



Assemblée générale

Distr. générale
8 mars 2016
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session

Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016

Premier rapport sur le *jus cogens* présenté par Dire Tladi, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Débat de la Sixième Commission sur le sujet	4
III. Approche méthodologique	7
IV. Évolution historique de la notion de <i>jus cogens</i>	9
A. Avant la Seconde Guerre mondiale	9
B. Entre la fin de la Seconde Guerre mondiale et l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités	15
V. Nature juridique du <i>jus cogens</i>	24
A. Place du <i>jus cogens</i> dans le droit international	25
B. Fondement théorique du caractère impératif du <i>jus cogens</i>	31
C. Éléments fondamentaux du <i>jus cogens</i>	39

* Le Rapporteur spécial tient à remercier la Fondation allemande pour la recherche (DFG) et en particulier le Professeur Georg Nolte, dont la généreuse invitation lui a permis de rédiger le présent rapport à l'Université Humboldt, à Berlin, en qualité de chercheur au sein du Groupe de recherche de Berlin/Potsdam sur l'état de droit international. Il remercie en particulier Julian Kulaga, un assistant du groupe de recherche, qui a traduit bénévolement plusieurs des textes allemands cités dans le présent rapport. Le Rapporteur spécial tient également à remercier les personnes dont le nom suit pour leur travail de recherche inappréciable sur diverses questions traitées dans le présent rapport : Emily Buist-Catherwood (New York University); Manar Mohsen (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève); Mawuse Vormawor (Université Harvard); Tjasa Tanko et Evelyn Mogere (Institut Max Planck du Luxembourg pour le droit procédural); Aniel de Beer (Université de Pretoria); Romain Pinchon (Université d'Aix-Marseille, Conseil de l'Europe); Marija Đorđeska (George Washington Law School); Christina Hioureas, Amy Belsher et Aldana Röhr (Université de Buenos Aires) et Annelize Nienaber (Université de Pretoria). Je remercie également la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques pour l'aide qu'elle m'a apportée dans mes recherches, et tous ceux qui ont lu les versions successives du présent rapport et m'ont fait part de leurs observations.



VI.	Forme du résultat des travaux de la Commission sur le sujet	47
VII.	Conclusions	47
	Projet de conclusion 1	
	Portée	47
	Projet de conclusion 2	
	Modification et abrogation des règles de droit international et dérogation à ces règles	48
	Projet de conclusion 3	
	Nature générale des normes du <i>jus cogens</i>	48
VIII.	Travaux futurs	48

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,¹ ce dont l'Assemblée générale a pris note à sa soixante-neuvième session.² À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et de nommer un Rapporteur spécial, ce dont l'Assemblée générale a depuis pris note.³

2. Le présent rapport a deux principaux objectifs et propose trois projets de conclusion définissant la portée du sujet et le caractère général du *jus cogens* en droit international. Le premier objectif est d'exposer l'approche générale suivie par le Rapporteur spécial et, sur cette base, d'obtenir les vues de la Commission sur l'approche qu'elle préfère. Le second objectif est de donner un aperçu général des questions conceptuelles que soulève le *jus cogens*. Tant l'approche générale que l'exposé des questions conceptuelles seront nécessairement provisoires. Ils devront être réévalués et peut-être ajustés au fur et à mesure que les travaux progresseront. En d'autres termes, les travaux sur le sujet devront être suffisamment fluides et souples pour se prêter à des ajustements.

3. Le premier objectif du présent rapport concerne les questions méthodologiques touchant l'examen du sujet. La nature de celui-ci soulève diverses questions de méthode. La première concerne l'ordre chronologique dans lequel les principales questions recensées dans le plan d'étude seront étudiées.⁴ La deuxième concerne le poids relatif à accorder aux divers documents. Il y a, en matière de *jus cogens*, beaucoup plus d'ouvrages de doctrine qu'il n'y a de pratique des États ou de jurisprudence. Se pose ainsi la question de savoir comment la Commission doit aborder la documentation pour parvenir à des conclusions. Une troisième question méthodologique est celle de savoir s'il convient ou non d'établir, comme indiqué dans le plan d'étude, une liste indicative de normes ayant actuellement le statut *jus cogens*. Enfin, le présent rapport traitera également, en tant que question méthodologique, du programme de travail.

4. Le second objectif, un aperçu général des questions conceptuelles, touche davantage au fond du sujet. Il concerne principalement la nature et la définition du *jus cogens*. D'autres questions conceptuelles, comme la relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* ou la relation entre le *jus cogens* et la prohibition de toute dérogation, auraient pu être examinées dans le présent rapport, mais le Rapporteur spécial juge plus prudent d'en traiter dans ses rapports suivants. La relation entre les obligations *erga omnes* et le *jus cogens* sera examinée avec les conséquences ou effets du *jus cogens*, et la question des clauses interdisant toute dérogation figurant dans les traités relatifs aux droits de l'homme sera envisagée

¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014), Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément No. 10 (A/69/10), par. 268 et annexe. Une proposition d'inscription du sujet au programme de travail de la Commission faite par M. Andreas Jacovides est reproduite dans *Annuaire ... 1993, vol. II (Première partie)*, A/CN.4/454, p. 213.

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

³ Voir résolution 70/236 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 2015, par. 7.

⁴ Le plan d'étude recensait quatre questions principales, à savoir : a) la nature du *jus cogens*, b) les critères d'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens*, c) une liste indicative de normes ayant acquis le statut de *jus cogens* et d) les conséquences ou effets du *jus cogens*. Voir note 1, annexe, par. 13.

dans le deuxième rapport, consacré à l'identification des normes ayant un caractère impératif. Le présent rapport se limite donc à définir la nature essentielle du *jus cogens*, ce sur la base d'un bref historique du *jus cogens*, de la pratique des États, des travaux antérieurs de la Commission, de la jurisprudence et de la doctrine. Comme on l'a déjà dit, au fur et à mesure que les travaux progresseront et que davantage d'exemples de la pratique seront examinés, il faudra revenir sur les questions de définition et, en particulier, sur celle de la nature du *jus cogens*.

5. Avant de traiter les questions susvisées et de les placer dans leur contexte, le présent rapport commence, dans la section II ci-après, par un bref examen des vues exprimées par les États en ce qui concerne l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission. La section III traite ensuite brièvement des questions méthodologiques susmentionnées. La section IV retrace l'évolution historique du *jus cogens* en vue d'en révéler la nature actuelle et d'en identifier les principaux éléments. La section V contient une synthèse générale sur la nature du *jus cogens* et propose une définition provisoire de celui-ci. La section VII présente trois projets de conclusion et la section VIII porte sur les travaux futurs sur le sujet.

II. Débat de la Sixième Commission sur le sujet

6. Il est utile d'indiquer pour commencer que, dans l'ensemble, les États ont bien accueilli la décision de la Commission d'inscrire le sujet d'abord à son programme de travail à long terme puis à son programme de travail. À titre d'illustration, en 2014, sur les 18 déclarations commentant la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme, 13, représentant 48 États, ont appuyé cette décision. Deux États ont exprimé une position ambiguë. La Pologne a, sans prendre position sur le sujet à l'examen, proposé un sujet supplémentaire lié au *jus cogens*, à savoir l'obligation de ne pas reconnaître comme licites les situations nées de la violation grave par les États d'une norme impérative du *jus cogens* tandis que le Japon se déclarait à la fois sceptique et intéressé. Trois États seulement, à savoir les États-Unis d'Amérique, la France et les Pays-Bas, ont dit douter que l'étude du sujet par la Commission soit viable et opportune.⁵

7. De même, en 2015, à la Sixième Commission, un grand nombre d'États ont approuvé l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission.⁶ Quelques-uns ont toutefois continué d'exprimer des réserves à cet égard.⁷ Certains

⁵ Les États-Unis « ne pens[ai]ent pas qu'il serait productif que la CDI inscrive le *jus cogens* à son ordre du jour », A/C.6/69/SR.20, par. 123. La France était « sceptique quant à la possibilité d'aboutir à un consensus sur le sujet », A/C.6/69/SR.22, par. 36. Pour les Pays-Bas, il était « difficile de discerner parmi les États un besoin spécifique en ce qui concerne la codification ou le développement progressif de la notion de *jus cogens* », A/C.6/69/SR.20, par. 13.

⁶ Voir, par exemple, la déclaration de l'Équateur (au nom de la CELAC), A/C.6/70/SR.17, par. 32; la déclaration du Pérou, A/C.6/70/SR.17, par. 51; la déclaration de la Roumanie, A/C.6/70/SR.17, par. 96; la déclaration du Royaume-Uni, A/C.6/70/SR.18, par. 9; la déclaration du Japon, A/C.6/70/SR.18, par. 23 et la déclaration d'El Salvador, A/C.6/70/SR.18, par. 50.

⁷ Outre les trois États ayant exprimé des réserves à la soixante-neuvième session, voir la déclaration d'Israël, A/C.6/70/SR.18, par. 6. Voir également la déclaration de la Chine, A/C.6/70/SR.18, par. 19, selon laquelle « la CDI devrait réunir des informations sur la pratique des États avant d'entreprendre une étude approfondie du sujet ». Voir également la déclaration des Pays-Bas, A/C.6/70/SR.17, par. 78; la déclaration de la France, A/C.6/70/SR.20, par. 25 et la déclaration des États-Unis, A/C.6/70/SR.19, par. 17.

États, y compris ceux qui dans l'ensemble appuyaient l'étude du sujet, ont déclaré que la Commission devait aborder celle-ci avec prudence.⁸

8. Bon nombre d'États ont fait observer que si la notion de *jus cogens* était généralement acceptée, sa portée et son contenu précis n'étaient toujours pas clairs,⁹ et beaucoup d'entre eux estimaient que l'étude du sujet par la Commission pourrait clarifier le droit international relatif au *jus cogens*.¹⁰ Des divergences se sont toutefois exprimées quant à l'orientation des travaux. Pour certains États, les quatre éléments recensés dans le plan d'étude devaient être étudiés.¹¹ De nombreux États considéraient que c'est en ce qui concerne les conditions qui doivent être satisfaites pour qu'une norme acquière le statut de *jus cogens* que la Commission pouvait apporter une contribution optimale à la compréhension du *jus cogens*.¹²

9. Les délégations étaient toutefois plus divisées sur le point de savoir si la Commission devait établir une liste indicative. Plusieurs États, y compris ceux qui dans l'ensemble appuyaient l'étude du sujet, se sont déclarés préoccupés à cet égard. Les pays nordiques, tout en notant que la Commission avait pris soin de préciser qu'une liste indicative serait par définition non exhaustive, ont dit qu'une telle liste risquait de donner l'impression que d'autres règles tout aussi importantes du droit international avaient un statut inférieur.¹³ Dans le même esprit, l'Espagne a fait valoir qu'une telle liste, même si l'on prenait soin d'en souligner le caractère indicatif, en viendrait à être considérée comme établissant un *numerus clausus*.¹⁴ L'Afrique du Sud s'est quant à elle demandé si une liste indicative, même si elle était fiable au moment où elle était publiée, ne finirait pas par être incomplète.¹⁵ Plusieurs États ont par contre déclaré que l'établissement d'une liste indicative constituerait une importante contribution au droit international. La Slovaquie a dit qu'elle espérait « que les normes du *jus cogens* p[ourraient] être recensées ».¹⁶

⁸ Voir, par exemple, la déclaration de l'Espagne, A/C.6/70/SR.18, par. 60.

⁹ Voir, par exemple, la déclaration de l'Autriche, A/C.6/69/SR.19, par. 110; la déclaration de la Finlande (au nom des pays nordiques), A/C.6/69/SR.19, par. 86; la déclaration du Japon, A/C.6/69/SR.20, par. 50, et la déclaration de la République slovaque, A/C.6/69/SR.20, par. 76. L'Afrique du Sud a déclaré que « le concept de normes du *jus cogens* demeur[ait] nébuleux », A/C.6/69/SR.20, par. 109. La France a fait observer que « le désaccord au sujet des fondements théoriques du *jus cogens*, de son champ d'application et de sa teneur demeurait aussi vif que jamais », A/C.6/69/SR.22, par. 36.

¹⁰ Voir, par exemple, la déclaration des pays nordiques, *ibid.*, par. 86. Voir également la déclaration du Royaume-Uni (« [Les travaux de la Commission] contribueront à élucider ce qu'englobe et, tout aussi important, ce que n'englobe pas, la notion de *jus cogens* »), A/C.6/69/SR.19, par. 178; la déclaration d'El Salvador, A/C.6/69/SR.20, par. 91; la déclaration de l'Afrique du Sud, *ibid.*, par. 109; la déclaration de la Nouvelle-Zélande, A/C.6/69/SR.20, par. 33 et la déclaration de Chypre, A/C.6/69/SR.24, par. 69.

¹¹ Voir, par exemple, la déclaration de l'Autriche (note 5), par. 110; la déclaration du Royaume-Uni, *ibid.*, par. 178. Voir également la déclaration de la Roumanie, A/C.6/69/SR.19, par. 146.

¹² Voir la déclaration de l'Afrique du Sud (note 9), par. 109. Voir également la déclaration des pays nordiques (note 9), par. 86 (Les travaux de la Commission pourront contribuer « à clarifier le contenu juridique exact du *jus cogens*, y compris le processus par lequel des normes internationales peuvent acquérir la qualité de normes impératives »). Les Pays-Bas, tout en n'étant pas favorables au projet, ont fait observer qu'« [il pouvait] n'être pas inutile de donner un aperçu général de la manière dont le caractère de *jus cogens* [était] conféré à une règle particulière », déclaration des Pays-Bas, (note 5), par. 14.

¹³ Déclaration des pays nordiques (note 9), par. 87.

¹⁴ Déclaration de l'Espagne, A/C.6/69/SR.21, par. 42.

¹⁵ Déclaration de l'Afrique du Sud (note 9), par. 113.

¹⁶ Déclaration de la République slovaque (note 9), par. 76.

L'Autriche a de même dit qu'il convenait que la Commission « établisse une liste indicative de normes ayant acquis le statut de *jus cogens* ». ¹⁷ Pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, il était tout aussi important d'identifier les normes n'ayant pas acquis le statut de *jus cogens* que d'identifier celles ayant acquis ce statut. ¹⁸ La Nouvelle-Zélande, par contre, demeurait dans l'expectative, estimant que l'étude des conditions qui doivent être satisfaites pour qu'une norme acquière le statut de *jus cogens* « permettrait de déterminer s'il serait productif d'entreprendre la tâche encore plus complexe d'élaborer une liste indicative de normes ayant acquis [ce] statut ». ¹⁹

10. De nombreuses délégations ont fait des observations sur le développement de la jurisprudence sur le sujet du *jus cogens*. Parlant au nom des pays nordiques, la Finlande a évoqué des décisions judiciaires « aux niveaux international et national » invoquant le *jus cogens*. ²⁰ On a estimé que l'examen du sujet par la Commission aiderait les juges, en particulier les juges des tribunaux internes, à comprendre la notion de *jus cogens*, qui était de nos jours de plus en plus fréquemment invoquée. ²¹ La question de la jurisprudence soulevait toutefois une importante question méthodologique. Pour certains États, l'étude du sujet devait reposer sur la pratique pertinente des États et non sur la jurisprudence. De fait, la position des États-Unis, qui n'étaient pas favorables au projet, reposait en partie sur le fait que le plan d'étude, s'il contenait un aperçu utile de la place du *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, ne donnait que peu d'exemples de la pratique effective des États. ²² Ceci pouvait donner à penser que si la Commission étudiait effectivement le sujet, elle devait le faire sur la base de la pratique effective des États et non sur la seule base de la jurisprudence. D'autres États, en particulier les pays nordiques, ont estimé que l'étude du sujet devait reposer sur la jurisprudence, en particulier celle de la Cour internationale de Justice. ²³

11. La plupart des États ont reconnu qu'étant donné l'importance du sujet, la Commission devait l'aborder avec prudence et circonspection. Trinité-et-Tobago, par exemple, tout en se félicitant de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission, a souligné qu'il devait « être étudié avec le soin et la circonspection voulus ». ²⁴ Le Rapporteur spécial souscrit à ces conseils de prudence et entend veiller attentivement à ce que ses rapports reflètent la pratique contemporaine et ne s'égarant pas dans des théories qui n'ont pas été mises à l'épreuve. Il convient en particulier de souligner que l'objet des travaux de la

¹⁷ Déclaration de l'Autriche (note 9), par. 110.

¹⁸ Déclaration du Royaume-Uni (note 10), par. 176.

¹⁹ Déclaration de la Nouvelle-Zélande (note 10), par. 33.

²⁰ Déclaration au nom des pays nordiques (note 9), par. 85. Voir également, en ce qui concerne l'existence d'une jurisprudence sur le *jus cogens*, la déclaration de l'Afrique du Sud (note 9), par. 108, 109 et 110, la déclaration de la République de Corée, A/C.6/69/SR.20, par. 46 et la déclaration des États-Unis (note 5), par. 123.

²¹ Voir déclaration au nom des pays nordiques (note 9), par. 85 et déclaration de l'Afrique du Sud (note 9), par. 86. Voir également la déclaration de la Roumanie (note 11), par. 146.

²² Voir la déclaration des États-Unis (note 5), par. 123.

²³ Voir déclaration au nom des pays nordiques (note 9), par. 85.

²⁴ Déclaration de la Trinité-et-Tobago, A/C.6/69/SR.26, par. 118. Voir également la déclaration du Japon, A/C.6/69/SR.20, par. 50 (« La CDI devrait donc procéder avec prudence »); la déclaration de la Nouvelle-Zélande (note 10), par. 33 (préconisant une « analyse prudente et détaillée par la Commission »), et la déclaration de la République de Corée (note 20), par. 46.

Commission sur le sujet n'est pas d'arbitrer les débats théoriques – même s'il sera nécessaire de les évoquer – mais d'élaborer un ensemble de conclusions rendant compte de l'état actuel du droit international relatif au *jus cogens*.

III. Approche méthodologique

12. Le plan d'étude énumère quatre questions de fond à examiner par la Commission, à savoir la nature du *jus cogens*, les conditions de l'élévation d'une norme au statut de *jus cogens*, l'établissement d'une liste indicative de normes du *jus cogens* et les conséquences ou effets du *jus cogens*. Toutes ces questions sont, d'une certaine manière, connexes. La nature du *jus cogens* influence sans aucun doute les conditions. Les fondements théoriques du *jus cogens* ont une influence sur les règles applicables à l'élévation d'une norme au statut de norme de *jus cogens*. Une approche reposant sur le droit positif, par exemple, sera davantage associée à la théorie dite du « double consentement »,²⁵ alors qu'une approche fondée sur le droit naturel reposera davantage sur des valeurs indépendantes de la volonté des États.²⁶ Pourtant, une analyse de certaines normes considérées comme relevant du *jus cogens* sera riche d'enseignements sur la nature du *jus cogens* et les conditions qui doivent être satisfaites. Comme on le verra, la Convention de Vienne sur le droit des traités définit le *jus cogens* à partir de ses conséquences – une « norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ».²⁷ Ainsi, la question des conséquences influence également les trois autres questions et est influencée par elles.

13. Les liens entre les questions recensées dans le plan d'étude soulèvent la question méthodologique de l'ordre dans lequel elles doivent être examinées. La réponse à cette question dépend de l'approche, déductive ou inductive, que l'on adopte. Pour le Rapporteur spécial, il n'est pas nécessaire d'adopter une position bien arrêtée sur cette question de méthode. En effet, parce que les questions susvisées sont liées entre elles, le Rapporteur spécial entend privilégier fluidité et souplesse. Les projets de conclusion proposés ou adoptés devront parfois être réexaminés compte tenu des décisions qui seront prises au fur et à mesure que les travaux progresseront. Pour éviter les complications inutiles, ces remaniements pourront être effectués avant l'adoption des projets de conclusion en première lecture. Cela étant, le Rapporteur spécial entend traiter des différentes questions dans l'ordre dans lequel elles sont énoncées dans le plan d'étude.

14. Une question méthodologique qui ressort des débats de la Sixième Commission est celle de savoir si les travaux de la Commission doivent être fondés sur la pratique des États, la jurisprudence ou la doctrine. Comme indiqué ci-dessus, la question du rôle de la pratique des États peut expliquer, au moins partiellement,

²⁵ Voir, par exemple, Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, 1988), p. 12 (« L'article 53 exige le "double consentement" »). Voir Jure Vidmar, « Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System? » dans Erika de Wet et Jure Vidmar (dir. publ.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford, 2012), p. 25.

²⁶ Voir par exemple Mark Janis, « The Nature of *Jus Cogens* » dans Larry May et Jeff Brown (dir. publ.), *Philosophy of Law: Classical and Contemporary Readings* (Chichester, 2010).

²⁷ Article 53 de la Convention de Vienne. Voir Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens* (Oxford, 2015), p. 2 (« En d'autres termes, 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 »).

pourquoi certains États hésitent à soutenir sans réserve les travaux sur le sujet.²⁸ Pour le Rapporteur spécial, la Commission n'a nul besoin de s'écarter de ses méthodes de travail habituelles. 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,²⁹ de la jurisprudence, de la doctrine et de tout autre élément pertinent. Comme pour les autres sujets, la Commission devra évaluer le poids particulier à accorder aux divers éléments.

15. Comme indiqué ci-dessus, les délégations ont, lors du débat à la Sixième Commission, exprimé des opinions divergentes quant à l'opportunité d'établir une liste indicative. Certains États ont dit craindre qu'une telle liste, quel que soit le soin que la Commission prendrait à expliquer qu'elle n'est qu'indicative, n'en vienne à être considérée comme exhaustive. Toutefois, de l'avis du Rapporteur spécial, la Commission ne doit pas s'abstenir d'établir une liste indicative pour la seule raison qu'une telle liste risquerait d'être considérée à tort comme exhaustive alors même qu'elle aurait expliqué clairement qu'il n'en est rien.

