



# Assemblée générale

Distr. générale  
12 février 2018  
Français  
Original: anglais

## Commission du droit international

Soixante-dixième session

Genève, 30 avril-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-10 août 2018

### Troisième 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 . . . . .	2
II. Examen antérieur du sujet. . . . .	2
A. Débat à la Commission. . . . .	2
B. Débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale . . . . .	5
III. Conséquences des normes impératives du droit international général ( <i>jus cogens</i> ). . . . .	7
A. Généralités. . . . .	7
B. Conséquences des normes impératives du droit international général ( <i>jus cogens</i> ) . . . . .	11
C. Conséquences des normes impératives du droit international général ( <i>jus cogens</i> ) sur le droit de la responsabilité de l'État. . . . .	29
D. Autres effets des normes impératives du droit international général ( <i>jus cogens</i> ). . . . .	43
IV. Projets de conclusion proposés. . . . .	65
V. Travaux futurs . . . . .	68

\* Nouveau tirage pour raisons techniques (1<sup>er</sup> juin 2018).

\*\* Le Rapporteur spécial remercie Aldana Rohr (Université de Buenos Aires), Paula Kates (New York University) et Sean Yau (Leiden) de leur aide inappréciable en matière de recherches.



## I. Introduction

1. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « *Jus cogens* » à son programme de travail à long terme<sup>1</sup>. À sa soixante-neuvième session, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission<sup>2</sup>. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son ordre du jour et de nommer un Rapporteur spécial<sup>3</sup>. À sa soixante-dixième session, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour<sup>4</sup>.

2. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial<sup>5</sup> et décidé de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction<sup>6</sup>. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial<sup>7</sup>. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial s'efforçait de définir les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

3. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial, après avoir brièvement rendu compte de l'examen du sujet à la soixante-huitième session de la Commission, examine les conséquences et les effets juridiques des normes du *jus cogens*.

## II. Examen antérieur du sujet

### A. Débat à la Commission

4. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial proposait six projets de conclusion<sup>8</sup> sur l'identification des normes du *jus cogens*. Ces projets de conclusion étaient fondés sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après « la Convention de Vienne de 1969 »). Compte tenu du débat tenu à la soixante-huitième session de la Commission, le Rapporteur spécial proposait également, dans ce rapport, de remplacer l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* » par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »<sup>9</sup>. Cette proposition a été généralement bien accueillie par les membres de la Commission<sup>10</sup>.

5. Le projet de conclusion 4 proposé par le Rapporteur spécial indiquait que pour être considérée comme une norme impérative du droit international général, une norme devait satisfaire à deux conditions. Premièrement, il devait s'agir d'« une

<sup>1</sup> Voir Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-sixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 268 et annexe.

<sup>2</sup> Voir résolution 69/118 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 2014, par. 8.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Voir résolution 70/236 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 2015, par. 7.

<sup>5</sup> A/CN.4/693.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> A/CN.4/706.

<sup>8</sup> Ibid., par. 91.

<sup>9</sup> Ibid., par. 90.

<sup>10</sup> 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. M. Cissé a toutefois proposé d'intituler le sujet « Identification des normes impératives du droit international » (A/CN.4/SR.3373). M<sup>me</sup> Oral a approuvé la modification de l'intitulé du sujet, elle a souligné que l'expression « droit international général » ne devait pas être entendue comme excluant les normes relevant de régimes spécialisés (ibid.).

norme du droit international général » et, deuxièmement, elle « devait être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». Le projet de conclusion 5 proposé par le Rapporteur spécial précisait ce qu'il fallait entendre par « normes du droit international général ». Il disposait que le droit international coutumier était « le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens* », que les principes généraux du droit pouvaient « également servir de fondement à des normes de *jus cogens* » et qu'une disposition conventionnelle pouvait « refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens* ».

6. Le projet de conclusion 6 visait à souligner qu'il ne suffisait pas qu'une norme soit une norme du droit international général pour être considérée comme une norme du *jus cogens* mais qu'il fallait aussi qu'elle soit acceptée et reconnue. Le projet de conclusion 7 visait à définir la notion de communauté internationale des États dans son ensemble. Il disposait notamment que c'était l'attitude des États qui était pertinente pour l'identification des normes du *jus cogens* et que si l'attitude d'autres acteurs que les États « ne [pouvait], en elle-même, constituer l'acceptation et la reconnaissance », elle pouvait être pertinente « pour donner un contexte aux attitudes des États et les évaluer ». Enfin, il soulignait que l'acceptation et la reconnaissance d'une « large majorité des États » étaient suffisantes et que « l'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'[étaient] pas requises ».

7. Le projet de conclusion 8 proposé par le Rapporteur spécial portait sur la définition de l'acceptation et la reconnaissance. Il distinguait entre l'acceptation et la reconnaissance aux fins de l'identification du *jus cogens* d'une part, et l'acceptation aux fins du droit international coutumier et la reconnaissance aux fins des principes généraux du droit d'autre part. Enfin, le projet de conclusion 9 portait sur les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de la non-dérogeabilité, notamment les traités, les résolutions, les déclarations des États et les jugements de juridictions, ainsi que les travaux de la Commission, et le poids à leur accorder.

8. Le deuxième rapport et les projets de conclusion y figurant ont d'une manière générale été bien accueillis par les membres de la Commission. Le débat les concernant est relaté dans le rapport de la Commission et n'a pas à l'être intégralement dans le présent rapport<sup>11</sup>. La principale critique dont ont fait l'objet les projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial était qu'ils étaient répétitifs ; la plupart des membres ont estimé qu'ils devaient être rationalisés<sup>12</sup>. C'est ce qu'a fait dans une large mesure le Comité de rédaction.

9. Sur le fond, plusieurs membres ont estimé que le second élément du projet de conclusion 4, l'acceptation et la reconnaissance, devait inclure non seulement la « non-dérogeabilité » mais aussi l'élément de modification prévu à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969<sup>13</sup>. En ce qui concerne le projet de conclusion 5, des membres se sont interrogés sur la définition de l'expression « droit international général » et se sont demandé en particulier si une définition plus concise du droit

<sup>11</sup> 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. 162-210.

<sup>12</sup> Voir par exemple M. Jalloh (A/CN.4/SR.3372), M. Park (A/CN.4/SR.3369), M. Murphy (A/CN.4/SR.3370), M. Hmoud (ibid.), M. Hassouna (ibid.), M. Nolte (ibid.), M<sup>me</sup> Lehto (A/CN.4/SR.3372), M. Ruda Santolaria (ibid.), M. Reinisch (ibid.) et M<sup>me</sup> Escobar-Hernandez (A/CN.4/SR.3373).

<sup>13</sup> Voir, par exemple, M. Murphy (A/CN.4/SR.3369), M<sup>me</sup> Oral (A/CN.4/SR.3373) et M<sup>me</sup> Lehto (A/CN.4/SR.3372). M. Nguyen (A/CN.4/SR.3369) a toutefois proposé une approche de l'identification en trois étapes, consistant à établir si la norme en question était: i) une norme du droit international général ; ii) une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et iii) une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble.

international général était nécessaire<sup>14</sup>. Des membres se sont également interrogés sur la hiérarchie, qui plaçait le droit international coutumier au-dessus des principes généraux du droit et du droit conventionnel, que semblait impliquer la proposition du Rapporteur spécial<sup>15</sup>. Un grand nombre de membres ont estimé que le droit conventionnel, en particulier les traités multilatéraux, pouvait non seulement refléter mais également engendrer des normes impératives du droit international général<sup>16</sup>. Ont été citées en particulier les dispositions de la Charte des Nations Unies qui avaient donné naissance à des normes du *jus cogens*<sup>17</sup>. D'autres membres ont contesté la place accordée dans les projets de conclusion aux principes généraux du droit en tant que fondement des normes impératives du droit international général<sup>18</sup>. Néanmoins, dans l'ensemble, les membres de la Commission ont appuyé le projet de conclusion 5 proposé par le Rapporteur spécial.

10. La principale question soulevée par les membres de la Commission au sujet du projet de conclusion 8 concernait l'emploi des termes « large majorité d'États » pour qualifier l'étendue de l'acceptation et de la reconnaissance requises aux fins du *jus cogens*. Pour de nombreux membres, celles-ci devaient être plus larges et nombre d'entre eux ont proposé d'employer l'expression « une très large majorité »<sup>19</sup>. L'emploi du terme « attitude » en ce qui concerne l'acceptation et la reconnaissance des États a également été commenté<sup>20</sup>. De nombreux membres ont fait de précieuses observations sur des questions traitées dans le premier rapport et brièvement abordées dans le deuxième, notamment en ce qui concerne l'opportunité d'établir une liste indicative<sup>21</sup> et les principales caractéristiques des normes du *jus cogens*<sup>22</sup>.

11. Tous les projets de conclusion ont été renvoyés au Comité de rédaction. Avec le concours de membres de la Commission, celui-ci a pu adopter provisoirement les projets de conclusions 2 (Nature générale des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)), 4 (Critères pour l'identification d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)), 5 (Fondement des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)), 6 (Acceptation et reconnaissance) et 7 (Communauté internationale des États dans son ensemble)<sup>23</sup>. Le Rapporteur spécial ayant indiqué qu'il préférerait que le Comité de rédaction demeure saisi des projets de conclusion, ceux-ci n'ont pas été renvoyés en plénière.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, M. Murase (A/CN.4/SR.3369) et M. Hmoud (A/CN.4/SR.3370).

<sup>15</sup> Voir, par exemple, M<sup>me</sup> Oral (A/CN.4/SR.3373).

<sup>16</sup> Voir, par exemple, M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3370) et M<sup>me</sup> Escobar-Hernandez (A/CN.4/SR.3373). Voir toutefois M. Hmoud (A/CN.4/SR.3370) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3372).

<sup>17</sup> Voir, par exemple, M. Kolodkin (A/CN.4/SR.3372) et M<sup>me</sup> Galvão Teles (A/CN.4/SR.3373). Voir en sens contraire de M. Vásquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3372), M. Ruda Santolaria (ibid.) et M. Reinisch (ibid.).

<sup>18</sup> Voir, par exemple, M. Murase (A/CN.4/SR.3369), M. Sturma (A/CN.4/SR.3370) et M. Murphy (A/CN.4/SR.3369). Voir toutefois M. Hassouna (A/CN.4/SR.3370).

<sup>19</sup> Voir, par exemple, M. Murase (A/CN.4/SR.3369), M. Rajput (A/CN.4/SR.3369) et M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3370).

<sup>20</sup> M. Hmoud (A/CN.4/SR.3370), Sir Michael Wood (résumé dans A/CN.4/SR.3372), M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3370).

<sup>21</sup> Voir Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-sixième session (A/69/10), par. 180.

<sup>22</sup> Ibid., par. 167, 168 et 178.

<sup>23</sup> Déclaration du Président du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), 26 juillet 2017, annexe.

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

12. La plupart des États ont continué d'appuyer l'examen du sujet par la Commission, même si quelques-uns demeuraient sceptiques<sup>24</sup>. Plusieurs délégations ont en particulier appuyé l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, la Commission et le Comité de rédaction<sup>25</sup>. Plusieurs États ont commenté certains projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. Certains ont regretté que les projets de conclusion adoptés par celui-ci ne soient pas reproduits dans le rapport, estimant que cela était source de confusion<sup>26</sup>. Il appartiendra à la Commission de se pencher sur cette question dans le cadre du Groupe de travail sur les méthodes de travail.

13. Des États ont dit qu'ils n'approuvaient pas le projet de conclusion 2 (sur les caractéristiques) provisoirement adopté par le Comité de rédaction<sup>27</sup>. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord par exemple, sans désapprouver ce projet de conclusion quant au fond, a estimé que la définition des caractéristiques était inutile et risquait de porter atteinte aux critères énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 pour l'identification des normes du *jus cogens*<sup>28</sup>. D'autres États ont toutefois approuvé le projet de conclusion 2<sup>29</sup>. Singapour a estimé qu'il fallait préciser la relation entre les caractéristiques et les critères, éventuellement dans le commentaire<sup>30</sup>. La République islamique d'Iran a estimé, l'identification des critères mise à part, qu'il importait également d'indiquer qui était habilité à déterminer si les critères étaient satisfaits<sup>31</sup>.

14. La plupart des États ont appuyé la démarche consistant à prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ s'agissant des critères d'identification des normes impératives<sup>32</sup>. Le Royaume-Uni est toutefois allé plus loin, estimant que l'article 53 devait constituer non seulement le point de départ mais également le point final<sup>33</sup>. La Thaïlande a pour sa part rappelé que l'invocation de l'article 53 devait également tenir compte des règles d'interprétation énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969<sup>34</sup>. S'agissant des critères, la plupart des États ont approuvé les deux critères retenus par le Comité de rédaction. La Fédération de Russie a toutefois proposé d'ajouter l'élément supplémentaire de « non-dérogeabilité » en tant qu'élément distinct des critères d'identification des normes du

<sup>24</sup> États ayant appuyé l'examen du sujet: Afrique du Sud (A/C.6/72/SR.25), Australie (A/C.6/72/SR.26), Bélarus (ibid.), Croatie (A/C.6/72/SR.20), Danemark, en son nom propre et au nom de la Finlande, de l'Islande et de la Suède (A/C.6/72/SR.25), Grèce (ibid.), Japon (A/C.6/72/SR.26), Portugal (A/C.6/72/SR.25), République tchèque (A/C.6/72/SR.26), Roumanie (ibid.), Royaume-Uni (ibid.), Singapour (A/C.6/72/SR.25), Slovaquie (A/C.6/72/SR.26), Slovénie (A/C.6/72/SR.25), Trinité-et-Tobago, au nom de la CARICOM (ibid.). Les États-Unis (A/C.6/72/SR.26), la France (A/C.6/72/SR.25) et la Turquie (A/C.6/72/SR.24) ont dit douter de l'opportunité de poursuivre l'examen du sujet.

<sup>25</sup> Voir, par exemple, Argentine (A/C.6/72/SR.26), El Salvador (ibid.), Roumanie (ibid.) et Slovaquie (ibid.).

<sup>26</sup> Voir, par exemple, Autriche (résumé dans A/C.6/72/SR.25).

<sup>27</sup> Chine (A/C.6/72/SR.23), États-Unis (A/C.6/72/SR.26), Fédération de Russie (A/C.6/72/SR.19), France (A/C.6/72/SR.25), Israël (A/C.6/72/SR.26) et Royaume-Uni (ibid.).

<sup>28</sup> Royaume-Uni (A/C.6/72/SR.26). Voir également Pays-Bas (ibid.).

<sup>29</sup> Voir, par exemple, Argentine (A/C.6/72/SR.26), Autriche (A/C.6/72/SR.25), Bélarus (A/C.6/72/SR.26), Pérou (A/C.6/72/SR.25), Portugal (ibid.) et Slovénie (résumé dans ibid.).

<sup>30</sup> Singapour (A/C.6/72/SR.25).

<sup>31</sup> Iran (République islamique d') (A/C.6/72/SR.26).

<sup>32</sup> Voir, par exemple, Fédération de Russie (résumé dans A/C.6/72/SR.19), Thaïlande (A/C.6/72/SR.26) et Trinité-et-Tobago au nom de la CARICOM (A/C.6/72/SR.25).

<sup>33</sup> Royaume-Uni (A/C.6/72/SR.26).

<sup>34</sup> Thaïlande (A/C.6/72/SR.26).

*jus cogens*<sup>35</sup>. À l'opposé, la République islamique d'Iran a déclaré que la non-dérogeabilité était une conséquence et non un critère<sup>36</sup>. La Grèce a pour sa part proposé d'envisager un troisième critère, à savoir la nécessité pour la norme concernée de refléter les valeurs fondamentales de la communauté internationale<sup>37</sup>. Le Royaume-Uni a quant à lui estimé que « l'acceptation et la reconnaissance » n'étaient pas suffisantes et que la pratique devait aussi être prise en compte<sup>38</sup>. Également en ce qui concerne « l'acceptation et la reconnaissance », la Slovaquie a estimé que des éclaircissements étaient nécessaires<sup>39</sup>, et la Slovénie a proposé d'envisager de mentionner l'acquiescement<sup>40</sup>. Il peut être utile à cet égard de rappeler l'appel à la prudence lancé par la Croatie, à savoir que les travaux sur le sujet devaient tenir compte de ceux menés par la Commission sur le sujet « Détermination du droit international coutumier » et ceux qu'elle pourrait mener sur le sujet « Principes généraux du droit » si celui-ci était inscrit à son ordre du jour<sup>41</sup>.

15. La question des sources du *jus cogens* a suscité de nombreuses observations. Si la vaste majorité des États sont convenus que le droit international coutumier était le fondement le plus évident des normes impératives, des opinions divergentes ont été exprimées quant au rôle des autres sources. L'Allemagne et la République tchèque, par exemple, ont dit douter que la formation des normes impératives puisse reposer sur d'autres sources<sup>42</sup>. À l'opposé, on a dit que les trois sources visées constituaient le fondement des normes impératives. Pour d'autres États, outre le droit international coutumier, les principes généraux du droit pouvaient également constituer le fondement de normes impératives<sup>43</sup>. Les délégations ont estimé que les règles conventionnelles pouvaient également servir de fondement à des normes impératives (et pas seulement refléter de telles normes)<sup>44</sup>. Selon une autre opinion, l'idée que les principes généraux pouvaient servir de fondement à des normes impératives n'était pas étayée<sup>45</sup>. Israël a approuvé la distinction faite entre sources constituant le fondement de normes impératives et sources reflétant de telles normes<sup>46</sup>.

16. De l'avis général des États, le critère de « large majorité » retenu dans les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial était insuffisant. De nombreux États ont donc approuvé le critère de « très large majorité » provisoirement adopté par le Comité de rédaction. La Chine a toutefois estimé cette expression aussi imprécise que l'expression « large majorité »<sup>47</sup>. D'autres États ont préconisé une norme encore plus rigoureuse. À cet égard, la Roumanie, tout en appuyant la norme de « très large majorité », a dit qu'en pratique cette expression était synonyme de « quasi-unanimité »<sup>48</sup>. Certains États ont toutefois mis en garde contre un libellé risquant de donner à penser que le consentement de tous les États était requis<sup>49</sup>. En tout état de

<sup>35</sup> Fédération de Russie (A/C.6/72/SR.19).

<sup>36</sup> Iran (République islamique d') (A/C.6/72/SR.26).

<sup>37</sup> Grèce (A/C.6/72/SR.25).

<sup>38</sup> Royaume-Uni (A/C.6/72/SR.26).

<sup>39</sup> Slovaquie (A/C.6/72/SR.26).

<sup>40</sup> Slovénie (A/C.6/72/SR.25).

<sup>41</sup> Croatie (A/C.6/72/SR.20).

<sup>42</sup> Allemagne (A/C.6/72/SR.26) et République tchèque (ibid.).

<sup>43</sup> Croatie (A/C.6/72/SR.24).

<sup>44</sup> Bélarus (A/C.6/72/SR.26) et Fédération de Russie (A/C.6/72/SR.19). Voir toutefois Espagne (A/C.6/72/SR.25).

<sup>45</sup> Chine (A/C.6/72/SR.23), Espagne (A/C.6/72/SR.25) et États-Unis d'Amérique (A/C.6/72/SR.26) indiquant que les traités ne pouvaient faire plus que « refléter » les normes du *jus cogens*.

<sup>46</sup> Israël (A/C.6/72/SR.26).

<sup>47</sup> Allemagne (A/C.6/72/SR.26) et Chine (A/C.6/72/SR.23).

<sup>48</sup> Roumanie (A/C.6/72/SR.26). Voir également Fédération de Russie (A/C.6/72/SR.19) et Royaume-Uni (A/C.6/72/SR.26).

<sup>49</sup> Slovénie (A/C.6/72/SR.25).

cause, la Pologne a fait observer à juste titre que la question de la majorité requise devait être envisagée non seulement d'un point de vue quantitatif mais également du point de vue de la représentativité des États constituant la majorité en question<sup>50</sup>.

17. La question du *jus cogens* régional – qui sera examinée dans le prochain rapport du Rapporteur spécial – a également été soulevée. L'idée a été exprimée qu'il ne pouvait exister de *jus cogens* régional<sup>51</sup>. L'Allemagne, tout en souscrivant à l'idée qu'il ne pouvait exister de *jus cogens* régional en droit international, jugeait préférable de ne pas traiter du tout de cette question<sup>52</sup>. Également en ce qui concerne la portée du sujet, certains États ont souligné que les travaux ne devaient pas se limiter au droit conventionnel<sup>53</sup>.

18. Le projet de conclusion 9 proposé par le Rapporteur spécial a également suscité des commentaires. La Slovénie a souligné que la liste n'était pas exhaustive<sup>54</sup>. Les États-Unis ont contesté l'invocation des jugements des juridictions internationales comme preuves de l'acceptation par les États<sup>55</sup>. De nombreux États ont de nouveau évoqué la question de savoir s'il convenait d'établir une liste indicative de normes. Certains y étaient favorables, d'autres non<sup>56</sup>. D'autres encore étaient plus nuancés dans l'expression de leurs préoccupations quant à l'opportunité d'établir une telle liste<sup>57</sup>.

19. Le Rapporteur spécial a pris note de la plupart de ces observations. Certaines d'entre elles pourront être envisagées dans les commentaires. D'autres pourront, sur la base des débats qui auront lieu à la Commission ou dans le cadre de la mise au point définitive des projets de conclusion au sein du Comité de rédaction, entraîner la modification des projets de conclusion provisoirement adoptés par celui-ci. Il convient toutefois de souligner que ces observations seront de toute façon prises en considération avant que la Commission adopte les projets de conclusion en première lecture.

### III. Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

#### A. Généralités

20. Le plan d'étude sur la base duquel le sujet a été inscrit au programme de travail de la Commission indiquait que « l'examen des effets et des conséquences du *jus cogens* risqu[ait] d'être la partie la plus délicate de l'étude ... »<sup>58</sup>. Cet examen a aussi

<sup>50</sup> Pologne (A/C.6/72/SR.24).

<sup>51</sup> Voir, par exemple, Pologne (A/C.6/72/SR.24).

<sup>52</sup> Allemagne (A/C.6/72/SR.26). Voir également Japon (ibid.).

<sup>53</sup> Japon (A/C.6/72/SR.26) et Pays-Bas (ibid.).

<sup>54</sup> Slovénie (A/C.6/72/SR.25). Voir également Chili (A/C.6/72/SR.23).

<sup>55</sup> États-Unis d'Amérique (A/C.6/72/SR.26).

<sup>56</sup> N'appuyaient pas l'établissement d'une liste indicative l'Allemagne (A/C.6/72/SR.26), l'Australie (ibid.), l'Espagne (A/C.6/72/SR.25), la Fédération de Russie (A/C.6/72/SR.19), les Pays-Bas (A/C.6/72/SR.26), la Pologne (A/C.6/72/SR.24), la Thaïlande (A/C.6/72/SR.25) et la Turquie (A/C.6/72/SR.26). Appuyaient l'établissement d'une liste indicative l'Autriche (A/C.6/72/SR.24), El Salvador (A/C.6/72/SR.26), le Japon (ibid.), le Mexique (A/C.6/72/SR.25), la Nouvelle-Zélande (A/C.6/72/SR.24), le Portugal (A/C.6/72/SR.26) et la Slovénie (A/C.6/72/SR.25).

<sup>57</sup> Par exemple, Israël (A/C.6/72/SR.26) a estimé qu'il serait prématuré d'établir une liste avant d'avoir identifié les critères et les conséquences ; pour Singapour, l'opportunité d'établir une telle liste dépendait de la méthodologie employée (ibid.) et la Fédération de Russie (A/C.6/72/SR.19) a déclaré que la question devait être envisagée avec prudence.

<sup>58</sup> Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-sixième session (A/69/10), annexe, par. 17. Voir également Ulf Linderfalk, « Understanding the *jus cogens* debate: The pervasive

été décrit comme la partie non seulement la plus délicate mais aussi la plus importante de l'étude du sujet<sup>59</sup>. Costelloe voit dans l'identification des conséquences du *jus cogens* une « réalisation plus importante que l'identification de la norme elle-même »<sup>60</sup>. De même, tout en soulignant que la majeure partie de la doctrine relative au *jus cogens* est axée sur son identification, Focarelli déclare qu'il « est peut-être vain aujourd'hui de savoir qu'une norme est impérative s'il existe une incertitude quant aux effets juridiques précis qu'implique cette qualification »<sup>61</sup>. Kolb a ainsi décrit la question des conséquences et des effets comme étant « à la fois délicate, complexe et importante »<sup>62</sup>.

21. L'importance et la complexité de la question des conséquences sont encore plus marquées si l'on songe à la rareté de la pratique en la matière<sup>63</sup>. On a souvent fait observer que si les juridictions s'étaient référées au *jus cogens*, allant même jusqu'à identifier des normes comme en relevant, elles en avaient rarement défini les conséquences juridiques concrètes<sup>64</sup>. Le Rapporteur spécial ne l'ignore pas mais considère que pour évaluer les conséquences juridiques des normes impératives du droit international la Commission devrait suivre l'approche qu'il a exposée dans son premier rapport:

Elle doit procéder selon la pratique établie consistant à examiner les divers documents et sources de manière intégrée. La Commission étudie en effet habituellement les sujets dont elle est saisie en procédant à une analyse approfondie de la pratique des États sous toutes ses formes, de la jurisprudence, de la doctrine et de tout autre élément pertinent<sup>65</sup>.

---

influence of legal positivism and legal idealism », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), p. 51-84, p. 53.

<sup>59</sup> Pays-Bas (résumé dans [A/C.6/72/SR.26](#)).

<sup>60</sup> Daniel Costelloe, *Legal consequences of peremptory norms in international law* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2017), p. 15. Voir également Elizabeth Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens* norms », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), p. 211-239.

<sup>61</sup> Carlo Focarelli, « Promotional *jus cogens*: A critical appraisal of *jus cogens* legal effects » (2008), *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), p. 429-459, p. 440, ajoutant qu'« il ne semble pas suffisant aujourd'hui de savoir qu'une norme est impérative ; ce sont les conséquences particulières qu'elle entraîne qui sont en dernière analyse décisives ».

<sup>62</sup> Robert Kolb, *Peremptory international law - jus cogens: A general inventory* (Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), p. 104.

<sup>63</sup> Voir, par exemple, Allemagne ([A/C.6/72/SR.26](#)), États-Unis d'Amérique (ibid.) et Pays-Bas (ibid.).

<sup>64</sup> Dinah Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), p. 323-50, p. 5 (« Il n'y a guère de pratique ou de jurisprudence relatives à l'une ou l'autre fonction: la fonction effective semble davantage s'apparenter à celle de Sherlock Holmes, s'agissant d'une expression ou d'une déclaration importante, bien que symbolique, de valeurs sociétales. ») ; Louis Kotzé, « Constitutional conversations in the anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms », ibid., p. 241-272, p. 246. Stefan Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms », ibid., p. 147-172, p. 165 (« Alors que les juristes qui ont élaboré la [Convention de Vienne de 1969] et [les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite] avaient à l'esprit des conséquences précises pour la pratique, les tribunaux souscrivent à la notion relativement abstraite de normes impératives sans lui attribuer d'effets juridiques précis. ») ; Thomas Kleinlein, « *Jus cogens* as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies », ibid., p. 173-210, p. 175 (« Les incertitudes troublantes entourant le statut hiérarchique du *jus cogens* expliquent probablement pourquoi le *jus cogens* a en pratique été très rarement invoqué avec succès devant un tribunal pour régler un conflit de normes. »). Voir toutefois Sévrine Knuchel, *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms* (Zurich, Schulthess, 2015), p. 3, citant plusieurs domaines dans lesquels la pratique a reconnu les effets du *jus cogens*.

<sup>65</sup> [A/CN.4/693](#), par. 14.

22. Une autre question de méthode que soulèvent les conséquences concerne la relation entre les critères d'identification du *jus cogens* d'une part et les conséquences de l'autre. Certains des auteurs qui considèrent qu'il est plus important d'identifier les conséquences que d'identifier une norme comme relevant du *jus cogens* ont fait valoir que ce sont ses conséquences qui donnent à une norme son caractère impératif<sup>66</sup>. En d'autres termes, pour déterminer si une norme relève du *jus cogens*, il ne suffit pas d'appliquer des critères doctrinaux préétablis. Il importe avant tout d'identifier les conséquences découlant de *cette norme particulière* et de déterminer si ces conséquences impliquent la « non-dérogeabilité », auquel cas la norme relève du *jus cogens*<sup>67</sup>. Pourtant, comme le montre le deuxième rapport du Rapporteur spécial, des critères particuliers permettent de déterminer qu'une norme relève du *jus cogens*<sup>68</sup>. Cette approche est conforme à la fois à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et à la pratique. Si une norme satisfait à ces critères, il en découle certaines conséquences, que le présent rapport a pour objet d'identifier.

23. Comme il l'a déjà indiqué dans ses deux premiers rapports, le Rapporteur spécial entend éviter les débats théoriques. Ainsi, la plus grande partie du débat sur les conséquences du *jus cogens* semble porter sur le point de savoir s'il convient de privilégier l'approche étroite ou l'approche large de la question<sup>69</sup>. Très souvent, le

<sup>66</sup> Voir, par exemple, Stefan Kadelbach, « *Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms », dans *The fundamental rules of the international legal order*, Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin (dir. publ.), (Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2006), p. 29. Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 64), p. 176 (« la définition des normes impératives dans la deuxième phrase de l'article 53 [de la Convention de Vienne de 1969] indique que c'est leur non-dérogeabilité qui est l'élément décisif du statut particulier de ces normes »).

