

Sur les “Bons” et les “Mauvais” Emplois du *jus cogens*

JOE VERHOEVEN* **

Resumo

A noção de *jus cogens*, enquanto conjunto de normas imperativas de direito internacional geral às quais nenhuma derrogação é permitida, surgiu com texto da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, no intuito de gravar de nulidade qualquer tratado que fosse contrário à esse tipo de norma. Ocorre que, nos últimos anos, a referência ao *jus cogens* começou a ser empregada singularmente, deixando de se restringir apenas à análise dos limites impostos à liberdade contratual. O presente artigo trata, assim, das controvérsias que envolvem a aplicação destas normas, vez que diversas das referências feitas ao instituto pela doutrina e na prática contemporânea são pouco convincentes. O estudo em questão depara-se com a utilização indevida do *jus cogens* quando a arguição da ordem pública é utilizada, equivocadamente, para justificar uma solução que, nela, não encontre suas bases.

Abstract

The idea of *jus cogens* as a set of imperative norms of general international law to which no derogation is permitted has come about with the Vienna Convention on the Law of Treaties in 1969, with the purpose of sealing nullity to any treaty that would be opposed to this type of norm. Nevertheless, in the last years, references to the *jus cogens* started to be used singularly, and it is not anymore restricted only to the analysis of the limits fixed upon contractual freedom. Therefore, this article deals with the controversies involved in the application of these norms, since a number of references are made on this institute by the academy and, in the contemporanean practice, they are weakly convincing. This study faces the unappropriate use of the *jus cogens* when the public order questioning is utilized wrongly to justify a solution that does not find its basis over it.



La notion de *jus cogens* est apparue pour la première fois dans la pratique internationale lors des travaux de la Commission du droit international consacrés à

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

** La présente étude rapporte l'essentiel d'un cours dispensé à Belo Horizonte dans le cadre du III Winter Course on International Law. Elle respecte tout à la fois l'esprit, le contenu et les limites d'un enseignement qui a laissé à son titulaire d'excellents souvenirs.

la codification et au développement du régime juridique des accords internationaux, qui ont abouti à la signature, le 23 mai 1969, de la convention de Vienne sur le droit des traités (entre États). L'article 53 de celle-ci frappe expressément de nullité le traité «qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général». La même disposition se retrouve dans la convention du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Il est peu de notions qui aient suscité depuis lors autant de commentaires, en sens divers¹. Un enthousiasme débordant y côtoie les ricanements sarcastiques. Ils ne s'expliquent pas par les controverses entourant les multiples applications dont ce *jus cogens* aurait été l'objet. A ce jour en effet aucun traité n'a été annulé ou déclaré nul pour violation de cet ordre public interétatique. Ce n'est dès lors pas la pratique internationale qui alimente les débats récurrents entourant le *jus cogens*. Les références qui y sont explicitement faites sont rares. On dit d'ailleurs que certaines «autorités», nationales ou internationales, se refusent catégoriquement à en faire mention. Il faut simplement constater qu'à ce jour aucune d'entre elles n'a été saisie, directement ou indirectement, d'une demande de nullité fondée sur l'article 53 de la convention de Vienne, ce qui suffit *a priori* pour expliquer qu'elle n'ait pas à s'y référer explicitement. Mais il est vrai aussi que le *jus cogens* a parfois été invoqué, singulièrement ces dix dernières années, à des fins très étrangères à l'annulation des conventions internationales. Il n'y a pas à s'en étonner fondamentalement. L'«ordre public» - qui est l'équivalent du *jus cogens* dans les droits internes (nationaux) - n'a pas pour seule utilité de restreindre la liberté contractuelle. Il y a là une notion dont les potentialités sont plus larges. Encore faut-il faire la part de ce qui est réellement pertinent dans les recours qui y sont faits.

C'est à ces bons et mauvais «usages» que sont consacrées les lignes qui suivent. Tous peuvent ne pas avoir du «bon» et du «mauvais» des idées identiques, en fonction du rôle qu'ils assignent à l'«ordre public» dans un ordre juridique. Mais il reste que l'on ne peut pas faire avec le *jus cogens* n'importe quoi... comme d'aucuns semblent y être parfois enclins dans la pratique internationale, à la faveur sans doute des imprécisions qui ne cessent d'entourer les traits fondamentaux de l'ordre juridique qui est appelé à la discipliner. La présente étude a pour seul objectif de tenter de préciser synthétiquement la portée utile de ce *jus cogens* dans le droit international contemporain. On conçoit qu'il faille à cette fin quelque peu revenir sur ses caractéristiques générales, telles qu'elles résultent de l'article 53 de la convention de Vienne qui est le premier - et à ce jour le seul - texte qui les a précisées. Il est inutile toutefois - ou du moins est-ce un autre exercice - d'entrer ce faisant dans les multiples commentaires d'ordre philosophique, politique ou littéraire que la notion a suscité depuis près d'un demi-siècle. Les

¹ Parmi une très abondante littérature, voy. not. E. Suy et al., *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, Conférence de Lagossis, Dotation Carnegie, 1967, 143 pp.; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, 781 pp.

considérations qui suivent sont dès lors essentiellement «techniques»... en dépit du romantisme dont le *jus cogens* est souvent (généralement?) entouré dans la pratique internationale.

