteur spécial pour les crimes contre l'humanité, Sean Murphy, ne se contente pas d'examiner les seules observations écrites. Il se penche également sur les interventions orales faites par les États lors des débats de la Sixième Commission. Selon ce rapport, dans leurs déclarations devant la Sixième Commission, d'autres États ont remis en cause l'idée d'inclure l'alinéa du préambule pour diverses raisons, faisant notamment valoir que les normes impératives étaient considérées comme relevant d'un autre sujet, que le commentaire n'était guère l'alinéa du préambule, et que celui-ci n'était pas opportun dans le contexte de l'incrimination et de la responsabilité pénale individuelle.

²⁶⁶ Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Canada, Chili, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Estonie, France, Grèce, Israël, Japon, Liechtenstein, Malte, Maroc, Nouvelle-Zélande, pays nordiques (Danemark, Islande, Suède, Finlande, Norvège), Panama, Pérou, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Sierra Leone, Singapour, Suisse, Ukraine et Uruguay. Voir A/CN.4/726.

²⁶⁷ Ibid. (« Des doutes peuvent néanmoins être émis sur l'opportunité de qualifier l'interdiction des crimes contre l'humanité de norme impérative du droit international général, dans la mesure où la Commission mène actuellement des travaux sur le sujet des 'Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)' et que le préambule du Statut de Rome n'y fait lui-même pas référence »).

²⁶⁸ Ibid. Voir également les observations écrites de Panama.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Ibid.

doctrine²⁷¹. Cette interdiction figure invariablement dans toutes les listes de normes du *jus cogens* que proposent les auteurs²⁷². Même lorsqu'ils n'en font pas un exemple explicite de *jus cogens*, ces derniers en présument généralement le caractère impératif²⁷³. Ainsi, sans affirmer expressément que l'interdiction des crimes contre l'humanité relève du *jus cogens*, Leila Sadat fait observer que les dispositions du projet d'articles de la Commission en la matière se justifient dans le cadre d'une convention réprimant une infraction à une norme du *jus cogens* par la coopération étroite entre les États, l'entraide juridique et des mesures de répression²⁷⁴. À cet égard, Christófolo relève que le caractère impératif de l'interdiction des crimes contre l'humanité s'inscrit dans la même évolution normative que d'autres normes de *jus cogens*²⁷⁵.

90. Ce bref passage en revue des sources montre que l'interdiction des crimes contre l'humanité est bien établie en pratique et en doctrine comme une norme acceptée et reconnue comme insusceptible de dérogation.

6. L'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale

91. Comme pour l'interdiction de l'agression, une question terminologique s'impose en ce qui concerne l'interdiction de l'apartheid. Les textes font référence tantôt à l'interdiction de l'apartheid, tantôt à l'interdiction de la discrimination raciale. Comme dans le commentaire du projet d'article 40 des articles sur la responsabilité de l'État, le Rapporteur spécial emploiera dans son quatrième rapport l'expression « interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale », sauf en cas de citation. Il ne s'agit pas ici de distinguer deux interdictions, celle de la discrimination raciale par rapport (ni d'ailleurs par opposition) à celle de l'apartheid, mais plutôt de désigner un seul fait composite, l'apartheid, dont la discrimination raciale fait partie intégrante. À cet égard, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid donne du terme une définition large qui englobe « les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe », certains actes précis étant ensuite énumérés²⁷⁶.

92. Faisons encore observer, à titre préliminaire, que les actes d'apartheid sont interdits en tant que crimes contre l'humanité. S'il est vrai, comme il ressort de ce qui

²⁷¹ Voir, par exemple, Den Heijer et Van der Wilt, « *Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law » (*supra* note 158), p. 9.

²⁷² Voir, par exemple, Linderfalk, « Understanding the *jus cogens* debate... » (*supra* note 72), p. 53 ; Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 186), p. 197 ; L. J. Kotzé, « Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 243 ; Criddle et Fox-Decent, « A fiduciary theory of *jus cogens* » (*supra* note 231), p. 369 ; E. de Wet, « *Jus cogens* and obligations *erga omnes* », in D. Shelton (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 541 à 561.

²⁷³ Voir, par exemple, D. Shelton, « Sherlock Holmes and the magic of *jus cogens* », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 23 à 50, notamment la page 37, où l'auteure invoque le principe de responsabilité, s'agissant des crimes contre l'humanité, comme un exemple de fonction du *jus cogens* qui frapperait de nullité les traités.

²⁷⁴ L. N. Sadat, « A contextual and historical analysis of the International Law Commission's 2017 draft articles for a new global treaty on crimes against humanity », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, 2018, p. 688 et 700 (Cette formulation devrait être plus frappante encore, au vu de la pratique des États et de la pratique internationale et compte tenu du caractère de *jus cogens* des crimes contre l'humanité).

²⁷⁵ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 186), p. 219.

²⁷⁶ Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, n° 14861, p. 243, article II. Sont visés à l'article II le fait de refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne, par les divers moyens indiqués, d'imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle, de prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays, de prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes

précède, que l'interdiction des crimes contre l'humanité relève du *jus cogens*, alors il en va de même de l'apartheid, puisque celui-ci fait partie de ceux-là. Comme dans le cas des crimes contre l'humanité, la Cour internationale de Justice n'a pas expressément qualifié l'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale de norme du *jus cogens*. Dans son célèbre arrêt *Barcelona Traction*, cependant, la Cour cite l'interdiction de la discrimination raciale comme exemple de norme *erga omnes*. La Cour a estimé que les obligations *erga omnes*

« découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »²⁷⁷.

93. On remarquera que les exemples donnés par la Cour font tous partie de la liste de normes du *jus cogens* proposée par la Commission. En outre, comme Pellet et Cherif Bassiouni, le Rapporteur spécial estime que, quoique distinctes, les notions d'obligation *erga omnes* et de *jus cogens* sont liées, en ce que l'une (*jus cogens*) concerne le contenu de la règle et l'autre (*erga omnes*), qui en découle, concerne son destinataire²⁷⁸. Dans l'avis consultatif de la Namibie, la Cour a considéré que l'apartheid et les politiques raciales de l'Afrique du Sud constituaient « un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, [qui était] une violation flagrante des buts et principes de la Charte »²⁷⁹. C'est sans doute un signe, certes non concluant, que la Cour internationale de Justice tend à considérer l'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale comme un exemple de *jus cogens*.

94. La pratique des États reconnaît aussi largement l'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale comme une norme impérative de droit international général. Par exemple, de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité attestent que l'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. En 1960, l'Assemblée générale a déclaré que « la sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères constitu[ait] un déni des droits fondamentaux de l'homme » et qu'elle était « contraire à la Charte des Nations Unies »²⁸⁰. Sans viser spécifiquement l'apartheid ou la discrimination raciale, elle jetait là les bases d'autres déclarations exprimant le rejet de ces politiques. En 1965, par exemple, l'Assemblée générale a déclaré que « tous les États doivent contribuer à l'élimination complète de la discrimination raciale et du colonialisme sous toutes leurs formes et dans toutes leurs manifestations »²⁸¹. Il faut

raciaux, d'exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, de persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'apartheid.

²⁷⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ Recueil 1970*, p. 32, par. 34.

²⁷⁸ Pellet, « Conclusions » (*supra* note 235), p. 418 (« Les règles fondamentales de l'ordre juridique international », en particulier le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* – sans d'ailleurs que l'on sache très bien s'il s'agit d'un seul et même concept ou de deux choses différentes – même si pour ma part ... je pense qu'il s'agit de deux notions distinctes : le caractère *cogens* d'une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci ; l'expression *erga omnes* attire plutôt l'attention sur ses destinataires.) et Cherif Bassiouni, « International crimes ... » (*supra* note 219), p. 63, qui fait observer que l'expression *jus cogens* renvoie au statut juridique de certaines normes alors que l'expression « *obligatio erga omnes* » vise les conséquences juridiques découlant de la qualification de *jus cogens*.

²⁷⁹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ Recueil 1971*, p. 16, par exemple, p. 57, par. 131.

²⁸⁰ Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1960, sur la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, par. 1.

²⁸¹ Résolution 2131 (XV) de l'Assemblée générale, en date du 21 décembre 1965, sur la déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et sur la protection de leur indépendance et de leur souveraineté, par. 6. Voir également la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale sur la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, annexe, par. 1 (« Proclame solennellement [que]... les États doivent coopérer pour assurer le respect

signaler que la résolution fait obligation à *tous* les États, et non pas uniquement aux États touchés, de contribuer à l'élimination de la discrimination raciale et de la sujétion des peuples. On se rappellera que, comme établi dans le troisième rapport, il s'agit là de l'une des principales conséquences des normes impératives du droit international, à savoir l'obligation pour tous les États de coopérer pour mettre fin à toute conséquence juridique de la violation des normes du *jus cogens*.

95. Qui plus est, les résolutions pertinentes non seulement font obligation aux États de coopérer à l'élimination des politiques discriminatoires, mais encore *semblent* exempter de certaines règles du droit international le combat des mouvements de libération des peuples contre ces fléaux que sont l'apartheid et la discrimination raciale, ou du moins se laisser interpréter en ce sens. Par exemple, la résolution de l'Assemblée générale sur la définition de l'agression était subordonnée au fait que la définition ne porte « en aucune manière » préjudice au droit des « peuples qui sont soumis à des régimes coloniaux et racistes ou à d'autres formes de domination étrangère » de « lutter » pour défendre leurs droits « et de chercher et de recevoir un appui ».

96. L'Assemblée générale a également adopté des résolutions et des déclarations concernant spécifiquement l'Afrique du Sud et l'apartheid. En 1975, elle a adopté la résolution sur la responsabilité particulière de l'Organisation des Nations Unies et de la communauté internationale envers le peuple opprimé d'Afrique du Sud, dans laquelle elle proclamait que celles-ci avaient le devoir « envers le peuple opprimé d'Afrique du Sud et ses mouvements de libération » de contribuer à la fin de l'*apartheid*²⁸². Dans sa résolution 32/105 J, après avoir réaffirmé « la légitimité de la lutte que mène le peuple opprimé d'Afrique du Sud », elle qualifiait la politique d'*apartheid* de l'Afrique du Sud de « politique criminelle »²⁸³ et allait même jusqu'à approuver le « droit ... de continuer son combat pour s'emparer du pouvoir par tous les moyens possibles et appropriés [...], y compris la lutte armée »²⁸⁴. Point important, qui concorde avec l'obligation de coopérer pour mettre fin aux violations des normes de *jus cogens*, l'Assemblée déclarait dans la résolution que « la communauté internationale [devait] fournir toute l'assistance voulue au mouvement de libération nationale de l'Afrique du Sud » dans sa lutte pour mettre fin à l'*apartheid*²⁸⁵. Elle a adopté de nombreuses résolutions similaires pendant une période prolongée, qualifiant par exemple l'*apartheid* d'« inhumain » et appelant la communauté internationale à contribuer à son élimination²⁸⁶. Quoique les expressions « *jus cogens* » ou « normes impératives » ne figurent pas dans ces résolutions, l'interdiction y est formulée dans des termes semblables à ceux utilisés pour qualifier, par exemple, le génocide et la torture.