16. Toutefois, il peut y avoir différentes raisons de revenir sur la question de la liste indicative. Le sujet, tel que défini dans le plan d'étude, concerne essentiellement un processus et une méthodologie et non le contenu de règles ou normes spécifiques. En d'autres termes, comme dans le cas du droit international coutumier, la Commission n'examine pas les règles de fond : le présent sujet concerne en effet le processus d'identification des règles du *jus cogens* et de ses conséquences. En établissant une liste indicative, la Commission risque, en axant le débat sur le statut juridique de normes particulières au lieu de s'attacher à identifier des caractéristiques et effets du *jus cogens*, de faire oublier que le sujet est fondamentalement axé sur un processus.

17. Toutefois, même si elle n'établit pas une liste indicative, la Commission devra donner des exemples de normes du *jus cogens* pour fournir des indications quant à ces normes. En d'autres termes, lorsqu'elle examinera les divers éléments du sujet, comme la nature du *jus cogens*, les critères de l'élévation au statut de *jus cogens* et les conséquences du *jus cogens*, la Commission devra dans les commentaires donner des exemples pour étayer ses conclusions. Ainsi, elle devra, même si ce n'est qu'indirectement, établir une liste indicative. Elle pourra même décider, une fois l'étude du sujet achevée, de réunir les exemples de normes du *jus cogens* utilisées dans les commentaires en une compilation indicative des normes invoquées annexée à son rapport. Le Rapporteur spécial aimerait connaître l'opinion de la Commission – et celle des États Membres – sur cette question très importante. En particulier, des observations seraient les bienvenues sur l'idée même d'élaborer une telle annexe et, s'il était décidé d'en établir une, comment déterminer, par exemple, si doivent y figurer les seules normes dont la Commission considère qu'elles satisfont aux

²⁸ Voir déclaration des États-Unis (note 5), par. 123.

²⁹ Aux termes du projet de conclusion 6 des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par le Comité de rédaction, « les formes de pratique étatique comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale; la conduite relative aux traités; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle "sur le terrain"; les actes législatifs et administratifs; et les décisions des juridictions internes ». Voir A/CN.4/L.869.

conditions requises pour être considérées comme relevant du *jus cogens*, toutes les normes invoquées par la Commission pour illustrer des aspects du *jus cogens* ou les normes invoquées dans la jurisprudence sur laquelle la Commission a fait fond.

IV. Évolution historique de la notion de *jus cogens*

A. Avant la Seconde Guerre mondiale

18. En droit international moderne, la nature du *jus cogens* est définie par ce que l'on peut décrire comme une riche histoire. Certains auteurs font remonter l'apparition du *jus cogens* en droit international à la première moitié du XX^e siècle, en citant souvent l'œuvre influente d'Alfred Verdross.³⁰ Tant la notion ou l'idée que le principe selon lequel le droit international comprend des normes fondamentales qui ne souffrent aucune dérogation sont néanmoins beaucoup plus anciens.³¹ Une mise en garde est nécessaire à ce stade. Si l'analyse historique qui figure ci-après peut avoir une certaine influence sur la détermination de certains éléments du *jus cogens*, l'objectif principal de cet historique est uniquement d'identifier les développements ayant contribué à l'évolution du *jus cogens*. Certains de ces développements, s'ils sont peut-être similaires au *jus cogens*, ne constituent pas en eux-mêmes le *jus cogens*. On ne doit pas conclure que ces développements illustrent *en eux-mêmes* des normes impératives du droit international; ils ont seulement posé les fondements de l'acceptation de telles normes en droit international.

19. Il semble que l'idée de règles de droit ne souffrant aucune dérogation remonte au droit romain classique. Le terme *jure cogente* (*jus cogens*) lui-même apparaît pour la première fois, bien que dans un autre contexte, dans le *Digeste* de Justinien.³² Toutefois, l'idée de règles auxquelles aucune dérogation n'est permise figure elle-même dans le droit romain. On peut lire, dans plusieurs passages du *Digeste*, que « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* », littéralement

³⁰ Markus Petsche, « *Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order* » (2010), 29 *Penn State International Law Review* 233, p. 238-239. Voir également Levan Alexidze, « The Legal Nature of *Ius Cogens* in Contemporary International Law » (1981-III), 172 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 229, p. 228 notant que « le terme *jus cogens* est apparu assez récemment (au début des années 1930) dans la théorie du droit international ». Voir Alfred Verdross, « *Forbidden Treaties in International Law* » (1937), 31 *American Journal of International Law* 571. Mais voir Paul B. Stephan, « The Political Economy of *Jus Cogens* » (2011), 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1073, p. 1081, note 21, selon lequel la première référence au *jus cogens* saisie dans la base de données Westlaw figure dans Ernest G. Lorenz, « Commercial Arbitration – International and Interstate Aspects » (1934), 43 *Yale Law Journal* 716. Voir également Jochen Frowein, « *Ius Cogens* », dans Rudiger Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2012, édition électronique), indiquant p. 1 que « du point de vue du droit international tel qu'il existait durant la première partie du XX^e siècle, le *ius cogens* semblait difficilement concevable, puisqu'à l'époque la volonté des États était considérée comme primordiale ».

³¹ Pour une histoire détaillée de la notion ou de l'idée et du terme *jus cogens*, voir Carnegie Endowment for International Peace, « The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law » dans *Papers and Proceedings: Report of a Conference in Lagonisi, Greece, April, 1966* (Genève, 1976), p. 18.

³² Voir D. 39.25 Pr 1.29 dans lequel Papinius déclare : « *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur* » (« Une donation est ce qui est donné autrement qu'en vertu d'un droit » en traduction libre).

« les conventions privées ne peuvent déroger au droit public ».³³ Selon Kaser, l'expression « *jus publicum* » a un sens plus large que « droit public » et désigne toutes les règles auxquelles les individus ne peuvent déroger par des conventions particulières.³⁴ En d'autres termes, on entend par *jus publicum* les règles auxquelles aucune dérogation n'est permise, même par voie d'accord – ce que l'on peut appeler le *jus cogens*.³⁵ De même, le *Codex* de Justinien stipule ce qui suit : « *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est* »,³⁶ ce qui signifie : « les conventions contraires aux lois et constitutions ou aux bonnes mœurs sont nulles ». Cette idée que les conventions contraires aux bonnes mœurs n'ont aucun effet juridique a joué un rôle dans l'apparition du *jus cogens*.

20. Dans un rapport publié en 1965 par d'éminents juristes, dont Eric Suy, on peut lire que le terme *jus cogens* ne figure « dans aucun texte antérieur au XIX^e siècle » mais que l'idée d'un droit suprême, auquel aucune dérogation n'est permise, « imprègne l'ensemble de la théorie et de la philosophie du droit ».³⁷ Ce rapport fait remonter la première utilisation de l'expression *jus cogens* aux pandectistes – un mouvement né au XIX^e siècle en Allemagne et dont l'objet était l'étude du *Digeste* de Justinien (également appelé les *Pandectes*) – qui acceptaient « comme évidente la distinction entre "*jus cogens*" et "*jus dispositivum*" ». ³⁸

21. L'idée qu'il existe des règles du droit international qui s'appliquent indépendamment de la volonté des États existait toutefois bien avant le XIX^e siècle et est souvent attribuée à des auteurs tels qu'Hugo de Groot (« Grotius » pour les publicistes), Emer de Vattel et Christian Wolff.³⁹ Ces auteurs représentaient l'école du droit naturel, dont l'origine remonte à la philosophie grecque, laquelle présupposait l'existence d'un « ensemble de lois » qui était « fondamental, immuable et souvent non écrit ». ⁴⁰ Le premier chapitre du premier livre du *De Jure Belli ac Pacis* de Grotius est parsemé de références au droit immuable qu'est, pour l'auteur, le droit naturel.⁴¹ Dans un passage souvent cité, Grotius déclare que « le droit naturel est si immuable que Dieu lui-même ne peut le changer. De même donc que Dieu ne pourrait faire que 2 et 2 ne soient pas 4, de même il ne peut empêcher que ce qui est essentiellement mauvais ne soit mauvais ». ⁴² Il considère le droit naturel non seulement comme immuable mais également comme « juste » et

³³ D. II 14.38. Cette proposition figure également dans D. XI 7.

³⁴ Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* (Munich, 1955), p. 174-175.

³⁵ Carnegie Endowment (note 31), p. 18.

³⁶ *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex, Libri Secundus, 2.3.6.*

³⁷ Carnegie Endowment (note 31), p. 19.

³⁸ Ibid.

³⁹ Voir Alexidze (note 30), p. 228, selon lequel « les pères de la science bourgeoise du droit international – Francisco de Vitoria, Francisco Suarez, Ayala Balthazar, Alberico Gentili et Hugo Grotius – ont souligné le caractère impératif des normes du droit naturel, les plaçant au-dessus du droit positif. » Voir également A. Jacovides, « Treaties Conflicting with Peremptory Norms of International Law and the Zurich-London Agreement », dans Andrew Jacovides (dir. publ.), *International Law and Diplomacy* (La Haye, 2011), p. 18.

⁴⁰ Pour une histoire complète de l'évolution, voir Lord Lloyd of Hampstead et MDA Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (Londres, 1985), p. 106 et suivantes.

⁴¹ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (Paris, 1652, traduction de J. Barbeyrac, 1738).

⁴² *Idem*, Livre 1, Chapitre I, Section X.5. Voir également Livre 1, Chapitre I, Section XVII (« il en découle que ce que le droit autorise ne peut être contraire au droit naturel »).

« universel ». ⁴³ Vattel, développant la doctrine de Grotius, déclare que « le droit des gens nécessaire est immuable » et que de ce fait les nations « ne peuvent y apporter aucun changement par leurs conventions, ni s'en dispenser elles-mêmes, ou réciproquement l'une l'autre ». ⁴⁴ C'est, poursuit-il, « le principe au moyen duquel on peut distinguer les conventions ou traités légitimes de ceux qui ne le sont pas, et les coutumes innocentes et raisonnables de celles qui sont injustes, ou condamnables ». ⁴⁵ Les tenants du droit naturel, qui dominaient la doctrine au XVII^e siècle, tenaient pour acquis que le droit naturel était immuable et que le droit positif – conventionnel ou coutumier – devait lui être conforme. ⁴⁶

22. L'essor de l'approche positiviste du droit international au XIX^e siècle a entraîné l'apparition de la souveraineté et de la volonté de l'État comme théorie dominante de l'explication du droit international et de son caractère contraignant. ⁴⁷ Dans le même temps, les théories reposant sur le droit naturel et l'idée d'un droit immuable ont progressivement perdu du terrain. Mais même à l'ère du positivisme, les approches du droit international reposant sur le droit naturel n'ont pas été totalement éliminées et sont présentes dans la doctrine aux XIX^e et XX^e siècles. ⁴⁸ Hannikainen recense les auteurs qui, au XIX^e siècle, invoquaient le droit naturel, ou à tout le moins des éléments ne relevant pas du droit positif, ainsi que ceux qui invoquaient le droit positif pour étayer l'idée qu'il existait des règles du droit international qui protégeaient les intérêts de la communauté internationale et auxquelles il n'était pas possible de se soustraire, c'est-à-dire auxquelles aucune dérogation n'était permise. ⁴⁹ En outre, même avec l'essor du positivisme, l'idée qu'il existait certaines règles servant l'intérêt commun n'a pas disparue. ⁵⁰ À cette

⁴³ *Idem*, Livre 1, Chapitre I, XVII.1 (« puisque le droit naturel ... est perpétuel et immuable, Dieu ne peut rien commander qui soit injuste, contraire à ce droit »); Livre 1, Chapitre I, X.6 (« bien que le droit naturel, qui demeure toujours le même, ne soit pas modifié, la chose sur laquelle porte le droit naturel [peut connaître des changements] »); Livre 1, Chapitre I, III.1 (« Est injuste ce qui répugne à la nature de la société de créatures raisonnables »); Livre 1, Chapitre I, Section XII (« Le droit naturel, [qui] est généralement considéré comme [universel] par tous, ou au moins par les nations les plus civilisées. Car un effet universel requiert une cause universelle. Et il ne peut y avoir d'autres causes à cette opinion générale que ce que l'on appelle le sens commun. »).

⁴⁴ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (Londres, 1758), § 9.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir J.L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford, 6^e édition, édité par Humphrey Waldock, 1963), p. 18-20.

⁴⁷ Sur l'essor du positivisme en droit international et son influence sur l'élaboration du droit, voir Dire Tladi et Polina Dlagnekova, « The Will of the State, State Consent and International Law: Piercing the Veil of Positivism » (2006) 21 *SA Public Law* 111, p. 112 et suivantes.

⁴⁸ Voir par exemple, Antonio Gómez Robledo, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico crítico* (Mexico, 1982), p. 5-6, citant les écrits de Christian Friedrich Glück et de Bernhard Windscheid.

⁴⁹ Hannikainen (note 25), p. 45-48. Hannikainen cite, parmi les auteurs qui selon lui invoquaient le droit naturel ou des notions connexes pour expliquer l'existence de règles ne souffrant aucune dérogation, Phillimore, *Commentaries upon IL*, vol. I-II (1879), von Martens, *Précis de droit des gens* (1864), Kolhler, *Grundlagen des Völkerrechts*, (1918). Parmi les auteurs faisant appel à des doctrines de droit positif pour expliquer l'idée de règles obligatoires, Hannikainen cite Otfried Nippold, *Der Völkerrechtliche Vertrag – seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale recht* (1894).

⁵⁰ Hannikainen (note 25), p. 35. Voir également Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise* (Londres, 1905), p. 528 et William Hall, *A Treatise on International Law*, (8^e édition, 1924, initialement publiée en 1884), p. 382-383 (affirmant que « des principes fondamentaux du droit international » peuvent « entraîner la nullité des accords internationaux qui leur sont contraires ou

fin, Alexidze fait observer que les « positivistes des XIX^e et XX^e siècles, à l'exception des plus radicaux, n'admettaient pas que la volonté des États concluant un traité fût pleinement libre et attachaient un caractère impératif aux principes fondamentaux du droit international "universellement reconnus par les nations civilisées" ». ⁵¹ En 1880, Georg Jellinek déclarait qu'un traité pouvait être nul si les obligations qu'il énonçait étaient impossibles à exécuter, et que cette impossibilité pouvait être à la fois matérielle et morale. ⁵² Cette ambivalence du positivisme à l'égard de l'idéal d'un « droit immuable » est judicieusement expliquée par Hans Kelsen dans *La théorie pure du droit*. ⁵³ Ottfried Nippold, par exemple, reconnaît que des traités immoraux, par exemple des traités autorisant l'esclavage, seraient nuls au regard du droit international. ⁵⁴ Cette conclusion repose toutefois totalement sur le droit positif et les traités existants. ⁵⁵ Hannikainen lui-même, ayant examiné la doctrine antérieure à la fin de la Seconde Guerre mondiale, fait l'observation suivante sur l'idée de normes impératives :

au moins rendre ces accords annulables »). Voir également Christian Tomuschat, « The Security Council and *Jus Cogens* », dans Enzo Cannizzaro (dir. publ.), *The Present and Future of Jus Cogens* (Rome, 2015), p. 11, qui déclare plus prudemment que « même au XIX^e siècle, à une époque où les explications reposant sur le droit naturel avaient été définitivement abandonnées et où la doctrine positiviste, qui veut que le droit international naît de la volonté coordonnée des États, avait été adoptée, certains auteurs considéraient qu'il existait une couche de normes hiérarchiquement supérieures qui limitaient le pouvoir des États de conclure des traités. »

⁵¹ Voir Alexidze (note 30), p. 229. Voir également Antoine Pillet « Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet » (1894), 1 *Revue générale de droit international public* 1, p. 20, qui invoque un « droit absolu et impérieux » qui est « le droit commun de l'humanité ». Antoine Pillet (p. 13-14) n'assimile pas ce droit commun de l'humanité au droit naturel classique, en partie parce que « la pratique des nations a toujours reconnu et observe » le droit commun de l'humanité. Voir également Antoine Rougier, « La théorie de l'intervention d'humanité », 1910 *Revue générale de droit international public*, p. 468, qui, en postulant « l'existence d'une règle de droit supérieure aux législations positives, le droit humain », semble invoquer le droit naturel, et déclare que « la notion de droit naturel, beaucoup plus morale que juridique ne permettait pas d'arriver à une précision suffisante dans la détermination des actes permis ou prohibés par cette règle suprême ».

⁵² Georg Jellinek, *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag Zur Juristischen Construction des Volkerrechts* (Vienne, 1880), p. 59-60 [« ... un traité ne peut être conclu que s'il existe une *causa* légitime. La raison pour laquelle on ne doit vouloir que ce qui est juridiquement et moralement possible tient principalement au fait qu'autoriser quelque chose qui est juridiquement et moralement impossible dans un traité reviendrait à couper l'herbe sous le pied au droit international. Chaque injustice au regard du droit international acquerrait un caractère juridique en acquérant le caractère contraignant d'une disposition conventionnelle ... [et] l'ensemble du droit international deviendrait une illusion. Le fait qu'un traité ne puisse contenir que des dispositions moralement possibles découle du caractère éthique du droit, qui par sa nature ne doit pas approuver ce qui serait totalement condamné par l'éthique »)]. Voir également Tomuschat (note 50), p. 11, commentant l'œuvre de Wilhelm Heffter, qui invoquait lui aussi l'impossibilité juridique et morale comme fondement en droit positif de la nullité des traités.

⁵³ Hans Kelsen, *La théorie pure du droit*, 1934, traduction de Charles Eisenman (1960) (« Le droit n'est plus en fait considéré comme une catégorie éternelle ou absolue ... L'idée d'une valeur juridique absolue n'est toutefois pas complètement perdue mais survit dans la notion éthique de justice à laquelle la jurisprudence positiviste demeure attachée ... La science du droit n'est pas encore totalement positiviste, même si elle l'est majoritairement »).

⁵⁴ Nippold (note 49), p. 187.

⁵⁵ Ibid., p. 187 (« Les exemples, qui devraient prouver la validité de ces propositions en droit international, ne doivent être tirés que des traités positifs. Dès que l'on commence à imaginer soi-même des exemples, on commence à prêcher ... le droit naturel »)

« on ne peut conclure que la doctrine produit des preuves de poids à l'appui de l'illicéité ou de la nullité des traités dont l'objet est illicite. Toutefois, elle insiste beaucoup sur l'illicéité ou la nullité de tels traités, révélant la conviction de nombreux auteurs qu'il existe certaines normes de caractère absolu protégeant les intérêts communs vitaux des États et l'ordre international et auxquelles aucune dérogation n'est permise. »⁵⁶

23. Ceci revient à dire que si de nombreux auteurs affirment que des traités peuvent être illicites en raison de l'existence de règles auxquelles aucune dérogation n'est permise, il n'y a guère de preuves, sous forme de pratique des États, étayant ces affirmations. Néanmoins, l'analyse d'Hannikainen donne à penser que les articles de doctrine postulant l'existence de règles ne souffrant aucune dérogation ont diminué, tant en nombre qu'en intensité.⁵⁷ Certes, mais Hannikainen lui-même déclare qu'au XIX^e siècle déjà, « l'interdiction de la piraterie était une règle profondément enracinée et les pirates étaient considérés comme *hostis humani generis* (ennemis de l'humanité). »⁵⁸ On peut donc présumer que les États ne pouvaient convenir, même à cette époque, de conclure des traités facilitant la piraterie. Sur le fait historique de l'application de traités immoraux conclus au cours de l'histoire comme pratique des États, Jellinek note que « l'effet juridique qui en découle est aussi insignifiant que l'effet juridique qui découle en droit privé du fait qu'une myriade de contrats contraires à la morale sont conclus et exécutés ». ⁵⁹ Ainsi, même à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle avant la Première Guerre mondiale, une période dominée par le droit positif, l'idée qu'il existait des règles auxquelles les États ne pouvaient se soustraire par voie d'accord semble avoir été acceptée, au moins par la doctrine.

24. La période postérieure à la Première Guerre mondiale vit une résurgence de la doctrine des normes supérieures. L'adoption du Pacte de la Société des Nations a joué un rôle important dans la promotion, dans la théorie du droit international, de l'idée qu'il existait des règles ne souffrant aucune dérogation. Hannikainen, par exemple, invoque des normes impératives, ou quelque chose qui y ressemble, en citant le Pacte de la Société des Nations.⁶⁰ Certes, le Pacte de la Société des Nations contient des dispositions qui consacrent l'idée de normes impératives, ce qui ne revient pas à dire qu'elles font partie du *jus cogens*.⁶¹ Premièrement, comme il ressort de l'évolution historique décrite ci-dessus, l'idée de « communauté » ou d'« intérêt commun » est un élément important de la notion de non-dérogabilité – qu'elle soit fondée sur le droit naturel ou le droit positif. L'article 11 du Pacte dispose que « la guerre ou la menace de guerre ... intéresse la Société tout entière ». Plus important, l'article 20 du Pacte dispose que celui-ci abroge toutes obligations incompatibles avec ses termes et que les membres de la Société s'engagent « à n'en pas contracter à l'avenir de semblables ». Étant lui-même une règle conventionnelle, uniquement applicable aux parties au traité et pouvant être amendé, voire abrogé, par un accord ultérieur, l'article 20 ne peut être donné comme exemple de norme impérative, au moins selon la conception classique du *jus cogens*. Néanmoins, il constitue un exemple important de l'évolution, dans la pratique des États, de la non-

⁵⁶ Hannikainen (note 25), p. 48-49.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., p. 36.