I. Quelques généralités... utiles

C'est à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qu'on doit, on l'a dit, la première affirmation d'un ordre public propre aux relations entre États (internationales). Ce n'est pas que son existence n'ait jamais été évoquée auparavant. Ce serait d'autant plus surprenant que le concept est très banal dans les ordres internes. Il est vrai seulement que les États ont été jusqu'à ces dernières années plus soucieux de leur souveraineté personnelle que de l'intérêt commun qui prétendrait les réunir, ce qui fait aisément comprendre qu'ils n'aient guère été enclins à limiter leur liberté de contracter les uns avec les autres.

Cela dit, l'idée d'une illicéité de l'objet d'une convention, qui en met en cause sa validité, est apparue dès les premiers travaux de la CDI appelée à codifier le droit des traités. Les termes «*jus cogens*» ne sont pas utilisés avant le rapport de Sir Gerald Fitzmaurice, en 1958, mais son prédécesseur, Sir Hersch Lauterpacht, avait déjà évoqué quelques années plus tôt «[d]es principes supérieurs du droit international que l'on peut considérer comme étant les principes de l'ordre international public». Et c'est dans le deuxième rapport de Sir Humphrey Waldock que la définition du *jus cogens* comme une «norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise» est pour la première fois fournie. Cette définition subsistera, même si certaines adjonctions lui seront apportées à l'occasion des commentaires formulés lors des débats au sein de la 6^{ème} Commission de l'Assemblée générale des nations Unies et surtout des discussions intervenues durant les deux sessions de la conférence intergouvernementale réunie à Vienne aux printemps 1968 et 1969. C'est à un amendement conjointement présenté par l'Espagne, la Finlande et la Grèce que l'on doit en particulier la référence à la «communauté internationale» dans la définition de cet ordre public propre au droit international².

i) Éléments constitutifs

Selon l'article 53 de la convention de Vienne, la règle de *jus cogens* est une «norme impérative du droit international général» et celle-ci est définie comme «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». Autrement dit, est une norme à laquelle on peut pas déroger celle dont la communauté internationale a «reconnu» qu'on ne pouvait pas y déroger. On a dit que la définition est circulaire. Ce n'est aucunement le cas. L'article 53 précise

² Sur l'histoire de l'article 53, voy. not. A. Gomez Robledo, «*Le jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, t. 172 (1981-III), pp. 37-69.

simplement, mais très utilement, qu'il n'y a aucune règle qui soit nécessairement de jus cogens ; elle ne l'est jamais que si la communauté internationale, c'est-à-dire en tous les cas l'ensemble des États, en a ainsi décidé. Cela paraîtra peut-être élémentaire. Il n'était pas inutile, beaucoup s'en faut, de le préciser. D'aucuns ont laissé croire qu'il y avait là quelque résurgence du droit naturel. Ce n'est aucunement le cas. Sans doute est-il souhaitable que les exigences de la «raison» qui inspire celui-ci soient respectées; elles ne sauraient toutefois constituer des règles d'ordre public si la communauté internationale ne l'a pas voulu ou, du moins, admis, ce qui n'est pas autre chose que du droit positif au meilleur sens du terme. Il serait dès lors malvenu de trouver dans l'article 53 quelque résurgence anachronique du jusnaturalisme, même si celui-ci n'est pas sans séduction.

On notera que, selon cette définition, la règle de *jus cogens* est nécessairement de droit «général», c'est-à-dire qu'elle est pour l'essentiel dans l'état actuel du droit une règle de nature coutumière, voire un principe général de droit. Il s'ensuit qu'elle ne saurait être «impérative» au sens précité si elle demeure purement conventionnelle. Cela va de soi. Comment un accord pourrait-il en invalider un autre? Il suffit qu'il puisse en rendre le cas échéant la conclusion ou l'exécution illicite, ce qui est autre chose. Il est certes possible que des règles de *jus cogens* soient exprimées dans des traités déclaratifs de droit coutumier, mais c'est au seul titre du droit international général dont elle est l'expression que la règle contenue dans le traité est d'ordre public.

La «communauté internationale» visée par l'amendement de l'Espagne, de la Finlande et de la Grèce est devenue la «communauté internationale des États dans son ensemble». L'ajout est largement dû à une initiative du comité de rédaction, qui, selon les termes de son président, «a entendu souligner qu'il ne s'agissait pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États. Il suffit d'une très large majorité»³. On comprend ce souci d'écarter explicitement une exigence d'unanimité, qui eût risqué d'entraver considérablement le développement du *jus cogens*. Il est peut-être plus regrettable qu'il soit fait référence exclusivement à une communauté d'États, même dans l'article 53 de la convention de Vienne de 1986 qui est relative aux traités conclus par ou avec des organisations internationales. On conçoit certes qu'une certaine primauté soit reconnue aux États dans la détermination ce qui est essentiel pour la bonne organisation des rapports humains, du moins dans l'état actuel de la chose internationale. Et l'on comprend aisément en particulier que les organisations, qui doivent leur création au seul fait qu'elles ont paru «utiles» à tout ou partie d'entre eux, ne puissent rivaliser avec les sujets originaires du droit international sur ce terrain. Fallait-il toutefois le souligner expressément? N'eût-il pas suffi de renvoyer sans plus à la «communauté internationale dans son ensemble»? Il faut croire que non. On ne peut s'empêcher de constater toutefois que, dans les articles relatifs à la

³ Voy. not. la citation de K. Yasseen donnée par E. Suy, in O. Corten et P. Klein, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités*, vol. II, Bruxelles, 2006, p. 1911.