97. Il importe de rappeler que l'Assemblée générale n'a pas été la seule à adopter une série de résolutions sur l'illicéité et le caractère inhumain de l'*apartheid* et de la discrimination raciale. Le Conseil de sécurité en a fait tout autant. Dans une résolution de 1984, il a, en des termes très vifs, qualifié l'*apartheid* et la discrimination raciale de « crime contre la conscience et la dignité de l'humanité », « incompatible avec les droits

universel et la mise en œuvre des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, ainsi que l'élimination de la discrimination raciale »).

²⁸² Résolution 3411 C (XXX) de l'Assemblée générale, en date du 28 novembre 1975, sur la responsabilité particulière de l'Organisation des Nations Unies et de la communauté internationale envers le peuple opprimé d'Afrique du Sud, par. 1.

²⁸³ Résolution 32/105 J de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1977, sur l'assistance au mouvement de libération nationale de l'Afrique du Sud, par. 2 et 3.

²⁸⁴ *Ibid.*, par. 3.

²⁸⁵ *Ibid.*, par. 4.

²⁸⁶ Voir également les résolutions de l'Assemblée générale 31/6 A, en date du 26 octobre 1976, sur le Transkei prétendument indépendant et autres bantoustans, par. 1 (« condamne vigoureusement la création de bantoustans comme étant une mesure destinée à consolider la politique inhumaine d'*apartheid* ») ; 34/93 O, en date du 12 décembre 1979, relative à la déclaration sur l'Afrique du Sud ; 39/72 A, en date du 13 décembre 1984, sur les sanctions globales contre le régime d'*apartheid* et le soutien à la lutte de libération en Afrique du Sud, et 39/72 G, en date du 13 décembre 1984, sur l'action internationale concertée en vue de l'élimination de l'*apartheid*.

de l'homme et sa dignité »²⁸⁷, formulation qui n'est pas sans rappeler la description souvent citée du génocide que la Cour internationale de Justice a donnée dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*²⁸⁸. Confirmant l'obligation de coopérer pour mettre fin aux violations graves des normes du *jus cogens* et de ne pas prêter assistance au maintien des situations créées par ces violations, en l'occurrence l'apartheid et la discrimination raciale, le Conseil a demandé aux États Membres de l'ONU de prendre diverses sanctions contre l'Afrique du Sud²⁸⁹.

98. Le rejet intégral de la politique d'*apartheid* et des politiques discriminatoires qui en découlent, en tant qu'elles constituent des crimes contre l'humanité et la conscience de l'humanité, a été consacré dans la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*²⁹⁰. Dans son préambule, la Convention condamne « la ségrégation raciale et l'*apartheid* » et engage les parties « à prévenir, à interdire et à éliminer ... *toutes les pratiques* de cette nature »²⁹¹. La Convention dispose que l'*apartheid* est « un crime contre l'humanité » et que les « actes inhumains » qui en résultent, tels que la ségrégation et la discrimination raciales, « sont des crimes qui vont à l'encontre des normes du droit international, en particulier des buts et des principes de la Charte des Nations Unies »²⁹². Ses conséquences sont analogues à celles des violations graves des normes du *jus cogens*, puisqu'est tenu pour responsable « quel que soit le mobile » quiconque commet le crime d'*apartheid* ou assiste ou coopère à sa commission²⁹³.

99. Le caractère impératif de l'interdiction de l'*apartheid* et de la discrimination raciale a également été reconnu dans les décisions des juridictions nationales. Par exemple, la discrimination et l'inégalité raciales ont été reconnues en Suisse comme l'un des exemples de normes du *jus cogens* dans l'affaire *A c. Département fédéral de l'économie*²⁹⁴. De même, la Cour d'appel des États-Unis, dans l'affaire *Committee of US Citizens Living in Nicaragua*, a inclus la discrimination raciale dans la liste des normes du *jus cogens*²⁹⁵. Dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto*, elle a fait observer qu'il était courant de considérer que la discrimination raciale systématique par un État violait une norme de *jus cogens*²⁹⁶.

100. En outre, il est généralement admis dans la doctrine que l'interdiction de l'*apartheid* et de la discrimination raciale constitue une norme du *jus cogens*.²⁹⁷ Pellet en rend parfaitement compte lorsqu'il affirme que la réprobation universelle (officielle) de la discrimination raciale a certainement entraîné une « impérativisation » de

²⁸⁷ Résolution 473 (1980) du Conseil de sécurité, par. 3. Voir également les résolutions 418 (1977), 554 (1984) et 569 (1985) du Conseil de sécurité.

²⁸⁸ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra* note 220), p. 23 (les Nations Unies avaient « l'intention ... de condamner et de réprimer le génocide comme “un crime de droit des gens” impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies »).

²⁸⁹ Voir, par exemple, les résolutions 418 (1977), 569 (1985) et 591 (1986) du Conseil de sécurité.

²⁹⁰ Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*.

²⁹¹ *Ibid.*, quatrième alinéa du préambule (souligné par l'auteur).

²⁹² *Ibid.*, art. I.

²⁹³ *Ibid.*, art. III.

²⁹⁴ *A c. Département fédéral de l'économie* (*supra* note 182), par. 8.2.

²⁹⁵ *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (*supra* note 182), p. 941. Voir également *Siderman de Blake v. Argentina* (*supra* note 214), p. 717.

²⁹⁶ *Sarei v. Rio Tinto* (*supra* note 240), p. 19378.

²⁹⁷ Voir J. Dugard, *Confronting Apartheid: A Personal History of South Africa, Namibia and Palestine*, Johannesburg, Jacana, 2018, p. 86 et 137. Voir également Ago, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne » (*supra* note 230), p. 324, note 37 ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 186), p. 16 ; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 150), p. 222 ; Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, (*supra* note 186), p. 41 ; De Wet, « The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order » (*supra* note 82), p. 616 ; Cassese, « The enhanced role of *jus cogens* » (*supra* note 234), p. 162, et Cottier, « Improving compliance : *jus cogens* and international economic law » (*supra* note 186).

l'interdiction de cette pratique (du moins lorsque celle-ci est commise à grande échelle ou de manière systématique)²⁹⁸.

101. Il ressort des considérations qui précèdent que la Commission a eu raison d'inclure l'apartheid et la discrimination raciale dans sa liste d'exemples les plus cités de normes de *jus cogens*.

7. L'interdiction de l'esclavage

102. Assurément, l'esclavage au sens classique du terme est rare dans le monde moderne. La Cour internationale de Justice n'a donc pas eu à se prononcer sur son interdiction ni à en envisager le statut au regard du *jus cogens*. De même que pour l'apartheid et la discrimination raciale, la Cour n'a reconnu à l'interdiction de l'esclavage la qualité de *jus cogens* qu'indirectement, en la faisant figurer parmi les règles créatrices d'obligations *erga omnes*²⁹⁹. Elle fait pourtant partie des exemples classiques, presque universellement acceptés, de normes impératives du droit international³⁰⁰. La pratique des États atteste de sa reconnaissance en tant que norme ne souffrant aucune dérogation, en particulier dans le contexte des instruments multilatéraux.

103. La qualité de *jus cogens* de l'interdiction de l'esclavage est attestée par la pratique des États lors de l'adoption d'instruments multilatéraux. Le premier instrument international à avoir condamné l'esclavage a été la Déclaration de 1815 sur l'abolition de la traite.³⁰¹ La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948, dispose que « nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude » et que « l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes »³⁰². Dans la Déclaration de Durban, les dirigeants du monde ont reconnu que « que l'esclavage et la traite des esclaves ... ont été des tragédies effroyables dans l'histoire de l'humanité », en raison entre autres de « leur barbarie odieuse »³⁰³. Ils ont également reconnu que « l'esclavage et la traite des esclaves constituent un crime contre l'humanité et qu'il aurait toujours dû en être ainsi »³⁰⁴.

104. Le caractère absolu et non-dérogeable de l'interdiction de l'esclavage ressort clairement aussi de la pratique conventionnelle. Dans la Convention relative à l'esclavage de 1926, les États se sont engagés à prévenir et réprimer « l'esclavage » et la « la traite des esclaves »³⁰⁵. Ils ont toutefois assorti cet engagement d'un certain nombre de précautions qui soulèvent un doute quant au caractère non-dérogatoire de l'interdiction à l'époque³⁰⁶. Premièrement, les États contractants se sont engagés à mettre fin à l'esclavage « progressivement et aussitôt que possible »³⁰⁷. Cette réserve pourrait laisser entendre que les États contractants estimaient que l'interdiction souffrait dérogation, mais il faut sans doute moins y voir une disposition normative que le constat

²⁹⁸ Pellet, « Comments in response to Christine Chinkin ... » (*supra* note 87), p. 85.

²⁹⁹ *Barcelona Traction* (*supra* note 277), p. 32, par. 34.

³⁰⁰ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 158 ci-dessus), p. 216 (« L'interdiction de l'esclavage figure parmi les premières normes impératives incontestables survenues en droit international contemporain »).

³⁰¹ Déclaration sur l'abolition de la traite (8 février 1815), *Consolidated Treaty Series*, vol. 63, n° 473. Voir D. Weissbrodt et Anti-Slavery International, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms* (New York et Genève, Nations Unies, 2002 ; HR/PUB/02/4), p. 3.

³⁰² Art. 4.

³⁰³ Déclaration de Durban adoptée par la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, contenue dans le *Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Durban, 31 août-8 septembre 2001, A/CONF.189/12, p. 7, par. 13.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Convention relative à l'esclavage (Genève, 25 septembre 1926), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. LX, n° 1414, p. 253, art. 2 a) et b).

³⁰⁶ Voir Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 158), p. 216 (La Convention de 1926 n'a toutefois pas impérativement aboli l'esclavage. Au titre de l'article 2, les États parties s'engageaient seulement à parvenir progressivement à la suppression complète de l'esclavage sous toutes ses formes).