<sup>67</sup> Kolb, *Peremptory international law — jus cogens* (*supra* note 62), p. 2 (« le *jus cogens* est défini par une qualité particulière de la norme en cause, à savoir le fait juridique qu'elle n'autorise aucune dérogation ... ») et p. 39-40, où l'auteur argue qu'il faut « se concentrer sur les effets du *jus cogens* » pour le définir et non sur le « contenu substantiel » des normes en cause. Kolb affirme que la Commission a adopté cette approche « en s'abstenant d'indiquer quelles normes font partie du *jus cogens* ou en application de quels critères de fond ces normes doivent être définies » (*ibid.*, p. 39). Voir également Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 15 (« Si la teneur de certaines normes primaires du droit international a assurément contribué à l'apparition du concept de normes impératives, d'un point de vue strictement juridique ce sont les conséquences de la norme, par lesquelles elle se manifeste d'une manière qui est différente *par sa nature* des autres normes du droit international. En pratique, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer les effets particuliers qui rendent une norme « impérative » différente des autres normes du droit international... on voit mal quelle caractéristique juridique, le cas échéant, cet adjectif décrit. »).

<sup>68</sup> Voir A/CN.4/706. Voir également la déclaration du Président du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), 26 juillet 2017, annexe.

<sup>69</sup> Voir à cet égard Martin den Heijer et Harmen van der Wilt, « *Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), p. 3–22, p. 4, notant que pour certains « le *jus cogens* n'est rien d'autre qu'une incantation apodictique, prononcée par un magicien agitant sa baguette pour mettre fin à toutes les discussions. ». Voir en particulier Alexander Orakhelashvili, « Audience and authority – The merit of the doctrine of *jus cogens* », *ibid.*, p. 115-146, p. 117 (« Selon l'audience à laquelle il appartient, chacun a une vue différente du *jus cogens*: soit une conception qui a de larges effets transparents s'agissant d'assurer une plus grande responsabilité, soit une conception plus étroite évitant toute intrusion judiciaire marquée dans le règlement de questions qui doivent être réglées par la politique ou la diplomatie ») et p. 118 (« En conséquence, les tenants de la conception “étroite” du *jus cogens* occupent actuellement la même niche doctrinale que celle qu'occupaient il y a des décennies ceux qui n'iaient l'existence du *jus cogens*. »). Voir aussi Gennady Danilenko, *Law-making in the international community* (Dordrecht, Boston et Londres, Martinus Nijhoff, 1993), p. 212 (« l'évolution a montré que la communauté internationale souhaitait faire fond sur le *jus cogens* dans un contexte beaucoup plus large. ») et Hugh Thirlway, *The Sources of international law* (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 144.

choix entre la première et la seconde est motivé par des considérations politiques<sup>70</sup>. Knuchel décrit comme suit la tendance prévalant chez les auteurs contemporains :

La doctrine présente une image des effets du *jus cogens* qui laisse perplexe: si certains auteurs dénie tout effet particulier au *jus cogens*, d'autres, à l'opposé, semblent le considérer comme « omnipotent »<sup>71</sup>.

24. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial adopte une approche qui n'est ni étroite ni large, pas plus qu'il ne tente de concilier les deux approches. Il s'efforce au contraire, fidèle à l'approche suivie dans son précédent rapport, d'identifier les conséquences du *jus cogens* au moyen des méthodes et éléments traditionnellement utilisés par la Commission.

25. D'un point de vue structurel, de nombreuses approches peuvent être adoptées pour évaluer les effets du *jus cogens* en droit international. Ces effets peuvent être évalués sous l'angle des sources – droit conventionnel, droit international coutumier, principes généraux ou actes unilatéraux. Les conséquences du *jus cogens* peuvent aussi être évaluées sous l'angle des fonctions, par exemple fonction de promotion de la responsabilité, fonction de règlement des conflits entre normes du droit international, fonction invalidante ou fonction déclaratoire<sup>72</sup>. Peut-être est-il également possible d'évaluer les conséquences du *jus cogens* en analysant la notion de « non-dérogeabilité » en tant que principale conséquence du *jus cogens*<sup>73</sup>. Les conséquences du *jus cogens* peuvent aussi être étudiées du point de vue des différentes branches du droit international, par exemple les droits de l'homme, le droit des immunités, le droit de l'environnement ou la paix et la sécurité.

26. Ces diverses approches systématiques – et il en existe assurément d'autres – ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients. Le Rapporteur spécial a donc décidé de n'en suivre aucune en particulier mais d'axer son analyse sur les conséquences du *jus cogens* qui ont été le plus souvent identifiées, par exemple ses conséquences en relation avec les traités ou avec la responsabilité de l'État.

27. D'autres effets ont toutefois été identifiés et doivent donc être examinés. Les effets du *jus cogens* sur la responsabilité pénale individuelle en cas d'infraction au droit pénal international ont souvent été évoqués. De plus, les conséquences du *jus cogens* sur le droit international coutumier et les résolutions du Conseil de sécurité doivent également être prises en compte.

<sup>70</sup> Thomas Giegerich, « Do damages claims arising from *jus cogens* violations override state immunity from the jurisdiction of foreign courts? », dans *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat et Thouvenin (*supra* note 66), p. 205.

<sup>71</sup> Knuchel, « *Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms » (*supra* note 64), p. 4. Voir également Christian Tomuschat, « Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes* – concluding observations », dans *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat et Thouvenin (*supra* note 66), p. 426. Voir également Jean d'Aspremont, « *Jus cogens* as a social construct without pedigree », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), p. 85-114, p. 94 (« De fait, grâce au *jus cogens*, des publicistes ont estimé que l'on pouvait attendre davantage de leur ordre juridique systémique et moralement cohérent. C'est ainsi qu'ils en sont venus à considérer que les effets juridiques traditionnels du *jus cogens* étaient trop modestes et indûment limités. Au regard du *jus cogens*, l'ordre juridique international prétendument systémique et moralement cohérent demeure une "révolution inachevée", ce qui incite les publicistes à mobiliser le pouvoir irrésistible du *jus cogens* pour l'achever. »). Voir également Focarelli, « Promotional *jus cogens* » (*supra* note 61), p. 440 (« Les tribunaux et les auteurs en sont venus à considérer que le *jus cogens* devait avoir un nombre pratiquement illimité d'effets "prépondérants", voire "constitutionnels". »).

<sup>72</sup> Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* » (*supra* note 64), p. 35 et suivantes. Voir également Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms » (*supra* note 64), p. 161 et suivantes.

<sup>73</sup> Voir, de manière générale, Kolb, *Peremptory international law — jus cogens* (*supra* note 62).

28. Dans le cadre des débats des deux années précédentes, tant à la Commission qu'à la Sixième Commission, le Rapporteur spécial a proposé des caractéristiques principales, incorporées depuis dans le projet de conclusion 2 provisoirement adopté par le Comité de rédaction, qui ont suscité certaines observations. Des membres de la Commission et des États ont fait valoir que ces caractéristiques étaient des conséquences et devaient donc être envisagées en tant que telles. Le Rapporteur spécial a toujours indiqué qu'il considérait que ces caractéristiques elles-mêmes avaient des conséquences. Par exemple, l'une des conséquences de la supériorité hiérarchique est d'entraîner la nullité d'autres normes du droit international. Cette conséquence peut être évaluée, par exemple dans le cadre des conséquences du *jus cogens* en relation avec les traités ou le droit international coutumier. Le présent rapport évoquera ces caractéristiques là où il convient en relation avec certaines conséquences.

29. La section suivante du présent chapitre (section B) est consacrée aux conséquences du *jus cogens* en ce qui concerne les traités. La section C traitera des conséquences du *jus cogens* en ce qui concerne la responsabilité de l'État, et la section D des autres conséquences du *jus cogens*, y compris les effets de celui-ci sur la responsabilité pénale individuelle, ses conséquences concernant d'autres sources et ses conséquences pour le règlement des différends internationaux.

## **B. Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)**

### **1. Nullité des traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)**

30. La conséquence juridique la plus caractéristique du statut de *jus cogens* d'une norme est la nullité des traités<sup>74</sup>. Pour certains, il s'agit là de la principale, voire de la seule, conséquence du statut de *jus cogens* d'une norme<sup>75</sup>. Pour d'autres, parce qu'il est rare qu'en pratique des traités aient été annulés parce qu'ils étaient incompatibles avec des normes du *jus cogens*, il convient de se demander si cette conséquence – la nullité d'un traité en conflit avec le *jus cogens* – n'est pas devenue lettre morte<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community* (supra note 69), p. 212 (« Tel qu'envisagé à l'origine, dans le cadre de la codification du droit des traités, le concept de *jus cogens* ne s'applique qu'aux relations conventionnelles – pour annuler les accords bilatéraux et multilatéraux contraires à des règles communautaires fondamentales reconnues comme relevant d'un droit "supérieur". »). Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies » (supra note 66), p. 181.

<sup>75</sup> Voir, de manière générale, Kyoji Kawasaki, « A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law », *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), p. 27-43, et Den Heijer et Van der Wilt, « *Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law » (supra note 69), p. 7. Voir également Thirlway, *The Sources of International Law* (supra note 69), p. 145 (« L'effet du caractère de *jus cogens* d'une norme, sur la base de l'article 53 de la Convention de Vienne, est simplement d'annuler tout accord la contredisant ou la contournant. Les auteurs ont été inévitablement tenté d'accorder au concept des effets plus étendus puisque ... [il convient d'accorder]... au *jus cogens*... la portée la plus vaste possible. »). Voir Antonio Cassese, « For an enhanced role for *jus cogens* », dans *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Antonio Cassese (dir. publ.), (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 158 (« De plus, aucune objection n'a jusqu'ici été formulée à l'idée que le *jus cogens* avait ou pouvait avoir un impact dans certains domaines du droit international autres que le droit conventionnel (par exemple la reconnaissance des États, les réserves aux traités ou l'immunité de juridiction) »).

<sup>76</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (supra note 60), p. 55 (« les dispositions y relatives de la [Convention de Vienne de 1969] sont très restrictives, et il est légitime de se demander si elles demeurent pertinentes... ou si elles ne sont pas pratiquement devenues lettre morte »). Hilary Charlesworth et Christine Chinkin, « The gender of *jus cogens* », *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), p. 63-76, p. 65-66 (« En dépit de la crainte initialement

C'est peut-être aller un peu trop loin, car certains auteurs ont relevé des cas dans lesquels la nullité de traités avait été invoquée parce qu'ils étaient en conflit avec le *jus cogens*<sup>77</sup>. On a même fait valoir que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Charte arabe des droits de l'homme étaient nulles parce qu'elles étaient en conflit avec la norme du *jus cogens* que constitue le droit à l'autodétermination<sup>78</sup>.

31. De nombreux États ont au fil des ans affirmé que selon eux des traités étaient nuls parce qu'ils étaient incompatibles avec des normes du *jus cogens*<sup>79</sup>. Que ces traités soient effectivement incompatibles avec des normes du *jus cogens* n'est pas pertinent aux fins du présent rapport. Ce qui importe est que l'on ait considéré que certains traités étaient incompatibles avec le *jus cogens* et étaient nuls de ce fait. Dans l'affaire du *Timor oriental*, l'Australie, analysant les implications d'un argument du Portugal, a fait observer que si la Cour devait accueillir l'argument du Portugal selon lequel le droit à l'autodétermination était une norme du *jus cogens* puis conclure que le Traité relatif au « Timor Gap »<sup>80</sup> était en conflit avec le droit à l'autodétermination, « le traité serait alors nul pour cette raison ... »<sup>81</sup>. Les États-Unis ont aussi fait valoir que le Traité d'amitié entre l'Union soviétique et l'Afghanistan<sup>82</sup> était peut-être nul parce qu'il était en conflit avec des normes du *jus cogens*<sup>83</sup>. L'Assemblée générale

---

exprimée que [l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969] ne porte atteinte au principe *pacta sunt servanda* et ne compromette la stabilité et la certitude des engagements conventionnels, la doctrine du *jus cogens* n'a que rarement été invoquée dans ce contexte. Elle n'a donc guère eu d'impact sur l'application des traités... ») ; Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms » (*supra* note 64), p. 161 (« la possibilité d'un conflit direct, au sens où un traité aurait un objet illicite, est théorique. »). Voir Cassese, « For an enhanced role of *jus cogens* » (*supra* note 75), p. 159-160 (« Devons-nous conclure que de ce fait ce qui est normalement présenté comme une avancée majeure de la [Convention de Vienne de 1969] s'est en fait avec les ans révélé être un échec total? »).

<sup>77</sup> Voir, pour des exemples, Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* » (*supra* note 64), p. 36 ; et Kadelbach, « Genesis, function and identification of *jus cogens* norms » (*supra* note 64), p. 152. Voir à cet égard Knuchel, « *Jus cogens*: identification and enforcement of preemptory norms » (*supra* note 64), p. 141.

<sup>78</sup> Robert P Barnidge, « Anti-Zionism, *jus cogens*, and international law: the case of the Banjul Charter and the Arab Charter », *Journal of the Middle East and Africa* (à paraître).

<sup>79</sup> Pays-Bas, (A/C.6/SR.781), par. 2 (« [Sur] la question du *jus cogens*,... [l]'Accord concernant les territoires des Allemands des Sudètes signé à Munich le 29 septembre 1938 est l'un des rares exemples de traité qu'on en est venu à considérer comme contraire à l'ordre public international. »). Chypre, (A/C.6/SR.783), par. 18, a cité plusieurs traités prévoyant qu'est nul tout traité obtenu en conflit avec une norme impérative, à savoir l'interdiction de l'emploi de la force (« Le Pacte de la Société des Nations, le Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale connu sous le nom de Pacte Briand Kellogg, le statut du Tribunal de Nuremberg, le statut du Tribunal militaire international chargé de juger les grands criminels de guerre en Extrême-Orient et, plus récemment, le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, ont rendu *lex lata* en droit international moderne le principe selon lequel un traité obtenu par la menace illégale ou le recours illégal à la force est nul *ab initio*. »). Voir Israël (A/C.6/SR.784), par. 8.

<sup>80</sup> Traité entre l'Australie et la République d'Indonésie relatif à la zone de coopération établie dans un secteur situé entre la province indonésienne du Timor oriental et l'Australie.

<sup>81</sup> *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, contre-mémoire de l'Australie, 1<sup>er</sup> juin 1992, par. 223.

<sup>82</sup> Traité d'amitié, de bon voisinage et de coopération entre l'Afghanistan et l'Union des républiques socialistes soviétiques.

<sup>83</sup> Voir mémorandum du Conseiller juridique du Département d'État des États-Unis, Robert B. Owen, adressé au Secrétaire d'État en exercice, Warren Christopher, en date du 29 décembre 1979, dans *Digest of United States Practice in International Law*, chapitre 2, par. 4, reproduit dans Marian L. Nash, « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 418-432, p. 419 (« La validité... du traité entre l'URSS et l'Afghanistan n'est pas non plus évidente. Si ce traité étaye effectivement une intervention soviétique de ce type en Afghanistan, il est nul en vertu de principes contemporains du droit international, puisqu'il serait en conflit avec ce que la Convention de

elle-même a estimé que les accords qui étaient en conflit avec le principe de l'autodétermination étaient nuls<sup>84</sup>. Elle a par exemple estimé que les Accords de Camp David<sup>85</sup> étaient nuls dans la mesure où ils étaient en conflit avec le droit à l'autodétermination<sup>86</sup>. Bien qu'elle ne mentionne pas le *jus cogens*, elle justifie la nullité par l'incompatibilité avec le droit à l'autodétermination, une norme du *jus cogens*<sup>87</sup>. Des décisions judiciaires ont également envisagé la nullité de traités au motif qu'ils étaient incompatibles avec des normes du *jus cogens*. Dans l'affaire *Le Procureur c. Taylor*, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone devait déterminer si la disposition de son statut écartant les immunités était nulle<sup>88</sup>. La Cour a jugé que puisque la disposition n'était « pas en conflit avec une norme impérative du droit international général, [le Tribunal] devait lui donner effet »<sup>89</sup>. De même, dans la célèbre affaire *Aloeboetoe c. Suriname*, un accord conclu entre les Pays-Bas et la communauté Saramakas était invoqué<sup>90</sup>. La Cour a fait observer que dans le cadre du traité, les Saramakas s'engageaient à capturer les esclaves en fuite et à les remettre à leurs maîtres<sup>91</sup>. Elle a jugé que pour cette raison le traité était « nul et non avenu parce que contraire aux normes du *jus cogens superveniens* »<sup>92</sup>.

32. Quoiqu'il en soit, même en l'absence de pratique, la nullité des traités est la conséquence la plus évidente, et ainsi la moins contestée, du statut de *jus cogens* d'une norme. Elle découle de la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* et la reflète. Dans le même temps, la nullité est une conséquence de vaste portée car elle frappe au cœur de l'élément fondamental et fondateur du droit international, à savoir le principe *pacta sunt servanda*<sup>93</sup>. Elle limite sensiblement le pouvoir de conclure des

---

Vienne qualifie de « norme impérative du droit international général » ..., à savoir la norme énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte. »).

<sup>84</sup> Voir, par exemple, la résolution 34/65 B de l'Assemblée générale du 29 novembre 1979, par. 2. Voir également les résolutions 36/51 du 24 novembre 1981 et 39/42 du 5 décembre 1984, dans lesquelles l'Assemblée générale demande aux États de mettre fin aux accords d'investissement concernant la Namibie et déclare que ces accords sont illicites.

<sup>85</sup> Cadre pour la paix au Moyen-Orient adopté à Camp David, signé à Washington le 17 septembre 1978.

<sup>86</sup> Résolution 33/28A de l'Assemblée générale, 7 décembre 1978. Au paragraphe 2 de cette résolution, l'Assemblée réaffirme que le conflit au Moyen-Orient doit être réglé par une solution « fondée sur la réalisation 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 elle déclare au paragraphe 4 que « pour être valides, des accords visant à résoudre le problème de Palestine » doivent se fonder sur ces droits.

<sup>87</sup> Giorgio Gaja, « *Jus cogens* beyond the Vienna Convention », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, 1981-III*, vol. 172, p. 271-316, p. 282 (« un conflit avec le *jus cogens* étant la cause la plus probable de nullité des accords »).

<sup>88</sup> *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor, décision du 31 mai 2004 du Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, affaire n° SCSL-2003-01-I, Chambre d'appel, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 53. Voir également *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara, Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 mars 2004, affaires n° SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), Chambre d'appel, Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

<sup>89</sup> *Le Procureur c. Taylor, décision* (voir note précédente), par. 53.

<sup>90</sup> *Aloeboetoe and Others v. Suriname, Reparation and Costs*, arrêt, 10 septembre 1993, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 15.

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 57.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Voir, par exemple, Christian Tomuschat, « The Security Council and *jus cogens* », dans Enzo Cannizzaro (dir. publ.), *The present and the future of jus cogens* (Rome, Sapienza, 2015), p. 17 (« Ainsi, le « caractère sacrosaint » des traités est mis en péril »). Christos L Rozakis, « The conditions of validity of international agreements », *Revue hellénique de droit international*, vol. 26/27 (1973-1974), p. 226, p. 248, a décrit la nullité pour incompatibilité avec le *jus cogens* en vertu de l'article 53 comme « un motif révolutionnaire de nullité ». Voir également Georg Schwarzenberger, « International *jus cogens*? », *Texas Law Review*, vol. 43 (1964-1965), p. 455-478, p. 459-460.

traités, voire de légiférer, des États<sup>94</sup>. Comme l'illustre le premier rapport du Rapporteur spécial, si pratiquement tous les États ont appuyé la notion de *jus cogens* à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (ci-après la « Conférence de Vienne »), certains d'entre eux craignaient qu'elle menace le principe *pacta sunt servanda* et la stabilité des relations conventionnelles<sup>95</sup>.

33. La conséquence que constitue la nullité des traités est énoncée aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969<sup>96</sup>. L'article 53 est libellé comme suit:

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

34. La genèse de cet article dans le cadre de la Commission et de la Conférence de Vienne est décrite dans le premier rapport du Rapporteur spécial et ne sera pas reprise dans le présent rapport, excepté lorsque cela est nécessaire pour souligner tel ou tel aspect de la conséquence de nullité<sup>97</sup>. Comme expliqué dans le deuxième rapport, la deuxième phrase de cette disposition donne une définition du *jus cogens* dont sont tirés les critères à appliquer pour identifier les normes du *jus cogens*<sup>98</sup>. La première phrase de l'article 53 énonce la conséquence de nullité des traités comme une forme de non-dérogeabilité. En d'autres termes, la première conséquence du statut de *jus cogens* d'une norme est qu'il ne peut y être dérogé, et la nullité est une manifestation de cette non-dérogeabilité. L'article 53 prévoit la nullité absolue *ab initio* d'un traité qui est en conflit avec une norme impérative lors de sa conclusion.

35. La doctrine n'a guère accordé d'attention au terme « conflit »<sup>99</sup>. Il n'y a également guère de pratique en ce qui concerne la signification du terme « conflit » au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Dans son sens ordinaire, ce terme implique des divergences inconciliables ou un conflit entre dispositions s'excluant mutuellement<sup>100</sup>. Ainsi, on peut dire qu'un traité est en conflit avec une

<sup>94</sup> Tomuschat, « The Security Council and *jus cogens* » (voir note précédente), p. 26 (C'est précisément l'objet du « *jus cogens* dans son sens originaire de dénier aux États... le droit d'utiliser [leur] pouvoir parce que leurs promesses mutuelles sont viciées. Du point de vue du principe, il s'agit d'un affaiblissement décisif du pouvoir des États de conclure des traités. »). Voir Charlesworth et Chinkin, « The gender of *jus cogens* », (*supra* note 76), p. 65-66 (« La liberté des États de conclure des traités est ainsi limitée par les valeurs fondamentales de la communauté internationale. En dépit de la crainte initialement exprimée que [l'article 53 de la Convention de Vienne] ne porte atteinte au principe *pacta sunt servanda* et ne compromette la stabilité et la certitude des engagements conventionnels, la doctrine du *jus cogens* n'a que rarement été invoquée dans ce contexte. »).

<sup>95</sup> A/CN.4/693, par. 36.

<sup>96</sup> C'est la Convention de Vienne de 1969 qui est citée, mais la même disposition figure mot pour mot dans la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (1986).

<sup>97</sup> A/CN.4/693, par. 28-37.

<sup>98</sup> Voir A/CN.4/706, par. 36-37. Voir aussi toutefois les travaux cités dans les notes de bas de page 72 et 73 ci-dessus, qui donnent à penser que la conséquence de non-dérogeabilité constitue également un critère.

<sup>99</sup> Voir toutefois Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (voir *supra* note 60), p. 67 et suivantes.

<sup>100</sup> Voir le troisième rapport sur le droit des traités présenté par M. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, *Annuaire... 1958, vol. II*, document A/CN.4/115, p. 26 (« Par suite, ce n'est que si le traité s'écarte des règles ou interdictions absolues et impératives du droit international ayant le caractère de

norme du *jus cogens* s'il vise à écarter des obligations imposées par le *jus cogens* ou à autoriser (ou exiger) un comportement contraire à une norme du *jus cogens*<sup>101</sup>. Vu sous cet angle, un « conflit » avec une norme du *jus cogens* serait assimilable à une dérogation (interdite).

36. L'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, qui prévoit aussi la nullité en cas de conflit avec une norme impérative, dispose que si « une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ». L'article 64 vise les situations dans lesquelles le traité n'est pas en conflit avec une norme impérative au moment où il est conclu mais où une nouvelle norme impérative survient ensuite, qui crée un conflit. Le libellé de l'article 64 (« devient nul et prend fin ») indique clairement que le traité n'est pas nul *ab initio* mais *devient* nul lorsque la norme impérative survient<sup>102</sup>. La Commission, dans son projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, indiquait également que le projet d'article 61 (devenu l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969), à la différence du projet d'article 50 (devenu l'article 53 de la Convention), n'avait pas pour effet de rendre le traité nul à compter de sa conclusion (rétroactivement)<sup>103</sup>.

37. Le texte de l'article 53 indique clairement qu'un traité qui, au moment de sa conclusion, est incompatible avec une norme du *jus cogens* est intégralement nul. L'article 53 est rédigé en termes absolus: il ne dispose pas, par exemple, que « les dispositions d'un traité » ou un traité en conflit avec une norme du *jus cogens* sont nulles « dans la mesure où ils sont en conflit avec le *jus cogens* ». En d'autres termes, les dispositions d'un traité nulles parce qu'incompatibles avec le *jus cogens* ne sont pas séparables du reste du traité. Cette lecture du sens ordinaire de l'article 53 est étayée par d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Celle-ci prévoit en général qu'il est possible de séparer des dispositions du reste du traité lorsqu'il existe des motifs de nullité, d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application<sup>104</sup> mais cette divisibilité ne s'applique pas à l'article 53<sup>105</sup>. Bien que Shelton semble considérer que la divisibilité est implicite à l'article 53, elle justifie très peu sa position<sup>106</sup>. Elle déclare qu'« il ne semble guère raisonnable de considérer que l'intégralité [de la Charte des Nations Unies] puisse, par exemple, être déclarée nulle parce que le [Conseil de sécurité] a pris une mesure jugée contraire au *jus*

---

règles ou interdictions du *jus cogens*, ou est en conflit avec ces règles ou interdictions, qu'il peut y avoir cause de non-validité. »).

<sup>101</sup> Cannizzaro, « A Higher Law for Treaties », dans *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Enzo Cannizzaro (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 428.

<sup>102</sup> On peut comparer cette disposition à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, qui dispose que le traité *est* nul.

<sup>103</sup> Voir le paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 50 des articles sur le droit des traités, *Annuaire...*, 1966, vol. II, p. 177, p. 248-249 (le projet d'article 50 « doit être interprété compte tenu de l'article 61 (Survenance d'une nouvelle règle du *jus cogens*) et, d'après la Commission, il ne saurait être question qu'il produise des effets rétroactifs. L'article vise les cas où un traité est nul *au moment de sa conclusion* du fait que ses dispositions sont incompatibles avec une règle déjà existante du *jus cogens*. Le traité est intégralement nul car le seul fait de le conclure est incompatible avec une norme impérative du droit international général .... L'article 61, en revanche, vise les cas où un traité, valide au moment où il est conclu, devient nul et prend fin par l'établissement ultérieur d'une nouvelle règle du *jus cogens* avec lesquels ses dispositions sont incompatibles. Les mots « *devient nul et prend fin* » montrent clairement, de l'avis de la Commission, que la survenance d'une nouvelle norme du *jus cogens* ne doit pas avoir d'effets rétroactifs sur la validité d'un traité. La nullité ne joue qu'à partir du moment où est établie la nouvelle règle du *jus cogens*. »).

<sup>104</sup> Article 44 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>105</sup> Paragraphe 5 de l'article 44 de la Convention de Vienne de 1969 (« Dans les cas prévus aux articles 51, 52 et 53, la division des dispositions d'un traité n'est pas admise. »).

<sup>106</sup> Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* » (voir *supra* note 64), p. 36-37.

*cogens* »<sup>107</sup>. Cet argument méconnaît toutefois un point important: une résolution du Conseil de sécurité qui est contraire au *jus cogens* est certes nulle mais elle ne remet pas en question la validité de la Charte.

38. De plus, dans le cadre des travaux ayant abouti à l'adoption des articles de 1966 sur le droit des traités, certains membres de la Commission ont estimé que la divisibilité devait être autorisée même en cas de nullité découlant d'une incompatibilité avec le *jus cogens*<sup>108</sup>. Toutefois, la Commission a finalement considéré que les règles du *jus cogens* « [avaient] un caractère si fondamental que, lorsque les parties conclu[ai]ent un traité dont l'une des clauses [était] incompatible avec une règle déjà existante du *jus cogens*, ce traité [devait] être considéré comme non valide dans sa totalité »<sup>109</sup>. La Commission a estimé que les parties pouvaient toujours « réviser elles-mêmes le traité » et, de cette manière, aboutir au résultat qu'autorise la divisibilité<sup>110</sup>.

39. Comme l'article 53, l'article 64, relatif à la survenance d'une nouvelle norme impérative après la conclusion d'un traité, ne dispose pas qu'une « disposition » d'un traité ou un traité en conflit avec le *jus cogens* deviennent nuls dans la mesure de leur nullité. Il dispose que le traité est nul, ce qui peut s'interpréter comme indiquant que la nullité d'un traité suite à la survenance d'une nouvelle norme du *jus cogens*, comme celle prévue à l'article 53, concerne le traité dans son ensemble. Pourtant, le paragraphe 4 de l'article 44 ne cite pas l'article 64 parmi les cas dans lesquels « la division des dispositions d'un traité n'est pas admise », ce qui donne à penser que pour l'article 64, cette division est possible. C'est ce que confirme le commentaire de l'article 61 du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités. Tout en soulignant la non-divisibilité s'agissant des traités qui, au moment de leur conclusion, sont incompatibles avec le *jus cogens*, la Commission « a estimé que des considérations différentes entr[ai]ent en jeu lorsqu'il s'agi[ssait] d'un traité » en conflit avec une nouvelle norme du *jus cogens*<sup>111</sup>. La Commission a estimé que dans un tel cas, si « ces dispositions peuvent normalement être considérées comme séparables du reste du traité, le reste du traité devait être considéré comme demeurant valide »<sup>112</sup>. Pour déterminer si une disposition peut être considérée comme « normalement » séparable, il convient d'appliquer l'article 44 de la Convention de Vienne de 1969. Aux termes de l'article 44, une disposition est séparable si:

- a) elle est séparable du reste du traité en ce qui concerne son exécution ;
- b) l'acceptation de cette disposition n'a pas constitué une base essentielle pour la conclusion du traité ;
- c) il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

40. La nullité d'un traité (ou de dispositions d'un traité, dans le cas où la divisibilité est admise) est une conséquence de l'incompatibilité avec des normes du *jus cogens*. La nullité d'un traité (ou de dispositions d'un traité) est toutefois également sa propre conséquence. L'article 69 de la Convention de Vienne de 1969 définit les

<sup>107</sup> Ibid., p. 36.