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite finalement adoptés par la Commission du droit international (2001), c'est à cette communauté dans son ensemble qu'il est fait référence, sans autre ajout⁴. Il va de soi que la présence ou l'absence d'un mot - fût-il «l'État» - ne peut à elle seule bouleverser l'économie d'une disposition. On ne peut s'empêcher de croire toutefois que, trente ans après l'adoption de la convention de Vienne sur le droit des traités, la conception de la communauté internationale est sensiblement plus ouverte, à raison même de la diminution du poids de l'État dans les rapports internationaux. Si le constat est fondé, on voit mal qu'il demeure sans effet sur la compréhension de la définition du *jus cogens* qui a été arrêtée à l'occasion de la détermination des causes de nullité des accords internationaux

ii) Identification

Si le principe de l'«ordre public» ne pose pas en soi de problèmes dans l'ordre juridique international, c'est une autre question que s'entendre sur celles des règles du droit international qui présentent un tel caractère. Certains exemples sont bien connus: l'interdiction du recours à la force, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, les droits de l'homme sous la réserve des dérogations que peuvent connaître certains d'entre eux, etc. C'est peu de choses. On le comprend sans trop de peine, dès lors que rien de très fondamental - en dehors d'exigences élémentaires de sécurité - ne réunit les membres d'une communauté internationale dont la solidarité n'est pas la vertu première, et dont les intérêts, les attentes, les racines culturelles ou idéologiques, etc. demeurent souvent passablement, sinon profondément, divergents.

Cela dit, ces exigences d'ordre public ne peuvent qu'être appelées à se développer dans un «milieu» des membres duquel, la mondialisation aidant, l'interdépendance - dont l'évidence se constate chaque jour davantage - est appelée à croître. Celle-ci ne peut que rendre plus impérieuse la nécessité de s'entendre tout à la fois sur ce qui est objectivement indispensable à une organisation efficace de la communauté des États et sur ce que doivent être les «bonnes mœurs» de ses membres. Il est possible que le droit international traditionnel en sorte passablement défiguré. Nul ne devrait sérieusement s'en plaindre, sauf à idolâtrer des modèles de «coexistence» entre les nations historiquement dépassés. On connaît le poids habituel du juge dans l'affirmation et dans la défense de l'ordre public. Il est clair que son effectivité demeure réduite dans les rapports internationaux, même si sa présence se renforce progressivement. Dans une certaine mesure - comme en témoigne d'ailleurs l'article 66 de la convention de Vienne sur le droit des traités -, le destin du juge et celui du *jus cogens* sont liés. On ne peut que s'en réjouir, en dépit du succès à ce jour limité de l'un comme de l'autre.

⁴ Voy. les articles 42 et 48. Aucun ajout ne figurait non plus dans la définition du «crime» qui fut adoptée à la suite du rapport Ago (voy. l'article 19), avant d'être abandonnée par J. Crawford (voy. *infra*, II, c).

iii) Un droit «général».

La norme de *jus cogens* est nécessairement, on l'a dit, une règle du droit international général et une règle de droit «positif», qui a été voulue par la communauté internationale (des États) dans son ensemble. L'article 53 de la convention de Vienne est très clair sur ce point.

La norme de *jus cogens* est nécessairement, on l'a dit, une règle coutumière dans l'état actuel du droit international. On ne peut en soi catégoriquement exclure que la règle générale exprimée par un principe général de droit puisse également revêtir un caractère d'ordre public. Ce serait un peu étonnant toutefois si ce principe était construit sur la base d'une convergence du droit interne des nations dites civilisées, au sens de l'article 38 du statut de la CIJ. Comment établir ce qui est fondamental pour la communauté interétatique sur la seule base de ce qui est commun à des sociétés nationales, ... en dehors d'évidences qui relèvent plus d'une certaine idée du droit que d'un choix de société? On comprendrait bien mieux qu'un caractère d'ordre public soit affirmé sur la base de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il est difficile assurément qu'il en aille ainsi à propos de «règles» qu'elle prétendrait elle-même formuler, dès lors que l'Assemblée n'a pas le pouvoir d'obliger les États membres hors ce qui relève strictement du fonctionnement interne de l'ONU. Mais cela n'empêche pas qu'elle ait plus que d'autres qualité pour préciser quelles sont, parmi les règles du droit international, celles auxquelles aucune dérogation ne doit pouvoir être conventionnellement apportée.