³⁰⁷ Convention relative à l'esclavage, art. 2 b).

pragmatique de l'existence du phénomène, si illégal soit-il. De même, le fait que de nos jours il se produise des crimes contre l'humanité ne remet pas en cause leur interdiction absolue au titre du *jus cogens*. Cela est d'autant plus vrai que l'obligation d'imposer des peines sévères était, elle, immédiate et indépendante des réserves concernant le caractère progressif de l'élimination³⁰⁸. La Convention prévoyait bien des modalités licites de maintien du « travail forcé », assorties de conditions strictes, et créait à ce titre un régime transitoire³⁰⁹, mais cette pratique était à l'époque conçue comme distincte de l'esclavage. Celui-ci était défini comme l'exercice d'une forme quelconque de droit de propriété sur une personne³¹⁰ ; le travail forcé, au contraire, supposait la rémunération et excluait la réinstallation forcée du travailleur³¹¹. La Convention supplémentaire de 1956 a étendu le champ d'application de l'interdiction aux pratiques analogues à l'esclavage, ce qui comprend le travail forcé³¹².

105. D'autres traités que les Conventions de 1926 et de 1956, sans le viser spécifiquement, interdisent l'esclavage de manière absolue et sans dérogation possible. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en est une bonne illustration. Aux termes de l'article 8, « l'esclavage et la traite des esclaves, sous toutes leurs formes », et la « servitude » sont interdits. La possibilité d'une dérogation, prévue pour certaines dispositions, est expressément exclue pour « l'esclavage et la traite des esclaves, sous toutes leurs formes » et la « servitude »³¹³. De même, le Protocole II aux Conventions de Genève de 1949 dispose que « l'esclavage et la traite des esclaves sous toutes leurs formes » « sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu »³¹⁴. L'esclavage est également prohibé ou incriminé de manière absolue dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³¹⁵, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale³¹⁶, qui classe l'esclavage au rang des crimes contre l'humanité, et le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants³¹⁷, entre autres traités.

106. Tout comme les États dans le cadre d'instruments multilatéraux, les juridictions nationales ont reconnu l'interdiction de l'esclavage comme une norme du *jus cogens*³¹⁸. Le caractère impératif de l'interdiction a également été reconnu par des

³⁰⁸ Voir, par exemple, l'article 6, qui fait obligation aux États de punir l'esclavage de « peines sévères ». Le caractère « progressif » prévu à l'article 2 b) ne s'applique pas à cette obligation.

³⁰⁹ Ibid., art. 5.

³¹⁰ Ibid., art. 1 (« L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux »).

³¹¹ Ibid., art. 5, par. 2 (« Tant que ce travail forcé ou obligatoire existera, il ne sera employé qu'à titre exceptionnel, contre une rémunération adéquate et à la condition qu'un changement du lieu habituel de résidence ne puisse être imposé »).

³¹² Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (Genève, 7 septembre 1956), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 226, n° 3822, p. 47.

³¹³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 4, par. 2.

³¹⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocol II), art. 4, par. 2 f), (Genève, 8 juin 1977), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 17513, p. 649.

³¹⁵ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5 (« Toutes formes d'exploitation et d'aviilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites »).

³¹⁶ Statut de Rome, art. 7, par. 1 c) et 2 c).

³¹⁷ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (New York, 15 novembre 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2237, n° 39574, p. 319. Voir en particulier la définition des termes « traite des personnes » et « exploitation » à l'article 3 a). Voir aussi l'alinéa b) de cet article, au titre duquel le « consentement » ne saurait constituer une justification.

³¹⁸ *Okenyo v. Attorney-General*, 1, arrêt, 29 mars 2012, par. 61 ; *RM v. Attorney-General* (*supra* note 237) ; *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (*supra* note 182), p. 941 ; *United States Court of Appeal, Deuxième chambre, United States v. Yousef*, arrêt, 4 avril 2003, p. 94 et s., dans lequel la Cour a déclaré que seule une poignée de règles de droit international relevaient du *jus cogens* et que, par exemple, un traité prévoyant la traite d'esclaves serait de ce fait frappé de nullité, alors que tel ne serait pas le cas d'un traité prévoyant le trafic de l'ivoire, quoiqu'il porte atteinte à

juridictions régionales, en particulier la Cour interaméricaine. Dans l'affaire *Aloeboetoe v. Suriname*, par exemple, celle-ci a jugé qu'un traité entre les Pays-Bas et le peuple Saramakas prévoyant le transport d'esclaves serait « nul et non avenue parce que contraire aux normes du *jus cogens superveniens* »³¹⁹. Dans l'affaire *Río Negro Massacres v. Guatemala*, elle a jugé que ne pas enquêter et ne pas poursuivre l'esclavage et la servitude involontaire contrevenait à des normes non-dérogeables (*jus cogens*)³²⁰. L'interdiction d'esclavage est également reconnue en tant que norme du *jus cogens* dans la doctrine universitaire³²¹. Cette idée est si bien acceptée que, de l'avis de Trindade, personne n'oserait nier que, par exemple, le travail d'esclave fait également affront à la conscience juridique universelle et entre en conflit avec les normes impératives du *jus cogens*³²². De même, pour Den Heijer et Van der Wilt, l'interdiction de l'esclavage figure sans contredit parmi les normes du *jus cogens*³²³ et, pour Christófolo, il semble incontestable que l'interdiction générale de l'esclavage et de la traite des esclaves a atteint un caractère impératif universel en droit international public³²⁴.

107. Compte tenu des brèves considérations qui précèdent, on peut dire que la Commission a eu raison de placer l'interdiction de l'esclavage dans la liste des exemples notables de normes du *jus cogens*. Le type précis de comportement visé par l'interdiction générale de l'esclavage et de la traite n'a certes pas été défini, mais, sachant que les instruments précisent constamment que la pratique est interdite « sous toutes ses formes », il y a lieu d'affirmer que ses formes modernes, quelle que soit leur définition, le sont aussi.

8. Le droit à l'autodétermination

108. Le droit à l'autodétermination figure également parmi les normes précédemment recensées par la Commission comme relevant du *jus cogens*. Il s'agit d'une norme de *jus cogens* classique dont le caractère impératif est presque universellement accepté. Il est vrai que lors du débat de la Sixième Commission sur les travaux de la Commission à sa soixante-dixième session (2018), un État a jugé « contestable »³²⁵, contrairement aux conclusions antérieures de la Commission, que l'autodétermination ait rang de *jus cogens*. Pour les raisons invoquées dans les paragraphes ci-après, le Rapporteur spécial est d'avis que les précédentes conclusions de la Commission au sujet du droit à l'autodétermination sont étayées par la pratique et que l'insertion de cette norme dans la liste fournie antérieurement par la Commission est justifiée.

une règle de droit international ; *Siderman de Blake v. Argentina* (*supra* note 214), p. 714; *Yousuf c. Samantar* (*supra* 214 ci-dessus), p. 19 ; Voir également l'avis du juge Kirby dans l'affaire *R. v. Tang*, Haute Cour d'Australie, 28 août 2008, par. 110 à 117.

³¹⁹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Aloeboetoe and Others v. Suriname*, Série C, n° 15, arrêt (réparation et dépends), 10 septembre 1993, par. 57.

³²⁰ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Río Negro Massacres v. Guatemala*, Série C, n° 250, arrêt, 4 septembre 2012, par. 227.

³²¹ Voir, par exemple, Ago, « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne » (*supra* note 230), p. 324, note 37. Voir également A. Verdross, « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law », *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 59 ; Mik, « *Jus cogens* in contemporary international law » (*supra* note 167), p. 59 ; S. Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 151, Bianchi, « Human rights and the magic of *jus cogens* » (*supra* note 232), p. 495, Criddle et Fox-Decent, « A fiduciary theory of *jus cogens* » (*supra* note 231), p. 355 ; Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, (*supra* note 186), p. 41 ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 186), p. 16 ; Cassese, « The enhanced role of *jus cogens* » (*supra* note 234), p. 162 ; Cherif Bassiouni, « International crimes... » (*supra* note 219), p. 70 ; Cottier, « Improving compliance : *jus cogens* and international economic law » (*supra* note 186), p. 133.

³²² Cançado Trindade, « *Jus cogens*: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case law » (*supra* note 219), p. 13.

³²³ Den Heijer et Van der Wilt, « *Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law » (*supra* note 158), p. 9.

³²⁴ Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 158), p. 219.

³²⁵ Israël (A/C.6/73/SR.27).

109. Le lien entre la notion d'*erga omnes* et celle de *jus cogens* a déjà été évoqué plus haut et le Rapporteur spécial estime que la deuxième découle de la première. Dans l'arrêt relatif au *Timor oriental*, la Cour internationale de Justice a considéré « qu'il n'y a[vait] rien à redire à l'affirmation [...] selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes* »³²⁶ et que le principe de l'autodétermination était « l'un des principes essentiels du droit international contemporain »³²⁷. La Cour avait déjà souligné l'importance du droit à l'autodétermination dans ses avis consultatifs sur la *Namibie* et le *Sahara occidental*³²⁸. Elle a également reconnu le caractère *erga omnes* de l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination dans son avis consultatif sur le *Mur*³²⁹. En outre, les conséquences qu'elle a tirées de la violation de l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination sont analogues à celles découlant des violations graves du *jus cogens*, en particulier l'obligation de coopérer pour mettre fin à la situation par la violation³³⁰.

110. Le fait que le droit à l'autodétermination ait rang de *jus cogens* est également étayé par la pratique étatique dans le cadre d'instruments multilatéraux. Nombre de résolutions de l'Assemblée générale, par exemple, consacrent le caractère fondamental de ce droit. L'un des instruments les plus importants à cet égard est sans doute la Déclaration de 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, qui énonce le droit absolu à l'autodétermination et que la Cour internationale de Justice a invoquée pour établir la nature *erga omnes* de ce droit³³¹. 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 est tout aussi importante³³². Le principe de l'autodétermination y est qualifié, dans le préambule, de « significatif »³³³, et son importance est soulignée à plusieurs reprises ailleurs dans la Déclaration³³⁴. La Déclaration de 1965 sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et sur la protection de leur indépendance et de leur souveraineté dispose pour sa part que « [t]out État doit respecter le droit des peuples et des nations à l'autodétermination et à l'indépendance et [que] ce droit sera exercé librement en dehors de toute pression extérieure et dans le respect absolu des droits humains et des libertés fondamentales »³³⁵. L'importance et le caractère fondamental du droit à l'autodétermination ressortent clairement de la résolution 3314 (XXIX) sur la

³²⁶ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1995*, p. 102, par. 29.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Voir, en général, *Namibie (supra note 279)* ; *Sahara occidental*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1975*, p. 12.