⁵⁹ Jellinek (52), p. 59.

⁶⁰ Hannikainen (note 25), p. 114-116.

⁶¹ Pacte de la Société des Nations, adopté à Paris le 29 avril 1919.

déroabilité fondée sur les valeurs essentielles de la communauté internationale. Cette évolution a été relevée, entre les deux guerres, par Alfred Verdross dans son célèbre article sur les traités interdits. Se fondant sur le droit naturel, il estimait qu'« [a]ucun ordre juridique ne peut ... admettre des traités entre sujets de droit qui sont manifestement en conflit avec l'éthique d'une communauté donnée ». ⁶² De fait, Verdross, lui-même membre de la Commission, déclara que les textes de la Commission sur le *jus cogens* figurant dans les projets d'article avaient été influencés par cet article. ⁶³ Stephan écrit que ce sont les horreurs de la Seconde Guerre mondiale et les atrocités nazies en particulier qui ont amené les publicistes à « invoquer la notion [de *jus cogens*] pour faire face » à ces atrocités. ⁶⁴

25. Outre la doctrine et la pratique étatique limitée évoquée par Hannikainen, il existait également une jurisprudence invoquant des normes impératives. L'opinion individuelle du juge Schücking dans l'affaire *Oscar Chinn* dont a connu la Cour permanente de Justice internationale en 1934 vise explicitement le *jus cogens*. ⁶⁵ Dans son opinion, M. Schücking estimait qu'un traité était nul parce qu'il était incompatible avec une autre règle du droit international énoncée dans l'Acte de Berlin. ⁶⁶ Il admet que « [l]a théorie du droit international concernant les questions de ce genre n'est pas très développée », ⁶⁷ mais déclare qu'il est possible de créer « un *jus cogens* avec cet effet que, quand les États ont convenu certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit ». ⁶⁸ S'il s'agit là d'une non-déroabilité conventionnelle qui n'est pas universellement obligatoire mais lie les parties à un traité antérieur, cette opinion traduit une ouverture à l'idée de non-déroabilité.

26. Le *jus cogens* a aussi été invoqué dans une sentence arbitrale rendue par la Commission des réclamations franco-mexicaine dans l'affaire *Pablo Najera*. ⁶⁹ Dans cette sentence, la Commission des réclamations a interprété l'article 18 du Pacte de la Société des Nations – une disposition qui exige que les traités soient enregistrés – comme une règle ayant « le caractère d'une règle de droit à laquelle il n'est pas libre aux États membres de la Société des Nations de déroger par des stipulations particulières, entre eux (*jus cogens*). » ⁷⁰ Bien entendu, la Commission des réclamations a jugé que la règle ne s'appliquait qu'entre les membres de la Société des Nations et non dans les relations entre membres et non-membres. ⁷¹ Cette détermination de la Commission des réclamations, bien que ne reposant pas sur la conception contemporaine du *jus cogens*, est importante en ce qu'elle admet qu'il existe, par principe, des règles auxquelles aucune dérogation n'est permise.

⁶² Verdross (note 30), p. 572.

⁶³ Voir Alfred Verdross, « *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law* » (1966), 60 *American Journal of International Law* 55, p. 55.

⁶⁴ Stephan (note 26), p. 1081. Voir aussi Frowein (note 30), p. 1.

⁶⁵ Opinion individuelle de M. Schücking dans l'*Affaire Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, *Cour permanente de Justice internationale*, Série A/B No. 63, p. 148.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 148.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Pablo Najera (France) c. États-Unis du Mexique*, décision No. 30-A du 19 octobre 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. V, p. 470.

⁷⁰ *Ibid.* (L'article 18 a « le caractère d'une règle de droit à laquelle il n'est pas libre aux États, membres de la Société des Nations, de déroger par des stipulations particulières ».)

⁷¹ *Ibid.*, p. 472.

27. S'il n'y avait guère de pratique étayant l'idée qu'il existait des règles auxquelles aucune dérogation n'était permise – et la pratique qui existait consistait en des clauses conventionnelles de non-dérogation et non des clauses du *jus cogens* – l'idée qu'il existait des règles auxquelles les États ne pouvaient se soustraire au moyen de conventions particulières était largement acceptée, au moins en doctrine, même avant la Seconde Guerre mondiale. Le fondement de ce principe était peut-être controversé, mais le principe lui-même ne l'était pas.

B. Entre la fin de la Seconde Guerre mondiale et l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités

28. Après la Seconde Guerre mondiale, l'évolution la plus importante en matière de *jus cogens* a été l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités (« la Convention de Vienne »)⁷² et les travaux de la CDI ayant amené cette adoption. Comme l'article 20 du Pacte de la Société des Nations, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies est lui aussi un exemple de disposition interdisant toute dérogation.⁷³ Comme on l'a dit en ce qui concerne le Pacte, l'Article 103 est une règle conventionnelle établissant une priorité, et non une norme du *jus cogens* proprement dite. On peut toutefois également le considérer comme illustrant l'acceptation d'une hiérarchie en droit international. Ce sont néanmoins les travaux de la Commission et l'adoption subséquente de la Convention de Vienne qui ont contribué à consolider la notion de *jus cogens* en tant qu'élément du corpus de droit international. Il est donc important de décrire brièvement l'évolution de ce qui est finalement devenu l'article 53 de la Convention de Vienne en citant les débats de la Commission, les observations des États sur le texte proposé par celle-ci ainsi que les débats de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Si la Convention contient d'autres dispositions relatives au *jus cogens* – l'article 64 (survenance de nouvelles normes impératives) et l'article 66, alinéa a) (différends concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 et 64) – l'accent est mis aux fins du présent premier rapport, conceptuel, sur le texte qui est devenu l'article 53, car c'est cette disposition qui définit la nature du *jus cogens* telle qu'on la conçoit aujourd'hui.

29. C'est dans le troisième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice – le huitième de l'ensemble des rapports sur le droit des traités – que le terme « *jus cogens* » apparaît pour la première fois.⁷⁴ Dans ce rapport, Fitzmaurice proposait deux dispositions invoquant le *jus cogens*. Le texte qu'il proposait stipulait que pour qu'un traité soit valide, il fallait qu'il « soit conforme ou ne contrevienne pas aux principes et règles du droit international qui relev[aient] du *jus cogens*, ou que son exécution ne donne pas lieu à une infraction auxdits principes ou auxdites règles ». ⁷⁵ Ce texte reconnaissait que les États pouvaient toujours, *inter se*, s'écarter des règles du droit international en concluant entre eux des accords à cette fin (*jus dispositivum*),⁷⁶

⁷² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁷³ L'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose que « les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte ... prévaudront » sur leurs obligations « en vertu de tout autre accord international ».

⁷⁴ Voir Droit des traités, Troisième rapport de GG. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, A/CN.4/115 et Corr.1, sous le titre « L'objet doit être licite », *Annuaire ... 1958, vol. II*, p. 27.

⁷⁵ Ibid., article 16(2), p. 26.

⁷⁶ Ibid., article 17, p. 27.

mais qu'ils ne pouvaient s'écarter de ces règles générales du droit international que si celles-ci n'avaient pas le caractère de *jus cogens*.⁷⁷ Expliquant cette disposition, Fitzmaurice distingue entre les règles qui sont obligatoires (*jus cogens*) et « celles (*jus dispositivum*) ... dont on peut s'écarter ou que l'on peut modifier conventionnellement ». ⁷⁸ Le commentaire explique qu'en règle générale les États peuvent convenir de modifier des règles généralement applicables dans leurs relations mutuelles.⁷⁹ C'est donc seulement « dans le cas des règles du droit international *qui ont un caractère absolu et qu'il est impossible d'écarter* (celles qui n'admettent pas d'"option") que peut se poser la question ... de la nullité d'un traité ». ⁸⁰

30. Si le rapport de Fitzmaurice mentionne le *jus cogens*, l'idée qu'un traité puisse être frappé de nullité parce qu'il est incompatible avec le droit international apparaît antérieurement dans le quatrième rapport sur le sujet, à savoir le premier rapport de Sir Hersch Lauterpacht.⁸¹ La disposition proposée par Lauterpacht stipulait qu'un traité serait nul si, premièrement, son application nécessitait un « acte qui [était] illicite en droit international » et, deuxièmement, s'il était déclaré tel par la Cour internationale de Justice.⁸² Si, dans son commentaire, Lauterpacht fait écho au sentiment selon lequel le principe, tel que formulé, « [était] généralement, sinon universellement, admis », il estime qu'il doit être envisagé avec beaucoup de prudence.⁸³ Il se penche sur la question de la nullité d'un traité qui viole les droits de tiers et conclut que « la véritable raison » de la nullité de tels traités est qu'ils ont pour objet « un acte qui est illicite au regard du droit international coutumier ». ⁸⁴ Toutefois, même des traités qui ne touchent pas directement les intérêts d'États tiers peuvent être nuls.⁸⁵ Pour Lauterpacht, la raison de cette nullité est que de tels traités violent des règles qui ont acquis « le caractère de règles de droit international généralement acceptées et, dans cette mesure, coutumières ». ⁸⁶ Dans cette mesure, Lauterpacht considère qu'est nul un traité qui est incompatible avec le droit international. Or cela peut donner à penser qu'un traité ne peut s'écarter des règles du droit international coutumier, une proposition qui n'est pas étayée en droit international. Pour résoudre cette contradiction apparente, Lauterpacht explique qu'en matière de nullité, le critère « n'est pas l'incompatibilité avec le droit international coutumier pur et simple », mais « l'incompatibilité avec des principes de droit international public d'une telle importance qu'ils peuvent être considérés comme des principes de l'ordre public international ». ⁸⁷

31. À la suite de Fitzmaurice, Sir Humphrey Waldock, dernier Rapporteur spécial nommé par la Commission pour ses travaux sur le droit des traités, a lui aussi proposé un texte sur la nullité des traités incompatibles avec des normes du *jus*

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., par. 76 du commentaire, p. 42.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid. (les italiques sont de nous).

⁸¹ Rapport sur le droit des traités de M. H. Lauterpacht, Rapporteur spécial, A/CN.4/63, *Annuaire ... 1953, vol. II*.

⁸² Ibid., article 15, p. 154.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid., p. 155.

⁸⁷ Ibid.

cogens.⁸⁸ Le projet d'article pertinent proposé par Sir Humphrey Waldock stipule qu'« est incompatible avec le droit international et nul tout traité dont l'objet ou l'exécution ... est incompatible avec une règle générale ou un principe général du droit international relevant du *jus cogens* ». ⁸⁹ Dans le commentaire de cette disposition, Sir Humphrey Waldock fait observer que si la notion de *jus cogens* est controversée,⁹⁰ « la thèse selon laquelle il n'y aurait pas en dernière analyse d'ordre public international – c'est-à-dire de règle à laquelle les États ne puissent à leur gré déroger – est de moins en moins soutenable ». ⁹¹ Il souligne néanmoins que les normes du *jus cogens* sont l'exception et non la règle. ⁹²

32. L'idée qu'un traité est nul s'il est incompatible avec les règles fondamentales du droit international a été généralement bien accueillie à la Commission et hors de celle-ci.⁹³ Les membres de la Commission ont estimé que le principe de la nullité d'un traité incompatible avec le *jus cogens* était important.⁹⁴ S'il des vues divergentes ont été exprimées sur le libellé et les fondements juridiques et théoriques, la proposition elle-même n'a pas été contestée sur le fond.⁹⁵ En 1966, se félicitant de l'approbation des textes de la Commission par les États, M. Yasseen fit observer que « la notion de *jus cogens* en droit international [était] incontestable et ne devrait pas être discutée. Aucun spécialiste du droit international ne saurait de nos jours contester que deux États ne peuvent s'entendre pour instituer l'esclavage ou tolérer la piraterie et qu'une convention formellement conclue à l'une ou l'autre

⁸⁸ Deuxième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, A/CN.4/156 et Add.1-3, *Annuaire ... 1963*, vol. II, p. 36.

⁸⁹ *Ibid.*, article 13, p. 52.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 1 du commentaire de l'article 13, p. 52.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*, par. 2 du commentaire de l'article 13, p. 53 (« En outre, il est indéniable que la plupart des règles générales du droit international n'ont pas ce caractère et que les États peuvent s'y dérober au moyen de traités »).

⁹³ Voir, par exemple, Alexidze (note 30), p. 230.

⁹⁴ Voir, par exemple, compte rendu analytique de la 682^e séance, *Annuaire ... 1963*, par. 18, p. 59, M. Rosenne déclarant que le principe est, d'un point de vue politique et moral « d'une importance capitale ». Voir également compte rendu analytique de la 683^e séance, par. 37, p. 68, lors de laquelle M. Yasseen déclare que ce principe était « aussi important que délicat »; par. 44, p. 69, dans lequel M. Tabibi souscrit à la conclusion selon laquelle « [a]ucun État ne peut ignorer certaines règles de droit international »; par. 64, p. 71, dans lequel M. Pal déclare qu'« il est indéniable qu'il existe actuellement un ordre public international et que certains principes du droit international relèvent du *jus cogens* »; compte rendu analytique de la 684^e séance, par. 6, p. 74, dans lequel M. Lachs fait observer que la question du *jus cogens* « est d'une importance capitale pour le droit international de l'époque actuelle ».

⁹⁵ Voir, par exemple, compte rendu analytique de la 683^e séance, par. 29, p. 61, dans lequel M. Briggs conteste l'utilisation de l'expression « *jus cogens* » et propose de remanier le texte du projet d'article 13 comme suit : « Un traité est nul si son objet est incompatible avec une norme impérative de droit international à laquelle aucune dérogation n'est permise, si ce n'est en vertu d'une nouvelle norme de droit international général ». De même, M. Amado fit valoir que l'expression « règle fondamentale du droit » serait peut-être plus appropriée (compte rendu analytique de la 684^e séance, par. 16, p. 75). Sur la question du fondement théorique, voir M. de Luna, compte rendu analytique de la 684^e séance, par. 58 et suivants, p. 78. Voir également, compte rendu analytique de la 685^e séance, par. 19, dans lequel M. de Luna, après avoir écouté le débat sur le fondement philosophique du *jus cogens*, fait les observations suivantes : « Il est généralement admis que le *jus cogens* fait partie du droit positif; le malentendu porte sur le contenu du droit positif. Si par "droit positif" on entend des règles posées par les États, alors par définition le *jus cogens* n'est pas du droit positif. Mais si l'on considère comme droit positif les règles en vigueur dans la pratique de la communauté internationale, alors le *jus cogens* est du droit positif. » Voir également Evan Criddle et Evan Fox-Decent, « A Fiduciary Theory of Jus Cogens » (2009), 34 *The Yale Journal of International Law* 331, p. 337.

fin ne pourrait qu'être considérée comme nulle ».⁹⁶ C'est ainsi que dans son commentaire de la version du texte qui est finalement devenu l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités,⁹⁷ la Commission a conclu qu'« en *codifiant* le droit des traités elle devait admettre qu'il y a[vait] *de nos jours* certaines règles et certains principes auxquels les États ne sauraient déroger par des arrangements conventionnels ». ⁹⁸ De même, dans le commentaire de l'article 50, la Commission a déclaré que la thèse selon laquelle il n'y aurait pas « de règle à laquelle les États ne puissent à leur gré déroger ... [était] de moins en moins soutenable ». ⁹⁹ Il est clair que la Commission voulait ainsi montrer que le texte qu'elle proposait ne relevait pas de la *lex ferenda* mais bien de la *lex lata*.

33. L'opinion de la Commission selon laquelle le droit international tel qu'il existait lors de l'adoption du projet d'articles sur le droit des traités reconnaissait l'existence de règles générales de droit international auxquelles aucune dérogation n'était permise a été largement reprise par les États, tant durant les travaux de la Commission qu'à la Conférence de Vienne. Par exemple, dans les observations qu'ils ont adressées à la Commission, les Pays-Bas « ont approuvé le principe » qui sous-tendait la disposition.¹⁰⁰ De même, le Portugal a estimé que la position adoptée par la Commission était « équilibrée ». ¹⁰¹ S'il est impossible de reproduire toutes les observations favorables, on peut dire que presque tous les États ont exprimé leur appui.

34. Si les observations des États ont dans l'ensemble été positives, certains d'entre eux ont toutefois exprimé des réserves, mais, à l'exception d'un État, aucun ne s'est opposé à la disposition.¹⁰² Le Royaume-Uni, par exemple, tout en ne s'opposant pas

⁹⁶ Compte rendu analytique de la 828^e séance, *Annuaire ... 1966, vol. I* (Première partie), par. 26, p. 40.

⁹⁷ Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 37 du projet d'articles sur le droit des traités provisoirement adopté par la Commission, dans *Annuaire ... 1963, vol. II*, par. 17, p. 189.

⁹⁸ Ibid., par. 1 du commentaire de l'article 37 du projet d'articles sur le droit des traités. (Les italiques sont de nous).

⁹⁹ Par. (1) du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire ... 1966, vol. II*, p. 247. On peut lire dans le même paragraphe du commentaire que la Commission avait conclu qu'« en *codifiant* le droit des traités elle devait admettre qu'il y a[vait] *de nos jours* certaines règles et certains principes auxquels les États ne sauraient déroger par des arrangements conventionnels et qui ne peuvent être modifiés que par une autre règle de même caractère ».

¹⁰⁰ Voir Cinquième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, A/CN.4/183 et Add.1-4, *Annuaire ... 1966, vol. II*, p. 21.

¹⁰¹ Ibid. Voir aussi, par exemple, les vues des États-Unis, p. 21 (« la notion que consacre l'article, si elle était appliquée comme il convient, contribuerait sensiblement au progrès de la légalité dans les relations internationales »); de l'Algérie, p. 21 (« [l]a délégation algérienne souscrit à l'approche adoptée par la Commission en ce qui concerne le *jus cogens* »); du Brésil, p. 21 (« quelles que puissent être les divergences doctrinales, l'évolution de la société internationale depuis la Seconde Guerre mondiale montre qu'il est essentiel de reconnaître le caractère impératif de certaines règles »); de la Tchécoslovaquie, p. 22, (« les dispositions de l'article sont ... confirmées dans une grande mesure par la pratique des États et le droit international, et appuyées par de nombreux auteurs faisant autorité »); de l'Équateur, p. 22 (« félicite la Commission d'avoir pris l'initiative de faire figurer la violation du *jus cogens* au nombre des causes de nullité des traités »); de la France, p. 22 (« l'article 37 est un des véritables articles-cadres du projet d'articles »); du Ghana, p. 22 (« appuie l'attitude adoptée par la Commission à l'égard de la notion de *jus cogens* »); et des Philippines, p. 22 (« félicite la Commission d'avoir décidé de reconnaître l'existence de normes impératives de droit international »).

¹⁰² Voir par. (1) du commentaire du projet d'article 50 (note 99) (« de plus, si certains gouvernements, dans leurs observations, ont exprimé des doutes quant à l'utilité de cet article à moins qu'il ne soit

à l'idée qu'un traité soit nul s'il est incompatible avec une règle impérative, a estimé que « son application [devait] être très limitée ». ¹⁰³ L'Iraq a pour sa part fait observer « que la notion de *jus cogens* pos[ait] le problème de la hiérarchie des règles de droit international, et qu'en droit interne cette question [était] résolue selon un critère de forme alors qu'il n'en était pas de même en droit international où le fait qu'une règle [était] conventionnelle ou coutumière ne détermin[ait] pas sa valeur ». ¹⁰⁴ Pour l'Iraq, si une très grande prudence s'imposait, « la notion de *jus cogens* [était] incontestable » en droit international. ¹⁰⁵ Un seul État, le Luxembourg, a désapprouvé la disposition, ¹⁰⁶ estimant qu'elle risquait d'être source de confusion. ¹⁰⁷ Il l'interprétait en effet comme visant à « introduire ... une cause de nullité analogue aux critères de moralité et d'"ordre public" qui servaient en droit interne » et il se demandait « si de telles conceptions [étaient] aptes à être transposées à la vie internationale, caractérisée par l'absence de toute autorité, politique ou judiciaire, capable d'imposer à tous les États certains standards de justice et de moralité internationales ». ¹⁰⁸ Le Luxembourg mis à part, aucun État n'a contesté la proposition fondamentale de la Commission selon laquelle le droit international, tel qu'il existait à l'époque, prévoyait la nullité des traités incompatibles avec certaines normes fondamentales. Sur la base de l'appui largement majoritaire recueilli par cette position, la Commission a adopté le projet d'article 50, ainsi libellé :

Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général 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.

35. Le projet d'article 50 de la Commission est le précurseur de ce qui est aujourd'hui l'article 53 de la Convention de Vienne. L'appui en faveur du principe sous-tendant le projet d'article 50 est manifeste lors des travaux préparatoires de ce qui est devenu cet article 53. L'Union soviétique, par exemple, a déclaré que « les traités qui vont à l'encontre de telles normes [du *jus cogens*] sont illicites et doivent être considérés comme nuls *ab initio* », notant que ce principe était reconnu non seulement par la Commission mais aussi par de nombreux « juristes éminents ». ¹⁰⁹ De même, le Mexique déclara que le « caractère même [du *jus cogens*] ne saurait

assorti d'une disposition prévoyant une décision rendue par un organe indépendant, un seul gouvernement a mis en question l'existence de règles relevant du *jus cogens* dans le droit international d'aujourd'hui »).