On notera que, selon l'article 53, la règle de *jus cogens* est une «norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère». Autrement dit, une règle d'ordre public ne peut être modifiée que par une règle d'ordre public. La symétrie est peut-être séduisante, mais elle ne se comprend pas vraiment. Il faut assurément une règle générale pour modifier une règle générale d'ordre public, sauf à considérer que l'on peut déroger à celle-ci par une convention, ... ce qui est la négation même du *jus cogens*. Mais pourquoi faudrait-il que, pour modifier une règle de *jus cogens*, une autre règle de *jus cogens* soit nécessaire, ce qui signifierait qu'un commandement impératif ne pourrait plus jamais (re) devenir supplétif. Ce qui n'a pas de sens ..., les exigences «communautaires» qui ont, à un moment donné, expliqué qu'une règle soit devenue de *jus cogens* pouvant parfaitement expliquer aussi qu'elle cesse ultérieurement de l'être. Ce qui est d'ailleurs tout à fait banal dans les ordres internes. On ne voit pas très bien ce qui a paru justifier, dans l'esprit des membres de la CDI, qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une autre règle de *jus cogens*. C'est apparemment au comité de rédaction que l'on doit l'ajout des mots: «ayant le même caractère», la proposition initiale visant simplement «une nouvelle norme de droit international général». Pour quel motif? On n'en sait trop rien, ... ce qui ne change rien au fait que l'ajout paraisse mal venu.

Cela dit, il faut répéter que la règle contenue dans un traité, si large qu'en soit la ratification, ne peut jamais en tant que telle constituer une disposition d'ordre public. Il ne peut certes pas être exclu qu'un traité soit sur ce point déclaratif d'une règle générale d'ordre public, ou qu'il le devienne particulièrement lorsqu'il est multilatéral. Cela n'empêche que, comme accord, il ne peut jamais exprimer autre chose que l'intérêt particulier de ceux qui en sont convenus, ce qui prive par hypothèse de tout caractère «impératif» au sens de l'article 53 précité la règle qu'il contient.

iv) Des concepts voisins

Il n'y a pas que le *jus cogens* pour refléter les exigences de l'intérêt général. D'autres concepts ou mécanismes y renvoient. Il n'y a pas lieu de s'y attarder. L'un d'entre eux, à savoir l'obligation *erga omnes*, mérite néanmoins une mention particulière, à savoir l'obligation *erga omnes* dont le lien avec le *jus cogens* est souvent souligné.

*C'est dans l'affaire de la Barcelona Traction que la CIJ a évoqué pour la première fois l'existence d'obligations des États «envers la communauté internationale»⁵, sans préciser explicitement: «dans son ensemble» mais sans le contester implicitement. L'existence de telles obligations n'est plus mise en doute aujourd'hui, même si la portée utile de leur catégorisation comme «*erga omnes*» ne fait pas à tous égards l'unanimité. Globalement, leur particularité tient au fait qu'elles confèrent à tout État le droit de prendre des contre-mesures contre l'État responsable de leur violation lorsqu'elles sont méconnues - ce qui est admis explicitement dans les articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États⁶ -, ainsi que celui d'agir devant un juge s'il y a lieu faire constater cette violation et d'en demander réparation - ce qui n'y est pas expressément précisé, mais semble largement accepté aujourd'hui⁷.*

Entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* des liens évidents existent, dans la mesure même où, dans les deux cas, c'est l'intérêt général qui est en cause. Cela paraît d'autant plus évident que les exemples cités pour illustrer l'un sont très souvent identiques à ceux qui le sont pour illustrer l'autre. Il ne s'ensuit pas toutefois que tout ce qui est *erga omnes* soit aussi et nécessairement de *jus cogens*, et vice-versa. Il peut en effet exister un intérêt général à ce que soit protégé un intérêt purement privé, ce qui ne paraît pas donner à qui que ce soit d'autre que son titulaire qualité pour en demander le respect lorsqu'il est violé. Le délai de préavis dans la matière du contrat de travail est ainsi généralement considéré comme d'ordre public, ce qui invalide les conventions conclues avant le licenciement qui prétendaient y déroger. Mais on voit mal que ce soit quelqu'un d'autre que le travailleur licencié qui puisse s'en prévaloir ... Cela dit, il est vrai que des situations comparables se rencontrent rarement dans le droit international (général), encore fort «élémentaire» à maints égards. Ce qui peut expliquer une assimilation parfois un peu hâtive ... Quoi qu'il en soit, c'est du *jus cogens* seul qu'il sera question ci-dessous.

5 2^{ème} phase, 5 février 1970, *Rec.*, p. 32, § 33.

6 Voy. les articles 42 et 48.

7 Voy. la résolution sur «des obligations *erga omnes* en droit international », adoptée par l'Institut de droit international lors de sa 72^{ème} session à Cracovie (2005), sur le rapport de G. Gaja (*Ann. IDI*, vol. 71-II, p. 286).