³²⁹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 2004*, en particulier p. 171, 172 et 196, par. 88, 149 et 155.

³³⁰ *Ibid.*, par. 159 (« Il appartient [...] à tous les États de veiller [...] à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination »).

³³¹ Résolution de l'Assemblée générale 1514 (XV), en particulier les par. 1 et 2. Voir l'affaire relative à la *Namibie (supra note 279)*, p. 31, par. 52, dans laquelle la Cour a considéré que la Déclaration constituait « une autre étape importante » du développement de l'applicabilité *ergas omnes* du droit à l'autodétermination « à tous les peuples et tous les territoires "qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance" ».

³³² Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe.

³³³ *Ibid.*, quatorzième alinéa du préambule.

³³⁴ Par exemple : « En vertu du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte » ; « Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe » ; « Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait les peuples mentionnés ci-dessus dans la formulation du présent principe de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance ».

³³⁵ Résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale, annexe, par. 6.

définition de l'agression, dans laquelle l'Assemblée générale précise que les règles recensées ne peuvent « en aucune manière porter préjudice au droit à l'autodétermination »³³⁶. Le caractère fondamental du droit à l'autodétermination est également reconnu dans des résolutions visant des pays en particulier³³⁷. L'Assemblée générale a par ailleurs déclaré nul un accord au motif qu'il était incompatible avec le droit à l'autodétermination³³⁸.

111. Le Conseil de sécurité a reconnu lui aussi le droit à l'autodétermination, quoique moins souvent que l'Assemblée générale et de façon moins directe³³⁹. Dans sa résolution 384 (1975), le Conseil a reconnu « le droit inaliénable du peuple du Timor oriental à l'autodétermination » et a demandé à tous les États de respecter ce droit³⁴⁰. En outre, les conséquences qu'il a tirées dans cette résolution de la violation de l'obligation de respecter le droit du peuple timorais à disposer de lui-même sont analogues à celles découlant des violations graves du *ius cogens*, en particulier l'obligation de coopérer pour mettre fin à la situation par la violation³⁴¹.

112. Le droit à l'autodétermination est également étayé par la pratique conventionnelle. La Charte des Nations Unies énonce les buts de l'Organisation des Nations Unies, qui prévoient notamment de « développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes »³⁴². Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels proclament tous deux que « [t]ous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »³⁴³. Dans son observation générale n° 12, le Comité des droits de l'homme a fait observer que le « droit [à l'autodétermination] revêt une importance particulière parce que sa réalisation est une condition essentielle de » la protection des droits de l'homme³⁴⁴. C'est pour cette raison, d'après le Comité, que les États ont fait de ce droit, dans les deux Pactes, « une disposition de droit positif qu'ils

³³⁶ Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, annexe, art. 7.

³³⁷ Voir, par exemple, la résolution 66/146 de l'Assemblée générale en date du 19 décembre 2011, sur le droit du peuple palestinien à l'autodétermination, dans laquelle l'Assemblée rappelle en préambule que la Cour internationale de Justice a estimé que le droit à l'autodétermination emportait une obligation *erga omnes* et réaffirme, au paragraphe 1, le droit de la Palestine à l'autodétermination. Voir également la résolution 67/19 de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 2012, sur le statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies, dans laquelle sont évoqués, par exemple, les « droits inaliénables du peuple palestinien, à commencer par le droit de disposer de lui-même » (neuvième alinéa du préambule). Concernant l'Afrique du Sud, voir, par exemple, la résolution 32/105 J, par. 2 et la résolution 34/93 O, par. 3 de l'Assemblée générale.

³³⁸ Résolution 33/28 A de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 1978, sur la question de Palestine, par. 4 (« [P]our être valides, des accords visant à résoudre le problème de Palestine doivent s'inscrire dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies ainsi que de sa Charte et de ses résolutions, se fonder sur la pleine réalisation et le plein exercice des droits inaliénables du peuple palestinien, y compris le droit de retour et le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales en Palestine, et comporter la participation de l'Organisation de libération de la Palestine »).

³³⁹ Voir, à titre d'exemple de reconnaissance indirecte du droit à l'autodétermination, la résolution 554 (1984) du Conseil de sécurité, préambule (« Réaffirmant la légitimité de la lutte du peuple opprimé d'Afrique du Sud pour l'élimination de l'*apartheid* et pour l'instauration d'une société dans laquelle tous les habitants de l'ensemble de l'Afrique du Sud, sans distinction de race, de couleur, de sexe ou de croyance, jouiront en pleine égalité de tous les droits politiques et autres et participeront librement à la détermination de leur avenir »).

³⁴⁰ Résolution 384 (1975) du Conseil de sécurité, préambule et par. 1.

³⁴¹ Ibid., par. 4 (« Prie instamment tous les États et toutes les autres parties intéressées de coopérer pleinement avec l'Organisation des Nations Unies dans ses efforts pour apporter une solution pacifique à la situation existante et faciliter la décolonisation du territoire »). Voir également la résolution 389 (1976) du Conseil de sécurité.

³⁴² Charte des Nations Unies, Art. I, par. 2.

³⁴³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, n° 14531, p. 3, art. 1 commun.

³⁴⁴ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 12 (1984), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 40 (A/39/40)*, annexe VI, par. 1.

ont placée, en tant qu'article premier, séparément et en tête de tous les autres droits énoncés dans ces Pactes »³⁴⁵. Le Comité a qualifié ce droit de « droit inaliénable ». Qui plus est, selon lui, les obligations découlant de ce droit existent en dehors des Pactes³⁴⁶. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que « [t]out peuple a droit à l'existence » et que tout peuple « a un droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination »³⁴⁷.

113. Des juridictions nationales et régionales ont également reconnu dans leurs décisions le rang de *jus cogens* du droit à l'autodétermination. C'est notamment le cas de la Cour constitutionnelle allemande, par exemple, qui estime que le droit à l'autodétermination constitue une règle de *jus cogens*, au sens de « règle de droit profondément ancrée dans la conviction juridique de la communauté des États »³⁴⁸. Dans l'affaire *Conseil de l'Union européenne c. Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro*, la Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le droit à l'autodétermination était un principe de droit international qui constituait « un droit opposable *erga omnes* ainsi qu'un des principes essentiels du droit international »³⁴⁹. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a également reconnu l'importance fondamentale du droit à l'autodétermination³⁵⁰.

114. Les auteurs reconnaissent eux aussi dans l'ensemble que le droit à l'autodétermination constitue une norme de *jus cogens*³⁵¹. Kadelbach estime que le droit à l'autodétermination fait partie des normes dont le rang de *jus cogens* ne souffre pratiquement aucune contestation³⁵². Dans le même sens, Alexidze est d'avis que le caractère de *jus cogens* de ce droit est indiscutable³⁵³. Il soutient formellement qu'il n'existe aucun endroit sur Terre qui ne reconnaîtrait pas l'importance fondamentale que revêt l'autodétermination³⁵⁴. L'égalité des droits et l'autodétermination des peuples, dit-il, font partie de ces principes auxquels toute dérogation est *absolument* interdite, même *inter se*³⁵⁵. Cet auteur compte le droit à l'autodétermination parmi les normes dont le

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Ibid. par. 2 et 6 (« Ces obligations sont les mêmes, que le peuple ayant droit à disposer de lui-même dépende ou non d'un État partie au Pacte. Il s'ensuit que tous les États parties doivent prendre des mesures positives pour faciliter la réalisation et le respect du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes »).

³⁴⁷ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 20, par. 1.

³⁴⁸ Ordonnance de la Cour constitutionnelle fédérale en date du 26 octobre 2004 – 2 BVR 1038/01 [Traduction anglaise fournie par la Mission permanente de la République fédérale d'Allemagne auprès de l'Organisation des Nations Unies (New York)]. Voir également Haute Cour d'Afrique du Sud, *Saharawi Arab Democratic Republic and Others v. Cherry Blossom and Others*, arrêt, 15 juin 2016, en particulier par. 39 et suivants.

³⁴⁹ Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, *Conseil de l'Union européenne c. Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro*, affaire C-104/16 P, arrêt, 21 décembre 2016, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 53/19, 20 février 2017, par. 88.

³⁵⁰ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Congrès du peuple katangais/République démocratique du Congo*, communication n° 75/92, décision, par. 4, et Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Kevin Mgwanga Gunme et al./Cameroun*, communication 266/03, décision. Dans les deux cas, la Commission a souligné qu'il existait d'autres moyens que la sécession d'exercer ce droit.

³⁵¹ Voir, par exemple, S.Y. Marochkin, « On the recent development of international law : some Russian perspectives », *Chinese Journal of International Law*, vol. 8 (2009), p. 710 ; Tomuschat, « The Security Council and *jus cogens* » (*supra* note 80), p. 35 ; Frowein, « *Jus cogens* » (*supra* note 186), p. 443, par. 3 ; Cassese, « The enhanced role of *jus cogens* » (*supra* note 234), p. 162 ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 186), p. 16.

³⁵² Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms » (*supra* note 321), p. 152 ; Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens* norms » (*supra* note **Error! Bookmark not defined.**186). 227. Voir aussi Pellet, « Comments in response to Christine Chinkin... » (*supra* note 87), p. 86.

³⁵³ L. Alexidze, « Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 172, 1981-III, p. 229.

³⁵⁴ Ibid., p. 251.

³⁵⁵ Ibid., p. 260. En outre, Alexidze fait observer qu'il peut être dérogé au principe de l'intégrité territoriale, lui aussi fondamental, pour autant que le principe de l'autodétermination soit respecté.

rang de *jus cogens* est évident³⁵⁶. Mik fait observer que des normes ayant valeur de principe ne devraient pas être considérées comme participant du *jus cogens*³⁵⁷. Seraient donc aussi visées les règles telles que le droit à l'autodétermination. Cependant, il note qu'un principe tel que le droit à l'autodétermination peut avoir des implications réglementaires et peut être reconnu à ce titre comme norme du *jus cogens*³⁵⁸.