¹⁰³ *Annuaire ... 1966, vol. II, p. 22.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 21. Voir *contra*, Grigory Tunkin, « *Jus Cogens in Contemporary International Law* » (1971), 3 *University of Toledo Law Review* 107, p. 112 (« Toutefois, les observations des gouvernements des États-Unis, du Royaume-Uni, de la France et d'autres pays ... indiquaient qu'ils étaient en fait opposés à l'article sur le *jus cogens* »).

¹⁰⁷ *Annuaire ... 1966, vol. II, p. 21.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ M. Khlestov (Union soviétique), *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11), cinquante-deuxième séance, 4 mai 1968, par. 3.*

faire aucun doute », ¹¹⁰ et Israël que « le concept même de *jus cogens* [était] accepté en tant qu'élément du droit international positif contemporain ». ¹¹¹

36. Certains États toutefois, même s'ils appuyaient le texte, ont exprimé explicitement ou implicitement des doutes quant à son caractère de *lex lata*. ¹¹² Mais dans l'ensemble, les États ont, à la Conférence de Vienne, accepté l'idée que le *jus cogens* faisait partie du droit international et les discussions ont surtout porté sur le fondement du *jus cogens* et les libellés proposés pour la disposition. Comme l'a fait observer la Tchécoslovaquie, les divergences de vues concernant l'article 50 du projet d'articles de la Commission du droit international portaient sur « la façon dont le *jus cogens* pourrait être identifié de manière à préserver la stabilité des

¹¹⁰ M. Suarez (Mexique), *ibid.*, par. 6-8. Voir également M. Castrén (Finlande), *ibid.*, par. 11 (« l'article 50 énonce un principe important, qui mérite d'être inséré dans le projet de convention »); M. Yasseen (Iraq), *ibid.*, par. 21 (« le contenu de l'article 50 est un élément essentiel de toute convention sur le droit des traités. Cet article exprime une réalité, en constatant les conséquences de l'existence du *jus cogens* dans le domaine du droit des traités. L'existence de ces règles est incontestable. Aucun juriste ne contestera qu'un traité qui viole des règles telles que l'interdiction de la traite des esclaves soit nul et non avenu »); M. Mwendwa (Kenya), *ibid.*, par. 28 (« en insérant dans le projet une disposition relative au *jus cogens*, la Commission du droit international a reconnu, du même coup, un fait indéniable et apporté une contribution positive à la codification et au développement progressif du droit international »); M. Fattal (Liban), *ibid.*, par. 42 (« la presque totalité des juristes et presque tous les États du monde sont d'accord pour reconnaître l'existence d'un certain nombre de normes fondamentales de droit international, auxquelles il n'est pas permis de déroger et sur lesquelles repose l'organisation de la société internationale »); M. Ogundere (Nigéria), *ibid.*, par. 48 (« [l]a moralité internationale a fini par être acceptée comme un élément essentiel du droit international et d'éminents juristes ont affirmé le principe de l'existence d'un *jus cogens*, fondé sur la reconnaissance universelle d'un ordre public international durable, procédant du principe d'une norme impérative de droit international général »); M. Ruiz Varela (Colombie), *ibid.*, cinquante-troisième séance, par. 26 (« tout le monde admet, en principe, l'existence d'un ordre public international, composé de règles auxquelles les États ne peuvent déroger »); M. Nahlik (Pologne), *ibid.*, par. 32 (« [l]a hiérarchie des règles du droit international contemporain ... est la conséquence logique de l'évolution moderne du droit international [et] ne [peut] plus [être] contestée »); M. Jacovides, (Chypre), *ibid.*, par. 68, (« [e]n reconnaissant l'existence de la règle correspondante dans le droit international public, la Commission du droit international a apporté une contribution très importante, non seulement à la codification du droit international, mais aussi à son développement progressif »); M. de la Guardia (Argentine), *ibid.*, cinquante-quatrième séance, par. 22 (« l'existence du *jus cogens* est discutée par les auteurs. Cependant, il est prêt à admettre qu'il y ait effectivement un droit international général, auquel les États ne peuvent pas déroger; admettre l'existence de normes internationales de *jus cogens*, ce n'est que reconnaître la réalité »); M. de Castro (Espagne), *ibid.*, cinquante-cinquième séance, par. 1 (« l'existence de règles impératives du droit international est si évidente qu'il pourrait sembler superflu de la mentionner. Cependant la Commission du droit international a eu raison d'inclure l'article 50 dans le projet de convention, étant donné l'insistance que met une minorité, soit à nier purement et simplement l'existence du *jus cogens*, soit à en restreindre grandement le domaine »); M. Fleischhauer (Allemagne), *ibid.*, par. 31 (« rares sont les orateurs qui ont nié l'existence de certaines règles de *jus cogens* en droit international ... et déclare que sa délégation croit, elle aussi, à l'existence de règles de ce genre »).

¹¹¹ M. Rosenne (Israël), *ibid.*, cinquante-quatrième séance, par. 36.

¹¹² M. Alvarez Tabio (Cuba), *ibid.*, cinquante-deuxième séance, par. 34 (« l'article 50 représente une importante contribution au développement progressif du droit international et la délégation cubaine l'appuie avec vigueur »); M. Fattal (Liban), *ibid.*, cinquante-deuxième séance, par. 42 (« [e]n dépit des affrontements idéologiques, une philosophie commune des valeurs est en train de s'affirmer »); M. Ratsimbazafy (Madagascar), *ibid.*, cinquante-troisième séance, par. 21 (« cette notion, une fois établie et reconnue comme telle, aura une importance croissante dans le droit et dans la vie de la communauté internationale »).

rapports contractuels ». ¹¹³ La majorité des amendements au projet d'article et, de ce fait, une grande partie des débats, ont porté sur les règles de fond et procédurales de l'identification des règles du *jus cogens*. La France, par exemple, souvent considérée comme la principale opposante au *jus cogens* à la Conférence de Vienne, ne s'est pas opposée au principe mais a insisté sur la clarté. ¹¹⁴ Appuyant sans équivoque la notion de *jus cogens*, la France déclara à la Conférence de Vienne que « [l]a substance du *jus cogens*, c'[était] ce qui représent[ait] l'expression indiscutable de la conscience universelle, le dénominateur commun de ce que les hommes de toute nationalité considér[aient] comme intangible, à savoir le respect et la protection des droits de la personne humaine ». ¹¹⁵ Les préoccupations de la France au sujet du projet d'article 50, partagées par d'autres délégations, concernaient les critères permettant d'identifier les règles en question et la nécessité de prévenir l'invocation unilatérale abusive du *jus cogens*. ¹¹⁶ Les préoccupations des États-Unis sont également instructives à cet égard. Les États-Unis étaient « favorable[s] au principe du *jus cogens* et à son insertion dans la convention ». ¹¹⁷ Toutefois, selon eux, « un État ne[pouvait] prétendre se dégager des obligations découlant d'un traité en introduisant subitement et unilatéralement un principe de *jus cogens* dans ses règles de droit international, ni faire valoir contre d'autres États ses vues personnelles sur la supériorité morale du *jus cogens* ». ¹¹⁸ Ils proposèrent

¹¹³ M. Smejkal (Tchécoslovaquie), *ibid.*, cinquante-cinquième séance, par. 24.

¹¹⁴ M. de Bresson (France), *ibid.*, cinquante-quatrième séance, par. 27 (la France « ne saurait formuler d'objection contre [le *jus cogens*] »).

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 32.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 28 (« [l]e problème qui se pose en effet, dans un domaine qui se trouve à la frontière indécise de la morale et du droit, est de savoir à quels principes on veut reconnaître des effets aussi graves que de rendre illicites des accords internationaux, en dehors de la volonté des États qui les ont conclus »); par. 29 (« [l]'article sous sa forme actuelle ne donne aucune indication sur la manière dont une règle de droit peut être reconnue comme relevant d'un *jus cogens*, sur le contenu duquel des interprétations divergentes, voire contradictoires, ont été avancées au cours des débats. ... De plus, aucun contrôle juridictionnel n'est prévu auquel serait soumise la mise en œuvre d'une notion aussi nouvelle et imprécise »). Voir également M. Rey (Monaco), *ibid.*, cinquante-sixième séance, par. 32 (« Monaco accueille avec satisfaction la naissance du *jus cogens* dans le droit international positif, mais s'inquiète de l'usage qui en sera fait »); M. Dons (Norvège), *ibid.*, cinquante-sixième séance, par. 37, (« cet article laisse dans l'ombre plusieurs questions importantes, notamment celles de savoir quelles sont les règles actuelles du *jus cogens* et comment elles sont créées. Le texte de la Commission indique les effets de ces règles plutôt qu'il n'en donne une définition, si bien qu'il risque de surgir de graves différends entre les États à ce sujet; il ne prévoit pas non plus de moyen efficace permettant de trancher de tels différends. De ce fait, il compromet gravement la stabilité et la sécurité des relations internationales »); M. Evrigenis (Grèce), *ibid.*, cinquante-deuxième séance, par. 18 (« [l]'existence d'un *jus cogens* correspondant à un stade donné de l'évolution du droit international est universellement admise, mais certains doutes se manifestent quant à son contenu »); mais voir M. Bolintineanu (Roumanie), *ibid.*, cinquante-quatrième séance, par. 58 (« ne croit pas fondé l'argument selon lequel il serait difficile d'établir objectivement le contenu du *jus cogens* et ce contenu risquerait d'être fixé de manière arbitraire par chaque État »); et M. Koutikov (Bulgarie), *ibid.*, par. 70 (« s'étonne que quelques délégations aient hésité à admettre le principe énoncé à l'article 50 pour la simple raison que l'on n'était pas encore en état de connaître les limites de son champ d'application. Jamais dans le passé aucun des grands principes régissant la vie internationale n'a attendu, pour être proclamé en tant que principe, que l'on dresse l'inventaire minutieux de toutes ses applications concrètes possibles »). De même, M. Fattal (Liban) (note 112), par. 45, répondant aux craintes quant aux abus possibles, a déclaré « [c]ette argumentation n'est pas nouvelle; toute norme du droit international peut, en effet, fournir un prétexte analogue ».

¹¹⁷ M. Sweeney (États-Unis), *ibid.*, cinquante-deuxième séance, par. 16.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 15.

donc, comme la France, un amendement visant à définir plus explicitement les critères permettant d'identifier les normes de *jus cogens*. De même, le Royaume-Uni « ne contest[ait] pas que le droit international cont[enait] certaines normes impératives, au sens où ce terme [était] employé dans l'article 50 », mais¹¹⁹ il « s'inquiét[ait] vivement des incertitudes auxquelles l'article 50 donne[rait] lieu, faute de précision suffisante quant aux moyens d'identifier les normes impératives en question ». ¹²⁰ 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. Pour dissiper les préoccupations de certains États touchant l'incertitude, la Conférence de Vienne a adopté l'article 66, alinéa a), qui permet à toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation d'une disposition de la Convention de Vienne relative au *jus cogens* de « le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice ».

37. Cependant, à la Conférence de Vienne, une poignée d'États exprimèrent des réserves quant au principe du *jus cogens* lui-même. La Turquie estimait à l'époque que la notion de *jus cogens* ainsi que les termes utilisés par la Commission dans les projets d'article étaient « tout à fait nouveaux ». ¹²¹ Pour la Turquie, le projet d'article 50 énonçait « non ... une règle bien établie, mais ... une règle nouvelle, par laquelle on tent[ait] d'introduire un droit international, par la voie conventionnelle, la notion d'ordre public ». ¹²² C'est pour cette raison qu'elle ne pouvait appuyer le maintien de cette disposition. ¹²³ De même, l'Australie, après avoir relevé l'absence de pratique concernant le *jus cogens*, déclara qu'« [e]n l'absence d'une liste complète et d'une définition claire, fût-ce sous forme d'exemples des normes du droit international général [ayant] le caractère de *jus cogens*, le Gouvernement australien [était] arrivé à la conclusion que ce serait une erreur d'inclure l'article, comme il [était] actuellement rédigé, dans une convention sur le droit des traités ». ¹²⁴

38. Il ressort de ce qui précède que lorsque la Convention de Vienne a été adoptée, tant les membres de la Commission que les États, à quelques exceptions près, acceptaient généralement la notion de *jus cogens*. De plus, la majorité des auteurs admettait à l'époque qu'il existait des règles du droit international général auxquelles les États ne pouvaient se soustraire par voie d'accord. McNair, par exemple, écrivant cinq ans avant l'adoption du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités, déclarait qu'il était « difficile d'imaginer une société ... dont le droit ne fixe aucune limite à la liberté de contracter ». ¹²⁵ Il en était de même, poursuivait-il, du droit international, même « si les sources judiciaires et arbitrales ne fourniss[aient] pas beaucoup d'indications sur l'application de ces principes ». ¹²⁶

¹¹⁹ M. Sinclair (Royaume-Uni), *ibid.*, cinquante-troisième séance, par. 53.

¹²⁰ *Ibid.* Voir également M. Fujisaki (Japon), *ibid.*, cinquante-cinquième séance, par. 30 (« [l]a délégation japonaise est fermement persuadée qu'il ne doit être permis à aucun État de recourir à l'article 50 sans accepter la juridiction obligatoire de la Cour »).

¹²¹ M. Miras (Turquie), *ibid.*, cinquante-troisième séance, par. 1.

¹²² *Ibid.*, par. 6.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ M. Harry, *ibid.*, cinquante-cinquième séance, par. 13.

¹²⁵ McNair *Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), p. 213 et suivantes.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 214.

39. De plus, avant même l'adoption du projet d'articles de la Commission ou de la Convention de Vienne, des États ont parfois invoqué la force du *jus cogens*. En 1964, par exemple, Chypre, se fondant sur la notion de normes impératives, contesta la validité du Traité de garantie de 1960 entre Chypre, le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie.¹²⁷ De plus, si la Cour internationale de Justice n'a pas, durant cette période, appliqué le *jus cogens*, cette notion ne lui était manifestement pas inconnue. Elle l'a en effet elle-même invoquée, sans se prononcer sur le *jus cogens*, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*.¹²⁸ La notion de *jus cogens* a de plus été expressément invoquée dans des opinions individuelles de juges de la Cour internationale de Justice. Selon le juge Fernandes, par exemple, en tant qu'exception à la *lex specialis* « [l]e droit général *cogens* l'emport[ait] sur tout droit particulier ». ¹²⁹ Le juge Tanaka déclara dans son opinion dissidente dans les *Affaires du Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, que « l'on [pouvait] considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du *jus cogens* ». ¹³⁰ L'invoquant du *jus cogens* est même attestée devant les tribunaux internes avant l'adoption de la Convention de Vienne. ¹³¹

40. Après de longs débats lors desquels l'idée de normes impératives a recueilli un appui général, la Conférence de Vienne a adopté en tant qu'article 53 une version légèrement modifiée du texte de la Commission :¹³²

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.

41. La brève analyse historique qui précède montre qu'au moins jusqu'à l'adoption de la Convention de Vienne en 1969, la notion de normes impératives

¹²⁷ Hannikainen (note 25), p. 148. Pour un examen plus poussé, voir Jacovides (note 39), en particulier p. 39 et suivantes.

¹²⁸ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *CIJ Recueil 1969*, p. 3, par. 72 (« [s]ans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties »).

¹²⁹ *Affaire du droit de passage sur territoires indiens (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt du 12 avril 1960, *CIJ Recueil 1960*, p. 6, opinion dissidente de M. Fernandes, juge ad hoc, par. 29.

¹³⁰ *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *CIJ Recueil 1966*, p. 6, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298. Voir également *Plateau continental de la mer du Nord* (note 118), opinion dissidente du juge Tanaka, p. 182, déclarant que des réserves étaient compatibles avec un principe du *jus cogens* seraient nulles et non avenues; et voir en outre l'opinion individuelle du juge Moreno Quintana dans l'affaire de l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, *CIJ Recueil 1958*, p. 106-107 reconnaissant que certaines règles ont « un caractère impératif et une portée universelle ».

¹³¹ Voir, par exemple, *Beschluß des Zweiten Senats*, 7 avril 1965, BVerfGE, 18, 441 (449), affaire dans laquelle la Cour constitutionnelle d'Allemagne a avaisé un traité, notamment parce qu'une règle invoquée pour attaquer une disposition « *würde nicht zu den zwingenden Regeln des Völkerrechts gehören* » (« ne faisait pas partie des règles obligatoires du droit international »).

¹³² La Conférence a également adopté l'article 64 (sur la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général) et l'article 71 (conséquences de la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international général).

faisait partie du droit international. Les États qui en ont contesté l'inclusion dans la Convention de Vienne l'ont fait non parce qu'ils pensaient qu'il n'y avait pas de normes impératives en droit international mais parce que les normes spécifiques ayant acquis le statut de *jus cogens* n'étaient pas clairement identifiées. Comme indiqué au paragraphe 36 ci-de règlement des différends permettant de saisir la Cour internationale de Justice en cas de différend concernant le *jus cogens*. La notion a survécu aux diverses phases de l'évolution du droit international et résisté à différentes théories philosophiques avancées pour expliquer le fondement du droit international et son caractère contraignant. L'analyse historique montre toutefois également que le contenu des règles impératives et les critères permettant de les identifier se sont révélés difficiles à définir, en particulier durant la phase de codification ayant abouti à l'adoption de la Convention de Vienne.

V. Nature juridique du *jus cogens*

42. Si l'idée que le *jus cogens* fait partie du droit international, c'est-à-dire de la *lex lata* n'est pas sérieusement contestée,¹³³ un désaccord est apparu quant aux critères permettant de l'identifier et à son contenu. Les divergences de vues concernant les critères permettant d'identifier les normes du *jus cogens* et certaines des normes qui constituent le *jus cogens* tiennent en grande partie à un désaccord doctrinal sur les fondements du *jus cogens* et à des divergences d'interprétation de son contenu. Un certain nombre de théories, allant de la doctrine du droit naturel au positivisme, ont été avancées pour justifier le *jus cogens*. Bien que ni le présent rapport ni les travaux sur le sujet n'aient pour objectif de résoudre les controverses doctrinales concernant le *jus cogens*, il est toutefois nécessaire de se pencher sur le débat théorique concernant son fondement si l'on veut énoncer des critères permettant de l'identifier et, de fait, de définir ses conséquences. On ne peut donc faire l'économie d'un tel débat. De plus, même si l'on n'apporte pas « la » solution à ce débat, les travaux de la Commission doivent reposer sur une conception solide et pratique de la nature du *jus cogens*, ce qui nécessite que l'on étudie certains des fondements théoriques qui ont été proposés. C'est dans ce contexte que la présente section donne un aperçu du débat théorique concernant le *jus cogens*.

43. La nature juridique du *jus cogens* fait intervenir davantage que les fondements théoriques ou philosophiques de la notion. Elle concerne aussi le rôle du *jus cogens* en dehors de la Convention de Vienne, ce qu'a déjà reconnu la Commission.¹³⁴ Si l'on admet généralement que le *jus cogens* fait partie du droit international, certains

¹³³ Pavel Šturma, « Human Rights as an Example of Peremptory Norms of General International Law », dans Pavel Šturma, Narcisco Leandro Xavier Baez (dir. publ.), *International and Internal Mechanisms of Fundamental Rights Effectiveness* (Bayern, 2015), p. 12.

¹³⁴ Voir, par exemple, les articles 26 et 40 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe; commentaire des directives 3.1.5.4 et 4.4.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément No. 10* (A/66/10/Add.1); par. 374 du *Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, et conclusion 33 du *Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Annuaire ... 2006, vol. II (Deuxième partie)*, par. 251.

doutent encore de sa place en droit international positif.¹³⁵ Un bref commentaire sur cette place qui tient compte de l'évolution intervenue depuis l'adoption de la Convention de Vienne s'impose donc.

A. Place du *jus cogens* en droit international

44. Les critiques et objections adressées au *jus cogens* ont été examinées dans diverses publications.¹³⁶ Si, comme on l'a vu, le nombre de ceux qui contestent la notion diminue rapidement,¹³⁷ il demeure nécessaire d'indiquer clairement que le *jus cogens* est solidement établi en tant que partie intégrante du droit international positif. Les arguments avancés pour démontrer qu'il ne l'est pas, et dans certains cas, qu'il ne doit pas l'être, sont divers. Orakhelashvili, par exemple, cite l'absence de pratique,¹³⁸ des craintes quant au caractère sacrosaint des traités et l'incompatibilité avec le principe *pacta sunt servanda* parmi les arguments avancés contre le *jus cogens*.¹³⁹ De même, Kolb recense, parmi les objections au *jus cogens*, plusieurs critiques : la notion de *jus cogens* ne serait tout simplement pas compatible avec la nature et la structure du droit international,¹⁴⁰ le *jus cogens* ne serait pas reconnu dans l'ordre juridique international,¹⁴¹ le *jus cogens* serait en pratique sans effet réel¹⁴² et il risquerait de saper les fondements de l'ordre juridique international.¹⁴³

¹³⁵ Voir, par exemple, Michael Glennon, « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) » (2006), 11 *Revue générale de droit international public*, p. 529; Arthur M. Weisburd, « The Emptiness of the Concept of *Jus Cogens* as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina » (1995), 17 *Michigan Journal of International Law* 1; Gordon Christenson, « *Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society » (1988) 28 *Virginia Journal of International Law*, p. 585. Robert Barnidge, « Questioning the Legitimacy of *Jus Cogens* in the Global Legal Order » (2008), 38 *Israel Yearbook of Human Rights*, p. 199. Voir également l'opinion dissidente du juge ad hoc Sur dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012, *CIJ Recueil 2012*, p. 422, par. 4 (« [u]n exemple en est fourni avec la mention du *jus cogens* dans la motivation, mention superfétatoire, qui n'apporte rien à la solution du différend, comme on le verra. Cet *obiter dictum* a pour but de saluer une notion contestée, au contenu toujours incertain, et de lui apporter un soutien judiciaire. »).