2. Les «bons» emplois

Les utilisations qui sont faites de l'ordre public dans les droits internes sont (relativement) nombreuses. Il n'y a guère de sens juridiquement à les réputer «bonnes» ou «mauvaises»; il suffit qu'elles soient ou non prévues par le droit. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment dans le droit international. S'il est question ci-dessus d'un «bon» emploi, ce n'est dès lors pas par référence à quelque critère politique ou moral que ce soit; c'est exclusivement par référence à la pertinence «technique» du recours qui est fait au *jus cogens* pour justifier la réponse apportée à une question particulière. On peut ne pas partager cette approche technique, et ne pas avoir de l'«utilité» du *jus cogens* la même conception. C'est sur ce seul terrain que se situent toutefois les commentaires qui suivent.

Dans les droits internes, à tout le moins «civils», l'utilité de l'«ordre public» se manifeste sur cinq terrains principalement: contractuel, judiciaire, pénal, administratif et international privé. Il ne s'ensuit pas qu'il doive nécessairement en aller de même dans le droit international. Cela va de soi. La référence est toutefois assez naturelle lorsque l'on s'interroge sur son utilité au sein de celui-ci.

a) Le *jus cogens* contractuel

Il ressort clairement de l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités qu'«est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général». L'«utilité» de ce *jus cogens* se manifeste puisque sa violation entache de nullité l'accord qui le méconnaît⁸. La solution est identique à celle que connaissent les droits internes. Le régime de cette nullité est précisé dans la convention de Vienne. Il s'en faut de beaucoup que toutes les questions qu'il suscite soient clairement réglées. L'une ou l'autre doivent être soulignées:

- la convention de Vienne ne précise pas qui peut demander la nullité. L'article 53 comme l'article 65 sont muets sur ce point. Nul ne contestera sans doute que chacune des parties à l'accord soit en droit de le faire, puisque sa nullité résulte de l'objet du traité - c'est-à-dire de ce qu'elles ont voulu (faire) ensemble - et non point d'un vice qui serait propre à l'un des contractants. Faut-il permettre à des tiers de la solliciter également? On pourrait le comprendre, sauf à faire dépendre la nullité du bon plaisir de chacun de ceux qui, après avoir eu un intérêt à se mettre d'accord, éprouveraient soudain quelque intérêt à se délier de leurs engagements. Mais rien, dans le droit positif, ne suggère que les États, sauf circonstances (très) spéciales, soient en droit de demander la nullité d'une convention à laquelle ils ne sont pas parties... Sauf à avoir recours aux

⁸ D'aucuns persistent à ne reconnaître à l'article 53 — c'est-à-dire au *jus cogens* — qu'un caractère purement conventionnel. C'est ce qui expliquerait que certains États se refusent à devenir parties à la convention de Vienne, pour ne pas être liés par cette disposition. S'il en va bien ainsi, on voit mal que l'article soit depuis lors devenu coutumier, aucune nullité n'ayant à ce jour été obtenue, ou même (sérieusement) revendiquée, sur cette base. Cela dit, le *jus cogens* paraît bien avoir valeur de principe axiomatique, tant il est vrai qu'il serait contraire à l'idée même d'un ordre juridique que l'on puisse librement déroger par des accords particuliers à celles de ses règles générales qui entendent satisfaire les exigences fondamentales de la société (communauté) des membres de laquelle cet ordre juridique entend discipliner les relations.

- obligations *erga omnes*? Il serait certes plus simple - et plus sage - de confier l'exercice de cette manière d'action publique à une autorité (internationale) distincte des États. Mais on voit mal, dans l'immédiat, à qui - même au sein des Nations Unies - elle pourrait être confiée;
- en règle générale, l'obtention de la nullité n'est soumise à aucune procédure particulière. Le demandeur a pour seule obligation de notifier sa prétention et les raisons qui la sous-tendent aux autres parties intéressées, ceux-ci étant présumés y acquiescer si elles ne forment pas d'objection⁹. La précision n'est pas sans intérêt, compte tenu notamment des délais prévus. Il n'empêche qu'en cas de contestation sur le *jus cogens*, le recours à la CIJ s'impose si les parties ne s'entendent pas. C'est assurément bien plus remarquable. On aurait tort toutefois d'y découvrir un cas de juridiction obligatoire, ce qui serait bien plus révolutionnaire. La Cour (ou quelque autre juge) n'est en effet compétente qu'à l'égard des États parties à la convention de Vienne, dont la ratification emporte accord à se soumettre à sa juridiction pour ce qui concerne le *jus cogens* s'ils ne forment pas de réserves sur ce point;
 - la nullité ne peut pas être couverte lorsqu'elle résulte de la violation du *jus cogens*. Cela va de soi. On ne comprendrait pas qu'il suffise de «confirmer» l'objet illicite d'un accord ... pour que celui-ci cesse de l'être. Si ce n'était pas le cas, la nullité serait d'évidence illusoire. Ce qui n'empêche que ce qui était contraire au *jus cogens* puisse un jour avoir cessé de l'être, et permettre en conséquence que l'on y déroge en toute «impunité»;
 - il est propre à la nullité pour contrainte et pour violation du *jus cogens* d'exclure toute divisibilité du traité, ce qui interdit de sauvegarder celles des dispositions de celui-ci qui ne sont pas en soi «illicites». L'article 44 est parfaitement clair sur ce point. La solution est-elle «logique»? On peut en douter. Ce ne serait le cas que si la violation du *jus cogens* contaminait en quelque sorte nécessairement toutes les dispositions du traité. Il est possible qu'il en aille parfois, sinon souvent, ainsi; on ne voit toutefois pas pourquoi il devrait inévitablement en aller ainsi. Seule une volonté «politique» explique dès lors une solution qui ne répond à aucune nécessité intrinsèque; on ne peut toutefois que s'en réjouir dès lors que sont en cause les intérêts fondamentaux de la communauté internationale;
 - par contraste avec l'article 44, l'article 69 de la convention de Vienne, qui traite des «conséquences» de la nullité, n'accorde aucune portée particulière au *jus cogens*. Les conséquences de sa violation sont substantiellement identiques à celles qui sont applicables dans les autres cas de nullité. On peut en être quelque peu étonné. Il est vrai qu'il n'y aurait pas lieu de faire un sort particulier au *jus cogens* si la règle de rétroactivité inhérente à la nullité - laquelle opère *ex tunc*, et non point *ex nunc* comme la terminaison - avait été rigoureusement appliquée par la convention de Vienne. Il n'en est rien. L'article 69 se contente en effet de préciser que «si des actes ont néanmoins été accomplis sur la base