115. Conformément à la démarche générale suivie dans le présent rapport, l'examen ci-dessus ne prétend ni trancher la question plus complexe de la teneur du droit à l'autodétermination, ni, par exemple, déterminer si ce droit n'intervient que dans le contexte de la décolonisation ou si d'autres circonstances, qu'il faudrait alors définir, ouvriraient droit à l'autodétermination externe (sécession). Il a simplement vocation à montrer que le choix de la Commission de classer parmi les normes dont le rang de *jus cogens* est largement accepté le droit à l'autodétermination, quelle qu'en soit la définition, se justifie.

9. Les règles fondamentales du droit international humanitaire

116. Comme dans les sections précédentes, il convient de commencer par quelques observations terminologiques préliminaires. Les « règles fondamentales du droit international humanitaire » s'entendent ici des « principes du droit humanitaire », des « principes du droit international humanitaire », des « violations graves » et de « l'interdiction des crimes de guerre », termes employés indifféremment ailleurs. Aux fins du présent rapport, on emploiera l'expression « règles fondamentales du droit international humanitaire », cette formule étant celle adoptée par la Commission dans ses articles sur la responsabilité de l'État, sur lesquels se fonde la présente section.

117. Le caractère de *jus cogens* des règles fondamentales du droit international humanitaire a été affirmé par la jurisprudence internationale. Dans son avis consultatif relatif aux *Armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a examiné la question de savoir si « les règles et principes du droit humanitaire » faisaient partie du *jus cogens*³⁵⁹. Elle a toutefois choisi de ne pas se prononcer directement sur la question³⁶⁰. En revanche, elle a reconnu indirectement l'appartenance de certains principes de droit international humanitaire au *jus cogens* en les qualifiant d'« intransgressibles »³⁶¹. On

³⁵⁶ Ibid., p. 262.

³⁵⁷ Mik, « *Jus cogens* in contemporary international law » (*supra* note 167), p. 34.

³⁵⁸ Ibid. Voir aussi p. 36, 82 et 83 pour confirmation du caractère impératif du *jus cogens*.

³⁵⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra* note 185), p. 258, par. 83. Voir aussi *Affaire du Déroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 22 (« Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre »).

³⁶⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra* note 185), p. 258, par. 83 (« La question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle. La demande que l'Assemblée générale a adressée à la Cour soulève la question de l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire en cas de recours aux armes nucléaires, et celle des conséquences que cette applicabilité aurait sur la licéité du recours à ces armes ; mais elle ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires. La Cour n'a donc pas à se prononcer sur ce point. »). Voir *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 140, par. 93, où la Cour, sans trancher la question, est partie du principe que les règles du droit humanitaire qu'aurait violées l'Allemagne possédaient le caractère de *jus cogens* (« À supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État »).

³⁶¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra* note 185), p. 257, par. 79 (« C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des "considérations élémentaires d'humanité" [...] que [les conventions] de La Haye et de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »).

pourrait arguer que le mot « intransgressible » n'a pas la même signification que le terme « normes impératives du *jus cogens* », mais on ne voit pas bien ce qu'il pourrait vouloir dire d'autre dans ce contexte. Il va de soi qu'il ne désigne pas les règles qui ne peuvent faire l'objet d'aucune violation (sens littéral du terme « intransgressible »), puisque c'est par définition le cas de toute règle, y compris celles relevant du droit dispositif³⁶². En tout état de cause, la question du caractère impératif des règles fondamentales a été abordée directement dans plusieurs opinions individuelles en l'affaire des *Armes nucléaires*³⁶³. En outre, la Cour a ultérieurement proclamé le caractère *erga omnes* de certaines règles du droit international humanitaire dans son avis consultatif sur le *Mur*³⁶⁴.

118. Alors que la Cour internationale de Justice, indécise sur ce point, n'admet qu'indirectement le statut de *jus cogens* de certaines règles fondamentales du droit international humanitaire, d'autres juridictions se sont montrées plus catégoriques. Dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déclaré que « la plupart des normes du droit international humanitaire », en particulier « celles qui prohibent les crimes de guerre [...], sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger³⁶⁵. » De même, dans l'arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence qu'elle a rendu dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel du Tribunal, en déterminant les règles du droit international applicables, a estimé que le Tribunal était autorisé à appliquer tout traité « qui ne s'oppose pas ou ne déroge pas aux normes impératives du droit international, comme dans le cas de la plupart des règles coutumières du droit international humanitaire³⁶⁶. »

119. Le statut de *jus cogens* de l'interdiction des crimes de guerre, sous-ensemble de règles fondamentales du droit humanitaire, a également été reconnu dans la jurisprudence de juridictions nationales. Dans l'affaire *Agent Orange Product Liability Litigation*, une cour de district des États-Unis a considéré que les règles interdisant la torture, les crimes de guerre et le génocide relevaient du *jus cogens*³⁶⁷. La Cour suprême d'Argentine a elle aussi retenu que l'interdiction des crimes de guerre, ainsi que leur imprescriptibilité, faisaient partie du *jus cogens*³⁶⁸. La Cour constitutionnelle de Colombie a également jugé que les règles du droit humanitaire, « du fait de leur

³⁶² Voir Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 158), p. 231.

³⁶³ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra* note 185), déclaration de M. Bedjaoui, p. 273, par. 21 (« Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus font partie du *jus cogens* ») ; *ibid.*, opinion dissidente de M. Weeramantry, p. 496 (« Les règles du droit international humanitaire ont manifestement acquis le statut de règles du *jus cogens* car ce sont des règles fondamentales de caractère humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé sans renier les considérations élémentaires d'humanité dont elles visent à assurer le respect ») ; *ibid.*, opinion dissidente de M. Koroma, p. 573 et suivantes, en particulier p. 574, où M. Koroma reproche à la Cour d'avoir adopté « une ligne d'action consistant à ne pas se prononcer ».

³⁶⁴ *Mur* (*supra* note 329), p. 199, par. 155 (« Les obligations *erga omnes* violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire »).

³⁶⁵ *Kupreškić* (*supra* note 229), par. 520.

³⁶⁶ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, par. 143. Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29 T. Jugement, 5 décembre 2003, par. 98.

³⁶⁷ *In Re Agent Orange Product Liability Litigation* (*supra* note 259).

³⁶⁸ Cour suprême d'Argentine, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y Otros*, affaire n° 259, arrêt, 24 août 2004 (« Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*jus cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario ») (Que cette convention affirme uniquement l'imprescriptibilité, ce qui suppose la reconnaissance d'une norme déjà vigueur (*jus cogens*) en vertu du droit international public coutumier).

caractère impératif, sont contraignantes pour les États et toutes les parties à un conflit armé, même si ceux-ci n'ont pas approuvé les traités y relatifs³⁶⁹. »

120. En outre, le caractère de *jus cogens* des règles fondamentales du droit humanitaire est généralement admis dans la doctrine³⁷⁰. Kleinlein, après avoir recensé les normes dont la Cour internationale de Justice estime qu'elles font partie du *jus cogens* (torture et génocide), constate que les « listes les plus complètes comprennent aussi les crimes de guerre et les principes fondamentaux du droit international humanitaire³⁷¹. »

121. De toute évidence, la question du *jus cogens* et des règles fondamentales du droit international humanitaire est floue à certains égards, en particulier pour ce qui est de savoir quelles règles du droit international humanitaire sont les « plus fondamentales » et remplissent à ce titre les critères du *jus cogens*. Les présentes considérations n'avaient pas pour objet de délimiter la portée de ces règles, sujet qui pourrait bien un jour être examiné par la Commission. Il en ressort toutefois que la décision prise par la Commission dans les articles sur la responsabilité de l'État d'inclure ces règles fondamentales du droit international humanitaire est pleinement justifiée.

C. Les autres normes susceptibles de relever du *jus cogens* que la Commission n'a pas recensées dans ses précédents travaux

122. Comme expliqué plus haut, les règles répertoriées dans la liste figurant dans les commentaires de la Commission relatifs aux articles sur la responsabilité de l'État sont celles qui sont le plus souvent citées comme normes de *jus cogens*. Ce sont ces normes qui, de l'avis du Rapporteur spécial, devraient être insérées dans un projet de conclusion. Il s'agit là du *seul* moyen de déterminer objectivement quelles normes inclure dans une éventuelle liste non exhaustive ou indicative et quelles normes exclure, sachant que la nature méthodologique du présent sujet interdit l'évaluation exhaustive de toutes les normes potentielles. Un aveu s'impose ici. Cette liste, comme toute liste du reste, aussi complète et exhaustive soit-elle, risque de susciter des questions et de ne pas satisfaire tout le monde, ne serait-ce que d'un point de vue normatif³⁷². On lui reprochera peut-être en particulier de ne pas inclure d'autres normes méritant d'y figurer. On tentera de répondre à ces critiques en deux points. Premièrement, la liste d'exemples dressée dans le projet de conclusion lui-même ne fait que reprendre dans le corps d'un texte (plutôt que dans un commentaire) une liste de normes de *jus cogens* établie précédemment par la Commission. Il existe indéniablement d'autres normes de *jus cogens* que celles qui ont été recensées et il sera clairement indiqué dans le projet de conclusion que la liste ne prétend pas être exhaustive. Deuxièmement, si une norme prescriptive valable n'a pas acquis le caractère de *jus cogens* faute de reconnaissance et d'acceptation par la communauté internationale des États dans son ensemble, rien n'interdit qu'elle atteigne ce rang ultérieurement. En effet, dans nombre de cas, il se peut que le manque d'éléments permettant de déterminer ce statut soit dû au fait que les États et les juridictions (nationales et internationales) ne se sont pas penchés sur la norme en question ou qu'aucun problème lié à cette norme ne s'est posé. Le présent rapport (et les conclusions et commentaires éventuels que la Commission adoptera)

³⁶⁹ Cour constitutionnelle de Colombie, affaire n° C-225/95, arrêt.

³⁷⁰ Voir Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law* (*supra* note 158) ; Den Heijer et Van der Wilt, « *Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law » (*supra* note 158), p. 12 ; Linderfalk, « Understanding the *jus cogens* debate... » (*supra* note 72), p. 53 ; A. Orakhelashvili, « Audience and authority – the merit of the doctrine of *jus cogens* », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2016, p. 138 et suivantes ; Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 186), p. 184 ; S. Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, (*supra* note 186), p. 41 ; Cherif Bassiouni, « International crimes ... » (*supra* note 219), p. 70 ; Frowein, « *Jus cogens* » (*supra* note 186), p. 443, par. 3 ;

³⁷¹ Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 186), p. 197.