¹³⁶ Voir, par exemple, Kolb (note 27), p. 15-29. Voir également Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (2006), p. 32-35.

¹³⁷ Ulf Linderfalk, « The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did you Ever Think About the Consequences? » (2008), 18 *European Journal of International Law*, p. 855.

¹³⁸ Orakhelashvili (note 136), p. 32, citant Guggenheim.

¹³⁹ *Ibid.*, citant Schwarzenberger.

¹⁴⁰ Voir Kolb (note 27), p. 15-22. En fait, Kolb identifie plusieurs critiques qui semblent toutes être des variantes de la critique d'incompatibilité. Ce sont les suivantes : premièrement, la notion de *jus cogens* présuppose une « autorité supérieure chargée de faire respecter ces normes, » qui n'existent pas en droit international (16-18); deuxièmement, le *jus cogens* présuppose une distinction entre la « législature générale » et les « sujets » de droit international, distinction qui n'existe pas en droit international puisque les législateurs, à savoir les États, sont également les sujets du droit international (18-21); la notion de *jus cogens* présuppose une hiérarchie des normes, et le droit international est encore trop sous-développé pour comporter une telle hiérarchie (21-22).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴² *Ibid.*, p. 23-24.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 25-27. Kolb relève qu'il existe diverses variantes de cette critique du *jus cogens*, y compris « le risque que certaines élites, dans la poursuite de leurs intérêts propres, prétendent parler au nom de la communauté internationale (en dissimulant ces intérêts sous cette noble expression) pour imposer leur propre vision d'une idéologie acceptable sous le couvert lénifiant et

45. Il n'est pas nécessaire de présenter des arguments théoriques en réponse à ces diverses critiques, auxquelles il a de toute façon été répondu comme il convient ailleurs.¹⁴⁴ Ce qui est important aux fins des travaux de la Commission est de savoir si le *jus cogens* trouve un appui dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales – qui constituent l'ordinaire des travaux de la Commission.¹⁴⁵ Les opinions doctrinales aident à comprendre la pratique et peuvent permettre de la systématiser, mais c'est la pratique des États et la jurisprudence qui doivent guider la Commission. Comme indiqué dans la section précédente, la majorité des États pensaient que le *jus cogens* faisait partie du droit international lorsque la Convention de Vienne a été adoptée.

46. Depuis l'adoption de la Convention de Vienne, et probablement en raison de son adoption, les références au *jus cogens* par les États et dans la jurisprudence se sont multipliées. Les références expresses au *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice sont à elles seules révélatrices. Depuis l'adoption en 1969 de la Convention de Vienne, le *jus cogens* a été expressément mentionné 11 fois dans des arrêts et ordonnances de la Cour internationale de Justice, qui tous postulent (ou au moins semblent postuler) l'existence du *jus cogens* en droit international contemporain.¹⁴⁶ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, par exemple, la Cour, sans faire expressément sienne la notion de *jus cogens*, a déclaré que tant les États que la Commission considéraient l'interdiction

permissif de normes impératives. » Voir également la déclaration de l'Afrique du Sud, A/C.6/66/SR/13, par. 7, (« [c]omme certains commentateurs l'ont souligné, les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, qui sont au cœur du principe de la compétence universelle, sont souvent en pratique utilisées comme instrument de luttes hégémoniques. ») Voir Tomuschat (note 50), p. 20, selon lequel « les États puissants n'ont jamais été des amis du *jus cogens*. Ils se rendent compte que les conséquences du *jus cogens* peuvent amener une modification de l'équilibre des pouvoirs en faveur de la justice internationale ... ». Il est intéressant de noter que lorsqu'elle a formulé ses objections au texte proposé par la Commission sur le *jus cogens*, la France a déclaré que l'absence de clarté serait au détriment « des plus faibles ». Voir déclaration de M. de Bresson (France), *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, A/CONF.39/11, cinquante-quatrième séance, par. 28.

¹⁴⁴ Voir Kolb (note 27), p. 15 et suivantes et Orakhleshvili (note 136), p. 32 et suivantes.

¹⁴⁵ Voir la déclaration des États-Unis (note 7), par. 20 (étant donné la rareté relative de la jurisprudence en la matière, le représentant des États-Unis exhorte la CDI à axer ses travaux sur la pratique conventionnelle, en particulier au titre des règles énoncées dans la Convention de Vienne, et sur toute autre pratique des États qui met en lumière la nature et le contenu du *jus cogens*, les critères de sa formation et les conséquences qui en découlent. Seules la recherche et l'analyse reposant solidement sur les vues exprimées par les États ont des chances d'ajouter une valeur substantielle à l'abondance de la doctrine existant sur le sujet).

¹⁴⁶ Pour des références récentes au *jus cogens* voir les affaires suivantes : *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 43, par. 147-184; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 403; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenante))*, *CIJ Recueil 2012*, p. 99, par. 92 et suivants; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012, *CIJ Recueil 2012*, p. 422, par. 99-100; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015, par. 87.

de l'emploi de la force comme une règle du *jus cogens*.¹⁴⁷ Dans la mesure où il existe une ambivalence dans cette déclaration de la Cour concernant le *jus cogens*, elle semble concerner le point de savoir si l'interdiction relève bien du *jus cogens* et non la notion de *jus cogens* elle-même.¹⁴⁸ L'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* est un autre exemple d'avis dans lequel la Cour admet l'existence du *jus cogens* sans se prononcer sur la notion.¹⁴⁹ Bien que la Cour déclare qu'elle « n'a donc pas à se prononcer sur ce point », c'est expressément parce que, selon elle, la question dont elle est saisie n'est pas celle de savoir « quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires ». ¹⁵⁰ Mais la Cour, en évoquant expressément la nature du *jus cogens*, semble admettre qu'il fait partie intégrante du droit international.¹⁵¹ Elle s'est montrée beaucoup plus catégorique dans son acceptation du *jus cogens* comme partie intégrante du droit international contemporain dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, dans laquelle la Cour non seulement évoque le *jus cogens*, mais déclare que l'interdiction du génocide relève « assurément » de celui-ci.¹⁵²

47. Outre qu'il a été expressément mentionné dans les arrêts ou avis de la Cour internationale de Justice, le *jus cogens* a été au total mentionné expressément 78 fois dans des opinions de membres de la Cour.¹⁵³ Il a aussi été explicitement

¹⁴⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua. c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ Recueil 1986, p. 14, par. 190 (« les représentants des États mentionnent souvent [le *jus cogens*] comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit ... [et] la Commission du droit international a exprimé l'opinion que "le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*" »).

¹⁴⁸ Voir James Green, « Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force » (2011), *Michigan Journal of International Law* 215, p. 223 (« [l]auteur estime que la Cour a conclu ici que l'interdiction de l'emploi de la force était une norme impérative, même s'il faut avouer que d'autres interprètent ce passage différemment. »).

¹⁴⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid. (« [l]a question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle »).

¹⁵² *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, arrêt du 3 février 2006, CIJ Recueil 2006, p. 6, par. 64.

¹⁵³ On peut citer, comme exemples d'opinions individuelles depuis l'adoption de la Convention de Vienne, l'opinion individuelle du juge Ammoun dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne) deuxième phase*, arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, p. 304 (« [a]insi, par une pratique déjà longue des Nations Unies, le concept de *jus cogens* acquiert une plus grande effectivité, sanctionnant, en tant que norme impérative du droit des gens, les principes figurant au frontispice de la Charte »); opinion individuelle du Vice-Président Ammoun dans l'affaire des *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 du 21 juin 1971, CIJ Recueil 1971, p. 77 et suivantes (« ..., a vu, à bon escient, dans l'acte consistant à employer la force afin de neutraliser le droit à l'autodétermination, un acte d'agression d'une gravité d'autant plus grande que le droit à l'autodétermination est une norme relevant du *jus cogens* à laquelle il n'est permis de déroger en aucune circonstance. »); opinion dissidente du juge Schwebel dans l'affaire concernant les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 26 novembre 1984, CIJ Recueil 1984, p. 392, par. 88 (« certes, la portée du *jus cogens* est

reconnu dans la jurisprudence d'autres juridictions internationales.¹⁵⁴ Dans l'affaire *Kayishema*, par exemple, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a déclaré que « [l'interdiction du] crime de génocide [était] considér[ée] comme faisant partie intégrante du droit international coutumier qui, de surcroît, [était] une norme impérative du droit ». ¹⁵⁵ De même, dans l'affaire *Nyiramasuhuko*, la Chambre d'appel du Tribunal a fait observer que le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité s'agissant de définir les crimes contre l'humanité s'entendait « sous réserve du respect des normes impératives du droit international (*jus cogens*) ». ¹⁵⁶ Le *jus cogens* est également mentionné dans la jurisprudence des tribunaux internes. ¹⁵⁷ Dans l'affaire *Yousuf v. Samantar*, par exemple, la Cour d'appel des États-Unis a jugé qu'« en droit international et en droit interne, les violations du *jus cogens* sont, par définition, des actes qui ne sont pas officiellement autorisés par le Souverain ». ¹⁵⁸ De même, la Haute Cour du Kenya a jugé, dans l'affaire *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General*, que « l'obligation de réprimer les crimes internationaux fai[sait] désormais partie du *jus cogens* et du droit international coutumier ». ¹⁵⁹ La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a pour sa part fait observer que « l'obligation de l'État de prévenir l'impunité ... est particulièrement marquée en ce qui concerne les normes qui, comme l'interdiction de la torture, sont généralement considérées comme

discutée. Mais il importe de rappeler que la Commission du droit international et la conférence de Vienne sur le droit des traités se sont accordées à considérer que, s'il est une clé de voûte reconnue du *jus cogens*, c'est l'article 2, paragraphe 4 de la Charte. »); opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire concernant l'Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*), nouvelle demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, *CIJ Recueil 1993*, p. 325, par. 100 (« [c]ela parce qu'... il est généralement admis que l'interdiction du génocide n'est pas une règle ordinaire du droit international mais fait partie du *jus cogens*. En fait, l'interdiction du génocide est depuis longtemps considérée comme l'un des rares exemples indiscutés du *jus cogens*. »); opinion individuelle du juge Ranjeva dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, *CIJ Recueil 1995*, p. 131 (« le *jus cogens* relève de l'ordre du droit positif »); et opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 382, par. 135 (« Le principe fondamental de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination imprègne l'ensemble du fonctionnement du pouvoir étatique et relève de nos jours du *jus cogens*. »).

¹⁵⁴ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Furundžija* (IT-95-17/1), 10 décembre 1998 (TPIY) et *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée Bissau et le Sénégal*, sentence arbitrale du 31 juillet 1989, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 119.

¹⁵⁵ *Le Procureur c. Kayishema et consorts* (TPIR-95-1), jugement, 21 mai 1999 (TPIR), par. 88.

¹⁵⁶ *Le Procureur c. Nyiramasuhuko* (TPIR-98-42), arrêt, 14 décembre 2015, par. 2136.

¹⁵⁷ Voir la célèbre affaire, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), 24 mars 1999, Chambre des Lords, [2000] 1 AC p. 147.

¹⁵⁸ *Yousuf v. Samantar*, arrêt du 2 novembre 2012 de la Cour d'appel des États-Unis, 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012), p. 19). Voir également *Farhan Mahamoud Tani Warfaav Yusuf Abdi Ali*, arrêt du 1^{er} février 2016 de la Cour d'appel des États-Unis pour le Quatrième circuit, No. 14-1880, p. 18, refusant d'infirmier le jugement rendu dans l'affaire *Samantar*.

¹⁵⁹ *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General & Another*, arrêt du 28 novembre 2011 de la Haute Cour du Kenya, [2011] *E-Kenyan Law Reports*, p. 14.

impératives et donc ne souffrant aucune dérogation ». ¹⁶⁰ L'idée de normes impératives de droit international est aussi reflétée dans la pratique judiciaire et quasi judiciaire régionale. ¹⁶¹ Dans l'*Affaire des Dominicains et Haïtiens expulsés*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que « le principe de la protection égale et effective de la loi et de non-discrimination » faisait partie du *jus cogens*. ¹⁶²

48. Les États ont eux aussi systématiquement invoqué le *jus cogens* ou des normes impératives dans diverses instances. Outre les déclarations portant spécifiquement sur les travaux de la Commission sur le droit des traités, on peut citer de nombreuses déclarations faites devant, par exemple, l'Assemblée générale, et en particulier la Sixième Commission. ¹⁶³ De même, les États ont aussi systématiquement invoqué le *jus cogens* dans leurs déclarations devant le Conseil de sécurité. ¹⁶⁴ Les déclarations faites devant des juridictions internationales, parce que

¹⁶⁰ *National Commissioner of the South African Police Service v the Southern African Human Rights Litigation Centre and Others*, arrêt du 30 octobre 2014 de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 2014 (12) BCLR 1428 (CC), par. 4. Voir également *East German Expropriation case: Mr. van der M*, arrêt du 26 octobre 2004 de la Cour constitutionnelle d'Allemagne, B v R 955/00 ILDC 66 (DE), par. 97 (« la Loi fondamentale reconnaît progressivement l'existence de dispositions contraignantes ... que les États ne peuvent remettre en cause (*jus cogens*) »); *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 4 mai 2000 de la Cour suprême hellénique, affaire No. 11/2000, dans laquelle la Cour a jugé que les crimes commis par les SS contre les populations civiles d'un village grec violaient des normes du *jus cogens*. Voir également *Ferrini v. Republica Federale di Germania*, arrêt du 11 mars 2004 de la Cour de cassation italienne, affaire No. 5044, dans laquelle la Cour a reconnu que la déportation et le travail forcé étaient des crimes internationaux relevant du *jus cogens*.

¹⁶¹ Voir, par exemple, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (requête No. 35763/97), arrêt du 21 novembre 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme; voir également *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, requête No. 65542/12 (CEDH 2013), décision du 11 juin 2013 de la Cour européenne des droits de l'homme, par. 4.3.9; (« En ce qui concerne le droit à une nationalité, la Cour rappelle que le *jus cogens* exige des États ... qu'ils s'abstiennent d'établir des règlements discriminatoires. »); Voir également *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad c. la République de Djibouti* (communication 383/10), décision de mai 2014 de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par. 179. Pour une évaluation détaillée des jurisprudences de la Cour interaméricaine et de la Cour européenne, voir Šturma (note 133), p. 15 et suivantes.

¹⁶² *Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, arrêt du 28 août 2014 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par. 264. Voir également affaire *Mendoza et al v. Argentina*, arrêt du 14 mai 2013 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par. 199 (« Premièrement, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle, aujourd'hui, l'interdiction absolue de la torture, tant physique que mentale, fait partie du *jus cogens* international ... »).

¹⁶³ Il y a bien sûr d'innombrables déclarations sur le *jus cogens* dans le contexte des travaux de la Commission, en particulier sur le droit des traités. Toutefois, le *jus cogens* a été évoqué avec insistance dans d'autres contextes. Voir, par exemple, la déclaration du Kazakhstan, A/C.6/63/SR.7, par. 55 (qui est favorable au respect strict et sans conditions des normes impératives du droit international, qui constituent le fondement de l'ordre mondial contemporain, et appuie les efforts que la communauté internationale déploie pour résoudre les questions importantes qui se présentent sur la base du droit international.); la déclaration de l'Azerbaïdjan, A/C.6/63/SR.8, par. 12; et la déclaration de la Tunisie, A/C.6/64/SR12, par. 16.

¹⁶⁴ Voir, par exemple, la déclaration de M. Nisibori (Japon), 2350^e séance du Conseil de sécurité, tenue le 3 avril 1982 (« Nous soulignons ... que ce n'est pas là seulement l'un des principes essentiels de la Charte, mais que c'est aussi l'une des normes les plus importantes du droit international général à laquelle la communauté internationale n'admet aucune dérogation. Le principe de non-recours à la force, en d'autres termes, est une norme impérative du droit international. »); la déclaration de M. Elaraby (Égypte), 3505^e séance du Conseil de sécurité,

les États ont alors le souci d'obtenir un résultat particulier, doivent être envisagées avec une certaine prudence. Néanmoins, il est révélateur qu'ils invoquent fréquemment le *jus cogens* dans leurs écritures devant les juridictions internationales et, à la connaissance du Rapporteur spécial, jamais un État n'a, dans une affaire dont était saisie une juridiction internationale, contesté que le *jus cogens* fasse partie du droit international positif.¹⁶⁵ Ce qui est toutefois plus révélateur encore est que même lorsqu'il était dans leur intérêt de nier l'existence du *jus cogens*, les États ne l'ont pas fait.¹⁶⁶ Ce n'est pas uniquement dans des déclarations individuelles que l'on trouve en pratique des références au *jus cogens*. Les organes de l'Organisation des Nations Unies eux-mêmes ont, dans des résolutions, invoqué la notion comme faisant partie du droit international. Mises à part les résolutions relatives aux travaux de la Commission dans lesquelles le *jus cogens* est mentionné, l'Assemblée générale a évoqué le *jus cogens* dans au moins 12 résolutions, principalement en matière de torture.¹⁶⁷ On notera également que depuis l'adoption

tenue le 28 février 1995 (S/PV.3505) (« Au plan juridique, il existe un consensus au sein de la communauté internationale sur l'existence de normes impératives de droit international, mieux connues sous le nom de *jus cogens*. Ces normes ne peuvent être violées ... »); la déclaration de M. Koštunica (Serbie-et-Monténégro), 5289^e séance du Conseil de sécurité, tenue le 24 octobre 2005 (S/PV.5289) (« ... nous ne débattons pas d'obligations non contraignantes des États, mais des normes les plus rigoureuses du droit international, les normes du *jus cogens*, dont le respect est une condition sine qua non du bon fonctionnement de la communauté internationale dans son ensemble »); la déclaration de M. Adekanye (Nigéria), 5474^e séance du Conseil de sécurité, tenue le 22 juin 2006 (S/PV.5474) (« une situation dans laquelle des personnes ou entités sont ajoutées à une liste avant que les États concernés n'aient été informés est contraire à la fois aux normes impératives de procédure régulière et au principe de la primauté du droit. Le Nigéria est par conséquent opposé à toute violation de ces normes impératives »); la déclaration de M. Mayoral, 5679^e séance du Conseil de sécurité, tenue le 22 mai 2007 (S/PV.5679) (« ... la lutte contre le terrorisme doit se situer dans le cadre de mécanismes légaux reposant sur le droit pénal international et ses principes fondamentaux. Il s'agit des normes du *jus cogens* du droit international dont on ne peut pas faire fi »); M. Al-Nasser (Qatar), 5779^e séance du Conseil de sécurité (S/PV.5779) (« L'Article 103 de la Charte prévoit que les obligations en vertu de la Charte prévalent sur les autres obligations, mais ceci ne signifie pas qu'elles priment sur les normes péremptoires (*sic*) de *jus cogens* »).

¹⁶⁵ Voir, par exemple, la déclaration du Conseil de la Belgique dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, procédure orale, 13 mars 2012 (CR 2012/3), par. 3.

¹⁶⁶ Par exemple, si l'Allemagne s'est efforcée de limiter les effets du *jus cogens* dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, non seulement elle n'a pas, dans sa propre déclaration, contesté l'existence du *jus cogens* mais elle a en fait positivement affirmé que certaines normes relevaient du *jus cogens*. Voir, par exemple, le mémoire de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles* (note 146), 12 juin 2009, par. 86, dans lequel l'Allemagne déclare : « Par exemple, il est incontestable que le génocide est interdit par le *jus cogens*. » Voir également la déclaration du Conseil du Sénégal dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (note 146), procédure orale, 15 mars 2012 (CR 2012/4), par. 39, et le contre-mémoire du Sénégal dans la même affaire, par. 51.

¹⁶⁷ Voir, par exemple, le paragraphe 3 de la résolution 68/156 de l'Assemblée générale relative à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« *Rappelant également* que l'interdiction de la torture est une norme impérative du droit international et que des juridictions internationales, régionales et nationales ont considéré que l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants faisait partie du droit international coutumier »); par. 3 des résolutions 60/148, 61/153 et 62/148 de l'Assemblée générale, sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« *Rappelant également* qu'un certain nombre de tribunaux internationaux, régionaux et nationaux, notamment le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, considèrent que l'interdiction de la

du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission a elle-même reconnu le *jus cogens* et ses effets, même hors du cadre du droit conventionnel.¹⁶⁸

49. Ainsi, s'il peut encore y avoir des débats académiques sur l'existence du *jus cogens* en droit international positif, les États eux-mêmes ne contestent pas cette existence. Même les trois États qui n'étaient pas convaincus que la Commission devait en mener l'étude n'ont pas contesté la notion de *jus cogens* elle-même.¹⁶⁹ Comme l'a fait observer Paulus, « la notion de *jus cogens* semble avoir perdu son caractère controversé » et « le dernier des États qui continue de s'y opposer, la France, serait prête à faire la paix avec elle ».¹⁷⁰ Aux fins des travaux de la Commission sur le sujet, ce débat peut très bien contribuer à mettre au jour certaines des complexités du *jus cogens*, mais il ne doit pas occulter le point de départ, à savoir que le droit international considère que certaines règles ne souffrent aucune dérogation.