9 Voy. l'article 63 de la convention de Vienne (1969).

du traité nul», toute partie est en droit de «demander» le rétablissement «pour autant que possible [...] de la situation qui aurait existé» s'ils n'avaient pas été accomplis, étant entendu par ailleurs que s'ils l'ont été «de bonne foi» ils ne sont pas «rendus illicites du seul fait de la nullité du traité»¹⁰. Ce qui n'est pas grand-chose, puisqu'il n'est permis que de «demander» «pour autant que [cela soit] possible»... A tout le moins lorsque le *jus cogens* est en cause, c'est-à-dire lorsque les intérêts fondamentaux de la communauté internationale sont violés, on se serait pourtant attendu à ce que le droit fût celui d'obtenir le rétablissement du *statu quo ante* et pas seulement de le demander, quitte à se contenter d'une indemnisation (financière) s'il se révèle impossible. Force est de constater qu'il n'en est rien, sans qu'on aperçoive clairement - tout réalisme mis à part - la justification de cette «clémence» particulière;

- la primauté du *jus cogens* sur le droit conventionnel a nécessairement pour conséquence que les parties à un traité ne peuvent valablement autoriser un tiers, fût-il l'être juridique (l'organisation internationale par exemple) qu'elles ont mis en place, à n'en pas respecter les prescrits. Cela se comprend sans peine, sauf à devoir admettre que l'on peut impunément méconnaître indirectement ce que l'on ne peut violer directement. Ce qui est vrai pour l'accord des États, l'est aussi partant pour le droit dérivé - unilatéral ou conventionnel - des organisations internationales.

Cette règle ne connaît normalement aucune exception. Elle a toutefois été, plus ou moins clairement, contestée à propos du Conseil de sécurité. D'aucuns semblent en effet considérer que les impératifs du maintien et/ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales doivent lui permettre, lorsqu'il agit dans l'application du chapitre VII de la Charte, d'imposer le cas échéant des obligations qui ne sont pas conformes à l'ordre public interétatique. Ce qui n'est pas, comme en atteste par exemple une jurisprudence récente de l'Union européenne¹¹, une hypothèse purement théorique. Il est vrai qu'une organisation ne peut pas plus que des États violer le *jus cogens*, et cela quels que soient ses pouvoirs et ses objectifs. Point n'est besoin d'insister sur ce point. Mais on peut parfaitement admettre que la communauté internationale, dont sont en cause les intérêts fondamentaux, puisse le cas échéant décider elle-même d'y déroger dans des circonstances exceptionnelles. C'est elle-seule qui est maîtresse en dernière analyse des équilibres à trouver. Mais la question est alors de savoir qui peut légitimement la représenter. Les Nations Unies sont, on l'a dit, celles qui peuvent faire valoir les meilleurs titres pour y prétendre. Sont-ils suffisants? On peut en discuter. Mais on voit mal s'ils sont admis que le pouvoir d'en décider, lorsque les besoins du maintien de la paix et de la sécurité internationale sont en cause, soit dénié au Conseil de sécurité, lequel est seul en mesure de prendre, dans l'application du chapitre VII, des mesures obligeant (tous) les États.

¹⁰ Article 69, § 2.

¹¹ Voy. not. l'arrêt du Tribunal de 1^{ère} instance dans l'affaire *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation* (T-306/01, 21 sept. 2005, *Rec.*, p. 2-3533. Un pourvoi contre l'arrêt est pendant devant la Cour de justice.