<sup>108</sup> Voir le paragraphe 8 du commentaire du projet d'article 41 des articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966, vol. II*, p. 177, p. 260 (« Certains membres ont pensé qu'il ne serait pas souhaitable de prescrire que l'ensemble du traité soit anéanti lorsqu'une partie seulement de ce traité, fût-elle minime, est incompatible avec une règle de *jus cogens*. »).

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Ibid. (« Dans ce cas, les parties sont libres de réviser elles-mêmes le traité, de manière à le rendre conforme au droit et, si elles ne le font pas, le droit doit appliquer la sanction de la nullité à l'ensemble de l'instrument. »).

<sup>111</sup> Paragraphe 3 du commentaire de l'article 61 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966, vol. II*, p. 177, p. 285.

<sup>112</sup> Ibid.

conséquences générales de la nullité d'un traité, mais il existe, en cas de nullité pour incompatibilité avec des normes du *jus cogens*, des conséquences particulières.

41. Lorsqu'un traité est, au moment de sa conclusion, incompatible avec le *jus cogens* et ainsi nul *ab initio*, les conséquences devraient être relativement simples. Puisque, en raison de sa nullité *ab initio*, le traité n'a pas vu le jour, ses dispositions ne peuvent être invoquées. Toutefois, des actes peuvent avoir été accomplis de bonne foi sur la base du traité nul, produisant des conséquences particulières. L'article 71 de la Convention de Vienne de 1969 dispose que dans le cas d'un traité qui est nul en vertu de l'article 53, « les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit » avec le *jus cogens* doivent être éliminées<sup>113</sup>. Premièrement, il convient de souligner que l'alinéa 1) a) de l'article 71 exige l'élimination des seules conséquences de tout acte « accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative ». En d'autres termes, il n'y a aucune obligation d'« éliminer » les conséquences des actes accomplis sur la base de dispositions qui ne sont pas en conflit avec le *jus cogens*. Ainsi, même si le traité dans son ensemble peut être nul, *certain*s actes, *accomplis* sur la base de dispositions qui ne sont pas elles-mêmes en conflit avec le *jus cogens*, peuvent être reconnus. Deuxièmement, les parties ont l'obligation d'« éliminer, *dans la mesure du possible*, »<sup>114</sup> les conséquences de tout acte accompli sur la base des dispositions du traité qui sont nulles. Cela donne à penser que certaines conséquences des actes en question peuvent très bien subsister, en d'autres termes qu'il peut être impossible d'éliminer toutes les conséquences.

42. Les conséquences de la nullité d'un traité ou de dispositions d'un traité due à un conflit avec une nouvelle norme du *jus cogens* sont un peu plus compliquées. Premièrement, comme la validité du traité entre sa conclusion et la survenance de la nouvelle norme impérative n'est pas affectée, les actes accomplis sur la base du traité ou de ses dispositions avant cette survenance demeurent valides. On ne saurait en effet exiger l'élimination de leurs conséquences. Le paragraphe 2 de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969 concerne les conséquences de la nullité découlant de la survenance d'une nouvelle norme du *jus cogens*. L'alinéa b) de ce paragraphe 2 dispose que la fin du traité (ou de dispositions de celui-ci) en vertu de l'article 64 « ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ». Ainsi, selon cette disposition, durant la période séparant la conclusion du traité et la survenance de la nouvelle norme du *jus cogens*, le traité (ou les dispositions de celui-ci) et ses conséquences sont valides. Par contre à compter de la survenance de cette nouvelle norme, les droits, obligations ou situations susvisés ne peuvent être maintenus « que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme ». La situation est ainsi fort différente de celle découlant de la nullité en vertu de l'article 53 (traité en conflit avec le *jus cogens* au moment de sa conclusion). Dans ce dernier cas, aucun droit, aucune obligation ni aucune situation créés en exécution du traité ne sont reconnus, que ces droit, obligations ou situations juridiques soient eux-mêmes incompatibles ou non avec le *jus cogens*.

43. Si les droits, obligations ou situations juridiques « créés par l'exécution » d'un traité qui devient nul en raison de la survenance d'une nouvelle norme impérative continuent d'être reconnus dans la mesure où ils ne sont pas eux-mêmes incompatibles avec le *jus cogens*, les obligations découlant du traité lui-même cessent de lier les

<sup>113</sup> Alinéa 1) a) de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>114</sup> Les italiques sont de nous.

parties<sup>115</sup>. Il va sans dire que lorsque la disposition nulle est séparable, les obligations découlant des autres dispositions du traité demeurent contraignantes.

44. Sur le fond, les conséquences du *jus cogens* en ce qui concerne la nullité des traités peuvent être résumées comme suit:

a) Un traité est nul si, au moment de sa conclusion, il est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Un tel traité ne crée ni droits ni obligations.

b) Un traité existant devient nul et prend fin s'il est en conflit avec une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) qui survient après sa conclusion. Les parties à un tel traité sont libérées de l'obligation de continuer à l'exécuter.

c) Un traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est nul dans son ensemble, et aucune de ses dispositions ne peut en être séparée.

d) Un traité qui devient nul en raison de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) prend fin dans son ensemble sauf si:

i) les dispositions qui sont en conflit avec la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ;

ii) les dispositions qui sont en conflit avec la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne constituent pas une base essentielle du consentement au traité ; et

iii) il ne serait pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

e) Les parties à un traité qui est nul parce qu'il est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) au moment de sa conclusion sont juridiquement tenues d'éliminer les conséquences de tout acte accompli sur la base de ce traité.

f) L'extinction d'un traité due à la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin sauf si ces droits, obligations ou situations juridiques sont eux-mêmes en conflit avec cette norme.

---

<sup>115</sup> L'alinéa 2) a) de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969 dispose que la fin d'un traité en vertu de l'article 64 « libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité ».

## 2. Procédures d'annulation des traités en conflit avec des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

45. Le premier rapport rappelait qu'à la Conférence de Vienne, les États avaient d'une manière générale appuyé le *jus cogens* et que, dans la mesure où des préoccupations avaient été exprimées au sujet des articles 53 et 64, elles découlaient de la crainte que les États n'abusent unilatéralement du pouvoir d'annuler des traités en invoquant les articles 53 et 64 et ne menacent ainsi la stabilité des relations conventionnelles<sup>116</sup>. Pour dissiper ces préoccupations, la Convention de Vienne de 1969 assujettit l'invocation des articles 53 et 63 à une procédure de règlement judiciaire des différends<sup>117</sup>. On peut, au mieux, douter que les procédures établies par la Convention relèvent du droit international coutumier, mais même si elles n'en relèvent pas, le Rapporteur spécial estime qu'il convient, étant donné le caractère délicat de l'annulation unilatérale de relations conventionnelles, de prévoir une garantie comparable dans les projets de conclusion en cours d'élaboration.

46. L'article 65 de la Convention de Vienne de 1969 définit la procédure générale à suivre en ce qui concerne la nullité d'un traité, son extinction, le retrait d'une partie ou la suspension de l'application du traité. En bref, cet article prévoit que la partie qui souhaite, entre autres, invoquer la nullité d'un traité doit notifier aux autres parties son intention de le faire dans un délai donné. Si à l'expiration de ce délai aucune partie n'a fait d'objection, la nullité prend effet. Si une objection est soulevée, l'article 65 prévoit également un règlement amiable du différend. Cet article ne précise toutefois pas comment le différend doit être réglé si la partie ayant soulevé l'objection et celle ayant fait la notification ne peuvent le régler à l'amiable.

47. En l'absence de règlement amiable en vertu de l'article 65, l'article 66 prévoit deux procédures distinctes. La première, applicable dans les cas où le *jus cogens* n'est pas en cause, et dont les modalités sont définies dans l'annexe de la Convention, fait intervenir une commission de conciliation constituée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies<sup>118</sup>. En dernière analyse, cette procédure est également une procédure de règlement amiable<sup>119</sup>. En cas de nullité en vertu de l'article 53 ou de nullité et d'extinction sur la base de l'article 64, la Convention prévoit une procédure de règlement des différends plus formelle. L'alinéa a) de l'article 66 dispose en effet que si une solution n'a pu être trouvée en application de l'article 65, « toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage ».

48. Il importe à titre préliminaire de souligner que l'alinéa a) de l'article 66 n'établit pas la condition de la nullité<sup>120</sup>. L'article 53 est clair et dénué d'ambiguïté: un traité est nul s'il est en conflit avec une norme du *jus cogens*, et l'article 64 est tout aussi clair: un traité devient nul et prend fin s'il est en conflit avec une nouvelle norme du *jus cogens* survenant après sa conclusion. Ces dispositions prévoient la nullité absolue

<sup>116</sup> A/CN.4/693, par. 36 (« Ainsi, s'il y a assurément eu beaucoup de discussions et de préoccupations au sujet de la disposition relative au *jus cogens*, elles concernaient davantage les détails et l'application de la règle consacrée dans le texte que la règle elle-même »).

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Voir l'article 66 b) de la Convention de Vienne de 1969 et l'annexe y relative.

<sup>119</sup> Voir les paragraphes 4 à 6 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>120</sup> Voir, par exemple, l'opinion individuelle du juge Winiarski dans la procédure relative à l'*Effet de jugements du tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif du 13 juillet 1954* : *CIJ Recueil 1954*, p. 47, p. 65 (« L'opinion d'après laquelle il serait possible pour une partie d'invoquer la règle de la nullité seulement dans le cas où une procédure à cet effet serait organisée, ne trouve pas d'appui dans le droit international ... L'absence de procédure organisée ne supprime pas la nullité ; la thèse: pas de nullité sans instance, n'est pas fondée. »).

et de plein droit d'un traité en conflit avec le *jus cogens*. Rien dans l'article 66 ne modifie cette situation de nullité absolue et de plein droit<sup>121</sup>. La décision de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral saisi en vertu de l'alinéa a) de l'article 66 ne crée pas la nullité, elle ne fait que la déclarer ou la confirmer<sup>122</sup>. S'il est exact, comme on l'a souligné, qu'« il serait difficile d'affirmer avec quelque autorité qu'un traité est nul » sur la base de « déclarations unilatérales » en vertu de l'article 53, ça n'est pas une conséquence du *jus cogens*<sup>123</sup>. Il s'agit d'un problème de droit international qui découle de l'auto-interprétation dans le cadre d'un ordre juridique décentralisé sans système obligatoire de règlement judiciaire. Ce problème touche également la nullité en cas de fraude ou de contrainte.

49. Une deuxième observation préliminaire s'impose: si le texte de l'alinéa a) de l'article 66 vise « un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 », il semble clair que cette disposition se limite à un aspect particulier du *jus cogens*, à savoir la nullité d'un traité. À cet égard, l'alinéa a) de l'article 66 doit être envisagé dans le contexte de la section 4 de la partie V de la Convention, relative à la procédure à suivre concernant la nullité. Cet alinéa ne peut être invoqué dans le but de déterminer si telle ou telle norme est une norme du *jus cogens* ni pour identifier d'autres conséquences du *jus cogens*. Cette interprétation étroite a été confirmée dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo*<sup>124</sup>. Dans sa requête, la République démocratique du Congo soutenait que l'article 66 a) de la Convention de Vienne de 1969 « prévo[yait] la compétence de la Cour pour régler les différends *nés de la violation de normes impératives ...* »<sup>125</sup>. Or le différend ne concernait pas la question étroite de la nullité d'un traité, puisque la République démocratique du Congo ne soutenait pas qu'*un traité donné* était nul parce qu'en conflit avec le *jus cogens*. C'est cette question étroite (celle de la nullité) qui fait l'objet de l'article 66<sup>126</sup>.

50. L'alinéa a) de l'article 66 soulève au moins deux questions. Premièrement, il n'indique pas qui peut saisir la Cour internationale de Justice en cas de différend sur la validité du traité. Un État tiers qui n'est pas partie au traité peut-il également saisir la Cour en vertu de l'alinéa a) de l'article 66? Deuxièmement, la procédure prévue à cet alinéa peut-elle être invoquée hors du cadre de la Convention de Vienne de 1969, c'est-à-dire par ou contre un État qui n'est pas partie à celle-ci?

51. Il peut être utile de commencer par la question de savoir si la procédure prévue à l'article 66 a) peut être invoquée hors du cadre de la Convention. Le droit international en la matière est tout à fait clair. En règle générale, seules les parties à un traité sont liées par celui-ci, en tirent des avantages et en assument les obligations<sup>127</sup>. Il y a bien entendu des exceptions à cette règle générale<sup>128</sup>. Il est également admis en droit international que des règles conventionnelles qui ne lient

<sup>121</sup> Voir toutefois Gaja, « *Jus cogens* beyond the Vienna Convention » (*supra* note 87), p. 283 (« un conflit avec une norme impérative ne rend un traité nul que si une des parties agit à cette fin »).

<sup>122</sup> Voir Merlin M Magallona, « The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Philippine Law Journal*, vol. 51 (1976), p. 521-542, p. 529 et 533.

<sup>123</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 76.

<sup>124</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, *CIJ Recueil 2006*, p. 6

<sup>125</sup> *Ibid.*, par. 2 et par. 15 (les italiques sont de nous).

<sup>126</sup> Voir, à cet égard, la réponse du Rwanda à l'argument de la République démocratique du Congo, *ibid.*, par. 123. Voir sur ce point Focarelli, « Promotional *jus cogens* » (*supra* note 61), p. 431-433.

<sup>127</sup> Voir, de manière générale, l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>128</sup> Voir l'article 35 de la Convention de Vienne de 1969, qui dispose qu'« [u]ne obligation naît pour un État tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'État tiers accepte expressément par écrit cette obligation ». Voir également l'article 36, qui dispose que des traités peuvent, dans certaines conditions, conférer des droits à des États tiers.

pas les États tiers peuvent devenir obligatoires pour ces États si, par l'effet de la pratique et de l'*opinio juris*, elles en viennent à être incorporées au droit international coutumier. Or rien n'atteste l'existence d'une pratique ou d'une *opinio juris* permettant de conclure que la procédure prévue à l'alinéa a) de l'article 66 relève du droit international coutumier. Toutefois, sans cette procédure, la possibilité demeure<sup>129</sup>, faible mais lourde de conséquences, d'invocations unilatérales de la nullité d'un traité. Après tout, comme le Rapporteur spécial l'a proposé dans ses premier et deuxième rapports et comme les membres de la Commission l'ont admis à l'unanimité, le *jus cogens* fait bien partie intégrante du droit international général, même au-delà du droit des traités et de la Convention de Vienne de 1969<sup>130</sup>. Ainsi, si, au-delà de la Convention de Vienne de 1969, la procédure prévue à l'article 66 ne fait pas partie du droit international général et si les articles 53 et 64 en font partie, il serait loisible aux États, en l'absence de la garantie énoncée à l'article 66, de déclarer unilatéralement qu'un traité est nul parce qu'il est en conflit avec le *jus cogens*<sup>131</sup>.

52. Cela étant, le Rapporteur spécial propose que la Commission recommande, à titre de pratique, que, même lorsque la Convention de Vienne ne s'applique pas parce que l'un des États concernés ou les deux n'y sont pas parties, la procédure prévue à l'alinéa a) de l'article 66 soit applicable<sup>132</sup>. Tout projet de conclusion qui sera adopté à cet égard devra s'accompagner d'un commentaire indiquant clairement que la disposition n'a valeur que de recommandation et ne reflète pas l'état du droit international. Quoi qu'il en soit, la pratique ainsi recommandée sera toujours subordonnée aux conditions énoncées à l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice concernant la compétence de celle-ci ; le projet de conclusion ne peut conférer valeur juridique à cette pratique. Toutefois, un État qui ne consent pas au règlement judiciaire risque qu'un autre État déclare unilatéralement qu'un traité est nul parce qu'en conflit avec le *jus cogens* ou inversement, la déclaration selon laquelle est nul un traité parce qu'il est en conflit avec le *jus cogens* risque de n'être pas reconnue. Ces considérations pratiques, associées à un projet de conclusion établi par la Commission, pourront encourager tant la partie voulant annuler un traité que la partie souhaitant en préserver la validité à soumettre leur différend à une juridiction internationale.

53. On a dit que tel que libellé l'alinéa a) de l'article 66 ne pouvait être invoqué que par les parties au traité en cause<sup>133</sup>. Pourtant il n'est pas clair que cet alinéa ne

<sup>129</sup> Le nombre limité des cas dans lesquels un conflit avec le *jus cogens* a été invoqué pour annuler un traité montre que cette possibilité est faible.

<sup>130</sup> A/CN.4/693, par. 46-49, et A/CN.4/706, par. 32. Voir sur ce point Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens* norms » (*supra* note 60), p. 213 et suivantes.

<sup>131</sup> Voir toutefois Magallona, « The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties » (*supra* note 122). Bien que Magallona aboutisse à la conclusion opposée, sa conclusion semble reposer sur l'opinion erronée selon laquelle un traité en conflit avec le *jus cogens* devient nul lorsque sa nullité est déclarée dans le cadre de la procédure prévue à l'article 66.

<sup>132</sup> La Commission a calqué l'article 9 des Articles sur les effets des conflits armés sur les traités sur l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969, *Annuaire... 2011, vol. II (deuxième partie)*, par. 100-101.

<sup>133</sup> Knuchel, « *Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms » (*supra* note 64), p. 152. Voir également, Christian Tomuschat, « Obligations arising for State without or against their will », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1993*, vol. 195, p. 241-374, p. 363 (« Les rédacteurs de la Convention de Vienne ... sont même allés jusqu'à faire du conflit entre un traité et une norme du *jus cogens* une situation juridique qui, de manière comparable, devrait être réglée exclusivement par les parties au traité, aucun État tiers n'étant autorisé à invoquer la nullité si aucun des États parties ne l'a fait. ») (les italiques sont de nous). Karl Zemanek, « The metamorphosis of *jus cogens*: From an institution of treaty law to the bedrock of the international legal order? », dans *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Cannizzaro (*supra* note 101), p. 392 (« seule une partie contractante invoque la nullité ... »).

s'applique qu'aux parties au traité dont la nullité est invoquée. Certes, cet alinéa vise « toute partie » et l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 définit le terme « partie » comme s'entendant d'« un État qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur »<sup>134</sup>. Mais l'article 66 a) ne vise pas simplement « les parties » mais « toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 » (les italiques sont de nous). Le sens littéral de ce membre de phrase semble aller au-delà des parties telles que celles-ci sont définies à l'alinéa 1) g) de l'article 2, et viser toute partie à un différend concernant l'interprétation des articles 53 ou 64.

54. Bien entendu, il est peu probable qu'un État qui n'est pas partie à un traité soit partie à un différend relatif à l'interprétation ou l'application de ce traité. De ce point de vue, une autre interprétation de l'article 66 a) consisterait à considérer que l'expression « partie à un différend » signifie « partie au traité partie à un différend relatif à un conflit entre ce traité et une norme du *jus cogens*. ». Toutefois, interpréter l'alinéa a) de l'article 66 comme excluant que d'autres États puissent saisir la Cour internationale de Justice afin qu'elle se prononce sur la validité du traité crée une incertitude. Un État qui n'est pas partie à un traité qui, selon lui, est en conflit avec le *jus cogens* serait tenu de ne pas reconnaître ce traité et les conséquences qui en découlent<sup>135</sup>. Après tout, la nature du *jus cogens*, qui implique une nullité absolue et une non-reconnaissance, doit permettre à tout État d'invoquer le *jus cogens* pour annuler un traité qui est en conflit avec une norme du *jus cogens*<sup>136</sup>. Il serait donc opportun, pour la certitude, que la Commission indique dans un projet de conclusion, sous réserve des conditions susvisées, que: tout différend concernant la question de savoir si un traité est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) devrait être soumis à la Cour internationale de Justice pour décision à moins que les parties au différend ne conviennent de le soumettre à l'arbitrage.

### 3. Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur l'interprétation des traités

55. L'une des règles les plus fondamentales de l'ordre juridique international est la règle *pacta sunt servanda*. Ce principe du droit international a été codifié à l'article 26 of the Convention de Vienne de 1969<sup>137</sup>. L'application des règles énoncées aux articles 53 et 64 de la Convention pourrait porter atteinte à ce très important principe en annulant des traités librement conclus. Si la Convention prévoit d'autres motifs de nullité des traités<sup>138</sup>, le motif de nullité tiré du *jus cogens* (articles 53 et 64) est le seul qui aille à l'encontre du principe *pacta sunt servanda*. Tous les autres motifs supposent un « vice » dans le consensus sur lequel l'accord repose. Les effets du *jus cogens* sur la validité des traités représentent donc une limitation étonnante de cet

<sup>134</sup> Alinéa 1) g) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>135</sup> Voir, à ce propos, *infra* par. 95-101.

<sup>136</sup> Antonio Cassese, *International law*, 2<sup>e</sup> édition (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 177 (« il semblerait que les règles coutumières correspondant aux dispositions de la Convention de Vienne sur la nullité des traités doivent être interprétées comme autorisant tout État concerné, qu'il soit ou non partie au traité, à invoquer le *jus cogens* ... ») ; Alexander Orakhelashvili, *Peremptory norms in international law* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 142 (« Une autre conséquence de la nullité objective en vertu de l'article 53 ... est que la capacité d'invoquer la nullité n'est pas limitée aux parties au traité. »).

<sup>137</sup> L'article 26 de la Convention de Vienne se lit comme suit: « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. ».

<sup>138</sup> Défaut de compétence (articles 46 et 47), erreur (article 48), fraude (article 49), corruption (article 51) et contrainte (article 52).

important principe. L'impact considérable du *jus cogens* sur la validité des traités a amené un commentateur à le décrire comme « draconien »<sup>139</sup>.

56. Il est à l'évidence nécessaire d'éviter l'annulation « draconienne » d'un traité reflétant le véritable consensus des parties. Les implications des articles 53 et 64 sont toutefois claires: un traité en conflit avec une norme du *jus cogens* est nul ou le devient. Cela dit, on ne peut répondre à la question de savoir si un traité est en conflit avec une norme du *jus cogens* qu'après en avoir établi le sens, ce qui nécessite l'application des règles d'interprétation relevant du droit international coutumier énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention<sup>140</sup>.

57. La règle fondamentale d'interprétation veut que les traités soient interprétés de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à leurs termes dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but<sup>141</sup>. Dans le cadre de cette règle fondamentale, la Convention de Vienne exige que l'interprète tienne compte d'autres éléments, notamment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure (alinéas 3) a) et 3) b) de l'article 31, respectivement). L'alinéa 3) c) de l'article 31 revêt une importance particulière, qui dispose qu'il « sera » tenu compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. ». Selon le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation, « le recours aux règles générales du droit international dans le cadre de l'interprétation d'un traité est un processus quotidien, même inconscient »<sup>142</sup>. Le but de cette règle est décrit par le Groupe d'étude comme étant d'« effectuer l'interprétation de manière à envisager les règles compte tenu d'un objectif compréhensible » et d'« accorder la priorité à des préoccupations qui sont plus importantes »<sup>143</sup>, en d'autres termes, promouvoir la hiérarchie. Ces règles comprennent les normes du *jus cogens*<sup>144</sup>.

58. Les considérations qui précèdent révèlent deux faits juridiques. Premièrement, lorsque cela est possible, l'annulation d'un traité reflétant le consensus des parties doit être évitée conformément au principe *pacta sunt servanda*. En d'autres termes, la nullité d'un traité au motif qu'il est incompatible avec une norme du *jus cogens* ne devrait pas être admise trop facilement et il convient de s'efforcer dans toute la mesure possible de préserver la validité du traité. Le deuxième fait juridique est que dans l'interprétation d'un traité, il faut tenir compte des normes du *jus cogens*. Pris ensemble, ces deux éléments juridiques requièrent que l'application des règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 vise dans la mesure du possible à interpréter le traité d'une manière compatible avec le *jus cogens* et ainsi à éviter l'effet « draconien » de la nullité. Il va sans dire que ceci ne signifie pas que, pour parvenir à une interprétation compatible avec le *jus cogens*, les autres règles d'interprétation

<sup>139</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, (*supra* note 60), p. 69.

<sup>140</sup> Projet de conclusion 2, par. 1, des projets de conclusion concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés par la Commission en première lecture, rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session, (A/71/10), par. 75 (« Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énoncent, respectivement, la règle générale d'interprétation et la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation. Ces règles sont également applicables à titre de droit international coutumier. »). Pour les sources étayant cette proposition, voir le paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 2, *ibid.*, par. 76.

<sup>141</sup> Article 31, par. 1), de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>142</sup> « 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 Koskeniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session, le texte définitif sera publié en tant qu'additif dans l'*Annuaire ... 2006, vol. II (deuxième partie)*, par. 414.

<sup>143</sup> *Ibid.*, par. 419.

<sup>144</sup> Cezary Mik, « *Jus cogens* in contemporary international law », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33 (2013), p. 27-93, p. 74.

énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 peuvent être méconnues. Il ne s'agirait pas d'une « interprétation » mais d'une modification, laquelle doit être laissée aux parties.

59. Bien qu'ils n'invoquent pas expressément l'alinéa 1) c) du paragraphe 3 de l'article 31, la pratique et les décisions et avis des juridictions internationales semblent confirmer qu'en règle générale l'interprète doit si possible interpréter le traité de manière à ce que celui-ci ne soit pas en conflit avec une norme du *jus cogens* et ne soit donc pas nul. Le Traité de garantie entre Chypre, la Grèce, le Royaume-Uni et la Turquie fournit un bon exemple<sup>145</sup>. Étant donné les critiques suscitées par l'invocation de ce traité dans le premier rapport, il est nécessaire de rappeler que ça n'est pas parce qu'il cite une pratique des États ou une décision d'une juridiction internationale que le Rapporteur spécial l'approuve quant au fond. Il ne peut toutefois méconnaître une pratique au seul motif que certains États la contestent. L'article IV du Traité de garantie se lit comme suit :

En cas de violation des dispositions du présent Traité, la Grèce, le Royaume-Uni et la Turquie s'engagent à se concerter en vue des démarches ou mesures nécessaires pour en assurer l'observation.

Dans la mesure où une action commune ou concertée ne s'avérerait pas possible, chacune des trois Puissances garantes se réserve le droit d'agir dans le but exclusif du rétablissement de l'ordre créé par le présent Traité.

60. En 1963, Chypre a adressé au Président du Conseil de sécurité une lettre pour se plaindre de l'emploi de la force par la Turquie<sup>146</sup>. Certains ont fait valoir, en particulier la Turquie et le Royaume-Uni, que l'article IV autorisait l'emploi de la force<sup>147</sup>. Si le Traité de garantie est souvent cité comme fournissant un exemple de situation dans laquelle un État (Chypre) affirme qu'un traité est nul, Chypre a fait beaucoup plus que cela. Chypre a déclaré que le traité serait nul parce qu'en conflit avec le *jus cogens* s'il était interprété d'une manière autorisant l'emploi unilatéral de la force. Devant le Conseil de sécurité, Chypre a déclaré ce qui suit:

les expressions « intervention militaire », « recours à la force » ou « menace de recours à la force » n'apparaissent nulle part dans le texte de l'article IV. Pourtant, la Turquie semble interpréter cet article comme donnant le droit d'intervenir militairement de façon unilatérale ... Il est évident que l'article IV du Traité de garantie tel que l'interprète la Turquie est contraire aux normes impératives du droit international, au *jus cogens*<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> Voir, à ce propos, Gaja, « *Jus cogens* beyond the Vienna Convention » (*supra* note 87), p. 288 ; Lauri Hannikainen, *Peremptory norms (Jus Cogens) in international law* (Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1988) ; Andrew Jacovides, « Treaties conflicting with peremptory norms of international law and the Zurich –London Agreement », dans *International law and diplomacy*, Andrew Jacovides (dir. publ.), (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011).

<sup>146</sup> Lettre datée du 26 décembre 1963, adressée au Président du Conseil de sécurité par le représentant de Chypre, document S/5488.

<sup>147</sup> Voir, par exemple, la déclaration du Royaume-Uni, 1098<sup>e</sup> séance du Conseil de sécurité, 27 février 1964 (S/PV.1098), par. 66-68 et 79, selon laquelle les mesures prises en application de l'article IV ne violeraient pas le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Voir aussi, de manière générale, Turquie, 1095<sup>e</sup> séance, 18 février 1963 (S/PV.1095). À la 1098<sup>e</sup> séance, le Ministre ture des affaires étrangères a été cité par le Ministre chypriote comme ayant déclaré ce qui suit: « La Turquie a décidé d'user de son droit d'intervention unilatéral conformément à l'article IV du Traité de garantie » (S/PV.1098, par. 90).

<sup>148</sup> 1098<sup>e</sup> séance, 27 février 1964 (S/PV.1098), par. 91-95. Voir également Grèce, 1098<sup>e</sup> séance (S/PV.1097), par. 168-169.