³⁷² Pour une critique, voir H. Charlesworth et C. Chinkin, « The gender of *jus cogens* », *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, p. 63 à 76.

favorisera peut-être 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.

123. Parallèlement à celles figurant dans la liste proposée ici, les autres normes qui sont citées comme appartenant au *jus cogens* et dont le caractère de *jus cogens* rencontre un certain appui comprennent notamment : l'interdiction des disparitions forcées, le droit à la vie, le principe de non-refoulement, l'interdiction de la traite des êtres humains, le droit à une procédure régulière (droit à un procès équitable), l'interdiction de la discrimination, les droits environnementaux et l'interdiction du terrorisme. Les normes qu'il a été proposé d'élever au rang de *jus cogens* sont nombreuses et diverses. À cet égard, Shelton fait l'observation suivante :

Certains défendent l'inclusion de tous les droits de la personne, toutes les normes humanitaires (droits de la personne et droit des conflits armés), l'obligation de ne pas causer de dommages transfrontières à l'environnement, l'obligation d'assassiner les dictateurs, le droit des animaux à la vie, l'autodétermination et l'intégrité territoriale (malgré l'existence d'innombrables traités organisant le transfert de territoires d'un État à un autre)³⁷³.

124. La présente section donne un bref aperçu de l'appui que le caractère impératif de certaines des normes répertoriées ci-dessus reçoit dans la pratique et la doctrine. Elle ne prétend pas être exhaustive, que ce soit du point de vue du nombre de normes (étendue) ou de l'étude de normes particulières (profondeur). Il s'agit simplement de montrer que d'autres normes que celles qu'il est proposé d'insérer dans le projet de conclusion ont été données comme exemples de *jus cogens*. À cette fin, on trouvera dans la présente section un examen de trois normes qui, si elles ne sont pas reprises dans le projet de conclusion, suscitent néanmoins une vaste adhésion.

125. L'idée que l'interdiction des disparitions forcées a un caractère impératif bénéficie d'un large soutien. Le principal instrument relatif à l'interdiction des disparitions forcées est la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées³⁷⁴. Ce texte dispose clairement en son article premier que « [n]ul ne sera soumis à une disparition forcée ». La Convention prévoit également qu'« [a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée, empêchant ainsi clairement toute possibilité de dérogation »³⁷⁵. En outre, la « pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée » y est qualifiée de crime contre l'humanité (art. 5).

126. La reconnaissance comme norme de *jus cogens* de l'interdiction des disparitions forcées est particulièrement constante dans le système interaméricain. Dans l'affaire *Goiburú*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu le caractère de *jus cogens* non seulement à « l'interdiction de la disparition forcée des personnes » mais également aux « obligations correspondantes de rechercher et de punir les auteurs » d'actes de disparition forcée³⁷⁶. En l'affaire *Osorio Rivera and Family Members v. Peru*, la Cour a déclaré que la disparition forcée constituait « une violation grave des droits

³⁷³ Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* » (*supra* note 273), p. 47. Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law” ? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 186), p. 197 et 198 (« Parmi les normes dont le potentiel est moins évident figurent les droits fondamentaux de la personne humaine en général et les principes fondamentaux du droit de l'environnement. Toutes ces normes, du fait de leur objet, ont un certain poids normatif qui crée une “hiérarchie matérielle des normes”. Pour autant, le *jus cogens* ne se définit pas exclusivement par son poids mais également par les raisons de ce poids »).

³⁷⁴ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, New York, 20 décembre 2006, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, n° 48088, p. 3.

³⁷⁵ *Ibid.*, art. 1, par. 2.

³⁷⁶ *Goiburú* (*supra* note 119), par. 84.

de l'homme » et « témoignait du rejet flagrant des principes fondamentaux », avant d'ajouter que son interdiction constituait une norme de *jus cogens*³⁷⁷.

127. Plusieurs juridictions nationales reconnaissent également le caractère de *jus cogens* à l'interdiction des disparitions forcées. Ainsi, la Cour suprême d'Argentine a déclaré que l'interdiction posée par la Convention relevait d'un droit indérogeable, c'est-à-dire du *jus cogens*³⁷⁸. De même, la Cour constitutionnelle du Pérou a déclaré que l'interdiction des disparitions forcées faisait partie non seulement du cadre constitutionnel péruvien mais également des principales règles impératives du droit international auxquelles aucune dérogation n'est permise³⁷⁹. Évoquant le *Third Restatement* en l'affaire *Siderman de Blake*, une cour d'appel des États-Unis a également qualifié l'interdiction des disparitions forcées de norme de *jus cogens*³⁸⁰. L'interdiction de la disparition forcée est également reconnue comme norme du *jus cogens* dans la doctrine. Criddle et Fox-Decent, dont la théorie fiduciaire du *jus cogens* vise à prévenir « l'exercice abusif de la puissance publique par lequel les bénéficiaires de l'État sont privés de l'accès sûr et égal à la liberté », estiment que les disparitions forcées relèvent du *jus cogens*³⁸¹.

128. L'idée que le droit à la vie ou, à tout le moins, l'interdiction de la privation arbitraire de la vie (droit à ne pas être arbitrairement privé de la vie) a un caractère impératif rencontre également une certaine adhésion. Dans l'affaire *Nada c. Secrétariat d'État aux affaires économiques*, le Tribunal fédéral suisse a conclu que « le *jus cogens*

³⁷⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Osorio Rivera and Family Members v. Peru*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 26 novembre 2013, Série C, n° 274, par. 112. Voir également, pour d'autres exemples, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *García and Family Members v. Guatemala*, arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 29 novembre 2012, Série C, n° 258, par. 96 (« En somme, la pratique de la disparition forcée implique le rejet odieux des principes essentiels sur lesquels se fonde le système interaméricain des droits de l'homme et son interdiction a acquis le rang de *jus cogens* ») ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") v. Guatemala*, arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 20 novembre 2012, Série C, n° 253, par. 232 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Contreras et al. v. El Salvador*, arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 30 août 2011, Série C, n° 232, par. 83 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gelman v. Uruguay*, arrêt (fond et réparations), 24 février 2011, Série C, n° 221, par. 75 (La pratique de la disparition forcée constitue un rejet inexcusable des principes essentiels sur lesquels se fonde le système interaméricain des droits de l'homme et son interdiction a acquis le rang de *jus cogens*) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gomes Lund et al. ("Guerrilha Do Araguaia") v. Brazil*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 24 novembre 2010, Série C, n° 219, par. 105 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia*, arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 1^{er} septembre 2010, Série C, n° 217, par. 61 et 197 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Chitay Nech et al. v. Guatemala*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 25 mai 2010, Série C, n° 212, par. 193 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Radilla-Pacheco v. Mexico*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 23 novembre 2009, Série C, n° 209, par. 139 (La disparition forcée constitue un rejet inexcusable des principes essentiels sur lesquels se fonde le système interaméricain des droits de l'homme et son interdiction a acquis le rang de *jus cogens*) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Anzualdo Castro v. Peru*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 22 septembre 2009, Série C, n° 202, par. 59.

³⁷⁸ Cour suprême d'Argentine, *Simón (Julio Héctor) v. Office of the Public Prosecutor*, arrêt, 14 juin 2005, par. 38.

³⁷⁹ Cour constitutionnelle du Pérou, *Guillén de Rivero v. Peruvian Supreme Court*, arrêt, 12 août 2005.

³⁸⁰ Cour d'appel du District de Columbia (États-Unis), *Hanoch Tel-Oren v. Libya*, arrêt, 3 février 1984, p. 391 ; voir également *Siderman de Blake v. Argentina* (*supra* note 214), p. 714.

³⁸¹ Criddle et Fox-Decent, « A fiduciary theory of *jus cogens* » (*supra* note 231), p. 369 et 370. Voir également J. Sarkin « Why the prohibition of enforced disappearance has attained *jus cogens* status in international law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, p. 537 à 584 ; A. A. Cançado Trindade, « Enforced disappearances of persons as a violation of *jus cogens*: the contribution of the Inter-American Court of Human Rights », *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, p. 507 à 536 ; Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* » (*supra* note 273), p. 39 ; Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms » (*supra* note 321), p. 168.

compre[n]ait] des droits humains fondamentaux tels que le droit à la vie »³⁸². Dans l'affaire *RM v. Attorney-General*, la Haute Cour du Kenya, après avoir rejeté l'argument selon lequel l'autorité parentale relevait du *jus cogens*, a indiqué que ce qui rapprochait le plus l'autorité parentale du *jus cogens* était le droit à la vie (qui appartient bien au *jus cogens*), mais a réfuté l'argument selon lequel les actes visés par l'action menaçaient ce droit³⁸³.

129. Le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie est également considéré comme insusceptible de dérogation en droit conventionnel. L'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de la vie »³⁸⁴. Les droits énoncés à l'article 6 sont repris dans la liste des droits non dérogeables figurant à l'article 4 du Pacte. De même, la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit à la vie et prévoit que nul ne peut être privé de la vie, sauf dans les circonstances très précises qui y sont énumérées³⁸⁵. Comme dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le droit à la vie tel qu'énoncé dans la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas susceptible de dérogation³⁸⁶. L'importance de ce droit dans le système européen est soulignée par la jurisprudence, selon laquelle ce droit figure parmi « les articles primordiaux de la Convention ne souffrant aucune dérogation » et « consacre aussi l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »³⁸⁷. L'interdiction de la privation arbitraire de la vie est également énoncée dans d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, tels que la Charte africaine³⁸⁸ et la Convention américaine relative aux droits de l'homme³⁸⁹. Dans son observation générale n° 29, le Comité des droits de l'homme, a considéré que, si les droits non susceptibles de dérogation énumérés à l'article 4 ne relevaient pas tous du *jus cogens*, le droit de ne pas être privé arbitrairement de la vie constituait bien lui une norme du *jus cogens*³⁹⁰. De même, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a déclaré que le « droit de ne pas être arbitrairement privé de sa vie [était] reconnu comme faisant partie du droit international coutumier [...] ainsi qu'en tant que norme de *jus cogens*, universellement contraignante en tout temps »³⁹¹.

³⁸² *Nada v. State Secretariat for Economic Affairs* (supra note 46), par. 7.3 (« Allgemein werden zum ius cogens elementare menschenrechte wie das Recht auf Leben » (Généralement, les droits humains fondamentaux tels que le droit à la vie acquièrent le rang de *jus cogens*)).