- selon l'article 64 de la convention de Vienne, un traité «devient nul et prend fin» lorsque postérieurement à son entrée en vigueur, son objet est devenu illicite par suite de l'apparition d'une nouvelle règle d'ordre public (*jus cogens superveniens*). La solution ne se discute guère en son principe, à tout le moins tant que cette nouvelle règle n'entend pas exclusivement s'appliquer aux conventions conclues postérieurement à son adoption, ce qui pourrait parfaitement se comprendre. On ne peut qu'être hésitant toutefois sur la formulation utilisée. La validité/nullité renvoie nécessairement à la date à laquelle une volonté a entendu «efficacement» créer, étendre ou modifier une situation juridique; elle est parfaitement étrangère aux circonstances qui peuvent expliquer que cette volonté cesse par la suite de produire ses effets. Un traité bilatéral ne devient par exemple pas nul, faute du consentement de l'un de ses signataires, lorsque l'un de ses (deux) contractants le dénonce unilatéralement conformément à l'article 56 de la convention de Vienne. Il suffit qu'il cesse d'être en vigueur. Il en va de même lorsque le *jus cogens* est en cause. Il est certes possible que les effets du traité soient rétroactivement anéantis, si les parties en conviennent ou quelque autorité en décide valablement ainsi. Mais il s'ensuit simplement qu'il y est mis fin rétroactivement, et non qu'il soit «devenu» nul de quelque manière que ce soit.

b) Le *jus cogens* «judiciaire»

Tout rôle contractuel mis à part, l'«ordre public» modifie jusqu'à un certain point les conditions d'exercice de la juridiction dans les ordres internes. Les solutions nationales sont loin en la matière d'être (toujours) identiques, même au sein d'une même «famille» juridique, chacun adaptant le cas échéant à ses propres besoins, traditions, etc. une mécanique judiciaire traditionnelle. Il ne nous appartient pas d'entrer dans de nombreux détails sur ce point. Force est néanmoins de constater que, de manière générale, l'ordre public exerce en ces matières une triple influence, bien entendu variable en fonction des particularités propres à chaque droit national;

- si l'ordre public n'attribue comme tel aucune compétence à un juge plutôt qu'à un autre, il peut limiter la compétence qui est reconnue à certaines juridictions;
- lorsqu'il est en cause, l'ordre public peut le cas échéant modifier les rapports qui sont normalement établis entre les diverses autorités qui interviennent du début à la fin du processus judiciaire;
- l'ordre public peut le cas échéant altérer le rôle respectif du juge et des parties dans la conduite des procès, tel que le reflète l'adage *jura novit curia*.

Les questions évoquées ci-dessus ne sont pas (totalement) ignorées de la pratique internationale, même si la place à ce jour limitée qu'y occupe la juridiction en atténue d'évidence l'importance. Seules celles qui sont visées sous le deuxième tiret en paraissent inconnues. Elles supposent en effet un «corps judiciaire» entre les éléments duquel l'instance est appelée à cheminer selon des règles précises pour l'application desquelles l'ordre public n'est pas indifférent, règles qui font totalement défaut

dans la pratique internationale. Il n'y a pas en effet des juridictions de 1^{ère} instance, d'appel, de cassation, etc., hors les quelques constructions conventionnelles - à dire vrai, plus proches du droit interne que du droit international - dans lesquelles les États ont hiérarchisé les rapports établis entre les composantes du système juridictionnel qu'ils ont progressivement mis en place. Ce qui est par exemple le cas dans l'Union européenne.

La pratique internationale est également peu fournie en ce qui concerne les deux autres problématiques mentionnées. Un certain écho s'y fait toutefois entendre, fût-ce au prix de certaines confusions.

i) La compétence du juge?

Dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)*, la Cour a rappelé que le «seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties»¹². Autrement dit, il ne suffit pas d'alléguer que le *jus cogens* a été violé pour que le juge soit en droit de statuer sur la réalité et/ou les conséquences de cette violation, fût-il la Cour internationale de justice. On peut - on doit sans doute - le déplorer «politiquement»; on ne saurait le contester juridiquement.

De la même manière, le tribunal de 1^{ère} instance de l'Union européenne paraît s'être reconnu le droit de contrôler la légalité des décisions du Conseil de sécurité dès lors que le *jus cogens* était en cause, dans une affaire concernant les sanctions prises contre des personnes suspectées de faire partie de groupes terroristes¹³. La décision a fait, à certains égards, scandale. Il n'y a pas à s'effaroucher vraiment qu'un juge communautaire (interne) contrôle la légalité des décisions prises par un exécutif onusien lorsqu'elles mettent en cause les droits de particuliers, à tout le moins tant que les juges internationaux s'y refusent. Il paraît bien y avoir là une exigence élémentaire de l'état de droit (*rule of law*). Mais l'ordre public (*jus cogens*) est étranger comme tel à sa compétence, qui doit être établie ou écartée sur la seule base des règles générales du droit communautaire qui la déterminent et qui ne lui font aucune référence.

Dans l'ordre interne, la violation de l'ordre public peut toutefois entraîner l'incompétence d'une juridiction, en dépit du fait qu'elle ne suffit jamais à lui donner compétence. Il en va particulièrement ainsi pour ce qui concerne l'arbitrage: les différends mettant en cause l'ordre public ne sont en règle générale pas arbitrables, et cette incompétence est elle-même d'ordre public, ce qui autorise tout intéressé à s'en prévaloir même si l'inarbitrabilité n'a pas été soulevée devant l'arbitre ou admise par lui. La règle n'est pas appliquée partout avec la même rigueur. Elle fait l'objet d'«accommodements», particulièrement dans l'arbitrage commercial international. Elle ne se vérifie toutefois pas dans la pratique internationale «publique». Il n'existe

¹² *Rép. dém. du Congo c. Rwanda*, 3 févr. 2006, *Rec.*, p. 50, § 125.