61. De fait, le Royaume-Uni, dans sa défense du traité, avance une interprétation compatible avec l'interdiction de l'emploi de la force – la norme du *jus cogens*<sup>149</sup>. Dans la résolution qu'il a adoptée à l'issue du débat, le Conseil de sécurité n'a pas fait de déclaration concernant le traité, mais a « exig[é] qu'il soit mis fin immédiatement à toute intervention militaire » et a demandé à tous les États concernés de « respecter l'intégrité territoriale de Chypre »<sup>150</sup>. Le Conseil semble donc avoir attribué au traité un sens le rendant compatible avec la règle du *jus cogens* interdisant l'emploi de la force. L'Assemblée générale a elle aussi adopté une résolution demandant aux États d'agir « conformément » à l'obligation de *jus cogens* énoncée aux « paragraphes 1 et 4 de l'Article 2 » de la Charte des Nations Unies<sup>151</sup>. L'appel à l'action conforme au *jus cogens* dans le respect du traité lui-même implique une interprétation de celui-ci compatible avec le *jus cogens*.

62. L'Accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et le Royaume du Maroc de 2006<sup>152</sup> fournit un autre exemple du rôle du *jus cogens* dans l'interprétation des traités. Le champ d'application territorial de cet accord englobe potentiellement les eaux situées au large du Sahara occidental, au mépris du droit à l'autodétermination, généralement considéré comme faisant partie du *jus cogens*, du peuple du Sahara occidental<sup>153</sup>. Le Front Polisario a réussi à faire annuler cet accord devant le Tribunal de l'Union européenne au motif qu'il était en conflit avec le droit à l'autodétermination<sup>154</sup>. Toutefois, en appel, la Grande Chambre s'est efforcée d'interpréter l'Accord de manière à ce qu'il soit compatible avec le droit à l'autodétermination<sup>155</sup>. Bien que l'arrêt de la Grande Chambre s'appuie notamment sur la règle *pacta tertiis*<sup>156</sup>, la décision est essentiellement fondée sur le principe de l'autodétermination, que la Cour décrit comme étant « un des principes essentiels du droit international » et un droit *erga omnes*<sup>157</sup>. La Cour, invoquant l'alinéa 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, déclare qu'il convient de tenir compte du principe énoncé dans cette disposition dans l'interprétation de l'Accord de

<sup>149</sup> Royaume-Uni, 1098<sup>e</sup> séance, 27 février 1964 (S/PV.1098), par. 66-67.

<sup>150</sup> Résolution 353 (1974) du Conseil de sécurité, 20 juillet 1974, par. 1 et 3.

<sup>151</sup> Résolution 2077(XX) de l'Assemblée générale, 18 décembre 1965, par. 2.

<sup>152</sup> Voir Règlement (CE) n° 764/2006 du Conseil, en date du 22 mai 2006 relatif à la conclusion de l'Accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et le Royaume du Maroc, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 141/1 (29 mai 2006).

<sup>153</sup> Sur le caractère de *jus cogens* du principe de l'autodétermination, voir par. 5 du commentaire de l'article 26 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001, vol. II (deuxième partie)* et corrigendum, par. 76-77. Voir également, précisément au sujet de l'illicéité de l'accord en raison de son incompatibilité avec le principe de *jus cogens* de l'autodétermination, Hans Corell, « The Legality of the Exploring and Exploiting Natural Resources in Western Sahara », dans *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Neville Botha, Michèle Olivier et Delarey van Tonder (dir. publ.) (Pretoria, 2008), p. 242-243.

<sup>154</sup> *Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario) c. Conseil de l'Union européenne*, affaire T-512/12, jugement du Tribunal de première instance (huitième Chambre), Cour de justice de l'Union européenne, 10 décembre 2015, par. 247 (« Il convient de faire droit au recours [du Front Polisario] et d'annuler la décision attaquée en ce qu'elle approuve l'application de l'accord. »). Le paragraphe 2 dispositif du jugement (*ibid.*, par. 251) se lit comme suit: « La décision... du Conseil... concernant la conclusion de l'accord... est annulée en ce qu'elle approuve l'application dudit accord au Sahara occidental. ».

<sup>155</sup> *Conseil de l'Union européenne c. Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)*, affaire C-104/16 P, arrêt de la Cour de justice (Grande Chambre) de l'Union européenne, 21 décembre 2016, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 53/19, (20 février 2017). Voir *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg Hafen*, affaire C-381/08, arrêt de la Cour de justice (Quatrième Chambre) de l'Union européenne, 25 février 2010, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 100/04 (17 avril 2010).

<sup>156</sup> *Conseil de l'Union européenne c. Front Polisario* (voir note précédente), par. 100.

<sup>157</sup> *Ibid.*, par. 88.

partenariat<sup>158</sup>. Sur la base, entre autres, de cette évaluation, la Grande Chambre conclut qu'« [i]l s'ensuit que l'Accord [de partenariat] ne pouvait pas être compris, au moment de sa conclusion, en ce sens que son champ d'application territorial incluait le territoire du Sahara occidental »<sup>159</sup>.

63. Toutefois, confirmant la réserve exprimée plus haut, à savoir que l'application de cette règle d'interprétation « ne signifie pas que, pour parvenir à une interprétation compatible avec le *jus cogens*, les autres règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 peuvent être méconnues »<sup>160</sup>, la Grande Chambre lie expressément son interprétation au sens ordinaire des termes de l'Accord de partenariat<sup>161</sup>.

64. L'affaire des *Plateformes pétrolières* fournit également un exemple du recours à l'interprétation pour éviter un sens incompatible avec une norme du *jus cogens*<sup>162</sup>. L'argument, s'agissant de l'interprétation de l'article XX du Traité d'amitié, de relations économiques et de droits consulaires entre les États-Unis et l'Iran, a été formulé plus explicitement par la République islamique d'Iran, qui a fait les observations suivantes:

En vertu de l'article 53 de la Convention de Vienne..., une disposition d'un traité qui est en conflit avec une norme du *jus cogens* est nulle ... C'est-à-dire que le traité dans son ensemble est nul. Ces dispositions rigoureuses doivent engendrer un principe strict d'interprétation, de telle manière que toute disposition d'un traité doit être interprétée, si elle peut l'être, de manière à ne pas être en conflit avec cette règle<sup>163</sup>.

65. La Cour n'a pas elle-même expressément invoqué le *jus cogens*, mais elle a jugé que l'alinéa 1) d) de l'article XX devait être interprété de telle manière qu'il soit compatible avec l'interdiction de l'emploi de la force, une autre norme dont le statut de *jus cogens* est généralement admis<sup>164</sup>. La Cour a déclaré ce qui suit:

conformément aux règles générales d'interprétation des traités... l'interprétation doit tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »... La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l'emploi de

<sup>158</sup> Ibid., par. 89 et 86.

<sup>159</sup> Ibid., par. 112.

<sup>160</sup> Voir par. 58 du présent rapport.

<sup>161</sup> *Conseil de l'Union européenne c. Front Polisario*, (supra note 155), par. 94-96.

<sup>162</sup> *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, arrêt, CIJ Recueil 2003*, p. 161.

<sup>163</sup> *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Réplique et réponse à la demande reconventionnelle des États-Unis d'Amérique déposée par la République islamique d'Iran, Vol. I, 10 mars 1999, p. 164-165. La République islamique d'Iran a avancé un argument comparable en ce qui concerne une résolution du Conseil de sécurité lors d'une séance du Conseil de sécurité consacrée à la situation en République de Bosnie-Herzégovine. Voir Iran (République islamique d'), 3370<sup>e</sup> séance, 27 avril 1994 (S/PV.1098 et Corr.1 et 2) (« La résolution 713 (1991) adoptée dans des circonstances totalement différentes et avant l'existence de la République de Bosnie-Herzégovine ne peut être interprétée aujourd'hui d'une façon contraire à la Charte des Nations Unies et aux principes du *jus cogens*. Une telle interprétation rendrait évidemment la résolution elle-même non valable et illégale. »).

<sup>164</sup> Sur le statut de *jus cogens* de l'interdiction de l'emploi de la force, voir le paragraphe 5) du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001, vol. II (deuxième partie)*, et corrigendum.

la force, de sorte qu'il puisse être utilement invoqué... en cas d'emploi illicite de la force<sup>165</sup>.

66. Dans son opinion individuelle, le juge Simma a été plus explicite à cet égard:

La Cour, au paragraphe 41 de l'arrêt, admet donc à juste titre le principe selon lequel les dispositions d'un traité doivent être interprétées et appliquées à la lumière du droit conventionnel applicable entre les parties ainsi que des règles de droit international général... Et si ces règles générales de droit international ont un caractère impératif, comme c'est indéniablement le cas en l'espèce, alors le principe d'interprétation qui vient d'être mentionné devient une limite juridiquement infranchissable pour l'interprète<sup>166</sup>.

67. La Commission elle-même a déjà reconnu qu'un « puissant principe d'interprétation » s'appliquait en ce qui concerne les normes du *jus cogens* dans le contexte de l'interprétation d'un traité. Elle a souligné qu'en cas de conflit entre une disposition conventionnelle à première vue licite et une norme du *jus cogens*, un tel conflit serait réglé parce que « les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation qui devraient permettre de résoudre la totalité ou la plupart des conflits apparents »<sup>167</sup>.

68. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit: une disposition d'un traité devrait autant que possible être interprétée d'une manière qui la rende compatible avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

#### 4. Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les réserves aux traités

69. La Commission a déjà examiné la relation entre le *jus cogens* et les réserves aux traités dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités (2011)<sup>168</sup>. Le Guide de la pratique, bien que non contraignant, est le résultat de travaux concertés de la Commission, a été adopté relativement récemment et est fondé sur des éléments très divers, notamment la pratique des États. Le Rapporteur spécial considère que la Commission devrait dans la mesure du possible fonder ses conclusions sur ces travaux.

70. Il peut être utile de reproduire les directives du Guide de la pratique concernant le *jus cogens*:

Directive 4.4.3. *Absence d'effet sur une norme impérative du droit international général* (*jus cogens*)

1. Une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de cette norme, qui continue à s'appliquer à ce titre entre l'État ou l'organisation auteur de la réserve et les autres États ou organisations internationales.

<sup>165</sup> *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 161, p. 181-182, par. 40-41.*

<sup>166</sup> *Ibid.*, opinion individuelle du juge Simma, par. 9. Voir également les par. 8 et 9 de l'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh.

<sup>167</sup> Paragraphe 3 du commentaire de l'article 26 sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001, vol. II (deuxième partie)* et corrigendum.

<sup>168</sup> *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* adopté par la Commission à sa soixante-troisième session, Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10, additif (A/66/10/Add.1)*.

2. Une réserve ne peut pas exclure ou modifier l'effet juridique d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général.

71. Le premier paragraphe découle de la manière dont le droit international opère normalement. Une réserve à une disposition conventionnelle qui reflète une norme du *jus cogens* peut, sous réserve des règles du droit international relatives aux réserves aux traités, toucher l'applicabilité de la *règle conventionnelle en tant que telle*, mais elle n'a aucun effet sur la norme du *jus cogens* reflétée dans cette règle. Cela n'a rien d'extraordinaire et ne découle même pas de la supériorité hiérarchique de normes du *jus cogens*, mais tient au fait que la disposition conventionnelle à laquelle une réserve est formulée et la norme du *jus cogens* en cause existent séparément<sup>169</sup>. La directive s'applique également si la règle conventionnelle en cause reflète une autre règle conventionnelle, une règle du droit international coutumier ou même un principe général du droit<sup>170</sup>. Ce qui importe est que la Commission a décidé de ne pas inclure dans le Guide de directive disposant que les réserves à une disposition conventionnelle reflétant une norme du *jus cogens* sont interdites. De telles réserves seront ou non substantiellement valides selon qu'elles sont ou non compatibles avec l'objet et le but du traité ou interdites par celui-ci<sup>171</sup>. Il convient toutefois de noter que de l'avis du Rapporteur spécial, il est difficile (mais non impossible) de concevoir une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une norme du *jus cogens* qui réponde aux conditions énoncées à l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969<sup>172</sup>. La Commission n'a toutefois pas été de cet avis, et c'est pourquoi elle a décidé de ne pas exclure la possibilité que des réserves à une disposition conventionnelle reflétant une norme du *jus cogens* puissent être formulées<sup>173</sup>.

72. Bien que la directive 4.4.3 n'interdise pas les réserves à des dispositions conventionnelles reflétant ou consacrant des normes du *jus cogens*, elle indique clairement qu'un État ne peut se soustraire au caractère contraignant d'une norme impérative du *droit international général* en formulant une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une telle norme.

73. Une question différente mais connexe est celle de savoir si une réserve peut être validement formulée à une disposition relative à un mécanisme de règlement des différends ou d'exécution. À de nombreux égards, la directive 4.4.3 répond déjà à cette question. Néanmoins, étant donné son importance, celle-ci est envisagée de manière plus exhaustive ci-après dans le présent rapport<sup>174</sup>.

74. Le paragraphe 2 de la directive 4.4.3 concerne non une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une norme du *jus cogens* mais une réserve visant à faire en sorte que l'application du traité aille à l'encontre d'une norme du *jus cogens*.

<sup>169</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua. c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 14, par. 175.

<sup>170</sup> Voir *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, directive 3.1.5.3 (« Le fait qu'une disposition conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier n'empêche pas par lui-même la formulation d'une réserve à cette disposition. »). Voir en particulier le paragraphe 19 du commentaire de la directive 3.1.5.3.

<sup>171</sup> Voir l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>172</sup> Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 24 (1994) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/49/40)*, vol. I, annexe V, par. 8. Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the "highest law"? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 66), p. 174 (« Les réserves à un traité multilatéral qui sont incompatibles avec une norme impérative ne sont pas autorisées. »).

<sup>173</sup> *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, par. 17 du commentaire de la directive 3.1.5.3.

<sup>174</sup> Voir *infra*, par. 134-137.

L'exemple classique, cité dans le commentaire de la directive 4.4.3, est celui d'une réserve « qui tendrait à exclure une catégorie de personnes de l'exercice de certains droits accordés au titre du traité »<sup>175</sup>. Le droit à des contraceptifs n'est probablement pas une norme du *jus cogens*. Ainsi la formulation d'une réserve à une disposition conventionnelle y relative ne serait pas contraire à une norme du *jus cogens*. Par contre, une réserve limitant l'exercice de ce droit à un groupe racial particulier, ou excluant un groupe racial particulier de la jouissance de ce droit conventionnel, porterait atteinte à la norme généralement admise du *jus cogens* qui interdit la discrimination raciale<sup>176</sup>.

75. Une réserve qui vise à « exclure ou modifier l'effet juridique » d'une disposition conventionnelle d'une manière incompatible avec une norme du *jus cogens* est nulle et de nul effet. L'État concerné demeure ainsi lié par la disposition conventionnelle en cause sans le bénéfice de sa réserve. Il est exact que la Convention de Vienne de 1969 est muette sur les effets d'une réserve non valide. De plus, comme l'indique le commentaire de la directive 4.5, les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, que ce soit à la Commission ou à la Conférence de Vienne, ne sont d'aucune aide<sup>177</sup>. Comme l'indique la directive 4.5.1, une réserve qui est nulle est « dépourvue de tout effet juridique ». Toutefois, une telle réserve ne porte pas atteinte à l'applicabilité du traité.

76. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Une réserve à une disposition conventionnelle qui reflète une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de cette norme, qui continue à s'appliquer.

b) Une réserve visant à exclure ou modifier les effets juridiques d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est non valide.

## C. Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur le droit de la responsabilité de l'État

### 1. Généralités

77. Les conséquences les plus évidentes des normes du *jus cogens* concernent les traités, principalement parce que droit relatif au *jus cogens* s'est développé en grande partie du fait de la Convention de Vienne de 1969, qui a codifié le droit des traités. Il semble également exister un assez large consensus sur les effets du *jus cogens* sur le droit de la responsabilité de l'État<sup>178</sup>. Cela n'est pas non plus surprenant, puisque les effets du *jus cogens* sur le droit de la responsabilité de l'État ont été envisagés dans les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

<sup>175</sup> *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* (*supra* note 156), par. 5 du commentaire de la directive 4.4.3.

<sup>176</sup> Voir, par exemple, par. 5 du commentaire de l'article 26 des du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001, vol. II (deuxième partie)* et corrigendum, par. 76-77.

<sup>177</sup> *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, par. 3-18 du commentaire de la directive 4.5

<sup>178</sup> D'Aspremont, « *Jus cogens* as a social construct without pedigree » (*supra* note 71), p. 94, par exemple, oppose les « nouveaux effets juridiques » à la « non-dérogeabilité traditionnelle du droit des traités ou les conséquences des violations graves du *jus cogens* en droit de la responsabilité de l'État ». De même, les membres de la Commission ayant demandé que le sujet à l'examen ne soit pas envisagé dans la seule perspective du droit des traités ont généralement mentionné le droit de la responsabilité de l'État. Voir rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session (A/71/10), par. 112.

(ci-après les « Articles sur la responsabilité de l'État »), un instrument influent<sup>179</sup>. Bien que certains aient affirmé que les normes du *jus cogens* n'avaient aucun effet sur le droit de la responsabilité de l'État<sup>180</sup>, cette opinion suppose que la « non-validité » et la « non-dérogeabilité » sont les seules conséquences des normes du *jus cogens*<sup>181</sup>. Or il n'y a a priori aucune raison pour qu'il en soit ainsi. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, sur lequel repose cette opinion, mentionne la nullité (d'un traité) comme *une* conséquence du caractère impératif et la dérogeabilité (ou non-dérogeabilité) est visée dans le cadre de la définition des normes impératives, dont les nuances particulières sont décrites dans le deuxième rapport.

78. Aux termes des Articles sur la responsabilité de l'État, « les obligations imposées aux États par des normes impératives » touchent des « intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble » et « entraînent un régime de responsabilité plus strict que celui qui s'applique à d'autres faits internationalement illicites »<sup>182</sup>. Ces articles identifient deux conséquences générales des normes du *jus cogens*. La première, énoncée à l'article 26, est que les circonstances excluant l'illicéité prévues au chapitre V ne peuvent être invoquées pour exclure l'illicéité d'un fait contraire à une norme du *jus cogens*. La seconde est que les manquements graves à des obligations découlant de normes du *jus cogens* touchent la communauté internationale des États dans son ensemble et ont ainsi des effets juridiques pour les États tiers<sup>183</sup>. Cette dernière conséquence elle-même implique l'obligation pour tous les États, premièrement, de coopérer pour mettre fin à toute violation des normes du *jus cogens* et, deuxièmement, de ne pas reconnaître comme licites les situations créées par des violations de normes du *jus cogens* ou de prêter assistance au maintien de ces situations<sup>184</sup>. Bien qu'il ne soit pas expressément lié au *jus cogens* dans les Articles sur la responsabilité de l'État, le droit des États autres que l'État ou les États directement lésés par la violation d'invoquer la responsabilité de l'État qui en est l'auteur est une conséquence potentielle du *jus cogens*.

79. Il convient de mentionner ici d'autres conséquences potentielles des violations des normes du *jus cogens* qui, bien que liées à la responsabilité de l'État<sup>185</sup>, ne seront pas envisagées dans le présent chapitre. Elles concernent des questions telles que l'obligation de poursuivre ou d'extrader, l'obligation de poursuivre et l'obligation de refuser l'immunité en cas de violation de normes du *jus cogens*. Pour le Rapporteur spécial, ces conséquences doivent davantage être envisagées comme des effets des normes du *jus cogens* sur la responsabilité pénale individuelle parce qu'elles

<sup>179</sup> Résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission sont reproduits dans *Annuaire ... 2001, vol. II (deuxième partie)* et corrigendum, par. 76-77.

<sup>180</sup> Voir, par exemple, Knuchel, « *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms* » (*supra* note 64), p. 180 ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 185-186.

<sup>181</sup> Knuchel, « *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms* » (*supra* note 64), p. 180 (« Le caractère impératif des normes du *jus cogens* n'a aucun effet direct sur la responsabilité de l'État ; il rend les normes contraires non valides, mais non les comportements contraires. ») ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 185-186 («... d'un point de vue terminologique, il importe de noter... que le manquement, aussi grave soit-il, à une obligation découlant de normes impératives ne "déroge" pas à de telles normes. Le manquement à une obligation découlant d'une norme impérative a les mêmes conséquences juridiques que la violation d'une norme ordinaire... »).

<sup>182</sup> *Ibid.*, par. 7 du commentaire de l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

<sup>183</sup> *Ibid.*, chapitre III de la deuxième partie.

<sup>184</sup> *Ibid.*, art. 41.

<sup>185</sup> Voir, par exemple, Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 191-192, qui les examine au titre du droit de la responsabilité de l'État mais les écarte en tant que conséquences du *jus cogens*.

concernent moins la responsabilité de l'État que la responsabilité individuelle et la responsabilité pénale, envisagées plus loin dans le présent rapport.

## 2. Non-applicabilité des circonstances excluant l'illicéité

80. Le chapitre V de la première partie des Articles sur la responsabilité de l'État, intitulé « Circonstances excluant l'illicéité », définit six circonstances excluant l'illicéité d'un comportement qui, autrement, serait illicite: le consentement<sup>186</sup>, la légitime défense<sup>187</sup>, les contremesures<sup>188</sup>, la force majeure<sup>189</sup>, la détresse<sup>190</sup> et l'état de nécessité<sup>191</sup>. L'article 26 dispose toutefois qu'aucune de ces circonstances n'exclurait l'illicéité si l'obligation violée découlait d'une norme du *jus cogens*.

81. L'article 26 est une clause de sauvegarde interdisant d'invoquer le chapitre V de la première partie pour exclure l'illicéité lorsque les obligations en cause découlent de normes du *jus cogens*. En d'autres termes, dans la mesure où le champ d'application d'une norme du *jus cogens* elle-même comprend un motif excluant l'illicéité, l'existence d'un tel motif sera pertinente s'agissant de déterminer si la norme du *jus cogens* a été violée. Si l'on prend l'interdiction de l'emploi de la force comme exemple, si un État ne peut s'appuyer sur l'article 21 (légitime défense) comme circonstance excluant l'illicéité de l'emploi de la force, le droit de légitime défense est manifestement pertinent s'agissant de la responsabilité d'un État qui recourt à la force puisque l'emploi de la force dans l'exercice de la légitime défense ne constitue pas une violation de la norme du *jus cogens* en cause. De même, dans *certain cas*, le consentement d'un État à la présence de forces armées d'un autre État sur son territoire peut exclure l'illicéité de la violation apparente d'une norme impérative<sup>192</sup>. Toutefois ces questions concernent davantage le champ d'application de la norme impérative en cause que les circonstances excluant l'illicéité, et elles *pourraient* être envisagées dans le rapport consacré à la liste indicative si la Commission juge bon d'établir une telle liste.

82. La question du consentement en tant que circonstance excluant l'illicéité est particulièrement importante. L'exclusion du consentement en tant que circonstance excluant l'illicéité est une extension des principes énoncés dans la Convention de Vienne de 1969. Selon celle-ci, si un État perd le droit d'invoquer la nullité d'un traité en convenant expressément ou tacitement que ledit traité demeure valide (en consentant à un traité nul), ce consentement à l'application d'un traité qui autrement serait nul ne s'applique pas aux traités qui sont nuls parce qu'ils sont en conflit avec des normes du *jus cogens*<sup>193</sup>. Le commentaire de l'article 45 confirme comme suit ce principe:

<sup>186</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, art 20.

<sup>187</sup> Ibid., art. 21.

<sup>188</sup> Ibid., art. 22.

<sup>189</sup> Ibid., art. 23.

<sup>190</sup> Ibid., art. 24.

<sup>191</sup> Ibid., art. 25. Voir *Impreglio S.P.A. c. République argentine*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/07/17, décision du Comité spécial sur la demande d'annulation du 24 janvier 2014, par. 203.

<sup>192</sup> Voir, par exemple, Christopher J Le Mon, « Unilateral intervention by invitation in civil wars: The effective control test tested », *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 35 (2002-2003), p. 741-793 ; Eliav Lieblich, « Intervention and consent: Consensual forcible interventions in internal armed conflict as international agreements », *Boston University International Law Journal*, vol. 29 (2011), p. 337-382, en particulier p. 364 et 366. Cet aspect de la question est également envisagé par Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 225-227.

<sup>193</sup> Article 45 de la Convention de Vienne de 1969.

Une question présente un intérêt particulier [s'agissant de la validité de la renonciation]: celle du consentement donné par un État lésé à la suite d'une violation découlant d'une norme impérative du droit international général... Étant donné qu'une telle violation touche l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble, même le consentement ou l'acquiescement de l'État lésé n'empêche pas celle-ci d'exprimer cet intérêt afin de parvenir à un règlement conformément au droit international<sup>194</sup>.

83. Bien que les circonstances excluant l'illicéité ne soient généralement pas applicables, il importe de distinguer entre les normes du *jus cogens* existant au moment du fait en question d'une part et les normes du *jus cogens* qui surviennent postérieurement à ce fait d'autre part. Cette distinction est reconnue dans la Convention de Vienne de 1969. En particulier, l'article 53 s'applique aux normes existantes alors que l'article 64 s'applique aux normes survenant ultérieurement. Les articles 53 et 64 concernent la validité des traités et non la responsabilité de l'État.

84. Toutefois, les conséquences prévues dans la Convention de Vienne de 1969 s'agissant de la nullité des traités découlant de normes impératives existantes et qui se font jour sont pertinentes pour le droit de la responsabilité de l'État. Le principe énoncé à l'article 26 s'applique aux actes non conformes à des normes existantes du *jus cogens* puisque, s'agissant des actes en conflit avec de telles normes, il existe une obligation « d'éliminer dans la mesure du possible les conséquences » de tels actes<sup>195</sup>. Par contre, s'agissant des normes du *jus cogens* survenant ultérieurement, la nullité du traité a seulement pour effet de libérer les parties de l'obligation de « continuer » d'exécuter le traité<sup>196</sup>. Ainsi, avant la survenance de la norme impérative, un comportement contraire à cette norme (qui n'est pas encore formée) n'a aucune conséquence en ce qui concerne la responsabilité de l'État. De fait, la Convention indique que la survenance d'une nouvelle norme du *jus cogens* « ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique » dès lors que « ces droits, obligations ou situations... peuvent être maintenus *par la suite* » conformément au *jus cogens*<sup>197</sup>. Là encore, les mots « par la suite » indiquent que l'obligation de maintenir les circonstances (droits, obligations et situations) s'applique après la survenance de la norme du *jus cogens*. Ainsi, de la même manière que la survenance d'une nouvelle norme impérative n'a aucun effet rétroactif en droit des traités, elle n'a aucun effet rétroactif en droit de la responsabilité de l'État. Bien qu'il n'y ait pas de disposition distincte sur la rétroactivité, les commentaires des Articles sur la responsabilité de l'État consacrent le principe fondamental de la non-rétroactivité en ce qui concerne les nouvelles normes du *jus cogens*:

Mais, même lorsque survient une nouvelle norme impérative du droit international, comme cela est envisagé à l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, il n'en résulte aucune responsabilité rétroactive<sup>198</sup>.

85. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Aucune circonstance ne peut être invoquée pour exclure l'illicéité d'un fait qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

b) La conclusion figurant au a) ne vaut pas lorsque la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) survient après la commission du fait en question.

<sup>194</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 du commentaire de l'article 45.

<sup>195</sup> Article 71, par. 1), de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>196</sup> Ibid., art. 71, par. 2) a).

<sup>197</sup> Ibid., art. 71, par. 2) b) (les italiques sont de nous).

<sup>198</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 5 du commentaire de l'article 13.

### 3. Conséquences particulières des violations graves de normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

#### a) Généralités

86. Outre les conséquences ordinaires des violations d'obligations internationales, les Articles sur la responsabilité de l'État définissent d'autres conséquences, particulières, de la violation des normes du *jus cogens*. L'article 41 dispose, premièrement, que « [l]es États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave » de normes du *jus cogens*<sup>199</sup>. Deuxièmement, il dispose qu'« [a]ucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave » d'une norme du *jus cogens* « ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation »<sup>200</sup>. Ces obligations particulières de la violation d'une obligation par un État s'imposent aux États tiers (non directement lésés). Comme le fait observer Tomuschat, au titre des conséquences d'une violation de normes du *jus cogens*, « [l]es États tiers sont autorisés ou appelés à remédier à la violation, voire, dans certains cas, obligés d'intervenir et de prendre des mesures » pour y remédier<sup>201</sup>.

87. Les conséquences particulières des normes du *jus cogens* définies à l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État ne s'appliquent qu'aux violations graves de normes du *jus cogens*, non à toutes les violations<sup>202</sup>. La gravité, selon le commentaire des articles, s'entend de « l'échelle » ou de la « nature » de la violation<sup>203</sup>. Ainsi, toute violation n'est pas grave et n'entraîne pas les conséquences particulières prévues à l'article 41. Cet article ne vise que les violations touchant le *jus cogens* et qui ont un caractère grave<sup>204</sup>.

88. L'article 40 définit la violation grave d'une norme impérative comme une violation « flagrant[e] ou systématique »<sup>205</sup>. Le terme « flagrante » renvoie à l'ampleur ou l'intensité de la violation et le terme « systématique » indique que la violation « doit avoir été commise de façon organisée et délibérée »<sup>206</sup>. La Commission a, dans le contexte des crimes contre l'humanité, défini le terme « systématique » comme excluant « les actes de violence isolés ou sans lien »<sup>207</sup>. De même, dans l'affaire *Goiburú*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé que « l'interdiction de la disparition forcée de personnes » relevait du *jus cogens*<sup>208</sup>, et que la « responsabilité internationale de l'État est davantage engagée si la disparition s'inscrit dans un plan ou une pratique systématique mis en œuvre ou toléré par l'État »<sup>209</sup>. Il suffit, aux fins de l'article 40, que la violation satisfasse à l'un ou l'autre critère, à savoir l'intensité ou le caractère systématique.