³⁸³ Voir *R. M. c. Attorney-General* (supra note 237) [Sur ce point, une lecture attentive de sources dignes de foi et de la jurisprudence internationale montre que, si les requérants ont correctement défini ci-dessus le *jus cogens* et les normes qui en font actuellement partie, l'autorité parentale et les droits y relatifs n'en relèvent pas. Ce qui s'en rapproche le plus est le droit à la vie, et nous ne sommes pas convaincus que celui-ci est menacé par la(les) section(s) contestée(s)].

³⁸⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6, par. 1.

³⁸⁵ Convention européenne des droits de l'homme, art. 2.

³⁸⁶ Ibid., par. 15.

³⁸⁷ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Makaratzis c. Grèce*, affaire n° 50385/99, arrêt, 20 décembre 2004, CEDH 2004 XI, par. 56.

³⁸⁸ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 4.

³⁸⁹ Convention européenne des droits de l'homme, art. 4.

³⁹⁰ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 29 (2001) relative aux dérogations en période d'état d'exception, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40*, vol. I [A/56/40 (Vol. I)], annexe VI, par. 11. Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires (A/HRC.23/47), par. 36 (« Le Rapporteur spécial rappelle la primauté et l'intangibilité du droit à la vie en droit international conventionnel comme en droit international coutumier »).

³⁹¹ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, observation générale n° 3 sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : le droit à la vie (art. 4), par. 5. Voir également Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, affaire n° 11.436, arrêt, 16 octobre 1996, rapport 47/96, par. 79 (La Commission interaméricaine des droits de l'homme se doit de souligner un autre point, à savoir que le droit à la vie, entendu comme droit fondamental des êtres humains en vertu de la Déclaration américaine et d'autres instruments internationaux de portée régionale et universelle, a le rang de *jus cogens*. En d'autres termes, il s'agit d'une norme impérative du droit international qui ne souffre à ce titre aucune dérogation. La notion

130. De l'avis du Rapporteur spécial, la licéité de la peine de mort ne fait pas obstacle à ce que le droit à ne pas être arbitrairement privé de la vie acquiert le caractère de norme de *jus cogens*. Que l'on considère la peine de mort compatible ou non avec le droit international³⁹² ne devrait rien changer à la question du caractère impératif de l'interdiction de priver arbitrairement quiconque de la vie dans la mesure où, quoi qu'on puisse en penser, la peine de mort infligée dans le strict respect des garanties procédurales n'est sans doute pas qualifiable d'« arbitraire ».

131. Le principe de non-refoulement figure également au nombre des principes de droit international dont la prétention au rang de norme impérative bénéficie d'un vaste soutien³⁹³. Dans son avis consultatif relatif à l'affaire *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a relié le principe de non-refoulement à l'interdiction de la torture et a conclu que, compte tenu de cette relation, le principe était absolu et constituait une norme impérative du droit international coutumier, autrement dit, de *jus cogens*³⁹⁴. Par la suite, les États d'Amérique latine ont pris acte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne le droit de demander et de recevoir asile, tel qu'il est consacré dans les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme, du rattachement de ce droit aux instruments internationaux relatifs aux réfugiés et du caractère de *jus cogens* du principe de non-refoulement³⁹⁵. L'Assemblée générale a qualifié ce principe de « fondamental » et d'« intangible »³⁹⁶. Elle a également déploré « le refoulement et l'expulsion illégale des réfugiés et des demandeurs d'asile »³⁹⁷. En 2009, l'Union africaine s'est engagée « à mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect total du principe fondamental du non-refoulement »³⁹⁸.

132. Le principe de non-refoulement est largement étayé aussi par la pratique conventionnelle. Il est consacré, en particulier, dans des conventions relatives aux réfugiés. Il est par exemple énoncé à l'article 33 de la Convention relative au statut des

de *jus cogens* nous vient de normes supérieures formées il y a des siècles, que les lois des hommes et des nations ne peuvent transgresser).

³⁹² Voir l'affaire *S v. Makwanyane and Another*, *Butterworths Constitutional Law Reports*, 1995, vol. 6, p. 665, par. 36.

³⁹³ Voir, pour des exemples d'analyses approfondies du statut impératif du non-refoulement, C. Costello et M. Foster, « Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 273 à 323. J. Allain, « The *jus cogens* nature of non-refoulement », *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, 2001, p. 533 à 558. Voir, pour une analyse de ses conséquences, A. Farmer, « Non-refoulement and *jus cogens* : limiting anti-terror measures that threaten refugee protection », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, 2008, p. 1 à 38. Voir cependant Cour suprême des États-Unis, *Sale v. Haitian Centres Council*, arrêt, 21 juin 1993, dans lequel la Cour a confirmé un décret exécutif autorisant le refoulement. Voir, sur ce point, H. Hongju Koh, « Reflections on refoulement and the Haitian Centres Council », *Harvard International Law Journal*, vol. 35, 1994, p. 1.

³⁹⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, avis consultatif, 19 août 2014, par. 225.

³⁹⁵ Déclaration du Brésil, intitulée « Un cadre pour la coopération et la solidarité régionale pour le renforcement de la protection internationale des réfugiés, des personnes déplacées et des apatrides en Amérique latine et aux Caraïbes », 3 décembre 2014.

³⁹⁶ Résolution 51/75 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1996, sur le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, par. 3. Voir également résolution 34/60 de l'Assemblée générale, en date du 29 novembre 1979, sur le rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, dans laquelle l'Assemblée prie instamment les gouvernements « [d'accorder] le droit d'asile à ceux qui cherchent un refuge et [à observer] scrupuleusement le principe du non-refoulement » (par. 3).

³⁹⁷ Résolution 63/148 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 2008, sur le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, par. 13.

³⁹⁸ Déclaration de Kampala sur les réfugiés, les rapatriés et les personnes déplacées en Afrique, 23 octobre 2009, par. 6.

réfugiés,³⁹⁹ sous réserve des intérêts de la sécurité de l'État concerné⁴⁰⁰. Le principe apparaît également dans la Convention de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, qui prévoit des restrictions analogues à celles prévues dans la Convention susmentionnée⁴⁰¹. La Convention contre la torture consacre le principe dans le contexte de la torture, sans reprendre les restrictions figurant dans la Convention relative au statut des réfugiés⁴⁰². De même, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées interdit de façon absolue tout refoulement susceptible de conduire à des disparitions forcées⁴⁰³.

133. Plusieurs auteurs estiment que le principe de non-refoulement constitue une norme de *jus cogens*. C'est notamment le cas d'Allain, d'Orakhelashvili et de Farmer⁴⁰⁴. Bien évidemment, il en est qui ne partagent pas cet avis⁴⁰⁵. Cassese soutient qu'il s'agit d'une norme de *jus cogens* en cours de cristallisation⁴⁰⁶. Costello et Foster, après avoir passé en revue, dans une analyse approfondie et d'excellente facture, les arguments favorables et défavorables à cette thèse, ont conclu que le principe constituait bien une norme de *jus cogens*⁴⁰⁷.

134. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial ne se prononce pas sur la question de savoir si les normes énumérées ici participent du *jus cogens*, mais relève néanmoins que cette thèse bénéficie d'une vaste adhésion. Il existe également d'autres normes dont le rang de *jus cogens* jouit d'un *certain* appui, telles que l'interdiction des arrestations

³⁹⁹ Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137, art. 33 (« Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »).

⁴⁰⁰ Ibid., art. 33, par. 2 (« Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays »). Voir Farmer, « Non-refoulement and *jus cogens* ... » (*supra* note 393), qui avance que le caractère impératif du non-refoulement repose sur une interprétation étroite de cette disposition.

⁴⁰¹ Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, Addis-Abeba, 10 septembre 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 14691, p. 45, art. II, par. 3, lu conjointement avec l'article premier, par. 5. Voir également Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 22, par. 8 (« En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques »).

⁴⁰² Convention contre la torture, art. 3 (« Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »).

⁴⁰³ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 16, par. 1 (« Aucun État partie n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée »).

⁴⁰⁴ Voir Allain, « The *jus cogens* nature of non-refoulement » (*supra* note 393) Farmer, « Non refoulement et *jus cogens* ... » (*supra* note 393) Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (*supra* note 93), p. 56.

⁴⁰⁵ Voir, par exemple, A. Duffy « Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law », *International Journal of Refugee Law*, vol. 20 (2008), p. 373 à 390, qui remet en cause le rang de *jus cogens* du non-refoulement.

⁴⁰⁶ Cassese, « The enhanced role of *jus cogens* » (*supra* note 234), p. 162 et 163.

⁴⁰⁷ Costello et Foster, « Non-refoulement as custom and *jus cogens* ? Putting the prohibition to the test » (*supra* note 393).

arbitraires⁴⁰⁸, le droit à une procédure régulière⁴⁰⁹ et l'interdiction du terrorisme⁴¹⁰. Parmi les autres normes proposées dont le caractère non-dérogeable est susceptible d'atteindre à l'avenir un degré de reconnaissance et d'acceptation suffisant, on peut citer le devoir de protéger l'environnement (ou certains aspects de ce devoir) et l'interdiction de la discrimination.

135. Le principe de non-discrimination, dont quelques auteurs défendent aussi le caractère impératif, soulève plusieurs questions intéressantes (et illustre les dangers d'une liste indicative). La doctrine s'est souvent demandée pourquoi, alors que l'interdiction de la discrimination raciale figure sur la majorité des listes tel n'est pas le cas de celle fondée sur le sexe⁴¹¹ (mis à part que le présent rapport vise non pas l'interdiction de la discrimination raciale en tant que telle, mais celle de l'apartheid et de la discrimination raciale en tant que fait composite). *Certains* défendent effectivement que l'interdiction de toute discrimination participe du *jus cogens*, ce qui comprend celles fondées sur la race et le sexe, mais pas uniquement. Pour l'essentiel, la proposition selon laquelle l'interdiction de toute discrimination est une norme impérative s'appuie sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁴¹². D'un point de vue prescriptif et moral, on ne saurait s'opposer à ce que

⁴⁰⁸ *Belhaj v. Straw Rahmatullah v. Minister of Defence* (*supra* note 215), opinion de Lord Sumption, par. 271 (Le Groupe de travail a considéré que ce noyau irréductible relevait du *jus cogens*, à juste titre, de l'avis du juge) *Committee of US Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (*supra* note 182), p. 941. Voir également le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal (A/HRC.30/37), en particulier le paragraphe 11.

⁴⁰⁹ Cour suprême de justice autrichienne, *AA c. Autriche*, arrêt, 30 septembre 2008. Voir cependant Tribunal fédéral suisse, *A. contre Département fédéral de l'économie*, arrêt, 22 avril 2008, et *Nada (Youssef) contre Département fédéral de l'économie* (*supra* note 46).