B. Fondement théorique du caractère impératif du *jus cogens*

50. Il ressort de ce qui précède que l'un des éléments les plus pérennes du débat sur le *jus cogens* est le fondement théorique du caractère impératif des normes du *jus cogens*. À différents moments de l'évolution de la notion, différentes positions théoriques ont été avancées pour expliquer ce caractère impératif. Deux principales écoles de pensée se sont fait jour pour expliquer la nature du *jus cogens*, à savoir le droit naturel et le positivisme.¹⁷¹ Outre ces théories générales, d'autres théories ont été avancées. Néanmoins, ce sont les théories du droit naturel et du positivisme qui ont dominé le débat doctrinal et il est utile pour commencer de les décrire brièvement et de les évaluer. L'objectif de cette analyse n'est pas de résoudre le débat positivisme-droit naturel. Comme dans le cadre du droit international en général, il n'est probablement pas possible, ni nécessaire, de le résoudre. Les diverses théories avancées pour expliquer le *jus cogens* sont analysées et évaluées afin de déterminer l'essence de la notion de *jus cogens*. Une mise en garde est nécessaire ici : il n'y a pas de théorie du *jus cogens* fondée sur le droit naturel, tout comme il n'y a pas de théorie du *jus cogens* fondée sur le droit positif; il y a des théories du droit naturel et des théories positivistes. Nous n'avons toutefois ici ni le temps ni la place nécessaires pour donner une description détaillée de chacune et, quoi qu'il en soit, élaborer un traité théorique n'est pas notre objectif. Nous nous contenterons d'indiquer les grands traits de chaque école de pensée.

torture est une norme impérative du droit international et que l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants fait partie du droit international coutumier »).

¹⁶⁸ Voir les exemples cités ci-dessus dans la note 134.

¹⁶⁹ Voir section II ci-dessus.

¹⁷⁰ Andreas Paulus « *Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at Re-appraisal » (2005), 74 *Nordic Journal of International Law* 297, p. 297-298. Voir toutefois Tomuschat (note 50), p. 18 (« Pourtant, les articles 53 et 64 demeurent parmi les quelques dispositions controversées de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui consacrent l'idée d'un développement progressif du droit. »)

¹⁷¹ Asif Hameed, « Unravelling the Mystery of *Jus Cogens* in International Law » (2014), 84 *British Yearbook of International Law* 52, considère que les théories rivales doivent être considérées soit comme « fondées sur le consentement », soit comme « non fondées sur le consentement » et que le débat actuel repose sur une méconnaissance du positivisme en droit international. Voir en particulier p. 55.

51. Il est utile de commencer par l'approche fondée sur le droit naturel, car le *jus cogens* a sans aucun doute ses racines dans la théorie du droit naturel (voir sect. IV.A ci-dessus).¹⁷² De plus, dans la mesure où le *jus cogens* implique une hiérarchie,

le droit naturel, qui postule l'existence de normes supérieures, qu'elles découlent de la divinité, de la raison ou d'une autre source d'ordre moral, semble être un fondement naturel du *jus cogens*.¹⁷³ On peut notamment citer Mark Janis et Mary-Ellen O'Connell parmi les tenants de l'approche fondée sur le droit naturel.¹⁷⁴ Ces publicistes notent que l'idée de règles internationales supérieures au consentement (ou à la libre volonté de l'État) et hors de portée de celui-ci ne peut s'expliquer que par l'idée, reposant sur le droit naturel, d'un droit supérieur, fondé sur la morale et les valeurs.

52. Si l'approche fondée sur le droit naturel, qui a des liens historiques avec l'apparition du *jus cogens* et ressemble à celui-ci, est attrayante, elle n'est pas sans poser de difficultés.¹⁷⁵ La principale demeure la question de savoir qui détermine le contenu du droit naturel. Comme le note O'Connell, « [l]a théorie contemporaine du droit naturel semble toujours souffrir de son fondement subjectif sur les opinions de

¹⁷² Voir également Gennady Danilenko, *Law Making in the International Community* (Dordrecht, 1993), p. 214 et Bruno Simma, « The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law » (1995), 6 *European Journal of International Law* 33, p. 50. Voir en outre Orakhelashvili (note 136), p. 37-38 (« On peut dire que "la conception du *jus cogens* demeurera incomplète tant qu'elle ne sera pas fondée sur une philosophie des valeurs comme le droit naturel" car le *jus cogens* doit son origine à l'école naturaliste ... Le *jus cogens* est comparable au droit naturel en ce qu'il n'est pas le produit de la volonté des États et n'est donc pas compréhensible dans le cadre d'une approche strictement positiviste. »).

¹⁷³ Sur les implications hiérarchiques du *jus cogens*, voir Danilenko, *ibid.*, p. 211. Voir également Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, 2014), p. 155 (« Le concept de normes impératives implique une hiérarchie des normes : une règle du *jus cogens* prévaut par définition sur une disposition conventionnelle d'effet contraire »). Voir également Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, (11^e édition, Paris, 2012), p. 323, au sujet d'une nouvelle logique (« celle, révolutionnaire, de l'objectivisme inhérent à la notion de normes impératives, lesquelles s'imposent aux États devenus ainsi, au sens le plus littéral, sujets d'un ordre juridique alors doté d'une hiérarchie normative, dominée par le *jus cogens*. » Voir également Raphaële Rivier, *Droit international public* (2^e édition, Paris, 2013), p. 565.

¹⁷⁴ Voir, par exemple, Mark Janis, « The Nature of *Jus Cogens* » (1987), 3 *Connecticut Journal of International Law* 359, p. 361 (« [l]'essence distinctive du *jus cogens* est telle, à mon avis, que le concept s'inscrit dans les notions traditionnelles du droit naturel »); Janis, *An Introduction to International Law* (New York, 2008), p. 66 et suivantes.; Louis Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than the State* (1981), 32 *American University Law Review* 1, p. 14-15, qualifiant le *jus cogens* de « pratiquement immuable », un terme qui rappelle la doctrine du droit naturel. Dan Dubois, « The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law? » (2009), 78 *Nordic Journal of International Law* 133, p. 134 (« ... la conclusion à laquelle on aboutit est que, dans toute théorie cohérente des normes impératives, on doit inévitablement, d'une manière ou d'une autre, recourir au droit naturel »). Voir également Mary-Ellen O'Connell, « *Jus Cogens*: International Law's Higher Ethical Norms », dans Donald Childress (dir. publ.), *The Role of Ethics in International Law* (New York, 2012), en particulier p. 97.

¹⁷⁵ Voir, pour un examen de ces difficultés, Kolb (note 27), p. 31. Voir également Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public » (1992), 237 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 11, p. 274; Maurice Kamto, « La volonté de l'État en droit international » (2004), 310 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 133, p. 353.

publicistes, de juges ou de fonctionnaires ». ¹⁷⁶ Kolb, de même, critiquant l'approche fondée sur le droit naturel, déclare que « chacun de nous peut postuler des normes de justice [mais la] question de savoir si ces normes font partie du droit positif [demeure] sans réponse ». ¹⁷⁷ Outre la question de l'indétermination, les approches du *jus cogens* fondées sur le droit naturel entrent inévitablement en conflit avec le texte de la Convention de Vienne, sauf si on admet que celui-ci est également invalide. Comme le relève Kolb, en stipulant que les normes impératives ne peuvent être modifiées que par d'autres normes impératives, l'article 53 reconnaît que les normes du *jus cogens* ne sont pas « immuables », une caractéristique du droit naturel. ¹⁷⁸ De même, si le droit naturel existait indépendamment du temps et de l'espace – s'il était immuable – l'article 64 de la Convention de Vienne, qui admet que de « nouvelle(s) norme(s) impérative(s) » peuvent apparaître serait, c'est le moins qu'on puisse dire, une disposition curieuse. ¹⁷⁹ Un autre problème que posent les approches reposant sur le droit naturel tient peut-être au fait que l'article 53 exige que les normes du *jus cogens* soient « reconnue[s] par la communauté internationale des États », ce qui donne à penser que la « volonté » des États joue un certain rôle dans l'apparition de ces normes.

53. De nombreux auteurs contemporains considèrent ainsi le *jus cogens* d'un point de vue positiviste. ¹⁸⁰ La théorie positiviste, dans sa conception la plus pure, repose sur l'idée de la libre volonté des États et postule que ce n'est que par le consentement que le droit international est créé. Ainsi, les États ne peuvent être liés par des règles auxquelles ils n'ont pas consenti. ¹⁸¹ Selon l'approche positiviste du *jus cogens*, des normes ne peuvent acquérir le statut de *jus cogens* qu'une fois que les États y ont consenti d'une manière ou d'une autre. Mais cette approche semble contraire à l'idée qu'il existe des normes supérieures auxquelles aucune dérogation n'est permise même si les États y consentent ou le veulent, ou à tout le moins incompatible avec cette idée. ¹⁸² Après tout, on a même pu dire que le *jus cogens* était une révolution contre « le froid cynisme positiviste ». ¹⁸³ De plus, on comprend

¹⁷⁶ O'Connell (note 174), p. 86-87. Page 79, décrivant l'approche de nombreux tenants du droit naturel, elle déclare qu'« [i] apparaît actuellement que les juges et les publicistes se contentent de consulter leur conscience lorsqu'ils identifient les normes du *jus cogens*. »

¹⁷⁷ Kolb (note 27), p. 31.

¹⁷⁸ Ibid., p. 33. Sur l'immutabilité, voir les auteurs cités dans la note 43.

¹⁷⁹ Matthew Saul, « Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges » (2015), 5 *Asian Journal of International Law* 26, p. 31 (« ... les théories du droit naturel reposent sur l'identification de certaines valeurs de droit naturel immuables, y compris celles touchant les besoins de l'humanité, alors que l'on considère que le nombre et la nature des normes de *jus cogens* évoluent avec la nature de la communauté internationale »).

¹⁸⁰ Voir Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 339. Voir, par exemple, Tunkin (note 106), p. 115 (« J'ai le sentiment que les normes du droit international général ayant le caractère de *jus cogens* peuvent être créées et sont effectivement créées par un accord entre les États comme le sont les autres normes du droit international général. »).

¹⁸¹ Voir Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 339.

¹⁸² Voir, par exemple, Rivier (note 173), p. 565 (« L'introduction du droit impératif en droit international est une révolution ... Avec le droit impératif, l'accord de volonté n'est plus en tout hypothèse un mécanisme créateur de droit. La validité des relations dépend aussi de leur contenu. Une définition matérielle du droit est ainsi consacrée, et l'on passe d'une conception traditionnelle du droit international à un modèle objectif dans lequel l'État souverain est assujéti à des exigences matérielles supérieures à sa volonté. »).

¹⁸³ Alain Pellet « Conclusions » dans Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin (dir. publ.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Boston, 2005), p. 419.

mal, si les États peuvent librement créer n'importe quelles règles, pourquoi on ne peut déroger à certaines règles en exprimant son consentement.¹⁸⁴ Même s'il était possible d'expliquer l'apparition de normes impératives par le consentement, ou le consensus, on voit mal pourquoi les États qui se sont joints au consensus pourraient ultérieurement retirer leur consentement, portant ainsi atteinte au consensus.¹⁸⁵ La question de savoir si, comme on l'a suggéré, considérer le droit international coutumier comme le fondement du *jus cogens* relève d'une approche positiviste sera le sujet du deuxième rapport.¹⁸⁶

54. Il n'est donc guère surprenant que la jurisprudence étaye l'une et l'autre approche. Les arrêts de la Cour internationale de Justice eux-mêmes sont rien moins que clairs sur le fondement du *jus cogens*. La Cour semble parfois promouvoir une approche du *jus cogens* fondée sur le droit naturel, mais parfois faire fond sur des théories positivistes et axées sur le consentement.¹⁸⁷ Les opinions individuelles des

¹⁸⁴ Ibid. Expliquant la critique des approches positivistes du *jus cogens* par les tenants de la théorie du droit naturel, Kolb (note 27), p. 30, déclare qu'elle « est ancrée précisément dans ce consentement ou cette volonté des États que le *jus cogens* est là pour limiter ou même écarter. Le raisonnement expliquant le *jus cogens* par le consentement ou la volonté serait donc circulaire. » Voir également, d'une manière générale, Tladi et Dlagnekova (note 41), p. 112.

¹⁸⁵ Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 342.

¹⁸⁶ Pour l'opinion selon laquelle le droit international coutumier en tant que base du *jus cogens* implique nécessairement une approche fondée sur le droit positif, voir *ibid.*, p. 339 (« La théorie positiviste dominante du *jus cogens* conçoit des normes impératives comme des normes de droit international coutumier ayant acquis leur caractère impératif par la pratique des États et l'*opinio juris* »).

¹⁸⁷ Bien que dans l'affaire des *Réserves à la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *CIJ Recueil 1951*, p. 23, la Cour ne décrive pas l'interdiction du génocide comme relevant du *jus cogens*, elle semble décrire cette interdiction en des termes qui donnent à penser qu'elle en relève et, de plus, d'une manière qui accorde moins de poids au consentement des États en tant qu'élément du droit (la Cour reconnaît l'existence d'« "un crime de droit des gens" impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire ... à la loi morale ... Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire (pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux) ... elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires »). Voir également p. 24, où la Cour évoque les « principes de morale et d'humanité qui sont à [la] base » de la prohibition du génocide. Voir également *Le Procureur c. Jelisić* (IT-95-10-T), 14 décembre 1999 (TPIY), par. 60, dans lequel le Tribunal affirme que dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, la Cour internationale de Justice a placé le crime de génocide au rang du *jus cogens*. Pourtant, dans ce qui est peut-être l'invocation la plus claire du *jus cogens* par la Cour, celle-ci a, au paragraphe 99 de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (note 146), adopté ce que l'on peut interpréter comme une approche de la détermination du *jus cogens* fondée sur le consentement, au moins dans la mesure où le droit international coutumier est envisagé comme reposant sur le consentement (« [c]ette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États »). De même, la référence timide par la Cour à la prohibition de l'emploi de la force comme faisant partie du *jus cogens* au paragraphe 190 de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (note 146) repose, outre les travaux de la Commission, sur l'acceptation de cette prohibition par les États. Dans ce paragraphe, la Cour cite, outre les travaux de la Commission, les déclarations de représentants des États selon lesquels cette interdiction fait partie du *jus cogens* et le fait que les deux parties au différend admettent que cette interdiction fait partie du *jus cogens*.

membres de la Cour ont été tout aussi diverses. Dans nombre d'entre elles, le *jus cogens* est considéré comme un rejet du positivisme et la manifestation de l'approche fondée sur un droit naturel immuable, alors que d'autres défendent une approche positiviste.¹⁸⁸

55. La jurisprudence d'autres juridictions est tout aussi indécise quant au fondement du caractère contraignant des normes du *jus cogens*. Dans l'affaire *Furundžija*, par exemple, le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a lié la nature de *jus cogens* de l'interdiction de la torture aux valeurs fondant cette interdiction¹⁸⁹ alors que dans d'autres décisions, ce tribunal a aussi insisté sur l'acceptation par les États des normes du *jus cogens*.¹⁹⁰ La Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans une de ses premières décisions invoquant le *jus cogens*, a apparemment adopté une approche fondée sur le droit naturel, opposant « la conception volontariste du droit international » à « l'idéal d'édification d'une

¹⁸⁸ Voir, par exemple, la déclaration du juge Bedjaoui jointe à l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 146), par. 21 (« [d]e tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d'obligations *erga omnes*, de règles de *jus cogens* ... À l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle ... s'est substituée une conception objective du droit international »); voir opinion dissidente de M. Kreca, juge ad hoc, dans l'affaire concernant l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires*, arrêt du 11 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 595, par. 43 (« Le *jus cogens* ouvre la voie à une modification globale des relations entre la souveraineté des États et l'ordre juridique international et à la création de conditions permettant à la règle de droit de prévaloir sur la libre volonté des États »); opinion individuelle du juge Ranjeva dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002, *CIJ Recueil 2002*, p. 303, par. 3 (« [s]eul l'avènement des normes du *jus cogens* est de nature à justifier la remise en cause du consensualisme. »); voir opinion individuelle de M. Dugard, juge ad hoc, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, arrêt du 23 février 2006, *CIJ Recueil 2006*, p. 6, par. 10; opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle*, ordonnance du 6 juillet 2010, *CIJ recueil 2010*, p. 310, par. 134 et suivants et par. 141 (« L'antinomie entre le consentement des États et le *jus cogens* est on ne peut plus grande. »). Une approche distinctement fondée sur le droit positif se fait jour dans l'opinion individuelle du juge Schücking dans l'affaire *Oscar Chinn* (note 61), p. 149, considérant qu'il y a *jus cogens* quand les États ont convenu de certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement; voir également l'opinion individuelle du juge Ammoun dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (note 153), p. 311-312. Voir en particulier l'opinion dissidente du juge de Castro dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Recueil 1974*, p. 388 (« Le caractère de droit coutumier ou de *jus cogens* attribué au traité de Moscou est mis en question par son manque d'universalité »).

¹⁸⁹ Voir, par exemple, *Furundžija* (note 154), par. 153 (« [e]n raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*. »). Voir également *Le Procureur c. Galić*, (IT-98-29-T), 5 décembre 2003 (TPIY), par. 98. Voir également *Jelisić* (note 187), par. 60, dans lequel le TPIY a adopté la définition fondée sur les valeurs de l'interdiction du génocide consacrée par la Cour internationale de Justice.

¹⁹⁰ *Le Procureur c. Stakić*, (IT-97-24-T), 31 juillet 2003 (TPIY), par. 500 (« [o]n admet communément que les règles énoncées par cette convention font partie intégrante du droit international coutumier et ont été élevées au rang de *jus cogens*. »). Voir également *Jelisić* (note 187), par. 60, dans lequel, s'agissant du crime de génocide, le Tribunal déclare que la Convention sur le génocide « est devenue l'un des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme les plus largement acceptés. »)

communauté internationale plus soudée ... à la lumière du droit et de la recherche de la justice, traduisant un passage « du *jus dispositivum* au *jus cogens* ». ¹⁹¹ De même, dans ses premières décisions sur la nature de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, la Cour a insisté sur la nature et la gravité de la torture et non sur un éventuel consentement des États à son interdiction. ¹⁹² Pourtant, dans plusieurs décisions, la Cour interaméricaine a eu tendance à insister sur le consentement et le consensus comme base du caractère de *jus cogens* de certaines normes. ¹⁹³ De plus, plusieurs de ses décisions ont indiqué qu'à la différence du droit naturel, immuable, les normes du *jus cogens* évoluaient. ¹⁹⁴ Un appui et pour l'approche fondée sur le consentement et pour l'approche fondée sur le droit naturel peut de même être observé dans la jurisprudence des tribunaux internes. ¹⁹⁵

¹⁹¹ *Constantine et al v. Trinidad and Tobago*, jugement du 1^{er} septembre 2001 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 38.

¹⁹² *Tibi v. Ecuador*, jugement de septembre 2004 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 143, (« [i]l existe un système juridique international qui interdit de manière absolue toutes les formes de torture ... et ce système fait maintenant partie du *jus cogens*. »); voir également *Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, jugement du 8 juillet 2004 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 112 et *Maritza Urrutia v. Guatemala*, jugement du 27 novembre 2003, par. 92. On peut observer une tendance comparable dans les premières décisions sur le caractère de *jus cogens* de l'interdiction des disparitions forcées. Voir, par exemple, *Goiburú et al v. Paraguay*, jugement du 22 septembre 2006 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 84 (« face à la gravité particulière de telles infractions et à la nature des droits auxquels il est porté atteinte, l'interdiction des disparitions forcées et l'obligation correspondante d'enquêter ... ont acquis le statut de *jus cogens* »).

¹⁹³ *Osorio Rivera and Family Members v. Peru*, jugement du 26 novembre 2013 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 112, dans lequel la Cour a jugé que l'interdiction des disparitions forcées avait acquis le statut de *jus cogens* sur la base, notamment, de « l'accord international »; *Mendoza et al v. Argentina*, jugement du 14 mai 2013 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 199, dans lequel la Cour cite, pour fonder le caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, « des traités universels et régionaux » qui « établissent cette interdiction et le droit auquel aucune dérogation n'est permise de ne pas être soumis à la torture » ainsi que « les nombreux instruments internationaux [qui] établissent ce droit et réitèrent la même interdiction, même en droit international humanitaire. » De même, dans l'affaire *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, jugement du 26 septembre 2006, par. 99, la Cour conclut qu'en 1973 la prohibition des crimes contre l'humanité faisait déjà partie du *jus cogens* sur la base de plusieurs résolutions de l'Assemblée générale et de l'article 3 commun des Conventions de Genève.

¹⁹⁴ Voir, par exemple, *Nadege Dorzema et al v. Dominican Republic*, jugement du 24 octobre 2012 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 225 (« [a]u stade actuel de l'évolution du droit international, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination est entré dans le domaine du *jus cogens*. »); voir également *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, jugement du 24 février 2012 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 79. Voir en particulier, *Dacosta Cadogan v. Barbados*, jugement du 24 septembre 2009 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), par. 5 (« [l]e jour doit venir où un consensus universel – qui pour le moment ne semble guère proche – placera l'interdiction de la peine capitale dans le cadre du *jus cogens*, comme c'est le cas pour la torture »).

¹⁹⁵ Pour une approche reposant apparemment sur le droit naturel, voir *Siderman v. Argentina*, jugement du 22 mai 1992 de la Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 965 F.2d 699, en particulier p. 715, qui définit et examine la nature du *jus cogens* en droit international, sa relation avec le droit international coutumier (*jus dispositivum*) et la manière dont il se distingue de celui-ci, en particulier la place (ou l'absence) du consentement dans la formation de normes du *jus cogens*, la supériorité du *jus cogens* sur les autres normes du droit international (« [s]i le *jus cogens* et le droit international coutumier sont liés, ils diffèrent sous un aspect important. Le droit international coutumier, comme le droit international défini par les traités et les autres accords internationaux, repose sur le consentement des États. Un État qui objet de manière persistante à une norme du droit international coutumier ... n'est pas lié par cette norme ... »).