89. L'exigence de gravité ne s'applique pas au principe selon lequel les circonstances excluant l'illicéité ne jouent pas en cas de violation de normes du *jus*

<sup>199</sup> Ibid., art. 41, par. 1.

<sup>200</sup> Ibid., art. 41, par. 2.

<sup>201</sup> Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (*supra* note 71), p. 429.

<sup>202</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, art. 40, par. 1: « Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave... ».

<sup>203</sup> Ibid., par. 1 du commentaire du chapitre III de la deuxième partie.

<sup>204</sup> Ibid., par. 1 du commentaire de l'article 40.

<sup>205</sup> Ibid., art. 40, par. 2.

<sup>206</sup> Ibid., par. 7-8 du commentaire de l'article 40.

<sup>207</sup> Voir le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté en première lecture, Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session (A/72/10), par. 15-16 du commentaire de l'article 6. Invoquant la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la Commission a également fait observer que le terme « systématique » dénotait le caractère organisé des actes (*ibid.*).

<sup>208</sup> *Goiburú et al v. Paraguay (fond, réparations et dépens)*, arrêt, 22 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, par. 84.

<sup>209</sup> Ibid., par. 82.

*cogens*. Ceci est non seulement conforme au sens ordinaire de la disposition mais est justifié par le fait que la non-reconnaissance des circonstances excluant l'illicéité ne crée pas, comme le fait l'article 41, d'obligations extraordinaires à la charge des États tiers. Il est également compréhensible, étant donné la vaste portée des obligations imposées par cet article, que le seuil soit plus élevé. Il serait difficile, par exemple, de compter que les États « coopèrent » de la manière prévue à l'article 41 parce qu'un acte unique de discrimination raciale est imputé à un État. Ce n'est pas la première fois qu'un seuil de gravité est appliqué à des conséquences liées au *jus cogens*. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a distingué entre « les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) » et « d'autres modalités moins brutales »<sup>210</sup>.

b) *Obligation de coopérer*

90. L'obligation de « coopérer pour mettre fin, par des moyens licites » aux violations graves de normes impératives découle de l'obligation générale de coopérer existant en droit international<sup>211</sup>. Bien qu'à l'époque de l'adoption des Articles sur la responsabilité de l'État la Commission ait indiqué que l'obligation positive de coopération énoncée à l'article 41 relevait du développement progressif<sup>212</sup>, la Commission a depuis affirmé qu'une telle obligation existait en droit international général<sup>213</sup>. La Cour internationale de Justice a également conclu, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, qu'il s'agissait d'une obligation de droit international découlant d'une violation du *jus cogens*<sup>214</sup>. De la même manière, dans l'affaire *La Cantuta*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu « l'obligation des États de coopérer pour » éliminer les violations en tant que conséquence du *jus cogens*<sup>215</sup>. La coopération, par définition, implique une action concertée de plusieurs États<sup>216</sup>. Cette obligation peut donc renvoyer aux mesures prises dans le cadre du

<sup>210</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 14, p. 101, par. 191.

<sup>211</sup> Voir, par exemple, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, 24 octobre 1970, annexe, par. 1 (« Les États ont le devoir de coopérer les uns avec les autres, quelles que soient les différences existant entre leurs systèmes politiques, économiques et sociaux, dans les divers domaines des relations internationales, afin de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser le progrès et la stabilité économique internationaux, ainsi que le bien-être général des nations et une coopération internationale qui soit exempte de discrimination fondée sur ces différences. »).

<sup>212</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 3 du commentaire de l'article 41 (« On peut se demander si le droit international général, dans son état actuel, impose un devoir positif de coopération et, à cet égard, le paragraphe 1 relève peut-être du développement progressif du droit international. »).

<sup>213</sup> Voir, par exemple, le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe et les commentaires y relatifs, rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session (A/71/10), par. 1 du commentaire de l'article 7 (« L'obligation de coopérer, bien établie en tant que principe du droit international, est énoncée dans de nombreux instruments internationaux. »).

<sup>214</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136, p. 200, par. 159 (« Il appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la [violation] »).

<sup>215</sup> *La Cantuta c. Pérou (fond, réparations et dépens)*, arrêt, 29 novembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, par. 160 (« Comme on l'a souligné à maintes reprises, les actes en cause dans la présente affaire ont violé des normes impératives du droit international (*jus cogens*) ... Étant donné la nature et la gravité des événements... la nécessité de mettre fin à l'impunité apparaît à la communauté internationale comme une obligation des États de coopérer... »).

<sup>216</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 3 du commentaire de l'article 41 (« Face à des violations graves, un effort concerté et coordonné de tous les États s'impose pour en contrecarrer les effets. »).

système international de sécurité collective, par exemple dans le cadre du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale<sup>217</sup>, ou de l'Union africaine<sup>218</sup>. Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour, ayant conclu à une violation du droit à l'autodétermination du peuple palestinien<sup>219</sup>, a fait l'observation suivante:

« La Cour est enfin d'avis que l'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent... examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé<sup>220</sup>. ».

91. Si le plus souvent la coopération est mise en œuvre dans le cadre de la sécurité collective, le concept a une acception plus large. La coopération visant « à mettre fin » aux violations graves de normes impératives peut, selon la norme impérative en cause, opérer dans le cadre d'autres organes ou instruments. Il peut s'agir, par exemple, du Comité contre la torture créé par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou d'organes ou mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme. Il peut aussi s'agir de formes « non-institutionnalisées » de coopération, par exemple un groupe d'États agissant ensemble pour mettre fin à la violation en cause<sup>221</sup>. De fait, l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* peut être interprété comme indiquant qu'au-delà de l'action collective, chaque État a, dans les limites du droit international, l'obligation de s'efforcer de mettre fin aux situations créées par la violation<sup>222</sup>.

92. La vaine tentative faite par l'Éthiopie et le Libéria dans les années 1960 pour faire révoquer le mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie, alors appelée Sud-Ouest africain, est peut-être l'un des premiers exemples de coopération non institutionnelle mise en œuvre pour mettre fin à la violation d'une norme du *jus cogens*, en l'espèce le droit à l'autodétermination<sup>223</sup>. Dans son mémoire, par exemple, l'Éthiopie soutenait qu'elle avait « un intérêt juridique à veiller à ce que... la mission sacrée de civilisation créée par le Mandat ne soit pas violée » et que « les membres de la Société [des Nations] [étaient habilités] à introduire une instance pour défendre les droits des habitants du territoire »<sup>224</sup>. La Cour a reconnu la capacité pour agir de l'Éthiopie et

<sup>217</sup> Charte des Nations Unies, Articles 10 et 12 et Chapitres VI et VII.

<sup>218</sup> Acte constitutif de l'Union africaine, art. 4 h) lu à la lumière du Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies. Voir également la résolution 2033 (2012) du Conseil de sécurité.

<sup>219</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif* (*supra* note 214) par. 147, 149, 157 et 159.

<sup>220</sup> *Ibid.*, par. 160.

<sup>221</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 1 du commentaire de l'article 41.

<sup>222</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif* (*supra* note 214) par. 159 (« Il appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, 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. »). Voir également la déclaration de M. Al-Kadhe (Iraq) à la 4503<sup>e</sup> séance du Conseil de sécurité, le 29 mars 2002 (S/PV.4503): (« nous lançons un appel au Conseil de sécurité, à la communauté internationale et à tous les peuples épris de liberté dans le monde, afin qu'ils condamnent énergiquement ces agissements et recourent à toutes les mesures qui sont à leur disposition afin de contraindre cette entité à respecter le *jus cogens* international et à faire en sorte qu'elle se retire immédiatement des villes et des territoires palestiniens occupés. »).

<sup>223</sup> Voir Jean Allain, « Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* », *Ethiopian Yearbook of International Law* 2016, p. 35-60.

<sup>224</sup> *C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, vol. I, 1966, Mémoire présenté par le Gouvernement de l'Éthiopie, p. 92-93.

du Libéria, déclarant que « *le devoir* et le droit d'assurer l'accomplissement [de cette mission] étaient confiés à la Société des Nations, avec son Conseil, l'Assemblée... et *tous ses Membres* ... »<sup>225</sup>. Il est exact que cette décision reposait sur un accord (le Mandat) et non sur des principes généraux, mais il a inspiré l'idée d'un droit (et d'un devoir) des États d'intervenir pour veiller au respect des normes du *jus cogens*.

93. Le paragraphe 1 de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État énonce une condition importante, à savoir que les mesures collectives prises pour « mettre fin » à la violation des normes impératives doivent elles-mêmes être licites. Cela est important, en particulier compte tenu de l'ampleur de la coopération, soulignée ci-dessus. Toutes mesures de coercition, par exemple, prises pour « mettre fin » à la violation en question doivent être conformes aux règles du droit international au sens où elles doivent satisfaire aux conditions de la légitime défense (collective) ou être autorisées par le Conseil de sécurité.

94. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Les États ont l'obligation de coopérer pour mettre fin par des moyens licites à toute violation grave d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

b) Une violation grave d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) implique un manquement flagrant ou systématique de l'État responsable à l'obligation en question.

c) La coopération envisagée peut être mise en œuvre dans le cadre de mécanismes de coopération institutionnalisés ou d'accords de coopération ad hoc.

c) *Obligation de ne pas reconnaître et de ne pas prêter assistance*

95. Le paragraphe 2 de l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État énonce deux obligations distinctes. La première est l'obligation de ne pas reconnaître comme licites les situations créées par la violation grave d'une norme impérative du droit international. La seconde est l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de situations créées par la violation grave d'une norme impérative du droit international. Si, lorsque les Articles sur la responsabilité de l'État ont été adoptés, la Commission considérait que l'obligation de coopérer énoncée au paragraphe 1 relevait du développement progressif, elle estimait que les obligations énoncées au paragraphe 2 (non-reconnaissance et non-assistance) relevaient déjà de la *lex lata*<sup>226</sup>. Cette position est confirmée par plusieurs sources, dont certaines sont déjà mentionnées dans le commentaire des Articles sur la responsabilité de l'État<sup>227</sup>.

96. Bien que l'avis consultatif relatif à la *Namibie* repose principalement sur la fin de la mission sacrée de l'Afrique du Sud et les décisions des organes de l'Organisation des Nations Unies, en particulier l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, il concernait essentiellement l'application du droit à l'autodétermination<sup>228</sup>. Dans son

<sup>225</sup> *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 décembre 1962: CIJ Recueil 1962, p. 319, p. 336* (les italiques sont de nous).

<sup>226</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 6 du commentaire de l'article 41 (« L'existence d'une obligation de non-reconnaissance face à des violations graves d'obligations découlant de normes impératives est étayée par la pratique internationale et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice »). Voir également, s'agissant de l'obligation de ne pas prêter assistance, le paragraphe 12 du commentaire de l'article 41.

<sup>227</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 8 du commentaire de l'article 41.

<sup>228</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 270 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ Recueil 1971, p. 16, par exemple, p. 31, par. 52. Voir en particulier le paragraphe 83, dans*

avis consultatif, la Cour déclare qu'« en qualifiant une situation d'illégale on n'y met pas fin ipso facto »<sup>229</sup>. La Cour a jugé que l'Afrique du Sud, « à laquelle incomb[ait] la responsabilité d'avoir créé et prolongé » la situation illégale, était « tenue d'y mettre fin »<sup>230</sup>. Deuxièmement, la Cour a déclaré que les États Membres des Nations Unies avaient « l'obligation de reconnaître l'illégalité et le défaut de validité du maintien de la présence sud-africaine » et étaient aussi tenus « de n'accorder à l'Afrique du Sud, pour son occupation de la Namibie, aucune aide ou aucune assistance quelle qu'en soit la forme »<sup>231</sup>. Bien que l'avis consultatif relatif à la Namibie repose principalement sur une résolution du Conseil de sécurité, le fait que la Cour ait jugé que les obligations de ne pas reconnaître et de ne pas prêter assistance « [étaient] opposables à tous les États, en ce sens qu'elles rendent illégales *erga omnes* une situation », c'est-à-dire que ces obligations ne sont pas opposables aux seuls Membres de l'Organisation des Nations Unies, atteste que cet avis est également fondé sur le droit international général<sup>232</sup>. La Cour a motivé comme suit cette conclusion:

tous les États doivent se souvenir [que la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie] porte préjudice à un peuple qui doit compter sur l'assistance de la communauté internationale pour atteindre les objectifs auxquels correspond la mission sacrée de civilisation [l'autodétermination]<sup>233</sup>.

97. L'avis relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* est un autre exemple de la manière dont la Cour envisage les obligations juridiques découlant de la violation d'une norme du *jus cogens*, en l'espèce le droit à l'autodétermination<sup>234</sup>. S'agissant des conséquences pour Israël, la Cour a jugé qu'Israël avait « l'obligation de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales »<sup>235</sup>. S'agissant des conséquences pour « les autres États », la Cour a fait observer que le droit à l'autodétermination créait des obligations *erga omnes* qui, en tant que telles, « concern[aient] tous les États »<sup>236</sup>. Étant donné « la nature et l'importance des droits et obligations en cause », la Cour a estimé que « tous les États [étaient] dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de » la violation<sup>237</sup>. De plus, la Cour a jugé que les États étaient également dans l'obligation « de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée » par la violation<sup>238</sup>. Les obligations imposées aux États tiers en cas de violation d'une norme du *jus cogens* ont également été reconnues dans l'affaire *Amnesty International v. Secretary of State for the Home Department*, dans laquelle, invoquant l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a déclaré que « les États ont l'obligation... de rejeter les fruits de la torture »<sup>239</sup>. Selon la Chambre des Lords, cette obligation découle du fait que « le caractère de *jus cogens*

---

lequel la Cour déclare que la revendication sud-africaine en ce qui concerne le territoire de la Namibie repose sur une annexion, contraire aux normes du *jus cogens*.

<sup>229</sup> Ibid., par. 111.

<sup>230</sup> Ibid., par. 118.

<sup>231</sup> Ibid., par. 119. Des exemples d'assistance, d'aide et de reconnaissance sont donnés aux paragraphes 121-124.

<sup>232</sup> Ibid., par. 126.

<sup>233</sup> Ibid., par. 127.

<sup>234</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif* (*supra* note 214), par. 122 et, en particulier, par. 155.

<sup>235</sup> Ibid., par. 149-151.

<sup>236</sup> Ibid., par. 154-155.

<sup>237</sup> Ibid., par. 159.

<sup>238</sup> Ibid.

<sup>239</sup> *Amnesty International and Commonwealth Lawyers Association v. Secretary of State for the Home Department*, jugement de la Chambre des Lords en date du 8 décembre 2005, [2006] 1 All ER 575, par. 34.

*erga omnes* de l'interdiction de la torture exige des États membres qu'ils fassent davantage que de ne pas pratiquer la torture »<sup>240</sup>.

98. Des conséquences similaires ont été visées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale dans des résolutions. Par exemple, dans sa résolution 276 (1970), le Conseil de sécurité a déclaré que « la présence continue des autorités sud-africaines en Namibie » était illégale et que « toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain » étaient invalides<sup>241</sup>. Le Conseil a également demandé à « tous les États... de s'abstenir de toutes relations » avec l'Afrique du Sud<sup>242</sup>. En d'autres termes, il était demandé à tous les États de ne pas reconnaître la situation illicite créée par la violation du droit de la Namibie à l'autodétermination. L'Assemblée générale, réagissant à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-Ouest africain*<sup>243</sup>, a adopté la résolution 2145 (XXI), qui réaffirmait « le droit inaliénable à l'autodétermination » de la Namibie et déclarait que l'Afrique du Sud avait violé ce droit<sup>244</sup>. Tirant les conséquences de cette conclusion, la résolution appelait l'Afrique du Sud « à s'abstenir et à se désister immédiatement de toute action... qui de quelque manière que ce soit modifierait ou tendrait à modifier le statut international actuel » de la Namibie<sup>245</sup>, tout en priant « tous les États de prêter sans réserve leur concours et d'aider » à mettre fin à l'occupation illicite<sup>246</sup>. Ces résolutions, et la demande non contraignante qu'elles adressaient aux États de ne pas reconnaître l'occupation sud-africaine et d'aider à y mettre fin, peuvent être considérées comme les précurseurs de ce qui est maintenant admis comme étant le droit international général positif<sup>247</sup>. Une autre résolution visant les politiques du Gouvernement sud-africain, et en particulier la création des bantoustans, fournit un autre exemple d'appel à la non-reconnaissance d'une situation découlant de la violation d'une obligation impérative (l'interdiction de la discrimination raciale). La résolution 3411 (XXX) de l'Assemblée générale concernait les politiques d'apartheid du Gouvernement sud-africain. Dans sa résolution 3411 D, relative aux bantoustans, l'Assemblée condamnait la création de bantoustans « destinée à consolider la politique inhumaine d'*apartheid*, à perpétuer la domination de la minorité blanche et à déposséder la population africaine » de son droit inaliénable à l'autodétermination<sup>248</sup>. L'Assemblée demandait donc « à tous les gouvernements et à toutes les organisations de s'abstenir de tout rapport avec les institutions ou autorités des bantoustans et de refuser de les reconnaître de quelque manière que ce soit »<sup>249</sup>.

99. L'exemple typique d'une situation créée par la violation d'une norme du *jus cogens* est fourni par le contrôle d'un territoire acquis par le recours illicite à la force ou le maintien d'un tel contrôle en conflit avec le droit à l'autodétermination des

<sup>240</sup> Ibid.

<sup>241</sup> Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, par. 2.

<sup>242</sup> Ibid., par. 5.

<sup>243</sup> *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, CIJ Recueil 1966*, p. 6. Voir Allain « Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* » (*supra* note 223) (« La mesure prise par l'Assemblée générale était plus impressionnante que la colère rhétorique. Le 27 octobre 1996, l'Assemblée a en effet réaffirmé "le droit inaliénable à la liberté et à l'indépendance du peuple du Sud-Ouest africain" »).

<sup>244</sup> Résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 27 octobre 1966, par. 1-3.

<sup>245</sup> Ibid., par. 7.

<sup>246</sup> Ibid., par. 9.

<sup>247</sup> Voir également l'opinion de l'avocat général Wathelet, 10 janvier 2018, dans l'affaire *Western Sahara Campaign, UK, The Queen c. Commissioners for Her Majesty Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, affaire C-266/16, par. 187 et suivants.

<sup>248</sup> Résolution 3411 D de l'Assemblée générale en date du 28 novembre 1975 relative aux bantoustans, par. 1.

<sup>249</sup> Ibid., par. 3.

peuples. De même, la prise de pouvoir par la commission de crimes contre l'humanité ou d'un génocide peut également constituer un exemple de situation créée par la violation d'une norme du *jus cogens*. Ainsi, outre l'acte illicite (la violation du *jus cogens*), la situation de fait créée par la violation est également illicite et, en application du paragraphe 2 de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État, ne doit pas être reconnue. C'est sur cette base que la Cour internationale de Justice a jugé, dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, que « tous les États [étaient] dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant » de la violation d'obligations relevant du *jus cogens*<sup>250</sup>. Elle a également jugé que les États étaient également dans l'obligation de « ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée » par la violation<sup>251</sup>.

100. Le paragraphe 2 de l'article 41 est absolu au sens où il s'applique à tous les États. Il s'applique à l'État lésé, à l'État auteur de la violation de la norme impérative et aux États tiers<sup>252</sup>. S'agissant de l'État lésé, il confirme le principe selon lequel cet État ne peut consentir à la violation d'une norme du *jus cogens*. S'agissant des États tiers, l'obligation donne effet à la responsabilité collective et à l'applicabilité universelle des normes impératives du droit international. S'agissant de l'État auteur de la violation, il est responsable de la violation initiale (la violation de la norme du *jus cogens*) et de tout acte reconnaissant ou consolidant la situation créée par cette violation. Toutefois, l'obligation de non-reconnaissance ne s'applique pas à tous les actes découlant de la violation de la norme du *jus cogens*<sup>253</sup>. Dans l'avis consultatif relatif à la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a déclaré que la non-reconnaissance ne doit pas avoir pour conséquence de porter préjudice à la population touchée ou de la priver de certains avantages et donc que les actes concernant la population civile, comme l'inscription des naissances, mariages et décès à l'état civil, devaient être reconnus nonobstant la violation<sup>254</sup>.

101. Il est remarquable que les décisions et résolutions citées ci-dessus découlent du caractère et de l'importance des règles en question mais non de l'intensité ou du caractère systématique de leur violation. Si l'obligation de coopérer pour mettre fin aux situations créées par une violation appelle une action concertée positive, susceptible d'être astreignante, celle de ne pas reconnaître ni prêter aide ou assistance exige seulement une abstention de la part des États. Il est donc compréhensible que dans la jurisprudence le seuil ne soit pas aussi élevé qu'en ce qui concerne l'obligation de coopérer pour mettre fin à la situation créée par la violation.

102. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Les États ont l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

b) Les États ne doivent pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

#### **4. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et obligations *erga omnes***

<sup>250</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (*supra* note 214), par. 159.

<sup>251</sup> *Ibid.*

<sup>252</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 9 du commentaire de l'article 41.

<sup>253</sup> *Ibid.*, par. 10 du commentaire de l'article 41.

<sup>254</sup> *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* (*supra* note 228), par. 125.

103. Les conséquences particulières des normes du *jus cogens* décrites à l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État reposent sur la relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*. Cette conclusion semble ressortir du commentaire du chapitre III de la deuxième partie. Ayant évoqué certains des principaux jugements concernant des obligations *erga omnes*, la Commission déclare qu'un « fait étroitement lié à ce qui précède est la reconnaissance de la notion de norme impérative du droit international... »<sup>255</sup>.

104. L'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* a peut-être été l'événement le plus important dans l'apparition des obligations *erga omnes* et leur lien avec les normes du *jus cogens*<sup>256</sup>. Dans cette affaire, la Cour a distingué entre les obligations des États « vis-à-vis d'un autre État » et « les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble »<sup>257</sup>. Selon la Cour, ces dernières concernent tous les États et « tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce [qu'elles] soient protégé[e]s ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »<sup>258</sup>. Comme expliqué ci-dessus, l'élément crucial des obligations énoncées à l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État est qu'en cas de violation elles confèrent une responsabilité aux États tiers, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent pas seulement à l'État responsable de la violation et à l'État lésé.

105. Si la Cour ne vise pas les normes impératives du droit international général, il ressort de sa description que les normes impératives ont un effet *erga omnes*. La Cour distingue entre les obligations *erga omnes* « conféré[es] par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel » d'une part, et celles qui « 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 »<sup>259</sup>. Toutes les normes citées par la Cour sont celles qui ont été décrites comme des normes du *jus cogens*. Dans l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, la Cour a jugé qu'une autre norme du *jus cogens* – cette fois le droit à l'autodétermination – était « un droit opposable *erga omnes* »<sup>260</sup>. Il est intéressant de noter que dans cette affaire la Cour a jugé que le caractère *erga omnes* de la norme n'avait aucun effet sur sa compétence<sup>261</sup> – il s'agit toutefois là d'une question qui est examinée ci-après dans le présent rapport. La Cour a davantage encore souligné le lien entre *jus cogens* et obligations *erga omnes* dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2015 dans l'affaire de l'*Application de la convention*

<sup>255</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 2-4 du commentaire du chapitre III de la deuxième partie.

<sup>256</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *CIJ Recueil 1970*, p. 3. Voir Allain, « Decolonisation as the source of the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* » (*supra* note 223), p. 53 (« le *dictum* [de l'arrêt *Barcelona Traction*] inscrivait la notion même d'obligations *erga omnes* dans le tissu même du droit international ») et Theodor Meron, « On a hierarchy of international human rights », *American Journal of International Law*, vol. 80 (1986), p. 1-23, p. 1.

<sup>257</sup> *Ibid.*, par. 33.

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> *Ibid.*, par. 34.

<sup>260</sup> *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1995*, p. 90, par. 29.

<sup>261</sup> *Ibid.* Dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 1996*, p. 595, p. 615-616, par. 31, la Cour a déclaré qu'une autre norme du *jus cogens*, l'interdiction du génocide, créait des obligations *erga omnes*. Voir également *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* (*supra* note 124), par. 64.

pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Croatie c. Serbie*)<sup>262</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé que « la convention sur le génocide contenait des obligations *erga omnes* » et que « l'interdiction du génocide revêtait le caractère d'une norme impérative (*jus cogens*) »<sup>263</sup>.

106. Le lien entre les normes du *jus cogens* et les obligations *erga omnes* a également été consacré dans la pratique des États. Dans l'affaire *Nulyarimma and Others v. Thompson*, la Cour fédérale d'Australie a jugé que l'interdiction du génocide était une norme impérative du droit international coutumier faisant naître à la charge de chaque État une obligation non susceptible de dérogation envers la communauté internationale dans son ensemble et elle a souligné que cette obligation existait indépendamment de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>264</sup>. De même, dans l'affaire *Kane v. Winn*, le Tribunal fédéral pour le district du Massachusetts a jugé que « l'interdiction de la torture » était une obligation *erga omnes* qui, « en tant que norme du *jus cogens* ... ne souffrait "aucune dérogation et était impérative" »<sup>265</sup>. Durant l'examen du rapport de la Commission à la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, la République tchèque a fait observer que « les obligations de *jus cogens* [étaient] des obligations *erga omnes*, auxquelles aucune dérogation [n'était] permise »<sup>266</sup>.

107. S'il ressort clairement de ce qui précède qu'il existe une relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*, c'est la nature précise de cette relation qui importe le plus. Il est généralement admis par la doctrine que si les normes du *jus cogens* ont toutes des effets *erga omnes*, l'inverse n'est pas vrai, c'est-à-dire que toutes les obligations *erga omnes* ne sont pas des normes du *jus cogens*<sup>267</sup>. Villalpando décrit bien la relation entre les deux concepts:

L'image désormais classique employée pour décrire la relation entre les obligations *erga omnes* et le *jus cogens* est celle de deux cercles concentriques: la catégorie des normes imposant des obligations *erga omnes* constituerait un

<sup>262</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2015*, p. 3.

<sup>263</sup> *Ibid.*, par. 87.

<sup>264</sup> *Nulyarimma and Others v. Thompson*, arrêt rendu en appel par la Cour fédérale d'Australie le 1<sup>er</sup> septembre 1999, par. 18. Dans son opinion, le juge Whitlam, reprenant en grande partie les termes utilisés par la Cour fédérale, a expressément mentionné le caractère *erga omnes* de l'obligation: (« l'interdiction du génocide est une norme impérative of droit international coutumier (*jus cogens*) faisait naître à la charge de chaque État nation des obligations *erga omnes* non susceptibles de dérogation envers la communauté internationale dans son ensemble »), par. 81.

<sup>265</sup> *Kane v. Winn*, jugement du 27 mai 2004 du Tribunal fédéral pour le district du Massachusetts, 31 F. Suppl 2d 161 (D Mass), par. 93. *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs*, arrêt rendu en appel le 12 octobre 2006 par la Haute Cour, [2006] ALL ER (D) 138, par. 102, visant le « *ius cogens erga omnes* ». Voir également l'affaire *Jorgic (un Serbe de Bosnie), plainte individuelle*, jugement du 12 décembre 2000 de la Cour constitutionnelle d'Allemagne, 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), par. 17.

<sup>266</sup> République tchèque (A/C.6/72/SR.26), par. 19. Voir également Burkina Faso (A/C.6/72/SR.26).

<sup>267</sup> Voir, par exemple, Francisco Forrest Martin, « Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 333-368, p. 353 (« Les obligations *erga omnes* sont distinctes du *jus cogens* en ce qu'il peut y être dérogé dans certaines situations, bien que toutes les normes du *jus cogens* soient des obligations *erga omnes*. »). Voir toutefois Evan J Criddle et Evan J Fox Decent, « A fiduciary duty of *jus cogens* », *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), p. 331-388, p. 384-385, arguant contre l'idée même que les normes du *jus cogens* ont un effet *erga omnes*.

ensemble plus grand qui contiendrait toutes les normes impératives, mais ne se réduirait pas à elles.<sup>268</sup>

108. Si cette idée est désormais bien enracinée, son exactitude est à tout le moins douteuse. Elle soulève la question de savoir s'il existe des obligations *erga omnes* qui ne découlent pas de normes du *jus cogens*. Il est vrai que des obligations conventionnelles ne découlant pas des normes impératives du droit international général peuvent créer des obligations envers toutes les parties aux traités – des obligations dites « *erga omnes inter partes* ». Ces obligations ne sont toutefois pas des obligations *erga omnes* proprement dites en ce qu'elles ne sont pas des obligations dues à tous les États mais seulement à tous les États parties<sup>269</sup>. Il semble toutefois que l'affaire de la *Barcelona Traction* donne certaines indications quant aux éléments essentiels de la relation. Dans son arrêt, la Cour déclare que ces « obligations découlent ... » d'interdictions relevant du *jus cogens*<sup>270</sup>. Ainsi, les deux concepts ne sont pas identiques. L'un découle, ou émane, de l'autre. Pour le Rapporteur spécial, telle est l'essence de leur relation. Pellet décrit cette essence comme suit:

« 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 concepts différents – 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<sup>271</sup>.

109. Ainsi, pour Pellet, les obligations de *jus cogens* et les obligations *erga omnes* renvoient à des concepts différents, mais le premier découle du second: le terme « normes du *jus cogens* » renvoie au contenu des normes et le terme « obligations *erga omnes* » aux destinataires des normes du *jus cogens*, le second concept découlant ainsi du premier. De même, Bassiouni déclare que le *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* »<sup>272</sup>.