⁴¹⁰ Voir, sur ce point, De Beer (*supra* note 186).

⁴¹¹ Voir, en général, Charlesworth et Chinkin, « The gender of *jus cogens* » (*supra* note 372). Le Rapporteur spécial est d'avis que, d'un point de vue prescriptif, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe devrait avoir force de *jus cogens*, mais la proposition se heurte entre autres à cette objection que de nombreuses réserves (55 à ce jour) ont été formulées à l'égard du principal instrument en la matière, à savoir la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, n° 20378, p. 13). Voir Déclarations, réserves, objections et notifications de retrait de réserves relatives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/SP/2006/2).

⁴¹² Voir, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Yatama v. Nicaragua*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 23 juin 2005, série C, n° 127, par. 184 (En l'état actuel du droit international, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination relève du *jus cogens*) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Servellón-García et al. v. Honduras*, arrêt (fond, réparations et dépens), 21 septembre 2006, série C, n° 152, par. 94 (La Cour est d'avis que le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination participe du *jus cogens* qui, par son caractère impératif, emporte des obligations *erga omnes* de protection pour tous les États et produit ses effets sur les tiers, y compris les personnes physiques) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 28 août 2014, série C, n° 282, par. 264 (La Cour réaffirme que le principe de protection égale et effective de la loi et de non-discrimination, qui est de *jus cogens*, impose aux États, lorsqu'ils fixent les conditions d'octroi de la nationalité, de s'abstenir d'établir des règles discriminatoires ou des règles ayant des effets discriminatoires sur différents groupes de population lorsque ceux-ci exercent leurs droits) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Norín Catrimán et al. (Leaders, Members and Activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile*, arrêt (fond, réparations et dépens), 29 mai 2014, série C, n° 279, par. 197 (Concernant le principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination, la Cour a signalé que la notion d'égalité est directement liée à l'unicité du genre humain et relève de la dignité essentielle de la personne. Dès lors, toute situation où un traitement de faveur serait accordé à un groupe au motif qu'il serait supérieur à un autre serait incompatible avec cette notion ; il en irait de même de toute situation où, à l'inverse, un groupe considéré comme inférieur serait traité avec hostilité ou exposé à d'autres formes de discrimination dans l'exercice de ses droits. Il ressort en outre de la jurisprudence de la Cour que, en l'état actuel du droit international, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination relève du *jus cogens*. Il constitue le fondement juridique de l'ordre public national et international et imprègne l'ensemble de l'ordre juridique.). Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Veliz Franco et al. v. Guatemala*, arrêt (exceptions préliminaires, fond,

l'interdiction de la discrimination arbitraire acquière le rang de *jus cogens*, mais il n'existe presque aucune manifestation expresse d'une *opinio juris cogentis*⁴¹³ concernant cette interdiction ou celle, plus restreinte, de la discrimination fondée sur le sexe.

136. Connaissant l'importance de la question environnementale et les conséquences catastrophiques qui pourraient découler de la destruction de l'environnement⁴¹⁴, il pourrait sembler aller de soi que les normes visant à le protéger (ou du moins certaines d'entre elles) aient rang de *jus cogens*⁴¹⁵. Or il existe peu de preuves de « l'acceptation et la reconnaissance [nécessaires] de la communauté internationale des États dans son ensemble » de la nature impérative de ces normes (ou d'une partie d'entre elles), même si, d'un point de vue empirique, on constate que les règles relatives à la protection de l'environnement sont indispensables à la survie de l'humanité et de la planète⁴¹⁶. Ce paradoxe a été mis en lumière par Krista Singleton-Cabbage, qui a fait observer à l'époque (en 1995) que les droits et les obligations relatifs à l'environnement ne bénéficiaient pas du statut de *jus cogens*, alors même que la préservation de l'environnement mondial était dans l'intérêt essentiel de tous les membres de la société internationale tout entière⁴¹⁷. Dans ses propres travaux, la Commission s'est dite consciente de l'importance, d'un point de vue empirique, de l'atmosphère, sans pour autant reconnaître le caractère impératif de la protection de cette ressource, essentielle à la vie sur Terre⁴¹⁸. Il existe bon nombre de déclarations et de traités sur l'environnement, mais on n'y trouve aucun moyen solide de déterminer que cette

réparations et dépens), 19 mai 2014, série C, n° 277, par. 205 (En l'état actuel du droit international, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination relève du *jus cogens*).

⁴¹³ Soit l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble. Voir, en général, le deuxième rapport (A/CN.4/706).

⁴¹⁴ Sur l'importance de l'environnement, voir *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1997*, p. 7, opinion individuelle de M. Weeramantry, p. 91 et 92 (« La protection de l'environnement est, elle aussi, un élément essentiel de la doctrine contemporaine des droits de l'homme, car elle est une condition *sine qua non* de nombre de droits de l'homme, tels que le droit à la santé et le droit à la vie lui-même. Il n'est guère nécessaire de développer cette question, car les dommages causés à l'environnement peuvent compromettre et saper tous les droits de l'homme dont parlent la déclaration universelle et les autres actes consacrant de tels droits »).

⁴¹⁵ Ce thème a été analysé par E.M. Kornicker Uhlmann, dans « State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment : developing criteria for peremptory norms », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11, 1998, p. 101 à 136. Son article se fonde sur la prémisse que les intérêts de la communauté des États, dont la protection de l'environnement mondial est l'archétype même, jouent aujourd'hui un rôle déterminant dans la formation des normes internationales fondamentales. Voir également Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (*supra* note 93), p. 65 (Le système du droit de l'environnement, comme le droit des droits de l'homme, protège les intérêts de la communauté, et pas uniquement ceux des États *inter se*).

⁴¹⁶ Voir, par exemple, P. Birnie, A. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 109 et 110 (Aucune norme de *jus cogens* du droit international de l'environnement n'a encore été identifiée de façon convaincante). Dans son analyse [« State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment : developing criteria for peremptory norms » (*supra* note 416)], Kornicker Uhlman arrive à la conclusion que les actes volontaires portant gravement atteinte à l'environnement sont interdits dans le cadre des conflits armés en vertu du *jus cogens* mais que, s'agissant de manière plus générale du fait de causer ou de ne pas prévenir une atteinte à l'environnement mettant en péril la communauté internationale, la norme de *jus cogens* ne s'est pas encore pleinement cristallisée (*Ibid.*, p. 35). Voir également N.A. Robinson, « Environmental law : is an obligation erga omnes emerging? », article présenté lors d'un débat d'experts à l'ONU, le 4 juin 2018. Disponible (en anglais) à l'adresse www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2018/environmental_law_is_an_obligation_erga_omnes_emerging_interamcthradvisoryopinionjune2018_pdf (consulté le 15 janvier 2019). Voir cependant Orakhelashvili, *Peremptory Norms of General International Law* (*supra* note 93), p. 65.

⁴¹⁷ K. Singleton-Cabbage, « International legal sources and global environmental crises : the inadequacy of principles, treaties, and custom », *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1995, p. 185.

⁴¹⁸ Voir le projet de directives sur la protection de l'atmosphère et le préambule, adoptés par la Commission en première lecture, A/73/10, par. 77, préambule (« Conscients que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres »).

protection ne souffre aucune dérogation. Orakhelashvili défend certes avec ardeur le statut de *jus cogens* de certaines normes relatives à l'environnement, mais admet, lui aussi, que les preuves en attestant sont insuffisantes. Bien qu'il n'évoque pas les normes de *jus cogens*, John Dugard est d'avis que certaines règles relatives à la protection de l'environnement emportent des obligations *erga omnes*⁴¹⁹. Il est possible que certaines règles, notamment des règles relatives à l'environnement, relèvent du *jus cogens* sans que ce statut n'ait encore été accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble et donc ne produise encore d'effets juridiques contraignants⁴²⁰.

V. Projet de conclusion

137. Sur la base de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose un projet de conclusion, dont on trouvera ci-après le libellé, concernant la question de la liste indicative. Aucune proposition n'est faite en ce qui concerne le *jus cogens* régional.

Projet de conclusion 24

Liste non exhaustive de normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

Sans préjudice de l'existence d'autres normes impératives du droit international général (*jus cogens*), les exemples les plus largement reconnus de normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sont les suivants :

- a) L'interdiction de l'agression ou de l'emploi agressif de la force ;
- b) L'interdiction du génocide ;
- c) L'interdiction de l'esclavage ;
- d) L'interdiction de l'apartheid et de la discrimination raciale ;
- e) L'interdiction des crimes contre l'humanité ;
- f) L'interdiction de la torture ;
- g) Le droit à l'autodétermination ;
- h) Les règles fondamentales du droit international humanitaire.

138. D'autres normes, qui n'ont pas été insérées dans la liste, mais qui bénéficient d'un certain appui, seront consignées dans le commentaire avec les réserves et précautions qui s'imposent.

⁴¹⁹ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, arrêt, Cour internationale de justice, 2 février, opinion dissidente de M. le juge ad hoc Dugard, par. 35 (« L'obligation de ne pas se livrer à une déforestation illicite entraînant une libération de carbone dans l'atmosphère et entravant le piégeage des gaz constitue assurément une obligation *erga omnes* »).*

⁴²⁰ Voir sur ce point le premier rapport (A/CN.4/693), par. 59. Voir également M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia : The Structure of Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 307 et suivantes, en particulier p. 308 (On ne saurait privilégier en toute cohérence l'une ou l'autre position, l'une et l'autre étant interdépendante). À la page 323, spécifiquement sur le *jus cogens*, il affirme que de prime abord, le *jus cogens* semble s'imposer, dans un mouvement descendant, au consentement des États, c'est-à-dire qu'il les lie indépendamment de celui-ci or le droit, s'il faisait abstraction de ce à quoi les États consentent, se désagrègerait en morale naturelle, alors qu'en s'appuyant sur la reconnaissance par la communauté internationale, il reprend assise, dans un mouvement ascendant, sur ce consentement.

VI. Suite des travaux

139. Un projet de conclusions complet devrait être adopté en première lecture en 2019. Le Rapporteur spécial entend assortir le projet adopté par le Comité de rédaction d'un ensemble complet de commentaires au début de mai 2019.

140. Si la Commission achevait la première lecture à la fin de 2019, la deuxième lecture pourrait être terminée en 2021, dernière année du quinquennat.