56. L'analyse ci-dessus montre que les juridictions internationales considèrent qu'aucune des deux théories dominantes avancées pour expliquer la nature contraignante du *jus cogens* n'est pas à elle seule suffisante.¹⁹⁶ D'autres théories ont bien entendu été avancées pour expliquer la nature du *jus cogens*.¹⁹⁷ Certaines d'entre elles ne visent toutefois pas tant à expliquer le caractère contraignant du *jus cogens* qu'à décrire le type de normes pouvant relever de celui-ci.¹⁹⁸ Expliquer le *jus cogens* comme constitué de règles d'ordre public, par exemple, en dit moins sur l'origine du caractère impératif de ces normes que sur la nature des obligations en question.¹⁹⁹ En d'autres termes, décrire l'interdiction du génocide ou de l'emploi de la force comme des normes d'ordre public nous dit non pas pourquoi ces normes sont impératives mais seulement qu'elles traduisent des valeurs fondamentales de la communauté internationale. La nature impérative des normes d'ordre public pourrait elle-même être expliquée par le consentement ou par des théories ne reposant pas sur le consentement.

57. D'autres théories, si on les examine de plus près, constituent des variantes des théories dominantes.²⁰⁰ La théorie alternative de Kolb, par exemple, semble être une application de l'approche positiviste.²⁰¹ Kolb avance, en tant que théorie alternative, l'idée que le *jus cogens* est une « technique juridique greffée par le législateur sur un certain nombre de normes internationales afin qu'elles ne se fragmentent pas en actes juridiques particuliers jouissant d'une application prioritaire *inter partes* en

À l'opposé, le *jus cogens* ... découle de valeurs considérées comme fondamentales par la communauté internationale des juristes ... les normes fondamentales et universelles constituant le *jus cogens* transcendent ce consentement ». Voir également *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General & Another* (note 161), p. 14. Pour ce qui semble être une approche plus positiviste, voir l'opinion de Lord Hope dans l'affaire *Pinochet* (note 161), p. 247, qui cite l'affaire *Siderman v. Argentina* comme preuve d'un « accord généralisé » sur le caractère de *jus cogens* et l'interdiction de la torture.

¹⁹⁶ Voir, par exemple, Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 332 (« [L]es efforts positivistes faits pour lier les normes impératives au consentement des États ne sont pas convaincants parce qu'ils n'expliquent pas pourquoi une majorité des États au sein de la communauté internationale peuvent imposer des obligations juridiques à une minorité dissidente. Si les théories reposant sur le droit naturel contournent ce problème de l'objecteur persistant, elles ont du mal à définir des critères analytiques permettant d'identifier les normes impératives. »).

¹⁹⁷ Voir Kolb (note 27), p. 30 et suivantes.

¹⁹⁸ La plus importante de celles-ci, qui voit dans le *jus cogens* des normes d'ordre public, est examinée ci-après. D'autres considèrent le *jus cogens* comme constitué par les règles du droit constitutionnel international ou par les règles régissant les conflits entre traités successifs.

¹⁹⁹ Sur ce point voir Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 344.

²⁰⁰ Par exemple, bien que Kolb considère que le juge Cançado Trindade avance une théorie distincte et différente postulant un nouveau *jus gentium*, en fait, si l'on se penche de plus près sur les opinions individuelles et les œuvres de Cançado Trindade, on s'aperçoit que cette théorie repose également sur une approche du *jus cogens* fondée sur le droit naturel. Voir, par exemple, Antônio Cançado Trindade, « *Jus Cogens: The Material and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case Law* » (2008), 35 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* 3, p. 6 (« [c]e dernier [le *jus gentium*] n'émane pas de la "volonté" des États mais bien, selon moi, de la conscience humaine »). Voir, pour un exemple des nombreuses opinions dissidentes et individuelles du juge Cançado Trindade, son opinion dissidente dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 136), par. 139 (« nul n'oserait aujourd'hui nier que les "principes d'humanité" et les "exigences de la conscience publique" invoqués par la clause Martens relèvent du *jus cogens* »).

²⁰¹ Voir, généralement, Robert Kolb, « Conflits Entre Normes de *Jus Cogens* », dans Nicolas Angelet (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, (Bruxelles, 2007) et Kolb (note 27).

raison du principe de la *lex specialis* ». ²⁰² Savoir si les « types » ou catégories particuliers de normes de *jus cogens* recensés par Kolb sont justifiés concerne l'identification du *jus cogens*, ²⁰³ qui sera l'objet du deuxième rapport. Plus pertinent dans le cadre de la présente analyse, qui vise à comprendre pourquoi les normes du *jus cogens* sont impératives ou ne souffrent pas de dérogation, est le fait que la théorie de Kolb elle-même présuppose une décision de la « législature » ou des États et, ainsi, relève d'une approche positiviste ou reposant sur le consentement. ²⁰⁴

58. La théorie fiduciaire du *jus cogens* défendue par Criddle et Fox-Decent, qui a pour objectif déclaré de s'écarter du droit naturel comme du droit positif, soulève également des questions, tant s'agissant de savoir si elle s'écarte réellement des théories dominantes qu'en ce qui concerne sa substance. ²⁰⁵ Selon cette théorie, « un principe fiduciaire régit la relation entre l'État et son peuple, et cette relation exige de l'État qu'il se conforme à des normes impératives ». ²⁰⁶ Premièrement, parce que l'obligation fiduciaire vise, notamment, les notions vagues de « conscience internationale » ou d'« ordre normatif supérieur », ²⁰⁷ elle est elle-même également vague. Plus important, l'idée que le *jus cogens* repose sur une relation fiduciaire entre un État et ses sujets ne peut tout simplement pas expliquer nombre des normes du *jus cogens* généralement admises, qui n'interdisent pas seulement tel ou tel comportement de l'État à l'encontre de ses propres sujets. Par exemple, le génocide commis contre les nationaux d'un autre État n'en est pas moins une violation du *jus cogens*. Pour être juste, Criddle et Fox-Decent déclarent effectivement que « les États sont débiteurs envers tout individu assujéti à leur pouvoir d'une obligation fiduciaire de respecter les droits de l'homme », mais ceci n'explique pas pourquoi une telle obligation découle du *jus cogens*, ni comment les violations du *jus cogens* qui ne constituent pas en elles-mêmes des violations des droits de l'homme relèvent de cette théorie. ²⁰⁸ De plus, toute théorie visant à expliquer le *jus cogens* en termes de relations entre l'État et l'individu aurait du mal à expliquer l'interdiction de l'emploi de la force comme relevant du *jus cogens*, car cette interdiction concerne les relations interétatiques et non, à tout le moins pas directement, les relations entre l'État et l'individu.

²⁰² Kolb (note 27), p. 9. Voir Andrea Bianchi, « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* » (2008), 19 *European Journal of International Law* 491, p. 495 (« [c]onsidérer que le *jus cogens* n'est rien d'autre qu'une technique juridique visant à préserver l'intégrité formelle du système en qualifiant certaines de ses normes procédurales comme non susceptibles de dérogation revient à méconnaître ce qu'est censée être la fonction du *jus cogens*. »).

²⁰³ Kolb (note 23), p. 46, recense trois types de normes du *jus cogens* ou, comme il le déclare, « en termes plus clairs, trois raisons qui peuvent amener une norme à ne pas souffrir de dérogation ou de fragmentation ». Il s'agit des normes d'ordre public du *jus order*, ou des normes fondamentales du droit international (bien qu'il hésite à admettre ce type de *jus cogens*), le *jus cogens* d'utilité publique et le *jus cogens* logique. Ailleurs, Kolb recense quatre types de *jus cogens*, le type supplémentaire étant le droit impératif de la Charte des Nations Unies en vertu de l'Article 103. Voir Kolb (note 201), p. 486.

²⁰⁴ Kolb (note 27), p. 9. En fait, même pour le *jus cogens* relevant de l'ordre public, Kolb moque les « nobles sentiments, et parfois l'adoration digne d'un conte de fées, concernant les "règles fondamentales de la communauté internationale" » (p. 47).

²⁰⁵ Voir, de manière générale, Criddle et Fox-Decent (note 95).

²⁰⁶ Ibid., p. 347.

²⁰⁷ Ibid., p. 248.

²⁰⁸ Ibid., p. 359. Page 333, les auteurs admettent que l'interdiction de « l'agression militaire » relève du *jus cogens*, en particulier lorsque cette agression n'aboutit pas à des violations des droits de l'homme.

59. Aucune théorie n'a encore expliqué adéquatement le caractère unique du *jus cogens* en droit international, c'est-à-dire le caractère impératif de certaines obligations. Il se pourrait même, comme le suggère Koskenniemi lorsqu'il avance une théorie générale des sources, qu'il faille comprendre la force contraignante et impérative du *jus cogens* comme une interaction entre le droit naturel et le positivisme.²⁰⁹ Au sujet des sources et du débat droit naturel-positivisme, Koskenniemi déclare que « [l]e naturalisme a besoin du positivisme pour manifester son contenu de manière objective », et que « [l]e positivisme a besoin du droit naturel pour répondre à la question de savoir "pourquoi un comportement, une volonté ou un intérêt crée une obligation contraignante" ».²¹⁰ En fait, il n'est pas nécessaire aux fins de la présente étude de résoudre le débat théorique; mais ce débat est important parce qu'on peut en déduire les principaux éléments du *jus cogens*, éléments qui sont largement partagés par les différentes écoles doctrinales.

60. Ces questions théoriques contribueront, dans les rapports futurs, à éclairer la jurisprudence et la pratique des États.

C. Éléments fondamentaux du *jus cogens*

61. L'article 53 de la Convention de Vienne énonce les éléments fondamentaux du *jus cogens*. Premièrement, une norme du *jus cogens* est une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Deuxièmement, c'est une norme du droit international général. Troisièmement, c'est une norme acceptée et reconnue par la communauté

²⁰⁹ Voir Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument (Reissue with new Epilogue)* (Cambridge, 2006), p. 307 et suivantes, en particulier p. 308 (« ... aucune des deux positions opposées n'est toujours préférable parce qu'elles s'étayaient également l'une et l'autre »). Page 323, sur le *jus cogens* en particulier, il déclare : « Initialement, le *jus cogens* semble être descendant, non consensualiste. Il semble lier les États sans tenir compte de leur consentement. Mais un droit qui ne renvoie pas à ce à quoi les États ont consenti semble se réduire à une morale naturelle [mais] la référence à sa reconnaissance par "la communauté internationale" [le rend] ascendant, consensualiste. » Voir également Simma (note 172), p. 34 (« Je considère qu'aucune des [écoles de philosophie du droit] ne peut donner d'explication globale et définitive du phénomène du droit ni le justifier, mais je suis également convaincu qu'elles ne s'excluent pas l'une l'autre et que, au contraire, chacune d'elles peut mettre au jour et éclairer des aspects du droit international qui demeurent inaccessibles à l'autre. ») Voir également Orakhelashvili (note 136), p. 49 (mentionnant « le droit positif et la morale comme deux concepts distincts mais mutuellement complémentaires »).

²¹⁰ Ibid. Ailleurs, Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Oxford, 2011), p. 52, déclare que ni le consentement (positivisme) ni la justice (droit naturel) « ne sont pleinement justifiables en eux-mêmes ... Les arguments relatifs au consentement doivent expliquer la pertinence et le contenu du point de vue de ce qui semble juste. Les arguments relatifs à la justice doivent démontrer leur validité en invoquant ce à quoi les États ont consenti. » Voir également Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (thèse de doctorat non publiée, Université de Cambridge, 2013), p. 3 (« [s]i les "considérations élémentaires d'humanité" ne sont pas une source autonome d'obligations en droit international, elles peuvent servir à identifier les normes et obligations à l'intégrité et à l'exécution desquelles la communauté internationale a un intérêt puissant »). Voir également Hameed (note 171), p. 54, qui promeut une théorie non consensuelle du *jus cogens* qui repose sur la morale mais qui n'en semble pas moins être fondée sur l'acceptation des États (« [l]e présent essai s'efforcera de montrer comment nous pouvons expliquer plus efficacement l'élaboration du *jus cogens* sans faire appel à l'idée de consentement. Je propose qu'une règle existante de droit international acquiert le statut de *jus cogens* parce que certaines instances officielles – principalement les États – la considèrent comme moralement primordiale. »).

internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Toutefois, outre ces éléments, la pratique et la doctrine révèlent un ensemble essentiel d'éléments qui étoffent la notion de *jus cogens*.

62. La non-dérogabilité a une double fonction. Premièrement, c'est une conséquence du caractère impératif. Mais c'est aussi un élément important de la nature du *jus cogens*.²¹¹ En fait, comme le montre l'analyse ci-après, la non-dérogabilité est au cœur de l'idée de *jus cogens*. Le fait qu'une norme doive, pour relever du *jus cogens*, être une norme du droit international général est aussi une condition clé du caractère impératif. Ce n'est pas seulement une condition de ce caractère, c'est aussi un élément pour son identification. Cet élément sera examiné dans le deuxième rapport, non seulement en tant qu'élément d'identification du *jus cogens*, mais aussi pour expliquer de quelles sources de droit procède ce caractère impératif. De même, la condition voulant que les normes du *jus cogens* soient « reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble » sera examinée dans le deuxième rapport en tant qu'élément de l'identification du *jus cogens*, ou de l'élévation d'une norme ordinaire du droit international général au rang de norme du *jus cogens*.

63. Outre les éléments expressément mentionnés à l'article 53 de la Convention de Vienne, la doctrine et la pratique révèlent l'existence de certains éléments fondamentaux qui caractérisent les normes du *jus cogens*. Premièrement, ces normes sont universellement applicables. Deuxièmement, elles sont supérieures aux autres normes de droit international. Enfin, elles servent à protéger des valeurs fondamentales de la communauté internationale – ce qui a été souvent décrit comme l'ordre public international. Si ces éléments ne sont pas expressément mentionnés à l'article 53 de la Convention de Vienne, l'analyse ci-après montre qu'ils sont généralement acceptés comme des éléments importants du *jus cogens*.

64. La doctrine et la pratique révèlent que les normes du *jus cogens* sont celles auxquelles aucune dérogation n'est permise. Si, comme indiqué ci-dessus, il s'agit là d'une conséquence de leur caractère impératif, c'est aussi une de leurs caractéristiques fondamentales. Il faut souligner qu'en droit international l'idée que certaines règles sont impératives et que l'on ne peut y déroger par des moyens normatifs ordinaires est exceptionnelle.²¹² La majorité des règles du droit international entrent dans la catégorie du *jus dispositivum* et peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations, voire être abrogées par des actes consensuels des États.²¹³ Toutefois, la doctrine a aussi reconnu, en tant qu'exception à la structure

²¹¹ Kolb (note 27), p. 2 (« Le terme clé de la formulation classique du *jus cogens* est donc "non-dérogabilité". En d'autres termes, le *jus cogens* est défini par une qualité particulière de la norme en cause, à savoir le fait juridique qu'aucune dérogation n'y est permise »).

²¹² Carnegie Endowment (note 31), p. 27 (« Les normes du droit international général ont essentiellement un caractère prescriptif »).

²¹³ Alfred Verdross, « *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law » (1966), 60 *American Journal of International Law* 55, p. 60 (« [i]l existait clairement un consensus à la Commission sur le fait que la majorité des normes du droit international n'avaient pas le caractère de *jus cogens* »). Tomuschat (note 50), p. 19 (« [l]a plupart des règles du droit international relèvent du *jus dispositivum* »). Merlin Magallona, « The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties » (1976), 51 *Philippine Law Journal* 521, p. 521 (« les règles du *jus dispositivum* [qui] peuvent faire l'objet de dérogations par des conventions particulières »). Voir également Alexidse (note 30), p. 245. Voir également Aldana Rohr, *La Responsabilidad Internacional Del Estado Por Violación Al Jus Cogens* (Buenos Aires, 2015), p. 5 (« por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva – jus dispositivum – las más numerosas, creada por acuerdo de

générale du droit international, un ensemble de normes auxquelles les États ne peuvent se soustraire par des conventions particulières.²¹⁴ Ces normes sont, pour reprendre les termes d'un commentateur, « assez puissantes pour neutraliser les règles contraires qui pourraient à défaut être consensuellement établies par les États ». ²¹⁵ En bref, les publicistes, quelles que soient leurs divergences doctrinales, s'accordent sur l'idée que la majorité des règles relèvent du *jus dispositivum* et « peuvent être écartées ou modifiées par la volonté dûment exprimée des États » mais qu'exceptionnellement certaines règles relèvent du *jus cogens* et ne sauraient être écartées ni modifiées.²¹⁶

65. La pratique judiciaire témoigne également du fait que si, en règle générale, les États sont libres d'apporter des modifications ou des dérogations aux règles du droit international et de les abroger, il peut exister des règles si fondamentales que les États ne peuvent les modifier ou y déroger par le consentement.²¹⁷ Déjà dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, tout en ne voulant pas se prononcer sur la question du *jus cogens*, la Cour internationale de Justice a appelé l'attention sur la distinction entre *jus cogens* et *jus dispositivum*.²¹⁸ Ainsi, le *jus cogens* a le pouvoir de limiter la liberté de contracter des États.²¹⁹

voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades » [« la plupart des règles [du droit international] ont un caractère prescriptif – *jus dispositivum* – créé par un accord de volontés, et elles peuvent aussi faire l'objet de dérogations par un accord de volontés »]).

²¹⁴ Voir, par exemple, Rohr (note 213), p. 5 (« *por otro lado, las normas de derecho perentorio o imperativo – jus cogens – pertenecientes a un sistema que podría entenderse como de cuasi-subordinación normativa, que limita, en cierta manera, la voluntad estatal derivada de su propia soberanía.* ») [« D'autre part, il existe des normes impératives – le *jus cogens* – appartenant à un système qui peut être compris comme normativement quasi subordonné, ce qui limite quelque peu la volonté souveraine des États et promeut un système de droit vertical. »]) Voir également Stefan Kadelbach, « *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules: The Identification of Fundamental Norms* » dans Tomuschat et Thouvenin (note 183), p. 29; Thirlway (note 173), (« toutes les règles internationales ne relèvent pas du *jus dispositivum*, c'est-à-dire [ne sont pas] des règles qui s'appliquent en l'absence d'accord d'effet contraire mais qui peuvent être écartées ... par un accord. »). Voir en outre Hannikainen (note 214), p. 1.

²¹⁵ Janis, « *The Nature of Jus Cogens* », (note 174), p. 359. Voir également Dubois (note 174), p. 135 (« Une norme de *jus cogens* ou norme impérative est une norme dont on pense qu'elle est si fondamentale qu'aucune dérogation n'y est autorisée, que ce soit par le comportement des États ou par un traité ... En raison de sa nature fondamentale, un principe qui relève du *jus cogens* neutralise les règles qui découlent des traités ... Ceci sépare les normes du *jus cogens* de celles du *jus dispositivum*, à savoir les normes qui peuvent être écartées ou modifiées par la volonté expresse des États. »). Voir également Alexidze (note 30), p. 246 (« ... la volonté de l'État en ce qui concerne l'ordre juridique international existant n'est pas illimitée. Bien que la majorité des règles du droit international ne lient les États qu'à la condition qu'ils aient expressément indiqué qu'ils les acceptent, le droit international contemporain comprend des règles dont la force juridique est absolue pour chaque membre de la communauté internationale des États. »).

²¹⁶ Sur ce point, voir Orakhelashvili (note 136), p. 8-9.

²¹⁷ Voir *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* (IT-95-16-T), 14 janvier 2000 (TPIY), par. 520 (« la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international et *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses (*sic*) et qu'on ne saurait y déroger. »). Voir également *RM & another v. Attorney General*, arrêt du 1^{er} décembre 2006 de la Haute Cour du Kenya, *Kenyan Law Reports*, p. 12. Voir également *Siderman v. Argentina* (note 195).

²¹⁸ Voir affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (note 128), par. 72 (« [s]ans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas

66. La distinction entre *jus dispositivum*, soumis à l'accord des États, et le *jus cogens*, auquel les États ne peuvent se soustraire par voie d'accord, a aussi été reconnue par les États eux-mêmes.²²⁰ Assurément, cette distinction était généralement admise par les États dans le cadre des processus ayant abouti à l'adoption de la Convention de Vienne et a été à la base de l'accord sur le texte de

particuliers ou entre certaines parties. »). Pour une reconnaissance plus explicite de la distinction entre *jus cogens* et *jus dispositivum*, voir l'opinion dissidente du juge Tanaka dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (note 130), p. 298 (« le *jus cogens*, (question récemment étudiée par la Commission du droit international), [est une] sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les États ») et opinion individuelle du juge Shahabuddeen dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 14 juin 1993, *CIJ Recueil 1993*, p. 38, par. 135 (« Les États ont le droit de déroger d'un commun accord aux règles de droit international autres que celles du *jus cogens* »). Voir également l'opinion individuelle de M. Torres, juge ad hoc, dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 14, par. 43 (« [l]es règles énoncées aux articles 7 à 12 du statut du fleuve Uruguay n'étant pas des normes impératives (*jus cogens*), rien n'empêche les Parties de décider d'un "commun accord" »).