110. Le caractère *erga omnes* des normes du *jus cogens* ne crée pas d'obligations pour les États tiers comme le fait l'article 41 des Articles sur la responsabilité de l'État. Toutefois, le caractère *erga omnes* du *jus cogens* explique l'intérêt des États tiers pour le fait illicite commis par un État contre un autre. Les conséquences

<sup>268</sup> Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États* (Paris: 2005), p. 107. (« *The classical image used to describe the relationship between erga omnes obligations and jus cogens norms is that of concentric circles: the category of norms imposing obligations erga omnes would constitute a larger set that contains but is not limited to all peremptory norms* »)

<sup>269</sup> Voir, par exemple, Tomuschat, *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (*supra* note 71), p. 430 (« On peut également parler, de manière plus approximative, d'obligations *erga omnes* pour désigner toutes obligations découlant d'un traité multilatéral. Toutefois, si on le fait, le concept perd son caractère d'explication s'agissant de clarifier la possibilité de sanctions à la disposition de la communauté internationale. »).

<sup>270</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt* (*supra* note 256), par. 34 (les italiques sont de nous).

<sup>271</sup> Alain Pellet, « Conclusions », dans *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Tomuschat et Thouvenin (*supra* note 66), p. 418 (« "*The fundamental rules of international law*", particularly *jus cogens* and *erga omnes* obligations – without, however, knowing very well if they constitute a single concept or two different things – though, for my part, I think there are two separate concepts: the *jus cogens* character of a norm concerns the quality or the actual content of the norm ; the expression *erga omnes* instead draws attention to its addressees »).

<sup>272</sup> M Cherif Bassiouni, « International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes* », *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), p. 63-74, p.63.

juridiques des obligations pour les États tiers sont établies par la pratique et par la jurisprudence des juridictions internationales, avec un apport de la Commission.

111. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit: les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) établissent des obligations *erga omnes*, dont la violation concerne tous les États.

#### **D. Autres effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)**

112. Les effets du *jus cogens* sur les traités et la responsabilité de l'État reposent pour la plus grande part sur les travaux de la Commission – les articles sur le droit des traités et les Articles sur la responsabilité de l'État. Les normes du *jus cogens* peuvent toutefois avoir d'autres effets qui doivent être pris en compte et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une étude ciblée de la Commission. Il s'agit notamment des effets du *jus cogens* sur:

- a) la responsabilité pénale individuelle en droit pénal international ;
- b) la compétence des juridictions internationales ;
- c) le droit international coutumier ;
- d) les résolutions du Conseil de sécurité eu égard à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

##### **1. Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur la responsabilité pénale individuelle en droit pénal international**

113. Les effets du *jus cogens* en droit pénal international en général et sur la responsabilité pénale individuelle en particulier ont récemment fait l'objet d'intenses débats<sup>273</sup>. Les questions débattues concernaient pour la plupart la compétence des tribunaux internes pour connaître des infractions réprimées par des normes impératives du droit international, que nous désignerons parfois, uniquement pour la commodité, par le terme « crimes de *jus cogens* ». Se posent notamment la question de savoir s'il existe une obligation d'exercer la compétence et celle de l'impact des immunités sur les crimes de *jus cogens*.

114. Les questions qui se posent concernent le contenu et les conséquences des crimes de *jus cogens*. Les crimes dont l'interdiction constitue une norme du *jus cogens* comprennent les crimes contre l'humanité<sup>274</sup>, le génocide<sup>275</sup>, les crimes de guerre<sup>276</sup> et la torture<sup>277</sup>. La Commission a déjà examiné, dans le cadre de ses travaux sur divers sujets, certaines de ces questions en rapport avec ces crimes<sup>278</sup>. Leur examen sera donc relativement bref.

<sup>273</sup> Voir, en faveur d'effets accrus du *jus cogens* sur la responsabilité pénale individuelle, Cassese, « For an enhanced role of *jus cogens* » (*supra* note 75) et Bassiouni, « International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes* » (*supra* note 272).

<sup>274</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 5 du commentaire de l'article 26 ; projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, préambule, en particulier par. 4 du commentaire du préambule.

<sup>275</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 5 du commentaire de l'article 26 ; par. 4 du commentaire de l'article 40.

<sup>276</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 5 du commentaire de l'article 40 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996*, p. 226, p. 257, par. 79.

<sup>277</sup> Articles sur la responsabilité de l'État, par. 5 du commentaire de l'article 26 ; par. 5 du commentaire de l'article 40 ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p. 422, p. 457, par. 99.

<sup>278</sup> Rapport final de la Commission: L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-sixième session (A/69/10),

115. Peut-être convient-il de commencer par examiner si le *jus cogens* a des conséquences particulières sur l'exercice de la compétence pour connaître des crimes de *jus cogens* en relevant que différents instruments disposent que les États sont tenus d'exercer leur compétence pour connaître des crimes de *jus cogens* qu'ils répriment. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, par exemple, oblige les États parties « à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide »<sup>279</sup>. L'obligation de punir énoncée dans la Convention est bien sûr une obligation conventionnelle et n'opère pas nécessairement hors du cadre de ce traité. Toutefois, outre l'obligation de punir énoncée dans la Convention, il existe une abondante pratique des États voulant que les auteurs de génocide fassent l'objet de poursuites<sup>280</sup>. De plus, on trouve également dans la pratique des États de nombreux exemples de poursuites engagées au plan national à raison d'actes de génocide ou de décisions autorisant les poursuites de ce chef<sup>281</sup>. La décision rendue par la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire *Jorgic* est particulièrement instructive. Dans cette décision, à l'argument selon lequel la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide autorisait uniquement l'État territorial à exercer sa compétence, la Cour a répondu que la Convention, bien que ne prescrivant pas l'exercice de la compétence universelle, ne l'interdisait pas<sup>282</sup>.

116. Il existe également une obligation de réprimer les crimes de guerre en droit international. Les Conventions de Genève de 1949, qui comptent 196 Parties contractantes, disposent que les Parties sont tenues de « prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates » pour la commission d'« infractions graves » et « de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis »

---

voir en particulier par. 45-48 ; projet d'articles sur les crimes contre l'humanité articles 2, 4, 6, par. 5 et 10 et par. 8 du commentaire de l'article 10. Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session (A/72/10), article 7. Voir également troisième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704) ; cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale Concepción Escobar Hernández sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, (A/CN.4/701) ; deuxième rapport du Rapporteur spécial, M. Roman Kolodkin sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/631).

<sup>279</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. V. Voir également l'article 4 (« Les personnes ayant commis le génocide... seront punies »).

<sup>280</sup> Voir, par exemple, Burkina Faso, Code pénal, loi n° 043/96/ADP du 13 novembre 1996, art. 313 ; Code pénal éthiopien, art. 281 ; Ghana, Loi de 1993 portant modification du Code pénal, section 1 ; Rwanda, Loi organique n° 08/96 du 30 août 1996, article premier ; États-Unis, 18 US Code, par. 1091 ; Brésil, Loi n° 2.889 du 1<sup>er</sup> octobre 1956, article premier ; Nicaragua, Code pénal, par. 549 ; Fidji, Code pénal, lois de Fidji, chapitre 17, art. 69 ; Arménie, Code pénal, art. 393 ; Suisse, Code pénal, art. 264 ; Albanie, Code pénal, art. 73 ; Autriche, Code pénal, chapitre 25, art. 321 ; Estonie, Code pénal, art. 611 ; Italie, Loi n° 962 du 9 octobre 1967, article premier ; Espagne, Code pénal, livre II, titre XXIV, art. 607.

<sup>281</sup> Voir, par exemple, Éthiopie, *Special Prosecutor v. Hailemariam (Mengistu) and 173 Others*, exceptions préliminaires, dossier pénal n° 1/87, jugement de la Cour fédérale du 9 octobre 1995 ; Ouganda, *Kwoyelo Alias Latoni v. Uganda*, arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 septembre 2011 ; Canada, *The Queen v. Munyaneza (Désiré)*, jugement de première instance du Tribunal supérieur du Québec en date du 22 mai 2009 ; Argentine, *Office of the Prosecutor v. Priebke (Erich)*, arrêt de la Cour suprême du 2 novembre 1995 ; Bosnie-Herzégovine, *Prosecutor v. Trbić (Milorad)*, jugement de la Division criminelle de la Cour de Bosnie-Herzégovine en date du 16 octobre 2009 ; Espagne, *Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharuis (Association des familles des prisonniers et disparus Sahraouis) and Others v. Hachem and Others*, acte d'accusation, Tribunal national, 9 avril 2015 ; Espagne, *Fundación Casa del Tibet and Others v. Jiang (Zemin)*, arrêt sur la recevabilité rendu en appel par le Tribunal national, janvier 2006 ; Allemagne, affaire *Sokolović*, arrêt de révision de la Cour fédérale de justice, Division criminelle, 21 février 2001 ; Allemagne, *Affaire Jorgic*, arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 décembre 2000.

<sup>282</sup> *Jorgic* (voir note précédente), en particulier par. 40.

des infractions graves et de « les déférer à [leurs]... tribunaux, quelle que soit leur nationalité »<sup>283</sup>. De plus, le droit interne de nombreux États réprime les crimes de guerre<sup>284</sup>.

117. Dans son deuxième rapport sur les crimes contre l'humanité, le Rapporteur spécial a donné des informations utiles sur les lois nationales réprimant les crimes contre l'humanité<sup>285</sup>. Dans ce rapport, il relevait que si de nombreux États répriment les crimes contre l'humanité dans leur droit interne, de nombreux autres ne le font pas<sup>286</sup>. Il constatait qu'en 2013, environ 104 États étaient dotés d'une législation réprimant expressément les crimes contre l'humanité *en tant que tels*<sup>287</sup>. Le Rapporteur spécial en conclut qu'« [i]l apparaît ainsi que les États ne se sentent pas tenus » d'adopter une législation réprimant les crimes contre l'humanité, mais le nombre des lois internes qui le font<sup>288</sup>, soit 104, représente une pratique des États impressionnante. Ce nombre est d'autant plus impressionnant que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale lui-même n'oblige pas les États à réprimer dans leur droit interne les crimes contre l'humanité (ou les autres crimes) qu'il réprime<sup>289</sup>. Cela

<sup>283</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, art. 49 ; Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, art. 50 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, art. 129 ; Convention de Genève, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 146.

<sup>284</sup> Voir, pour des exemples de loi nationale: Arménie, Code pénal (2003), art. 383, 386, 387 et 390 ; Bangladesh, Loi de 1973 sur le Tribunal chargé de juger les crimes internationaux, art. 3 ; Bulgarie, Code pénal de 1968, art. 410-415 ; Chine, Loi sur les criminels de guerre (1946), art. 3 ; République démocratique du Congo, Code de justice militaire (1972), art. 262-264 ; Finlande, Code pénal de 1889 (amendement 212/2008), chapitre 11, art. 5(1) ; Jordanie, Code pénal militaire (2002) (amendé en 2006), art. 41 ; Portugal, Code pénal (1996), art. 242 ; Afrique du Sud, Loi donnant effet aux Conventions de Genève (2012), art. 5 ; voir également le manuel intitulé *Law of Armed Conflict: Commanders Guide* de la Force de défense australienne (mars 1994), par. 1306 (« Les nations sont tenues de rechercher, de poursuivre et, si nécessaire, d'extrader les individus soupçonnés d'avoir commis des infractions au "droit des conflits armés" ») ; Bureau du Juge avocat général du Canada, *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique* (1999), par. 52 ; Ministère colombien de la défense, *Derecho Internacional Humanitario: Manual Básico para las Personerías y las Fuerzas Armadas de Colombia* (1995), p. 27 ; France, Général de corps d'armée Voinot, *Fiche de Synthèse sur les Règles Applicables dans les Conflits Armés* (1992), par. 3.4 ; Allemagne, Ministère fédéral de la défense, *Humanitäres Völkerrecht in Bewaffneten Konflikten* (1996), par. 803 ; Israël, Military Advocate General Corps Command, *Rules of Warfare on the Battlefield* (2006), p. 11 ; Fédération de Russie, Ministère de la défense, *Regulations on the Application of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the Russian Federation* (2001), par. 86 ; Afrique du Sud, Force de défense nationale, *Revised Civic Education Manual* (2004), chapitre 4, par. 57 ; Suisse, Armée suisse, *Lois et coutumes de la guerre (Extrait et commentaire)* (1987), art. 198 ; États-Unis, Department of the Navy, *The Commander Handbook on the Law of Naval Operations* (2007), par. 6.2.6.

<sup>285</sup> Deuxième rapport sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/690), par. 17-19.

<sup>286</sup> Ibid., par. 17-18.

<sup>287</sup> Ibid., par. 18. Voir également Projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, par. 3 du commentaire de l'article 6.

<sup>288</sup> Ibid., par. 18.

<sup>289</sup> Voir, nonobstant le fait que le Statut de Rome lui-même ne crée aucune obligation de poursuivre, les affaires suivantes dans lesquelles des États ont engagé des poursuites du chef de crimes contre l'humanité ou affirmé qu'ils avaient le droit de le faire: République démocratique du Congo, *Ituri District Military Prosecutor v. Kahwa Panga Mandro*, jugement de première instance du Tribunal militaire en date du 2 août 2006 ; Mexique, *Federal Prosecutor assigned to the Special Office of the Attorney-General for Federal Crimes Committed by Public Servants against Persons Related to Past Social and Political Movements and Another v. Echeverria and MoyaPalencia*, arrêt d'appel de la Cour suprême de justice, 15 juin 2005 ; Pérou, *Guillén de Rivero v. Peruvian Supreme Court*, arrêt d'appel de la Cour constitutionnelle (12 août 2005) ; Paraguay, *Pavon and Others v. Criminal Public Prosecutor*, arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême en

ne signifie pas nécessairement qu'il existe en droit international coutumier une obligation de réprimer les crimes contre l'humanité – en l'absence de l'*opinio juris* requise. Toutefois, la pratique substantielle existant en la matière constitue un fondement solide pour la formation d'une telle obligation (si elle n'existe pas déjà). C'est pour cette raison que la Commission a décidé d'indiquer, à l'article 6 du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, que les États « pren[ent] les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de [leur] droit pénal », une disposition bien accueillie par la plupart des États<sup>290</sup>.

118. Il existe une pratique répandue, d'un point de vue tant quantitatif que géographique, consistant pour les États à exercer leur compétence pénale pour connaître des actes dont l'interdiction constitue une norme du *jus cogens*, comme les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le génocide et la torture<sup>291</sup>. La pratique révèle toutefois que si le droit interne de certains États autorise l'exercice de la compétence universelle, celui d'autres États exige un lien avec l'État du for. La législation relative aux crimes de guerre illustre bien les différences existant à cet égard<sup>292</sup>. Aux États-Unis, par exemple, si la législation relative aux crimes de guerre<sup>293</sup> dispose que « [q]uiconque » commet un crime de guerre « à l'intérieur ou à l'extérieur des États-Unis » est passible d'une peine<sup>294</sup>, il faut, pour que cette disposition soit applicable, que « la personne commettant un tel crime de guerre soit un membre des Forces armées des États-Unis ou un national des États-Unis »<sup>295</sup>. La loi sud-africaine donnant effet au Statut de Rome confère toutefois compétence aux tribunaux sud-africains même en l'absence de lien avec l'Afrique du Sud si la personne accusée d'avoir commis une infraction « est présente sur le territoire de [l'Afrique du Sud] après avoir commis l'infraction »<sup>296</sup>. Ces différences d'approche sont également

---

date du 5 mai 2008 ; Chili, *Re Víctor Raúl Pinto v. Relatives of Tomás Rojas*, décision d'annulation de la Cour suprême (2007), par. 23.

<sup>290</sup> Voir troisième rapport sur les crimes contre l'humanité du Rapporteur spécial (A/CN.4/704), par. 4.

<sup>291</sup> En ce qui concerne la torture, voir *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt (*supra* note 279), par. 99 (l'interdiction de la torture « a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États »).

<sup>292</sup> Voir *supra* note 284.

<sup>293</sup> 18 US Code, sect. 2441.

<sup>294</sup> *Ibid.*, par. a).

<sup>295</sup> *Ibid.* Voir Afrique du Sud, *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, arrêt de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, CCT 02/14. Dire Tladi, « National Commissioner of the South Africa Police Service v Southern African Human Rights Litigation Centre (Sup Ct S Afr) – Introductory Note », *International Legal Materials*, vol. 54 (2015), p. 152-174. Voir également Royaume-Uni, Loi de 2001 sur la Cour pénale internationale, art. 51(2), qui dispose que cet article s'applique aux « actes commis en Angleterre ou au Pays de Galles » ou aux actes commis « hors du Royaume-Uni par un national du Royaume-Uni, un résident du Royaume-Uni ou une personne relevant de la juridiction du Royaume-Uni » ; Japon, Loi n° 45 de 1907 portant Code pénal, tel qu'amendée, art. 1-3, qui prévoit que la compétence ne peut être exercée à raison d'actes commis à l'étranger par des non-nationaux que s'ils sont commis contre des Japonais ([www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan](http://www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php#japan)) ; République de Corée, Loi sur la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale (République de Corée), dont l'article 3 prévoit l'exercice de la compétence pour connaître des actes a) commis sur le territoire de la République de Corée, b) commis hors du territoire de la République de Corée par un national, c) commis par un étranger à bord de navires ou aéronefs de la République de Corée et d) commis par un étranger contre la République de Corée ou ses nationaux hors du territoire de la République de Corée.

<sup>296</sup> Voir art. 4 3) de la Loi d'application du Statut de Rome d'Afrique du Sud, 2002. Voir également, Afrique du Sud, *National Commissioner of Police v. Southern African Litigation Centre* (*supra* note 295). Voir en outre Finlande, Code pénal (*supra* note 284), chapitre 11, dont l'article 5 mentionne seulement « Une personne ». Voir également Allemagne, Loi portant Code des crimes

reflétées dans les travaux de la Commission. En 1996, la Commission a obligé les États à établir leur compétence pour connaître des crimes de *jus cogens* « quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes »<sup>297</sup>. Dans le texte le plus récent qu'elle a adopté en la matière, la Commission fait obligation aux États d'établir leur compétence quand: i) « l'infraction a été commise sur tout territoire » sous leur juridiction ; ii) « l'auteur présumé de l'infraction est un [de leurs] ressortissant[s] » ou un apatride « qui réside habituellement sur [leur] territoire » ; et iii) « la victime est un [de leurs] ressortissant[s] [s'ils] le juge[nt] approprié »<sup>298</sup>. Le texte le plus récent, le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, laisse aux États la possibilité d'exercer une compétence plus large, par exemple la compétence universelle, si le droit international l'autorise<sup>299</sup>.

119. S'il est généralement admis qu'il existe une obligation de poursuivre, Costelloe a nié l'existence de cette obligation générale comme suit:

Dans son arrêt sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale [de Justice] a jugé, tout en constatant que « l'interdiction de la torture » [relevait du *jus cogens*], que « l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la convention, ne s'applique qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'État concerné »<sup>300</sup>.

120. Cela est certes exact, mais cet argument ne tient pas compte du fait que la Cour limite son observation à « l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la Convention », c'est-à-dire que la Cour s'intéresse à l'obligation conventionnelle et non à une obligation du droit international général. La raison en est évidente. La compétence de la Cour en l'espèce se limitait aux violations de la Convention à l'exclusion des violations du droit international coutumier, y compris le *jus cogens*<sup>301</sup>. La conclusion de la Cour n'est donc pas une conclusion générale sur l'obligation des États d'exercer leur compétence pour connaître des actes de torture, mais sur l'obligation énoncée dans la Convention en la matière.

## 2. Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur l'immunité

121. Peut-être aucune autre conséquence potentielle des normes du *jus cogens* n'a été plus controversée que leur effet sur l'immunité des États et de leurs représentants<sup>302</sup>. La question de l'immunité et des crimes de *jus cogens* a fait l'objet

---

contre le droit international, juin 2002, art. 1 (« La présente loi s'applique à toutes les infractions pénales de droit international qualifiées d'infractions graves dans la présente loi... même lorsqu'elles sont commises à l'étranger et n'ont aucun lien avec l'Allemagne. ») ; Canada, loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre de 2000, chapitre 24, art. 4 b), dispose que le Canada peut exercer sa compétence pour connaître des crimes commis hors du Canada par un étranger si « la personne est présente au Canada après que l'infraction alléguée a été commise ».

<sup>297</sup> Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996, vol. II (deuxième partie)*, art. 8.

<sup>298</sup> Projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, art. 7.

<sup>299</sup> Ibid., art 7 par. 3.

<sup>300</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 191.

<sup>301</sup> *Questions concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre (Belgique c. Sénégal)*, arrêt (*supra* note 277), par. 55 (« au moment du dépôt de la requête, le différend qui opposait les Parties n'était pas relatif à des manquements à des obligations relevant du droit international coutumier, et [la Cour] n'a donc pas compétence pour statuer sur les demandes de la Belgique qui s'y rapportent.... C'est donc uniquement à l'égard du différend concernant l'interprétation et l'application de... la convention contre la torture que la Cour devra déterminer s'il existe une base juridique de compétence »). Voir également *ibid.*, par. 63.

<sup>302</sup> Sur la position de la doctrine, voir, par exemple, Antonio Cassese, « When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case »,

de nombreuses décisions de juridictions internationales et régionales et de tribunaux internes ainsi que de débats au sein de la Commission<sup>303</sup>. Le présent rapport ne reprendra donc pas intégralement ces débats, mais ne fera que souligner les points marquants susceptibles d'aider la Commission dans l'examen de la question des conséquences juridiques du *jus cogens* sur les immunités.

122. Dans son cinquième rapport sur les immunités des représentants de l'État<sup>304</sup>, la Rapporteuse spéciale a proposé un projet d'article qui disposait que l'immunité *ratione materiae* n'était pas applicable à l'égard des crimes de *jus cogens*, une disposition que la Commission a adoptée, sous une forme certes considérablement modifiée, à l'issue d'un vote dans le cadre duquel 21 membres ont voté pour, 8 ont voté contre et 1 s'est abstenu<sup>305</sup>. Lors du débat, le Rapporteur spécial (pour le *jus cogens*) a dit que s'il appuyait les exceptions à l'immunité *ratione materiae* dans le cas des crimes de *jus cogens*, il n'était pas convaincu par les éléments cités pour les étayer dans le cinquième rapport sur les immunités<sup>306</sup>. L'opinion ainsi exprimée ne sera pas réitérée dans le présent rapport si ce n'est pour dire que ce qui suit est conforme à cette opinion.

123. Pour évaluer cette question, il faut faire plusieurs distinctions, dont certaines sont souvent méconnues. Premièrement, il importe d'opérer une distinction, comme la Commission l'a fait pour le sujet des crimes contre l'humanité, entre les immunités et la non-pertinence de la qualité officielle s'agissant de la responsabilité pour les crimes de *jus cogens*<sup>307</sup>. L'immunité est un obstacle procédural à la compétence alors

---

*European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), p. 853-875 ; Dapo Akande et Sangeeta Shah, « Immunities of State officials, international crimes, and foreign domestic courts », *European Journal of International Law*, vol. 21 (2011), p. 815-852 ; Thomas Weatherall, « *Jus cogens* and Sovereign Immunity: Reconciling divergence in contemporary jurisprudence », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46 (2015), p. 1151-1212 ; APV Rogers, « War crimes under the Royal Warrant: British Practice (1945-1949) », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), p. 780-800 ; Annemarieke Vermeer-Künzli, « Immunities and consent to jurisdiction in international law », dans *The pursuit of a brave new world in international law: Essays in honour of John Dugard*, Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis et Dire Tladi (dir. publ.), (Leiden, Brill, 2017), p. 172-192. p. 180 et suivantes ; Paul B Stephan, « The political economy of *jus cogens* », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2011), p. 1073-1104, p. 1074-1080 et 1092-1093 ; Kawasaki, « A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law » (*supra* note 75), p. 31 ; Andrea Bianchi, « Human rights and the magic of *jus cogens* », *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), p. 491-508 ; Kolb, « *Peremptory international law – jus cogens* » (*supra* note 62) ; Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 259 et suivantes ; Knuchel, « *Jus cogens*: identification and enforcement of peremptory norms » (*supra* note 64), p. 202 ; Linderfalk, « Understanding the *jus cogens* debate » (*supra* note 58), p. 54 ; Orakhelashvili, « Audience and authority » (*supra* note 69), p. 138 et suivantes ; Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens* norms » (*supra* note 60), p. 218 et suivantes.

<sup>303</sup> Pour les jugements de juridictions internationales, voir notamment: *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 3 et *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 99. Pour des exemples de décisions de juridictions régionales, voir: *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2014 ; *Al Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2001-XI. Pour les travaux de la Commission sur des questions touchant les immunités voir, outre les documents cités dans la note de bas de page 280, les débats tenus par la Commission sur le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701) dans A/CN.4/SR.3360–3365, SR.3378 et SR.3387-3388.

<sup>304</sup> A/CN.4/701, annexe III.

<sup>305</sup> A/CN.4/SR.3378.

<sup>306</sup> A/CN.4/SR.3361.

<sup>307</sup> Voir Projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, art. 6, par. 5: « Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent

que la non-pertinence de la qualité officielle a un effet quant au fond<sup>308</sup>. La qualité officielle ne peut être invoquée comme moyen de défense au fond pour s'exonérer de la responsabilité pénale à raison de crimes de *jus cogens*. Deuxièmement, s'agissant de l'immunité, une distinction moins controversée doit être opérée entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*<sup>309</sup>. Il est généralement admis qu'il n'y a pas d'exceptions, même dans le cas des crimes de *jus cogens*, à l'immunité *ratione personae*.<sup>310</sup> Une affaire intéressante à cet égard est l'affaire *Minister of Justice v. South African Litigation Centre* dont la Cour suprême d'Afrique du Sud a connu en appel<sup>311</sup> et qui, s'agissant d'un moyen subsidiaire de détermination des règles du droit international<sup>312</sup>, étaye la proposition selon laquelle il n'y a pas d'exceptions à l'immunité *ratione personae* en droit international coutumier, même si la pratique étatique connaît une exception à cette règle sur le fondement de la législation sud-africaine. Quoi qu'il en soit, la Cour elle-même souligne dans sa décision qu'elle ne peut déterminer le droit international coutumier<sup>313</sup>, et cette décision demeure donc un exemple isolé de décision favorable à une exception à l'immunité *ratione personae* dans le cas des crimes de *jus cogens*. On peut donc admettre qu'en l'état actuel du droit il n'y a pas d'exception à l'immunité *ratione personae* à raison du caractère de *jus cogens* du crime en cause. La vraie question est donc de savoir si les crimes de *jus cogens* excluent l'immunité *ratione materiae*.

124. D'une manière générale, les commentateurs fondent leurs conclusions sur la pratique des États et la jurisprudence internationale en matière civile. L'arrêt souvent cité de la Cour internationale de Justice, dans lequel la Cour a jugé qu'il n'y avait pas

---

projet d'article a été commise par une personne occupant une position officielle ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. »). Voir toutefois, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09, 6 juillet 2017, opinion dissidente du juge Marc Perrin de Brichambaut, par. 22.

<sup>308</sup> Projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, voir en particulier par. 31 du commentaire de l'article 6 (« Aux fins du présent projet d'articles, le paragraphe 5 doit être compris comme empêchant l'auteur présumé d'invoquer sa qualité officielle comme moyen de défense au fond pour s'exonérer de toute responsabilité pénale. Ce paragraphe n'a toutefois aucune incidence sur l'immunité de la juridiction pénale nationale dont peut bénéficier un représentant de l'État... »). Voir également Dire Tladi, « Of heroes and villains, angels and demons: The ICC AU tension revisited », *German Yearbook of International Law* (à paraître), commentant l'opinion dissidente du juge Marc Perrin de Brichambaut.

<sup>309</sup> Voir art. 3 et 4 du Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Voir également Royaume-Uni, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, jugement de la Chambre des Lords en date du 24 mars 1999, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581, opinion of Lord Phillips, p. 653, soulignant que si Pinochet était toujours chef d'État, il pourrait invoquer l'immunité *ratione personae*.

<sup>310</sup> Voir Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, article 7, et en particulier par. 2 du commentaire y relatif. Voir surtout l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt (supra note 303))*.

<sup>311</sup> *Minister of Justice and Constitutional Development Others v. Southern African Litigation Centre and Others*, arrêt de la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud, 2016 (4) BCLR 487 (SCA).

<sup>312</sup> *Ibid.*, par. 84 (« Je dois conclure avec regret que dire qu'il n'y a plus d'immunité souveraine pour les violations du *jus cogens* (des normes immuables) serait aller trop loin. L'examen de la jurisprudence et de la doctrine permet seulement de conclure que le professeur Dugard a raison lorsqu'il affirme que "le droit international coutumier est dans un état de flux en ce qui concerne l'immunité, tant pénale que civile, pour les violations des normes du *jus cogens*." Dans ces conditions, je ne suis pas en mesure de considérer à ce stade du développement du droit international coutumier qu'il existe, en ce qui concerne les crimes internationaux, une exception à l'immunité et l'inviolabilité dont jouissent les chefs d'État en visite dans les pays étrangers et devant les tribunaux étrangers. »).

<sup>313</sup> *Ibid.* (« Mais il ne m'appartient pas de déterminer le contenu du droit international coutumier »).

de « conflit direct » entre des règles relatives à l'immunité et les normes du *jus cogens* parce que les normes du *jus cogens* énoncent des interdictions quant à la conduite des États alors que les immunités ont un caractère procédural et opèrent sur un plan différent<sup>314</sup>, concernait l'immunité de la juridiction civile. De plus, toutes les preuves invoquées par la Cour comme attestant la pratique des États dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* concernaient également l'immunité de la juridiction civile<sup>315</sup>. Souvent, ceux qui affirment qu'il existe une exception à l'immunité en cas d'infractions au *jus cogens* citent également des décisions de tribunaux internes rendues en matière civile<sup>316</sup>. Or c'est sur la pratique en matière de responsabilité pénale que doit reposer toute règle de droit international relative aux exceptions à l'immunité dans le cas des crimes de *jus cogens*.

125. L'immunité *ratione materiae* a bien entendu été invoquée dans de nombreuses instances pénales devant les tribunaux internes<sup>317</sup>. Rogers, par exemple, examine plusieurs affaires relevant du Royal Warrant de 1945 du Royaume-Uni, promulgué pour juger des criminels de guerre de la Seconde Guerre mondiale<sup>318</sup>. Les accusés comprenaient des membres des forces armées d'États étrangers qui auraient presque certainement joui de l'immunité *ratione materiae*<sup>319</sup>. Cassese donne également une liste de décisions de tribunaux internes dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* a été levée pour des crimes de *jus cogens*<sup>320</sup>. On peut notamment citer, parmi les affaires célèbres dans lesquelles des personnes jouissant manifestement de l'immunité *ratione materiae* ont été assujetties à la juridiction de tribunaux internes l'affaire *Eichmann* (Israël)<sup>321</sup>, *Barbie* (France)<sup>322</sup>, *Bouterse* (Pays-Bas) – bien que le jugement rendu dans cette affaire ait été infirmé non en raison de l'immunité mais uniquement en application de la règle interdisant l'application rétroactive de la loi pénale<sup>323</sup>, *Pinochet* (Espagne), *Génocide au Guatemala* (Espagne)<sup>324</sup>, *Scilingo* (Espagne)<sup>325</sup>. Peut-être l'affaire la plus fréquemment associée au principe de la perte de l'immunité *ratione materiae* dans le cas des crimes de *jus cogens* est l'affaire *Pinochet* jugée au

<sup>314</sup> Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie: Grèce (intervenante))* (*supra* note 303), par. 95. D'autres décisions concernant des procédures civiles sont souvent citées à l'appui de l'argument selon lequel il n'y a pas d'exceptions à l'immunité *ratione materiae* même pour les crimes de *jus cogens*, y compris les affaires *Jones et autres c. Royaume-Uni* (*supra* note 303) et *Al Adsani c. Royaume-Uni* (*supra* note 303).

<sup>315</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie: Grèce (intervenante))* (*supra* note 303), par. 70 (législation nationale) et 96 (jurisprudence).

<sup>316</sup> Voir, par exemple, l'affaire liée à un procès civil dans laquelle l'immunité a été refusée en raison du caractère de *jus cogens* de l'infraction, *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012).

<sup>317</sup> Voir par. 5 du commentaire de l'article 7 du Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, Rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session (A/72/10) en particulier la note de bas de page 762.

<sup>318</sup> Voir à cet égard Rogers, « War crimes trials under the Royal Warrant » (*supra* note 302), en particulier p. 790 et suivantes.

<sup>319</sup> Voir *ibid.*, citant l'affaire *Rauer and Others*, le procès *Peleus* et les procès d'*Helmuth von Ruckteschell* et *von Manstein*.

<sup>320</sup> Cassese, « When may senior State officials be tried for international crimes » (*supra* note 302), p. 870 et suivantes.

<sup>321</sup> Israël, *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, arrêt de la Cour suprême, traduction anglaise disponible dans *International Law Reports*, vol. 36 (1968), p. 277.

<sup>322</sup> Voir à cet égard Nicholas R Dorman « Aftermath of Nuremberg: The trial of Klaus Barbie », *University of Colorado Law Review*, vol. 60 (1989), p. 449-469.

<sup>323</sup> Pays-Bas, *Bouterse*, arrêt de la Cour suprême du 18 septembre 2001.

<sup>324</sup> Espagne, *Génocide au Guatemala, Menchú Tumm and Others v. Tow Guatemalan Government Officials and Six Members of the Guatemalan Military*, arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 septembre 2005.

<sup>325</sup> Espagne, *Scilingo Manzorro (Alolfo Francisco) v. Spain*, arrêt de la Cour suprême espagnole du 1<sup>er</sup> octobre 2007.

Royaume-Uni. Dans cette affaire, Lord Brown-Wilkinson, Lord Hope et Lord Phillips ont tous, dans leurs opinions, souligné la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* dans le cas d'un crime international réprimé par le *jus cogens*<sup>326</sup>.

126. Dans le cadre de l'examen par la Commission de l'immunité des représentants de l'État, certains membres ont souligné que les décisions *Bouterse* et *Pinochet* ne permettaient pas d'affirmer que l'immunité *ratione materiae* était inapplicable<sup>327</sup>. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, la Cour suprême des Pays-Bas a, en appel, infirmé le jugement rendu dans l'affaire *Bouterse* non en raison de l'immunité mais en application du principe de non-rétroactivité de la loi. L'immunité est un obstacle procédural aux poursuites qui interdit d'examiner les questions de fond. L'examen de la question de savoir si la loi peut être appliquée rétroactivement indique en lui-même que l'immunité n'a pas été retenue. On se souviendra qu'il s'agit de savoir *non* si la Cour a jugé que l'immunité était ou non applicable, mais si elle a exercé sa compétence: il est clair qu'en l'espèce elle l'a fait, mais qu'elle a jugé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre parce que la loi ne pouvait être appliquée rétroactivement. En ce qui concerne l'affaire *Pinochet*, les membres concernés ont souligné que les opinions susvisées n'étaient pas fondées sur le *jus cogens* en tant que tel mais sur une obligation conventionnelle. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, trois de ces opinions ont spécifiquement invoqué la nature de *jus cogens* de l'interdiction du crime pour écarter l'immunité. De plus, elles étaient toutes fondées sur la nature du crime, la torture, largement considérée comme un crime de *jus cogens*<sup>328</sup>. Ces membres ont aussi contesté la pertinence des lois donnant effet au Statut de Rome<sup>329</sup>. *Peut-être* ont-ils raison, mais uniquement en ce qui concerne les dispositions du droit interne donnant effet aux obligations découlant du Statut de Rome. Ainsi, l'exclusion de l'immunité d'arrestation aux fins d'une remise éventuelle à la Cour pénale internationale, une obligation énoncée dans le Statut de Rome, *pourrait* être dénuée de pertinence s'agissant de l'immunité en droit interne. Toutefois, comme le Statut de Rome n'oblige pas les États à engager des poursuites sur la base de ses dispositions, a fortiori contre des représentants jouissant de l'immunité, toute loi disposant qu'il n'y a pas d'immunité est pertinente s'agissant de déterminer les règles du droit international général.

127. Il y a bien entendu des décisions de tribunaux internes accordant l'immunité en matière pénale. La Cour de cassation française, par exemple, a jugé « qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice »<sup>330</sup>. De même, dans plusieurs jugements rendus après l'affaire *Pinochet*, les

<sup>326</sup> Royaume-Uni, *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (*supra* note 309), opinion de Lord Brown-Wilkinson (par. 56), opinion de Lord Hope (par. 196), opinion de Lord Millet (par. 330 et suivants) et opinion de Lord Phillips (par. 366).

<sup>327</sup> Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par. 8 du commentaire de l'article 7, rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session (A/72/10), en particulier note de bas de page 765.

<sup>328</sup> Voir, par exemple, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt (*supra* note 277), par. 99.

<sup>329</sup> Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par. 8 du commentaire de l'article 7, rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session (A/72/10), en particulier note 765.

<sup>330</sup> France, *Kadhafi*, arrêt de la Cour de cassation française en date du 13 mars 2001 (n° 00-87215), *International Law Report*, vol. 125 (2001), p. 490, par. 9 (« *Under international law, regardless of the gravity of the crime denounced, there is no exception to the principle of immunity from jurisdiction for incumbent heads of State in foreign courts.* »). Voir également Belgique, *H.S.A et al v. S.A., et al (affaire Ariel Sharon)*, jugement de la Cour de cassation du 12 février 2003, n° P.02.1139.F, p. 599-600.

tribunaux du Royaume-Uni ont confirmé l'immunité de représentants de l'État<sup>331</sup>. On notera toutefois que ces décisions concernaient des chefs d'État en exercice jouissant de l'immunité *ratione personae*. Tant l'arrêt *Kadhafi* que la décision *Mugabe* donnent à penser que si les intéressés n'avaient plus été chef d'État – situation dans laquelle la Commission a décidé que l'immunité *ratione materiae* s'appliquait<sup>332</sup> – l'immunité ne leur aurait pas été accordée. Dans l'affaire *Kadhafi*, par exemple, la Cour a expressément déclaré que jouissaient de la protection conférée par l'immunité les « chefs d'État étrangers *en exercice* ». Dans l'affaire *Mugabe*, la Cour a fait observer que l'immunité ne pouvait être invoquée par Mugabe que « tant qu'il était chef d'État » (les italiques sont de nous).

128. Il y a bien entendu eu des décisions confirmant l'immunité d'autres responsables que des chefs d'État. On peut citer à cet égard les affaires *Re Bo Xilai* et *Re Mofaz* jugées par la Magistrates' Court du Royaume-Uni<sup>333</sup>. Pourtant dans ces deux affaires, le tribunal est parti, à tort ou à raison, du principe que les représentants en question, un ministre de la défense (Mofaz) et un ministre du commerce et des échanges (Bo Xilai) jouissaient de l'immunité *ratione personae*. Dans l'affaire *Mofaz*, par exemple, le tribunal a conclu qu'« un ministre de la défense acqu[érait] de plein droit... l'immunité, de la même manière qu'un ministre des affaires étrangères ». De même, dans l'affaire *Bo Xilai*, ayant rappelé l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le tribunal a jugé que le Ministre chinois du commerce exerçait des fonctions « équivalentes à celles exercées par un ministre des affaires étrangères ».

129. L'affaire de la demande d'extradition concernant Hissène Habré est peut-être celle qui fournit le meilleur exemple de décision de juridiction interne confirmant l'immunité *ratione materiae*<sup>334</sup>. Dans cette affaire, Habré, un ancien chef d'État, ne jouissait plus de l'immunité *ratione personae* mais seulement de l'immunité (résiduelle) *ratione materiae*. La Cour d'appel a jugé que bien qu'Habré ne soit plus chef d'État, il conservait l'immunité dont il jouissait à ce titre<sup>335</sup>. Bien que cette décision constitue assurément une pratique, il convient de souligner qu'elle invoque erronément l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>336</sup>. Si, dans l'affaire Habré, l'immunité en cause était l'immunité *ratione materiae*, c'est l'immunité *ratione personae* qui était en cause dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. De fait, dans cette dernière affaire, l'arrêt excluait expressément le cas des personnes qui n'étaient plus en fonctions<sup>337</sup>. Ainsi, si l'affaire *Habré* constitue indubitablement une pratique, il ne faut pas lui accorder

<sup>331</sup> Royaume-Uni, Décision rendue dans l'affaire *In Re Mugabe*, jugement du 14 janvier 2004, Bow Street Magistrates' Court (« Je considère que Robert Mugabe, étant Président et chef d'État du Zimbabwe, a droit à cette immunité tant qu'il est chef d'État. Il ne saurait être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention et je ne suis donc pas en mesure de décerner le mandat qui a été demandé. »).

<sup>332</sup> Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par. 3 de l'article 6, rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session (A/71/10).

<sup>333</sup> Royaume-Uni, *Re Mofaz*, jugement du 12 février 2004 et *Re Bo Xilai*, jugement du 8 novembre 2005, Bow Street Magistrates' Court.

<sup>334</sup> Sénégal, *Demande d'extradition concernant Hissène Habré*, arrêt du 25 novembre 2005, Cour d'appel de Dakar.

<sup>335</sup> Ibid., par. 6.

<sup>336</sup> Ibid., par. 5 (« Considérant que Hissène Habré doit alors bénéficier de cette immunité de juridiction qui, loin d'être une cause d'exonération de responsabilité pénale, revêt simplement un caractère procédural au sens de l'arrêt Yérodia Abdoulaye Ndombasi du 14/02/2002 rendu par la Cour internationale de Justice dans le litige opposant le Royaume de Belgique à la République démocratique du Congo ... »).

<sup>337</sup> Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt (*supra* note 305), par. 61 (« En troisième lieu, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction [en cause], elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international... »).

trop de poids comme moyen subsidiaire de déterminer la règle de droit puisqu'elle repose sur une interprétation erronée de l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur lequel elle se fonde<sup>338</sup>.

130. Même si l'on ne tient pas compte de l'erreur commise dans l'affaire *Habré*, l'exposé qui précède montre que, dans l'ensemble, on considère que l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas en matière pénale. Se pose toutefois le problème de la logique de l'arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, une logique qui semble concerner l'immunité en matière tant civile que pénale. En d'autres termes, il n'y a a priori aucune raison pour que la règle énoncée dans cette affaire s'applique en matière civile mais non en matière pénale. Deux brèves observations peuvent être faites à cet égard. Premièrement, la distinction entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii* s'applique en matière civile mais ne s'applique apparemment pas en matière pénale. Ainsi, il existe assurément des différences entre les deux types de procédures en ce qui concerne les immunités. Deuxièmement, et ceci est plus important, il a été convenu au début de l'examen du sujet que la Commission devait être guidée dans ses travaux par la pratique des États et non par des considérations théoriques. Il est particulièrement important de relever à cet égard que certaines des décisions confirmant l'immunité en matière civile ont indiqué que des règles différentes pouvaient être applicables en matière pénale<sup>339</sup>. Dans la mesure où la pratique des États, sous la forme de décisions de juridictions nationales, étaye cette distinction, la Commission devrait suivre cette pratique.

131. L'idée selon laquelle, en matière pénale, l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux actes dont l'interdiction constitue une norme du *jus cogens* est maintenant reflétée à l'article 7 du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État<sup>340</sup>. Cela milite en faveur de l'inclusion d'une disposition sur l'immunité dans le projet de conclusions.

132. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Les États ont l'obligation d'exercer leur compétence pour connaître des infractions interdites par les normes impératives du droit international général (*jus*

<sup>338</sup> Voir projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session (A/71/10), par. 3 du commentaire du projet de conclusion 13 (« [L]a valeur [des décisions de juridictions nationales] varie considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi... que de la réaction des États et d'autres juridictions »).

<sup>339</sup> Voir, par exemple, *Al Adsani c. Royaume-Uni* (*supra* note 303), par. 61. Voir également *Yousuf v. Samantar* (*supra* note 316), p. 20 (« Plusieurs décisions rendues par des juridictions étrangères en matière pénale attestent d'une volonté de refuser l'immunité à raison d'actes officiels susceptibles de constituer des violations du *jus cogens* » et « l'exception de *jus cogens* semble moins établie en matière civile »). Pour une critique de cette position, voir Orakhelashvili, « Audience and authority » (*supra* note 69), p. 139.

<sup>340</sup> L'article 7 provisoirement adopté en 2017 dispose:

**Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas**

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants:

- a) Crime de génocide ;
- b) Crimes contre l'humanité ;
- c) Crimes de guerre ;
- d) Crime d'apartheid ;
- e) Torture ;
- f) Disparitions forcées.

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

*cogens*), lorsque ces infractions sont commises par leurs nationaux ou sur un territoire relevant de leur juridiction.

b) La disposition de l'alinéa a) n'exclut pas l'établissement de la compétence sur tout autre fondement autorisé par le droit interne, conformément au droit international.

c) La position officielle d'une personne qui commet un acte constituant une infraction interdite par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale.

d) L'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

### 3. Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur la compétence des juridictions internationales

133. Le principe énoncé dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie: Grèce (intervenante))* selon lequel la règle relative aux immunités, étant une règle procédurale, n'est pas en conflit avec les règles de fond concernant les crimes de *jus cogens*, a également été appliqué à la relation entre le *jus cogens* et la compétence des juridictions internationales<sup>341</sup>. Comme indiqué ci-dessus, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la République démocratique du Congo faisait valoir que la Cour internationale de Justice était compétente au motif que la violation en cause était une violation d'une norme impérative du droit international, et que la Cour internationale de Justice était donc compétente alors même que le Rwanda n'avait pas, comme l'exigeait le Statut de celle-ci, accepté sa compétence. La République démocratique du Congo faisait en particulier valoir que l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 « prévo[yait] la compétence de la Cour pour régler les différends nés de la violation de normes impératives »<sup>342</sup>. De plus, la République démocratique du Congo soutenait que la réserve du Rwanda à la clause compromissoire figurant dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – qui aurait conféré compétence à la Cour – était nulle car « elle vis[ait] “à empêcher la Cour... de réaliser son noble devoir de protéger les normes impératives.” »<sup>343</sup>. La Cour a rejeté cet argument en faisant observer que « le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme » du *jus cogens* « ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître » puisque, en vertu « du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties »<sup>344</sup>. Ce principe a été réaffirmé par la Cour dans l'affaire de l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*<sup>345</sup>.

134. Quelles que soient les critiques dont peut faire l'objet la distinction opérée dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* entre la procédure et le fond<sup>346</sup>, il semble difficile de critiquer la distinction entre normes procédurales et normes de

<sup>341</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie: Grèce (intervenante))* (*supra* note 303), par. 95.

<sup>342</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* (*supra* note 124), par. 15.

<sup>343</sup> *Ibid.*, par. 56.

<sup>344</sup> *Ibid.* par. 64.

<sup>345</sup> *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), arrêt* (*supra* note 262), par. 88.

<sup>346</sup> Voir, par exemple, la critique de l'arrêt rendu dans cette affaire formulée par Orakhelashvili, « Audience and authority » (*supra* note 69), p. 138 ; *Le Procureur militaire c. Albers et autres*, arrêt de la Cour italienne de cassation en date du 9 août 2012, par. 5.

fond dans le contexte de la compétence. Affirmer que toute invocation d'une norme du *jus cogens* confère compétence à la Cour internationale de Justice pour connaître d'un différend serait aller trop loin. Une telle affirmation ôterait tout son sens à la nécessité du consentement à la compétence. Sans entrer dans le débat concernant la validité ou l'invalidité de la distinction entre le fond et la procédure dans le contexte des immunités, il semble raisonnable de conclure qu'il existe une relation plus étroite entre les règles procédurales des immunités et les règles de fond qui sous-tendent les normes du *jus cogens* qu'entre la règle procédurale nécessitant le consentement à la compétence et la norme de fond qui sous-tend les normes du *jus cogens*.

135. Le principe selon lequel, en l'absence du consentement à la compétence, des allégations de violations du *jus cogens* ne confèrent pas compétence à une juridiction internationale doit être envisagé compte tenu de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969. Ainsi, lorsque cette convention s'applique, c'est-à-dire lorsque les deux parties au différend y sont parties, une allégation selon laquelle un traité viole une norme du *jus cogens* peut fonder la compétence de la Cour. Toutefois, en vertu de l'article 66, il en va seulement ainsi de la question de la nullité des traités et non des questions générales touchant le *jus cogens*. Cette disposition ne s'applique donc que si la validité d'un traité est en cause.

136. La brève analyse qui précède peut être résumée comme suit: sans préjudice de l'application de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969, le fait qu'un différend concerne une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne suffit pas à établir la compétence de la Cour en l'absence du consentement à cette compétence nécessaire en droit international.

#### **4. Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur d'autres sources du droit international**

137. Si, grâce en grande partie à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, les effets du *jus cogens* sur la validité des traités sont bien établis, les effets du *jus cogens* sur la validité d'autres sources le sont moins. La présente section analysera les effets du *jus cogens* sur les autres sources principales du droit international, à savoir le droit international coutumier, les actes unilatéraux et les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

##### *a) Droit international coutumier*

138. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 proposé dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le *jus cogens* indiquait que « [l]e droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens* du droit international ». <sup>347</sup> Invoquant cette relation entre le droit international coutumier et le *jus cogens*, Kawasaki affirme qu'un conflit entre le *jus cogens* et le droit international coutumier n'est pas possible <sup>348</sup>. Il fait valoir, premièrement, qu'en tant que « processus factuel d'accumulation de la pratique des États accompagné d'un sentiment collectif d'obligation », le droit international coutumier n'est pas un « acte juridique » créant un « droit, une obligation ou une autre situation juridique » et qu'il ne peut donc être nul <sup>349</sup>. Deuxièmement, il soutient qu'eu égard à ce processus, une

<sup>347</sup> Le Comité de rédaction a provisoirement adopté cette disposition en 2017, sans la modifier quant au fond. Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), 26 juillet 2017, annexe, par. 2 du projet de conclusion 5. (« Le droit international coutumier est le fondement le plus commun des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »).

<sup>348</sup> Kawasaki, « A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law » (*supra* note 75), p. 31.

<sup>349</sup> *Ibid.*

règle du droit international coutumier en conflit avec une norme du *jus cogens* ne peut se former du fait même de l'existence de cette norme<sup>350</sup>.

139. S'agissant de la première objection de Kawasaki, le processus factuel décrit par celui-ci donne naissance à une règle et cette règle, quelles que soient ses origines, peut être en conflit avec une norme du *jus cogens*. De fait, le processus conventionnel lui-même implique un processus factuel – la négociation – suivi d'actes de consentement qui créent des droits et des obligations. Quant à la seconde objection, en vertu de la Convention de Vienne de 1969, un traité qui est en conflit avec une norme existante du *jus cogens* est également nul *ab initio* – en d'autres termes, il ne voit pas le jour. La raison pour laquelle la disposition conventionnelle ne voit pas le jour est qu'elle est en conflit avec une norme du *jus cogens*. De la même manière, une pratique répandue, même si les États la considèrent comme étant le droit, ne crée pas une règle de droit international coutumier car une telle règle serait nulle *ab initio* parce qu'en conflit avec une norme du *jus cogens*, hiérarchiquement supérieure. On pourrait arguer qu'il est hautement improbable que les États acceptent une telle pratique comme étant le droit. Mais même dans cette situation, l'analogie avec le droit conventionnel est pertinente parce que, comme l'a montré la pratique, il est extrêmement improbable que les États concluent des traités en conflit avec le *jus cogens*. Cette réalité ne fait toutefois pas disparaître la nécessité d'énoncer une règle indiquant qu'une règle du droit international coutumier en conflit avec une norme du *jus cogens* est nulle, même si la probabilité d'un tel conflit est très faible. Quoi qu'il en soit, un droit international coutumier particulier (régional ou local) peut également se faire jour, qui peut être en conflit avec le *jus cogens*. Toute conclusion indiquant qu'une règle du droit international coutumier incompatible avec le *jus cogens* est nulle s'appliquera également aux règles du droit international coutumier particulier<sup>351</sup>.

140. Nous allons maintenant examiner les effets du *jus cogens* sur le droit international coutumier dans la pratique. L'idée que les règles du droit international coutumier en conflit avec des normes du *jus cogens* sont nulles découle de la supériorité hiérarchique et est reflétée dans la pratique des États. Dans l'affaire *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, la Cour d'appel des États-Unis pour le District de Columbia a fait observer que les normes du *jus cogens* « jouiss[aient] du statut le plus élevé en droit international et l'emport[aient] à la fois sur le droit international coutumier et les traités »<sup>352</sup>. Au Royaume-Uni, dans l'affaire *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, la Queen's Bench Division de la Haute Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles a également évoqué la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* et en a conclu « que les États ne pouvaient y déroger par des traités ou des règles de droit coutumier n'ayant pas le même statut »<sup>353</sup>. La Cour suprême d'Argentine a de même déclaré que les crimes contre l'humanité avaient le « caractère de *jus cogens*, ce qui signifie que [l'interdiction a] un statut supérieur au droit conventionnel mais aussi à toutes les autres sources du droit international »<sup>354</sup>. Dans l'affaire *Kenya Section of*

<sup>350</sup> Ibid.

<sup>351</sup> Kleinlein, « *Jus cogens* as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 64), p. 187 (« il est relativement facile de percevoir une hiérarchie structurelle entre le *jus cogens* et les règles coutumières régionales et locales. »).

<sup>352</sup> États-Unis, 859 F.2d 929 (DC Cir. 1988), p. 940 (les italiques sont de nous). Voir également *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992), p. 715. Voir également *Sabbithi v. Al Saleh*, 605 F. Sup. 2d 122 (D.D.C. 2009), p. 129.

<sup>353</sup> Royaume-Uni, *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009], 1 WLR 2579, p. 142 ii).

<sup>354</sup> Argentine, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, affaire n° 17.768, arrêt du 14 juin 2005, Cour suprême d'Argentine (original espagnol: « el carácter de *jus cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho »).

*the International Commission of Jurists v. Attorney-General*, la Haute Cour du Kenya a jugé que les normes du *jus cogens* « rendaient nulles toutes autres règles impératives entrant en conflit avec elles »<sup>355</sup>. Cette idée que les normes du *jus cogens* priment les règles du droit international coutumier a été également confirmée par la jurisprudence de juridictions régionales. Dans l'affaire *Al-Adsani*, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les normes du *jus cogens* « se situ[aient] dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier “ordinaires” »<sup>356</sup>. Dans leur opinion dissidente commune, les juges Rozakis et Caflisch, auxquels se sont joints les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic, ont été encore plus clairs, faisant les observations suivantes:

En admettant que la règle prohibant la torture est une règle de *jus cogens*, la majorité reconnaît que cette règle est hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit international ... Une règle de *jus cogens* a en effet cette caractéristique essentielle [qu']... elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte<sup>357</sup>.

141. Quel que soit le débat doctrinal sur le point de savoir s'il est possible qu'une règle du droit international coutumier soit en conflit avec une norme du *jus cogens*, ce qui est clair sur la base de la pratique est que, si un tel conflit survient, la norme du *jus cogens* l'emportera et la norme du droit international coutumier en conflit avec elle sera nulle. Cela vaut s'agissant tant des normes préexistantes du *jus cogens* que des normes survenant après l'apparition de la règle du droit international coutumier. Aux termes de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, il n'en va autrement que si la règle du droit international coutumier en question est elle-même une nouvelle norme du *jus cogens* capable de modifier la norme du *jus cogens* préexistante.

142. Une question connexe est celle de savoir si la doctrine de l'objecteur persistant s'applique aux normes du *jus cogens*. La Commission a déjà déterminé que lorsqu'un État avait objecté de manière persistante à une règle du droit international coutumier, « cette règle n'[était] pas opposable audit État »<sup>358</sup>. La Commission a toutefois indiqué que l'adoption de cette disposition était « sans préjudice des questions afférentes au *jus cogens* »<sup>359</sup>. Du point de vue doctrinal, la question a été soulevée de savoir s'il était même possible qu'une norme du *jus cogens* se forme en présence d'un objecteur persistant<sup>360</sup>. De l'avis du Rapporteur spécial, une objection persistante à la formation d'une règle du droit international coutumier ne saurait empêcher la formation d'une norme du *jus cogens*. Une fois que la règle de droit international coutumier s'est formée, la question se pose de savoir si « la communauté internationale dans son ensemble » – telle que décrite dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial et définie dans la conclusion 7<sup>361</sup> – accepte et reconnaît la non-dérogeabilité de la norme en question. Il va sans dire qu'en présence d'un nombre suffisant d'objecteurs, la norme du *jus cogens* ne prend pas naissance non par l'effet de la règle de l'objecteur

<sup>355</sup> Kenya, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney-General and others*, jugement de la Haute Cour, p. 14.

<sup>356</sup> *Al Adsani c. Royaume-Uni* (*supra* note 303), par. 30, citant *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 10 décembre 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. I, par. 153.

<sup>357</sup> *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (*supra* note 303), opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch (auxquels se sont joints les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic), par. 1.

<sup>358</sup> Voir projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, conclusion 15.

<sup>359</sup> *Ibid.*, par. 10 du commentaire de la conclusion 15.

<sup>360</sup> Voir, par exemple, Mik, « *Jus cogens* in contemporary international law » (*supra* note 179), p. 50.

<sup>361</sup> Déclaration du Président du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), 26 juillet 2017, annexe, projet de conclusion 7.

persistant mais parce qu'il n'y a pas un assez grand nombre d'États pour qu'il y ait « reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble ». La question clef est donc de savoir si, dans le cas où il est satisfait au critère d'acceptation et de reconnaissance de la non-dérogeabilité de la norme du *jus cogens* en question, les États objecteurs persistants seront liés par cette norme.

143. Comme indiqué dans les premier et deuxième rapports du Rapporteur spécial et dans les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en 2017, les normes du *jus cogens* sont universellement applicables<sup>362</sup>. Affirmer que les normes du *jus cogens* ne sont pas opposables à un « objecteur persistant » irait à l'encontre de la notion même d'applicabilité universelle du *jus cogens*. À cet égard, le Tribunal fédéral suisse a jugé dans l'affaire *Nada* que les normes du *jus cogens* « liaient tous les sujets de droit international »<sup>363</sup>. De plus, dans l'affaire *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, la Cour d'appel des États-Unis pour le District de Columbia a défini les normes du *jus cogens* comme « des normes si universellement acceptées que tous les États sont réputés être liés par elles en vertu du droit international »<sup>364</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a de même conclu que les normes du *jus cogens* « li[aient] tous les États »<sup>365</sup>.