²¹⁹ *Réserves à la convention sur le génocide, avis consultatif* (note 187), p. 24 (« [l]'objet et le but de [la Convention] assignent aussi des limites à la liberté d'apporter des réserves »). Voir également l'opinion individuelle du juge Schücking dans l'affaire *Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, CPJI, série A/B, No. 63, p. 149 (« [e]t je ne peux pas imaginer que la Société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer, dans ce domaine, un *jus cogens* avec cet effet que, quand les États ont convenu certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit. »); opinion dissidente du juge Fernandes dans l'affaire du *Droit de passage* (note 129), par. 29 (« [l]e droit général *cogens* l'emporte sur tout droit particulier. Et les principes généraux dont je ferai mention plus loin constituent de véritables règles de *ius cogens*, auxquelles il ne saurait être dérogé par une pratique particulière »); opinion individuelle du juge Sette-Cama dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (note 146), p. 199; opinion dissidente du juge Weeramantry dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt du 12 novembre 1991, *CIJ Recueil 1991*, p. 155 (« ... Un traité qui va à l'encontre d'une règle du *jus cogens*, bien que créé en pleine conformité avec toutes les prescriptions de régularité procédurale, peut néanmoins être nul pour un motif sans rapport avec ces formalités procédurales. ») Voir également l'opinion dissidente du juge de Castro dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Recueil 1974*, p. 389, où le statut de *jus cogens* d'une disposition conventionnelle est contesté en raison, notamment, du droit de retrait.

²²⁰ Voir, par exemple, la déclaration de M. Elaraby (Égypte), 3505^e séance du Conseil de sécurité, tenue le 28 février 1995 (S/PV.3505) (« [a]u plan juridique, il existe un consensus au sein de la communauté internationale sur l'existence de normes impératives de droit international, mieux connues sous le nom de *jus cogens*. Ces normes ne peuvent être violées ... En vertu de ces règles générales et contraignantes, aucune partie ne peut prétendre qu'un accord bilatéral, ou tout autre accord, lui permette de nier le droit de la communauté internationale de s'acquitter de sa responsabilité fondamentale »); déclaration de M. Mayoral, 5679^e séance du Conseil de sécurité, tenue le 22 mai 2007 (S/PV.5679) (« ... [i]l s'agit de normes du *jus cogens* du droit international dont on ne peut pas faire fi »). Voir en particulier, la déclaration de la Suède, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingtième session, comptes rendus analytiques de la Sixième Commission*, 844^e séance, par. 11.

l'article 53 de la Convention.²²¹ L'idée qu'il existait des règles auxquelles les États ne pouvaient déroger par voie conventionnelle n'a guère été contestée à la Conférence de Vienne.²²² Les travaux de la Commission elle-même, sur ce qui allait devenir l'article 53 de la Convention, postulaient qu'il était possible de faire une distinction, en droit international, entre *jus dispositivum* et *jus cogens*.²²³

67. Les normes du *jus cogens*, distinct du *jus dispositivum*, sont également généralement reconnues comme étant universellement applicables.²²⁴ Comme point de départ, la majorité des règles du droit international obligent, dans le cas des traités, les États qui en sont convenus ou, à tout le moins, dans le cas du droit international coutumier (*jus dispositivum*), les États qui n'y ont pas objecté de manière persistante.²²⁵ Le *jus cogens*, en tant qu'exception à cette règle fondamentale, présuppose l'existence de règles « liant tous les membres de la communauté internationale ». ²²⁶ En réalité, la caractéristique d'applicabilité

²²¹ Voir, par exemple, la déclaration de M. Jacovides (Chypre), *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars–24 mai 1968, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, A/CONF.39/11, cinquante-deuxième séance, par. 68 (« à côté du *jus dispositivum*, il y a un *jus cogens* »); déclaration de M. Yasseen (Iraq), *ibid.*, par. 23 et déclaration de M. Ogundero (Nigéria), *ibid.*, par. 48. Voir également la déclaration de M. Sinclair (Royaume-Uni), *ibid.*, cinquante-troisième séance, par. 53 (« dans une société internationale bien organisée, l'on a besoin de règles de droit international d'un ordre plus élevé que les règles purement dispositives auxquelles les États peuvent déroger par voie conventionnelle »).

²²² Voir déclaration de M. Suarez (Mexique), *ibid.*, cinquante-deuxième séance, par. 9 (« [l']apparition d'une nouvelle règle de *jus cogens* empêchera dans l'avenir la conclusion d'un traité qui l'enfreint »); déclaration de M. Evrigenis (Grèce), *ibid.*, par. 18 (« et qui marque les limites que la volonté contractuelle ne peut pas transgresser »); déclaration de M. Sweeney (États-Unis), *ibid.*, par. 16 (« la proposition fondamentale selon laquelle le *jus cogens* comprend des règles auxquelles aucune dérogation n'est permise ... »); déclaration de M. Alvarez Tabio (Cuba), *ibid.*, par. 34 (le *jus cogens* « a pour effet d'écarter l'application de toutes les autres règles qui entrent en conflit avec [lui] ... même lorsque la règle subordonnée est formulée dans un traité, car il n'est pas permis de conclure des conventions contraires à une norme impérative du droit international général »). Voir toutefois M. Miras (Turquie), *ibid.*, 53^e séance, par. 1, et la déclaration de M. Harry (Australie), *ibid.*, par. 13.

²²³ Voir, par exemple, Troisième rapport sur le droit des traités présenté par M. GG. Fitzmaurice, Rapporteur spécial (note 74), p. 40 par. 76 (« [l]es règles du droit international peuvent, aux fins de notre étude, se répartir en deux catégories : les règles qui sont obligatoires et impératives en toutes circonstances (*jus cogens*), et celles (*jus dispositivum*) qui constituent simplement une norme à appliquer en l'absence de régime conventionnel ou, pour être plus exact, celles dont on peut s'écarter ou que l'on peut modifier conventionnellement, à condition que la position et les droits des États tiers n'en soient pas affectés. »).

²²⁴ Voir, par exemple, William Conklin, « The Preemptory Norms of the International Community » (2012), 23 *European Journal of International Law* 837, p. 837. Voir également Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, 1976), p. 78. Voir également Giorgio Gaja, « *Jus Cogens* Beyond the Law of Treaties » (1981), 172 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 271, p. 283. Voir en outre Hannikainen (note 214), p. 5 (« Parce que l'objectif du *jus cogens* est de protéger certains intérêts et valeurs primordiaux de la communauté internationale des États, et que des obligations impératives sont dues à cette communauté, seule l'universalité des obligations impératives garantit la réalisation du *jus cogens* ») (les italiques sont dans l'original).

²²⁵ Voir, sur la règle de l'objecteur persistant, la conclusion 15 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 29).

²²⁶ Voir, par exemple, Danilenko (note 172), p. 211; Alexidze (note 30), p. 246; Dupuy et Kerbrat (note 170), p. 322 (« la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un minimum de règles impératives »); Rohr (note 213), p. 6; Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 361 (« les normes impératives doivent incarner des principes généraux et universels »); Dubois (note 174), p. 135 (« Un *jus cogens* ... est applicable à tous les États qu'ils y

universelle découle de la notion de non-dérogabilité : on voit mal en effet comment une règle à laquelle aucune dérogation n'est permise ne s'appliquerait qu'à certains États. De fait, comme la Commission l'a indiqué dans son commentaire de l'article 50 du projet d'articles de 1966, nombre de ceux qui ont contesté l'existence du *jus cogens* l'ont fait au motif que les règles du droit international n'étaient pas universellement applicables.²²⁷ Mais il découle de cette idée, à l'article 53 de la Convention de Vienne, que les normes du *jus cogens* sont des normes du droit international général – une caractéristique qui sera étudiée plus en détail dans le prochain rapport.

68. L'idée que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables a elle-même deux conséquences qui feront l'objet d'une étude plus détaillée dans les rapports suivants – ce qu'on en dit ici est donc provisoire. Premièrement, la doctrine de l'objecteur persistant, quel que soit son statut au regard des règles coutumières du droit international, n'est pas applicable au *jus cogens*.²²⁸ Cet aspect mérite toutefois d'être étudié plus avant et il le sera dans le rapport portant sur les conséquences du *jus cogens*. Une seconde implication, plus complexe, de l'applicabilité universelle est que les normes du *jus cogens* ne s'appliquent pas sur une base régionale ou bilatérale.²²⁹ Si certains auteurs considèrent qu'un *jus cogens* régional est possible,²³⁰ le fondement de cette opinion demeure quelque peu obscur.

consentent ou non ». Voir également Orakhleshvili (note 136), p. 40. Voir également Saul (note 179), p. 31 (« Les normes du *jus cogens* censées obliger tous les États »). Voir *Activités militaires et paramilitaires* (note 146), par. 190 (« [d]ans leur contre-mémoire sur la compétence et la recevabilité, les États-Unis quant à eux ont cru devoir citer les commentateurs pour qui ce principe constitue une "norme universelle", une règle de "droit international universel", un "principe de droit international universellement reconnu" et un "principe de *jus cogens*" »); Voir également *Réserves à la convention contre le génocide*, avis consultatif (note 187), p. 23, où la Cour internationale de Justice mentionne « le caractère universel ... de la condamnation du génocide »; opinion individuelle du juge Moreno Quintana dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention de 1902* (note 130), p. 106 (« [c]es principes ... ont un caractère impératif et une portée universelle »); opinion dissidente de M. Kreca, juge ad hoc, dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (note 188), par. 101 (« l'interdiction du génocide est une norme universelle qui lie tous les États où qu'ils se trouvent dans le monde »); opinion individuelle du juge Cançado Trindade dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (note 135), par. 102 (« le *jus cogens* [repose] sur les fondements mêmes d'un droit international réellement universel »). Voir Jelisić (note 187), par. 60, citant pour l'approuver la déclaration de la Cour internationale de Justice concernant l'application universelle de l'interdiction du génocide et la liant directement au caractère de *jus cogens* de cette interdiction. Voir *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, jugement du 3 février 1984 de la Cour d'appel des États-Unis pour le District de Columbia, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384 (il existe « certains actes odieux – dont chacun viole des normes définissables, universelles et contraignantes »).

²²⁷ Voir le paragraphe (1) du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités (note 99) (« certains juristes contestent l'existence, en droit international, de règles relevant du *jus cogens* puisque, estime-t-il, même les plus générales d'entre elles sont encore loin d'être universelles »).

²²⁸ Criddle et Fox-Decent (note 95), p. 340 et suivantes. Rohr (note 213), p. 19. Voir également Dino Kritsiotis, « On the Possibilities Of and For Persistent Objection » (2010), 21 *Duke Journal of Comparative and International Law* 121, p. 133 et suivantes. Voir *contra* Gennady Danilenko, « International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making » (1991), 2 *European Journal of International Law* 42, p. 54 et suivantes.

²²⁹ Orakhelashvili (note 136), p. 39 et suivantes.

²³⁰ Voir, par exemple, Władysław Czapliński, « *Jus Cogens* and the Law of Treaties » dans Tomuschat et Thouvenin (note 183), p. 93 et Kolb (note 27), p. 98. Voir Mathias Forteau,

S'il existe, ce *jus cogens* régional serait une exception au principe général de l'applicabilité universelle des normes du *jus cogens*. La question de savoir si le droit international admet l'existence d'un *jus cogens* régional sera examinée dans le rapport final, consacré à des questions diverses.

69. Les normes du *jus cogens* sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international, une caractéristique étroitement liée à leur non-dérogação.²³¹ L'idée que des règles peuvent en annuler d'autres et ne souffrent aucune dérogation implique une hiérarchie des normes.²³² L'idée que le *jus cogens*

« Regional International Law » dans Rudiger Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2006, édition électronique), par. 21, même s'il convient de dire que l'auteur adopte une conception assez restreinte du « droits international régional », y compris le *jus cogens* (« de nos jours le fait qu'une règle internationale est de nature régionale est dénué, en tant que tel, de conséquences juridiques autonomes. Le droit international régional se révèle n'être rien d'autre qu'un concept factuel et non juridique »).

²³¹ Voir *Furundžija* (note 154), par. 153 (une caractéristique de l'interdiction de la torture « tient à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international ... ce principe est devenu une norme impérative ou norme du *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang supérieur à celui du droit conventionnel et même à celui des règles de droit coutumier "ordinaires" »). Voir également l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire de l'*Application de la Convention contre le génocide* (note 153), par. 100 (« Dans le *jus cogens*, la norme impérative relève d'une catégorie qui l'emporte à la fois sur le droit international coutumier et sur le droit conventionnel »); opinion individuelle de M. Dugard, juge ad hoc, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (note 188), par. 10. Voir également l'opinion dissidente du juge Al Khasawneh dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *CIJ Recueil 2002*, p. 3, par. 7. Voir également la déclaration des Pays-Bas, A/C.6/68/SR.25, par. 101 (« Le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur dans le cadre de l'ordre juridique international, qu'il prenne la forme de droit écrit ou de droit coutumier »). Voir, *contra*, Kolb (note 27), p. 37, selon lequel il faut éviter de parler de hiérarchie et mettre l'accent sur la nullité, la notion de hiérarchie étant source de confusion et de malentendus.

²³² Voir la conclusion 6 des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, adoptées par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et présentées à l'Assemblée générale dans le rapport de la Commission sur les travaux de cette session (A/61/10, par. 251), *Annuaire ... 2006*, vol. II (deuxième partie), p. 182 (« [u]ne règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme "acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise" »). Voir également, par exemple, Danilenko (note 228), p. 42. Conklin (note 224), p. 838 (« la possibilité même d'une norme impérative donne de nouveau à penser qu'il existe en droit international une hiérarchie des normes avec au sommet les normes impératives, qui sont les "principes fondamentaux de la communauté internationale" »). Voir également Marjorie Whiteman, « *Jus Cogens in International Law, With a Projected List* » (1977), 7 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 609, p. 609; Janis, « The Nature of *Jus Cogens* » (note 174), p. 360. Voir en outre le Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (finalisé par Martti Koskenniemi), 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682); et Tomuschat, « Reconceptualising the Debate on *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*: Concluding Observations », dans Tomuschat et Thouvenin (note 183), p. 425 (« Toutefois, une chose est sûre : la communauté internationale admet aujourd'hui qu'il existe une catégorie de préceptes juridiques qui est hiérarchiquement supérieure aux règles "ordinaires" du droit international »). Voir en outre Dupuy et Kerbrat (note 170), p. 323.

peut annuler d'autres règles de droit est à la fois le résultat et la manifestation de sa supériorité normative.²³³

70. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a fait observer que la « question de savoir si une règle [faisait] partie du *jus cogens* [avait] trait à la nature juridique de cette règle ». ²³⁴ La nature juridique des normes du *jus cogens* est souvent liée à des valeurs touchant l'ordre public. Kolb lui-même, qui se méfie de l'approche du *jus cogens* fondée sur l'ordre public ou sur des valeurs, déclare qu'il s'agit de nos jours de « la théorie absolument dominante ». ²³⁵ Dit plus simplement, ces normes d'ordre public visent à protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale. ²³⁶ Comme on l'a expliqué précédemment, si l'ordre public est souvent présenté comme une théorie distincte en concurrence avec la théorie fondée sur le droit naturel et la théorie positiviste pour expliquer l'origine du caractère impératif, il semble plus apte à expliquer la qualité des normes. De fait, les normes d'ordre public peuvent être expliquées aussi bien selon la théorie positiviste que selon la théorie du droit naturel.

71. Les valeurs protégées par les normes du *jus cogens* – celles qui constituent « les valeurs fondamentales de la communauté juridique internationale » – sont celles dont on a dit qu'elles étaient « toutes d'essence civilisatrice ». ²³⁷ Elles concernent des considérations fondamentales d'humanité. ²³⁸ La description que donne la Cour internationale de Justice des valeurs sur lesquelles repose la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, bien qu'elle n'invoque pas expressément le *jus cogens*, décrit comme il y convient les valeurs caractérisant celui-ci. ²³⁹ Dans cette affaire, la Cour décrit comme suit les valeurs qui sont à la base de la Convention sur le génocide :

²³³ Antonio Cassese, « For an Enhanced Role of *Jus Cogens* », dans Antonio Cassese (dir. publ.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), p. 159.

²³⁴ Avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 146), par. 83.

²³⁵ Kolb (note 27), p. 32. Bien qu'ayant ses origines en droit interne, en particulier dans le droit civil, cette tradition est maintenant profondément ancrée dans le droit international. Voir Orakhelashvili (note 136), p. 11 et suivantes, Rivier (note 173), p. 567. Voir également, sur les liens entre la notion d'ordre public en droit civil et l'ordre public en droit international, l'opinion individuelle du juge Moreno Quintana dans l'affaire de l'*Application de la Convention de 1902*, p. 106.

²³⁶ *Furundžija* (note 154), par. 153, indiquant que l'interdiction de la torture fait partie du *jus cogens* « [e]n raison de l'importance des valeurs qu'elle protège ». Voir également l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 153), par. 143.

²³⁷ Kolb (note 201), p. 482.

²³⁸ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (2007) (note 146), par. 147 (« [i]l en est ainsi même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles ») et affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (2015) (note 146), par. 85. Voir également l'opinion dissidente jointe par le juge Koroma à l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 136) par. 573 (le *jus cogens* a des « fondements humanitaires » et repose sur « les valeurs des États membres »); voir en outre l'opinion dissidente du juge Al Khasawneh dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (note 231), par. 7. Voir également *Siderman v. Argentina* (note 195), p. 715.

²³⁹ Avis consultatif concernant les *Réserves à la Convention sur le génocide* (note 187), p. 23 et suivantes. Voir aussi Patrizia Bisazza, « Les crimes à la frontière du *jus cogens* », dans Laurent Moreillon, Andre Kuhn, Aude Bichovsky, Aline Willi-Jayet, Baptiste Viredaz (dir. publ.)

La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur ... [pour] sauvegarder l'existence même de certains groupes humains et ... confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires.

72. S'il s'agit là de caractéristiques essentielles du *jus cogens*, par opposition aux conditions requises pour qu'une norme acquiert le statut de *jus cogens*, elles ne nous disent pas comment les normes du *jus cogens* peuvent être identifiées en droit international contemporain. De plus, si certaines de ces caractéristiques reflètent également les conséquences du *jus cogens*, celles-ci feront l'objet d'un rapport futur, plus détaillé. L'interaction fluide entre les divers éléments du sujet – la nature, les conditions, les conséquences – a déjà été évoquée au début du présent rapport et les liens décrits dans la présente section traduisent cette interaction.

VI. Forme du résultat des travaux de la Commission sur le sujet

73. Le Rapporteur spécial estime que des projets de conclusion sont la forme la plus appropriée pour le résultat des travaux de la Commission sur le sujet. Le plan d'étude, sur la base duquel la Commission a décidé d'étudier le sujet, indiquait que des projets de conclusion constitueraient la forme la plus appropriée. De plus, un projet d'articles ne serait pas approprié du fait que, comme les travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier et sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, les travaux sur le sujet visent essentiellement à clarifier l'état du droit sur la base de la pratique actuelle. Le projet de conclusions reflétera le droit et la pratique contemporains en matière de *jus cogens* en évitant les débats théoriques qui souvent accompagnent les discussions sur le *jus cogens*.

VII. Conclusions

74. À la lumière de l'analyse qui précède, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion ci-après à l'examen de la Commission.

Projet de conclusion 1

Portée

Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées, et les conséquences juridiques découlant de ces règles.

Droit pénal humanitaire (Bruxelles, 2006), p. 78, qui évoque « une conscience commune de l'humanité » et Laurence Boisson de Charzoune, « Commentaire », dans Karel Wellens et Rosario Huesa Vinaixa (dir. publ.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international : travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 mai 2005* (Bruxelles, 2006), p. 77, invoquant une « conscience universelle ». Voir également Stefanie Schmahl, « An Example of *Jus Cogens*: The Status of Prisoners of War », dans Tomuschat et Thouvenin (note 183), p. 49.

Projet de conclusion 2**Modification et abrogation des règles du droit international et dérogation à ces règles**

1. Les règles du droit international peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États auxquels elles sont applicables à moins qu'elles n'interdisent une telle modification, dérogation ou abrogation (*jus dispositivum*). La modification, dérogation ou abrogation peut résulter d'un traité, du droit international coutumier ou d'un autre accord.
2. Les normes impératives du droit international général, qui ne peuvent être modifiées ni abrogées et auxquelles on ne peut déroger que par des règles de même caractère, constituent une exception à la règle énoncée au paragraphe 1.

Projet de conclusion 3**Nature générale des normes du *jus cogens***

1. Les normes impératives du droit international (*jus cogens*) sont les normes du droit international général acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble comme des normes qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées et auxquelles aucune dérogation n'est permise.
2. Les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables.

VIII. Travaux futurs

75. Ce sont les membres de la Commission lors du prochain quinquennat qui décideront des travaux futurs sur le sujet. Le Rapporteur spécial propose toutefois que le prochain rapport soit consacré aux règles relatives à l'identification des normes du *jus cogens*. Ce rapport portera également sur la question des sources du *jus cogens*, c'est-à-dire celle de savoir si le *jus cogens* découle du droit conventionnel, du droit international coutumier, des principes généraux du droit ou d'autres sources. Consacré à la question des sources, mais portant aussi, plus généralement, sur l'identification du *jus cogens*, le deuxième rapport examinera également la relation entre le *jus cogens* et les clauses interdisant les dérogations figurant dans les traités relatifs aux droits de l'homme.

76. Le troisième rapport, qui sera présenté en 2018, pourrait porter sur les conséquences du *jus cogens*. Le quatrième rapport pourrait examiner diverses questions soulevées lors des débats de la Commission et dans les observations des États. Il sera aussi l'occasion d'évaluer les projets de conclusion déjà adoptés en vue d'en améliorer la cohérence générale.

77. Comme on l'a déjà dit, l'approche suivie pour l'étude du sujet devra nécessairement être souple et la feuille de route qui est proposée n'est pas gravée dans le marbre. Elle pourra être modifiée en fonction de la direction que la Commission donnera à ses travaux.