144. Pour qu'il existe ne serait-ce qu'une possibilité que la doctrine de l'objecteur persistant constitue une exception face à l'acceptation en tant que point de départ de l'application universelle du *jus cogens*, il faudrait qu'il existe une pratique claire et sans équivoque justifiant une telle exception. Il en est ainsi parce que, appliquée aux normes du *jus cogens*, la règle de l'objecteur persistant impliquerait par définition la possibilité de déroger à ces règles. Or le caractère et le statut des normes du *jus cogens* sont définis par le fait qu'il ne peut y être dérogé. Le Rapporteur spécial n'a pu dans le cadre de l'établissement du présent rapport trouver un seul exemple de pratique étayant l'idée que la doctrine de l'objecteur persistant s'applique aux normes du *jus cogens* en tant qu'exception à l'applicabilité universelle de ces normes. Il existe par contre une pratique en sens opposé. Dans l'affaire *Michael Domingues*, en particulier, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a conclu que les normes du *jus cogens* « li[aient] la communauté internationale dans son ensemble, qu'il y ait [eu] ou non protestation, reconnaissance ou acquiescement »<sup>366</sup>. Cette déclaration est importante parce qu'elle a été faite en réponse à l'invocation expresse de la doctrine de l'objecteur persistant.

145. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Une règle du droit international coutumier ne peut se former si elle serait en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

<sup>362</sup> A/CN.4/693, par. 67-68 et A/CN.4/706, par. 28-30.

<sup>363</sup> Suisse, *Nada (Youssef) c. Secrétariat d'État à l'économie et Département fédéral de l'économie*, appel administratif, jugement du 14 novembre 2007, Tribunal fédéral suprême, affaire n° 1A 45/2007, ILDC 461 (CH 2007), par. 7 (les italiques sont de nous).

<sup>364</sup> États-Unis, *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (DC Cir. 2008), p. 1291-1292 (les italiques sont de nous).

<sup>365</sup> *Avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003 en ce qui concerne le statut et les droits juridiques des migrants en situation irrégulière, demandé par les États-Unis du Mexique*, série A, n° 18, par. 4-5. Voir également la déclaration écrite du 19 juin 1995 du Gouvernement mexicain sur la demande d'avis consultatif, soumise à la Cour internationale de Justice par l'Assemblée générale à sa quarante-neuvième session (résolution 49/75K), par. 7 (« Ces normes... ont un caractère juridiquement contraignant pour tous les États (*jus cogens*) »). Voir également Iran (République islamique d') (A/C.6/68/SR.26), par. 4 (« L'"objecteur persistant" n'a pas sa place dans la formation du *jus cogens* »).

<sup>366</sup> *Michael Domingues c. États-Unis*, affaire 12.285, rapport n° 62/02, Commission interaméricaine des droits de l'homme, décision du 22 octobre 2000, par. 49.

b) Une règle du droit international coutumier qui n'a pas le caractère de *jus cogens* cesse d'exister si survient une nouvelle règle impérative du droit international général (*jus cogens*) en conflit avec elle.

c) Comme les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) lient tous les sujets de droit international, la doctrine de l'objecteur persistant ne s'applique pas.

b) *Actes unilatéraux*

146. La Commission a déjà établi qu'en son état actuel le droit international permettait aux États d'assumer des obligations au moyen d'actes unilatéraux<sup>367</sup>. Les actes unilatéraux qui peuvent, dans certaines circonstances, donner naissance à des obligations juridiques comprennent les déclarations et certains comportements<sup>368</sup>. Interdire aux États d'assumer des obligations en conflit avec le *jus cogens* dans un traité mais les autoriser à le faire par un acte unilatéral n'aurait guère de sens.

147. La Commission a conclu qu'un acte unilatéral en conflit avec une norme impérative du droit international général était nul<sup>369</sup>. Dans le commentaire du principe directeur 8 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission a indiqué que la règle voulant qu'un acte unilatéral en conflit avec une norme impérative du droit international général soit nul « s'inspir[ait] de la règle analogue contenue dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 »<sup>370</sup>. Cette règle découle du fait que le *jus cogens* n'admet aucune dérogation. Un acte unilatéral visant à créer des droits ou des obligations incompatibles avec le *jus cogens* est assimilable à une dérogation et est donc interdit. L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *République démocratique du Congo c. Rwanda* a été interprété comme attestant qu'une réserve, elle-même un acte unilatéral, pouvait être nulle parce qu'elle était en conflit avec une norme du *jus cogens*<sup>371</sup>.

148. La Commission a aussi confirmé la non-dérogeabilité en ce qui concerne les actes unilatéraux dans le cadre de ses travaux sur les réserves aux traités<sup>372</sup>. On se

<sup>367</sup> Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session, *Annuaire... 2006, vol. II (deuxième partie)*. Voir également Mik, « *Jus cogens* in contemporary international law » (*supra* note 179), p. 44.

<sup>368</sup> Pour une description exhaustive des types d'actes unilatéraux, voir Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 152 et suivantes. Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent rapport, de distinguer entre les différents types d'actes unilatéraux.

<sup>369</sup> Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, principe directeur 8.

<sup>370</sup> *Ibid.*, commentaire du principe directeur 8.

<sup>371</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda) Activités armées sur le territoire du Congo* (*supra* note 124), par. 69 (« Dans la mesure où la RDC a en outre soutenu que la réserve du Rwanda est en conflit avec une norme impérative du droit international général, il suffit à la Cour de constater qu'il n'existe actuellement aucune norme de cette nature qui imposerait à un État de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide. »). Voir, Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, commentaire du principe directeur 8 (« la Cour n'a pas exclu qu'une déclaration unilatérale rwandaise pourrait être dépourvue de validité dans le cas où elle aurait contrevenu à une norme du *jus cogens*, ce qui n'était cependant pas le cas. »). Voir également Knuchel, « *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms* » (*supra* note 64), p. 160 (« Ce point ... a été indirectement reconnu par la [Cour internationale de Justice]. Dans l'affaire des *Activités armées*, la Cour n'a pas exclu qu'une réserve rwandaise aurait pu être invalide si elle avait été en conflit avec une norme du *jus cogens*, mais elle a conclu que tel n'était pas le cas. »).

<sup>372</sup> *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* (*supra* note 156), par. 18 du commentaire de la directive 3.1.5.3.

souviendra à cet égard que les réserves aux traités, bien qu'elles ne relèvent pas du champ d'application des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, sont elles-mêmes des actes unilatéraux. Dans le cadre de ses travaux sur les réserves aux traités, la Commission a déclaré qu'il était « certainement exact » que « la règle prohibant les dérogations à une règle du *jus cogens* visait non seulement les relations conventionnelles mais aussi tous les actes juridiques, dont les actes unilatéraux »<sup>373</sup>. On a conclu plus haut dans le présent rapport, conformément aux travaux de la Commission sur les réserves, que les réserves à un traité reflétant une norme impérative ne sont pas nécessairement nulles mais qu'elles « ne porte[nt] pas atteinte au caractère obligatoire de cette norme, qui continue à s'appliquer »<sup>374</sup>. La raison en est qu'une réserve vise une règle conventionnelle et non une norme impérative du *droit international général*. C'est pour cette raison que bien qu'elle puisse être valide aux fins du traité, elle ne porte pas atteinte aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

149. Dans la mesure où un acte unilatéral vise ou est censé créer des droits ou des obligations, ces droits ou obligations doivent être compatibles avec les normes impératives du droit international général. C'est pourquoi un acte unilatéral qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est nul.

c) *Résolutions d'organisations internationales, notamment du Conseil de sécurité*

150. En règle générale, les résolutions des organisations internationales n'ont pas force obligatoire en droit international. Ainsi, en temps normal, elles ne créent pas de droits ni d'obligations et ne peuvent donc déroger aux règles de *jus dispositivum* du droit international, et encore moins aux normes du *jus cogens*. Les résolutions du Conseil de sécurité peuvent toutefois contenir des règles qui lient les États Membres de l'Organisation des Nations Unies<sup>375</sup>. Normalement, en tant qu'actes juridiques, les résolutions du Conseil de sécurité ne devraient pas pouvoir déroger aux normes impératives<sup>376</sup>. Or, ce qui rend les dispositions contraignantes figurant dans les résolutions du Conseil de sécurité différentes des autres actes juridiques, est qu'elles ont, comme les normes du *jus cogens*, la caractéristique unique d'être hiérarchiquement supérieures aux autres règles. Aux termes de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, « les obligations [des États] ... en vertu de la... Charte » prévalent sur « leurs obligations en vertu de tout autre accord international ». Il importe de souligner qu'à la différence de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, l'Article 103 de la Charte ne prévoit pas la nullité de « tout autre accord international » mais énonce seulement une règle de priorité<sup>377</sup>.

151. Comme en ce qui concerne les traités, la probabilité que le Conseil de sécurité adopte une résolution de prime abord en conflit avec une norme impérative du droit international est extrêmement faible. Elle n'est toutefois pas nulle, et dans la mesure où il existe une pratique indiquant comment un tel conflit doit être réglé, il est nécessaire d'énoncer des conclusions.

<sup>373</sup> Ibid.

<sup>374</sup> Voir par. 76 ci-dessus.

<sup>375</sup> Charte des Nations Unies, Article 25 (« Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »).

<sup>376</sup> Voir, par exemple, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, par. 18 du commentaire de la directive 3.1.5.3 (« [Il] est certainement exact » que « la règle prohibant la dérogation à une règle de *jus cogens* vise non seulement les rapports conventionnels mais aussi tous les actes juridiques, dont les actes unilatéraux »).

<sup>377</sup> Voir sur ce point João Ernesto Christófolo, *Solving antinomies between peremptory norms in public international law* (Genève, Schulthess, 2016), p. 98-100.

152. Le gros de la doctrine étaye l'idée que les résolutions du Conseil de sécurité qui sont en conflit avec une norme du *jus cogens* sont nulles<sup>378</sup>. De fait, il est généralement admis que les résolutions du Conseil de sécurité doivent être conformes au *jus cogens* et aux principes et buts de la Charte, dont certains peuvent relever du *jus cogens*<sup>379</sup>. Costelloe a dit douter qu'une résolution du Conseil de sécurité en conflit avec le *jus cogens* serait nulle<sup>380</sup>. Il fait notamment valoir qu'aucune pratique n'étaye cette thèse<sup>381</sup>.

153. Des États ont en plusieurs occasions déclaré que les résolutions du Conseil de sécurité devaient être conformes aux normes du *jus cogens*. La Suisse a par exemple déclaré lors d'une séance du Conseil de sécurité consacrée au terrorisme que « certains tribunaux ont aussi exprimé leur volonté de veiller à ce que les décisions du Conseil de sécurité respectent » les normes du *jus cogens* et que « ni les États Membres ni l'ONU ne [pouvaient] déroger » à ces normes<sup>382</sup>. Dans le même esprit, le Qatar a souligné que si, en application de l'Article 103 de la Charte, les obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité prévalaient sur les autres obligations, elles ne prévalaient pas sur les normes du *jus cogens*<sup>383</sup>. La Finlande a fait observer que « selon une opinion largement partagée, les pouvoirs du Conseil de sécurité, bien qu'ils soient exceptionnellement larges, étaient limités par les normes impératives du droit international »<sup>384</sup>. Plus directement, la République islamique d'Iran a fait observer que « le Conseil de sécurité était assujéti aux... normes impératives du droit international (*jus cogens*) et tenu de s'y conformer »<sup>385</sup>. Seuls les États-Unis d'Amérique ont exprimé certains doutes quant à la primauté du *jus cogens* sur les résolutions du Conseil de sécurité:

Il importe que la Commission n'adopte aucune règle pouvant être interprétée comme limitant la primauté des obligations énoncées dans la Charte ou l'autorité du Conseil de sécurité. Étant donné l'incertitude concernant ce qui relève des catégories du *jus cogens*, des obligations *erga omnes* et de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les affirmations générales concernant la relation entre ces catégories doivent être évitées<sup>386</sup>.

<sup>378</sup> Voir, de manière générale, Erika de Wet, *The chapter VII powers of the United Nations Security Council* (Oxford et Portland, Oregon, Hart, 2004), et Anne Peters, « The Security Council, Functions and Powers – Article 25 », dans *The Charter of the United Nations: A commentary (volume I)*, troisième édition, Bruno Simma et autres, (dir. publ.), (Oxford, Oxford University Press, 2012). Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 64), p. 186 (« Il semble être généralement admis que les actes juridiques contraignants des organisations internationales comme les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies ... sont également nuls s'ils sont en conflit avec le *jus cogens*. »).

<sup>379</sup> Dire Tladi et Gillian Taylor, « On the Al Qaida/Taliban sanctions regime: Due process and sunseting », *Chinese Journal of International Law*, vol. 10 (2011), p. 771-789 ; Kleinlein, « *Jus cogens* as the “highest law”? Peremptory norms and legal hierarchies » (*supra* note 64), p. 186. Voir également Hennie Strydom, « Counter-terrorism sanctions and human rights », dans *The Pursuit of a Brave New World in International Law*, Maluwa, du Plessis et Tladi (*supra* note 302).

<sup>380</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 128-136.

<sup>381</sup> *Ibid.* p. 133.

<sup>382</sup> Suisse, 5446<sup>e</sup> séance, 30 mai 2006 (voir [S/PV.5446](#)). Voir également Argentine et Nigéria, 5474<sup>e</sup> séance, 22 juin 2006 (voir [S/PV.5474](#)) et Qatar, 5679<sup>e</sup> séance, 22 mai 2007 (voir [S/PV.5679](#)).

<sup>383</sup> Qatar, 5779<sup>e</sup> séance, 14 novembre 2007 (voir [S/PV.5679](#)).

<sup>384</sup> Finlande, parlant au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) à la soixantième session de l'Assemblée générale, point 80 de l'ordre du jour.

<sup>385</sup> Iran (République islamique d'), soixante-sixième session de l'Assemblée générale, point 82 de l'ordre du jour.

<sup>386</sup> États-Unis ([A/C.6/60/SR.20](#)), par. 36.

154. Plusieurs décisions judiciaires ont également indiqué que les pouvoirs du Conseil de sécurité étaient limités par les normes du *jus cogens* et assujettis à ces normes. Il est notoire que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, lui-même créé par une résolution du Conseil de sécurité, a fait observer que le Conseil de sécurité exerçait ses pouvoirs « sous réserve de respecter les normes impératives du droit international (*jus cogens*) »<sup>387</sup>. La Chambre des Lords du Royaume-Uni a également jugé que les résolutions du Conseil de sécurité primaient les autres obligations internationales, y compris celles énoncées dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), « excepté lorsqu'une obligation relevait du *jus cogens*... »<sup>388</sup>. Le Tribunal de première instance de la Cour de justice de l'Union européenne a également jugé que les normes du *jus cogens* constituaient « un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger »<sup>389</sup>. Le Tribunal a ensuite indiqué qu'« il exist[ait] une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité », à savoir qu'elles devaient « respecter les dispositions impératives fondamentales du *jus cogens* ». De l'avis du Tribunal, si ces résolutions devaient énoncer des obligations en conflit avec une norme du *jus cogens*, « elles ne lieraient pas les États Membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté »<sup>390</sup>. Le Tribunal fédéral suisse a été encore plus explicite :

« Grenze der Anwendungspflicht für Resolutionen des Sicherheitsrats stellt jedoch das *ius cogens* als zwingendes, für alle Völkerrechtssubjekte verbindliches Recht dar. Zu prüfen ist deshalb, ob die Sanktionsbeschlüsse des Sicherheitsrats *ius cogens* verletzen, wie der Beschwerdeführer geltend macht »<sup>391</sup>.

155. À ceux qui argueraient que la pratique décrite ci-dessus n'est pas répandue, il convient de rappeler deux points. Premièrement, comme il est rare qu'il soit allégué que des résolutions du Conseil de sécurité sont contraires à des normes du *jus cogens*, il n'est pas surprenant que la pratique ne soit pas aussi abondante qu'elle pourrait

<sup>387</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt, Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 15 juillet 1999, *Judicial Reports 1999*, par. 296.

<sup>388</sup> Royaume-Uni, *R v. Secretary of State for Defence (On the Application of Al-Jedda)*, jugement du 12 décembre 2007, Chambre des Lords [2008] All ER 28 (Lord Bingham). Voir également Royaume-Uni, *R and Justice (On the Application of Al-Jedda)*, jugement du 29 mars 2006, Cour d'appel, par. 71 (« Si le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII, considère que les impératifs découlant d'une menace contre la paix doivent prévaloir sur... les prescriptions d'une convention relative aux droits de l'homme (apparemment autres que le *ius cogens*, auquel aucune dérogation n'est permise), la Charte des Nations Unies lui a conféré le pouvoir de le faire. »).

<sup>389</sup> *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire T-315/01, arrêt du 21 septembre 2005, Tribunal de première instance des Communautés européennes, par. 226.

<sup>390</sup> *Ibid.*, par. 230. Bien que dans l'affaire *Kadi et Al Barakaat c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, arrêt du 3 septembre 2008, la Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne ait infirmé l'arrêt de première instance, elle n'a pas ce faisant conclu que les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU n'étaient pas assujetties au *jus cogens*. La Grande Chambre a seulement considéré qu'elle avait pour mandat de contrôler la légalité des actes communautaires mais non celle des actes d'autres organisations (par. 286-289).

<sup>391</sup> Suisse, *Nada (Youssef) c. Secrétariat d'État à l'économie et Département fédéral de l'économie*, arrêt d'appel administratif du 14 novembre 2007, Tribunal fédéral, par. 7 (« Or le *jus cogens*, le droit impératif liant tous les sujets de droit international, marque les limites de l'obligation d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité. Pour cette raison, il convient de déterminer si, comme l'affirme le recourant, les résolutions du Conseil de sécurité énonçant la sanction violent le *jus cogens*. »). Voir également *A c. Secrétariat d'État à l'économie et Département fédéral de l'économie*, jugement de première instance, Tribunal fédéral, première Cour de droit public, par. 7.

l'être. Deuxièmement, mise à part la position susvisée des États-Unis – qui elle-même n'est pas fermement exprimée – il n'y a pratiquement aucun élément étayant la conclusion opposée. Les États qui sont d'un avis différent ont eu de nombreuses possibilités d'exprimer leur opinion en réponse aux déclarations d'autres États et aux rapports de la Commission sur la fragmentation. Les conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation indiquent que les mesures prises par le Conseil de sécurité doivent être conformes aux normes du *jus cogens*<sup>392</sup>.

156. Il n'y a peut-être pas de meilleure explication de l'idée que les résolutions du Conseil de sécurité ne peuvent déroger aux normes du *jus cogens* que la célèbre opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*<sup>393</sup>. Le juge Lauterpacht a fait observer que la priorité accordée au Conseil de Sécurité en vertu de l'Article 103 de la Charte « – du point de vue de la simple hiérarchie de normes – ne peut aller jusqu'au point où une résolution du Conseil de sécurité entrerait en conflit avec le *jus cogens* »<sup>394</sup>. L'opinion du juge Lauterpacht revêt une force particulière en raison de la nécessité logique avancée à l'appui du principe: « D'ailleurs, il suffit de formuler la proposition inverse en disant qu'une résolution du Conseil de sécurité pourrait même exiger une participation à un génocide – pour voir clairement qu'une telle proposition serait inacceptable »<sup>395</sup>.

157. Ce qui précède indique que même les résolutions du Conseil de sécurité ne peuvent déroger aux normes du *jus cogens*. Pourtant, comme en ce qui concerne le droit conventionnel, étant donné les fonctions importantes des résolutions du Conseil de sécurité, on pourrait s'attendre à ce que, lorsque cela est possible, les conséquences de la nullité soient évitées au moyen des règles d'interprétation<sup>396</sup>. De fait, bien que les résolutions du Conseil de sécurité ne soient pas des traités, on a fait valoir que les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne pouvaient être appliquées pour les interpréter<sup>397</sup>. Le Tribunal spécial pour le Liban a jugé que les règles d'interprétation de Vienne étaient applicables à son Statut, « que le Statut soit » réputé être un traité ou une résolution du Conseil de sécurité puisque ces règles

<sup>392</sup> Paragraphe 40 des Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, dans *Annuaire... 2006, vol. II (deuxième partie)*, par. 251. Voir également « 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) (*supra* note 142), par. 360.

<sup>393</sup> *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. 325, opinion dissidente du juge Lauterpacht, p. 407.

<sup>394</sup> *Ibid.*, par. 100.

<sup>395</sup> *Ibid.*

<sup>396</sup> Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (*supra* note 60), p. 151.

<sup>397</sup> Dire Tladi, « Interpretation of protection of civilians mandates in the United Nations Security Council Resolutions », dans *By All Necessary Means: Protecting Civilians and preventing mass atrocities in Africa*, Dan Kuwali et Frans Viljoen (dir. publ.), (Pretoria, Pretoria University Press, 2017), p. 75. Voir les plaidoiries de l'Afrique du Sud devant la Cour pénale internationale le 7 avril 2017 (ICC-02/05-01.09-T-2-ENG ET WT 07-04-2017 1-92 SZ PT), p. 26. Voir également *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM Recueil 2011*, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, p. 10, p. 29, par. 60. Voir également, bien que cette opinion y soit exprimée en termes plus prudents, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, CIJ Recueil 2010*, p. 403, p. 442, par. 94, dans lequel la Cour déclare que si les règles de Vienne peuvent fournir certaines indications, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU.

d'interprétation doivent être « réputées applicables à tout instrument internationalement contraignant, quelle que soit sa source normative »<sup>398</sup>. Puisque, comme indiqué ci-dessus, les règles d'interprétation requièrent une interprétation compatible avec le droit international général, y compris le *jus cogens*, les résolutions du Conseil de sécurité doivent dans la mesure du possible être interprétées comme compatibles avec le *jus cogens*.

158. L'idée que les résolutions du Conseil de sécurité doivent dans la mesure du possible être interprétées d'une manière qui les rend compatibles avec les normes du *jus cogens* a également été exprimée par des États. Dans la requête qu'elle a déposée dans l'affaire de l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, la Bosnie-Herzégovine a fait valoir que « toutes les résolutions du Conseil de sécurité doivent être interprétées conformément » à l'interdiction de l'emploi de la force, une norme du *jus cogens*<sup>399</sup>. De même, la République islamique d'Iran a déclaré que la résolution 713 (1991) du Conseil de sécurité – incidemment, celle-là même que visait la Bosnie-Herzégovine – « ne peut pas être interprétée aujourd'hui d'une façon contraire à la Charte des Nations Unies et aux principes du *jus cogens* »<sup>400</sup>. L'idée que les résolutions du Conseil de sécurité doivent si possible être interprétées de manière compatible avec le droit international a en fait été appliquée à d'autres règles du droit international. Dans l'affaire *Al-Dulimi*, par exemple, la Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'il convenait de « retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de [la Convention européenne] » et que cette présomption n'était réfragable que « lorsqu'une résolution employ[ait] un langage clair et explicite [pour] que les États prennent des mesures... susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations »<sup>401</sup>.

159. L'analyse qui précède peut être résumée comme suit:

a) Les résolutions contraignantes des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, n'établissent pas d'obligations contraignantes si elles sont en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

b) Dans la mesure du possible, les résolutions des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, doivent être interprétées de manière compatible avec les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

<sup>398</sup> *Décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, affaire n° STL-11-01/1, décision, 16 février 2011, Chambre d'appel, Tribunal spécial pour le Liban.

<sup>399</sup> *Requête introductive d'instance de la République de Bosnie-Herzégovine*, 20 mars 1993, par. 122, dans l'affaire de l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires* (*supra* note 393).

<sup>400</sup> Iran (République islamique d'), 3370<sup>e</sup> séance du Conseil de sécurité, 27 avril 1994 (voir [S/PV.3370](#)).

<sup>401</sup> *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, Grande Chambre no 5809/08, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2016, par. 140. Voir également *Nada c. Suisse*, Grande Chambre, n° 10593/08, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2012, par. 172. Voir en particulier *Al Jeddah c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, n° 27021/08, CEDH 2011, par. 102 (« La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. »).

## IV. Projets de conclusion proposés

160. Sur la base du présent rapport, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion suivants:

### Projet de conclusion 10

#### **Nullité des traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)**

1. Un traité est nul si, au moment de sa conclusion, il est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Un tel traité ne crée ni droits ni obligations
2. Un traité devient nul et prend fin s'il est en conflit avec une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) qui survient après sa conclusion. Les parties à un tel traité sont libérées de l'obligation de continuer à l'exécuter.
3. Pour éviter tout conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), les dispositions conventionnelles doivent autant que possible être interprétées d'une manière qui les rende compatibles avec cette norme.

### Projet de conclusion 11

#### **Séparabilité des dispositions conventionnelles en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)**

1. Un traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est nul dans son ensemble, et aucune de ses dispositions n'en est séparable.
2. Un traité qui devient nul en raison de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) prend fin dans son ensemble sauf si:
  - a) les dispositions qui sont en conflit avec la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ;
  - b) les dispositions qui sont en conflit avec la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) n'ont pas constitué une base essentielle du consentement à être lié par le traité ; et
  - c) il ne serait pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

### Projet de conclusion 12

#### **Élimination des conséquences des actes accomplis sur la base d'un traité nul**

1. Les parties à un traité qui est nul parce qu'il est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) au moment de sa conclusion ont l'obligation juridique d'éliminer les conséquences de tout acte accompli sur la base de ce traité.
2. L'extinction d'un traité due à la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin sauf si ces droits, obligations ou situations juridiques sont eux-mêmes en conflit avec cette norme.

**Projet de conclusion 13****Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les réserves aux traités**

1. Une réserve à une disposition conventionnelle qui reflète une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte pas atteinte au caractère contraignant de cette norme, qui continue à s'appliquer.
2. Une réserve ne peut exclure ni modifier les effets juridiques d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

**Projet de conclusion 14****Procédure recommandée pour le règlement des différends concernant un conflit entre un traité et une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)**

1. Sous réserve des règles de la Cour internationale de Justice relatives à sa compétence, tout différend sur le point de savoir si un traité est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) devrait être soumis à la Cour internationale de Justice pour décision, sauf si les parties au différend conviennent de le soumettre à l'arbitrage.
2. Nonobstant le paragraphe 1, le fait qu'un différend mette en cause une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne suffit pas à établir la compétence de la Cour en l'absence du consentement à cette compétence, nécessaire en droit international.

**Projet de conclusion 15****Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur le droit international coutumier**

1. Une règle du droit international coutumier ne se forme pas si elle serait en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Une règle du droit international coutumier qui n'a pas le caractère de *jus cogens* cesse d'exister si survient une nouvelle règle impérative du droit international général (*jus cogens*) en conflit avec elle.
3. Comme les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) lient tous les sujets de droit international, la doctrine de l'objecteur persistant ne s'applique pas.

**Projet de conclusion 16****Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les actes unilatéraux**

Un acte unilatéral qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est nul.

**Projet de conclusion 17****Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les résolutions contraignantes des organisations internationales**

1. Les résolutions contraignantes des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, n'établissent pas d'obligations contraignantes si elles sont en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

2. Dans la mesure du possible, les résolutions des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, doivent être interprétées d'une manière compatible avec les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

### **Projet de conclusion 18**

#### **Relation entre normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et obligations *erga omnes***

Les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) établissent des obligations *erga omnes*, dont la violation concerne tous les États.

### **Projet de conclusion 19**

#### **Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les circonstances excluant l'illicéité**

1. Aucune circonstance ne peut être invoquée pour exclure l'illicéité d'un fait qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsqu'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) survient après la commission du fait.

### **Projet de conclusion 20**

#### **Obligation de coopérer**

1. Les États coopèrent pour mettre fin par des moyens licites à toute violation grave d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Une violation grave d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) s'entend d'une violation qui est soit flagrante soit systématique.
3. La coopération envisagée dans le présent projet de conclusion peut être mise en œuvre au moyen de mécanismes de coopération institutionnalisés ou d'accords de coopération ad hoc.

### **Projet de conclusion 21**

#### **Obligation de ne pas reconnaître ni prêter assistance**

1. Les États ont l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Les États ne doivent pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

### **Projet de conclusion 22**

#### **Obligation des États d'exercer leur compétence pour connaître des crimes interdits par des normes impératives du droit international général**

1. Les États ont l'obligation d'exercer leur compétence pour connaître des infractions interdites par les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) lorsque ces infractions sont commises par leurs nationaux ou sur un territoire relevant de leur juridiction.
2. Le paragraphe 1 n'exclut pas l'établissement de la compétence sur tout autre fondement autorisé par le droit interne.

### **Projet de conclusion 23**

#### **Non-pertinence de la position officielle et inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae***

1. La position officielle d'une personne qui commet une infraction interdite par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale.

2. L'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

161. Lors des débats du Comité de rédaction, certains membres ont fait valoir qu'il serait souhaitable de diviser le projet de conclusions en plusieurs parties. Le Rapporteur spécial considère que l'élaboration du projet de conclusions est assez avancée pour que le texte puisse être divisé en plusieurs parties. Des propositions seront faites à cet égard au Comité de rédaction.

## **V. Travaux futurs**

162. Lors des précédentes sessions de la Commission et de la Sixième Commission, les membres de la Commission et les États ont exprimé leur opinion sur l'opportunité d'établir une liste indicative de normes du *jus cogens*. Sur la base de leurs commentaires et observations, le Rapporteur spécial formulera dans son prochain rapport des propositions sur la manière de procéder en ce qui concerne cette liste. Ce rapport analysera également, sur la base des vues déjà exprimées à la Commission et à la Sixième Commission, la question du *jus cogens* régional. Enfin, il traitera de diverses questions soulevées à la Commission et par les États. Selon la manière dont les travaux se dérouleront, la Commission pourrait adopter le projet de conclusions en première lecture à sa prochaine session.

---