¹³ Voy. not. l'arrêt cité *supra*, note 11.

aucun litige qui ne puisse pas être soumis à un arbitre au motif qu’il met en cause le *jus cogens*. L’article 66 de la convention de Vienne est tout à fait clair sur ce point¹⁴. L’explication n’est pas que l’on soit moins attentif au respect de l’ordre public dans les relations interétatiques. Elle est simplement que la CIJ n’y est pas (encore) le juge de droit commun investi par la «loi», par rapport auquel le juge arbitral doit être tenu pour «exceptionnel». L’un et l’autre ne sont jamais compétents en droit international que si les intéressés sont convenus d’accepter leur juridiction.

ii) Les réserves à la compétence du juge?

Dans son avis sur les *réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a déclaré compatible avec l’objet et le but de la convention la réserve par laquelle l’un de ses signataires récuse la compétence de la Cour pour connaître des différends relatifs à son interprétation et à son application¹⁵. Le crime et l’obligation de le prévenir ou de le réprimer subsistent, mais le pouvoir du juge disparaît. La conclusion a été réaffirmée cinquante ans plus tard dans l’affaire relative aux *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)*, lorsque la Cour elle fut appelée à statuer sur les mesures conservatoires qui lui étaient demandées¹⁶. La différence est sans doute que l’avis de 1951 fut rendu à propos d’une question abstraite, alors que l’ordonnance de 2002 concernait un génocide largement avéré. Elle n’a pas paru justifier quelque aménagement que ce soit à la solution de principe affirmée cinquante ans plus tôt. On le comprend. Une chose est que les intérêts fondamentaux de la communauté internationale, que reflète le *jus cogens*, soient mieux pris en compte; autre chose est que le juge, dont le rôle demeure quelque peu marginal, en soit saisi. Il est intéressant de relever toutefois que, dans leur opinion individuelle commune jointe à l’arrêt sur la compétence et la recevabilité de la requête, les juges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma, «considér[ant] comme très grave qu’un État soit à même de soustraire à l’examen judiciaire international une requête le mettant en cause pour génocide»¹⁷, ont estimé qu’«il n’est [...] pas évident qu’on ne puisse pas considérer une réserve à l’article IV comme incompatible avec l’objet et le but de la convention», en invitant clairement la Cour à réexaminer sa jurisprudence sur ce point, à tout le moins dans des contextes comparables à celui du génocide rwandais. Il ne s’ensuit pas que l’ordre public puisse désormais suffire pour établir la compétence du juge. Il en ressort seulement que si cette compétence est conventionnellement établie elle ne peut pas être unilatéralement récusée, sauf à refuser de devenir partie au traité, ce qui était sans doute l’enjeu principal en 1951, ou à prévoir explicitement dans la convention que des réserves peuvent être formulées en dépit de l’importance des enjeux, ce qui ne serait sans doute plus admis aujourd’hui.

On sait que, lors de la conférence de Vienne, l’intention fut un moment de généraliser le recours à la CIJ pour tout litige relatif à la nullité d’un traité. La majorité n’en a pas

14 Voy. l’alinéa a).

15 28 mai 1951, *Rec.*, pp. 24 et s.

16 3 février 2006, *Rec.*, p. 31, §§ 34 et s.

17 *ibid.*, p. 71, § 25.

voulu. Le rejet du juge n'est toutefois pas total, puisque «toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 et 64 [de la convention de Vienne] peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour», selon son article 66, a). Autrement dit, le recours au juge s'impose dans toutes les contestations mettant en cause le *jus cogens*. Des réserves peuvent-elles être formulées à propos de l'article 66, a)? La convention de Vienne n'en dit rien. En l'absence d'une disposition les prohibant explicitement, on ne voit pas ce qui devrait interdire qu'elles soient exprimées, comme elles l'ont été à propos de l'article IX de la convention sur le génocide (1948). Il est possible qu'une telle réserve doive être écartée lorsque, dans des circonstances particulièrement graves, elle a pour effet d'empêcher toute constatation officielle de la violation de dispositions d'ordre public. C'est ce que suggère par exemple de l'opinion individuelle précitée, jointe à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)*. Mais on ne saurait *a priori* juger toute réserve à l'article 66, a), incompatible avec l'objet et le but de la convention de Vienne, qui sont seulement de définir dans des termes acceptables pour tous les États le régime juridique des traités. Sans doute les autres parties ne sont-elles pas tenues d'admettre ces réserves; il n'en résulte pas qu'il faille les considérer comme nulles. Dans le respect des dispositions de la convention, chacune d'elles est libre de déterminer les effets qui s'attachent à ses objections, si dommageables puissent-elles être à certains égards pour l'intégrité du traité. Cela dit, on ne saurait d'aucune manière admettre, comme certains États l'ont prétendu, qu'ils puissent ne pas être tenus de respecter l'article 53 - c'est-à-dire l'ordre public - dans leurs rapports avec ceux qui n'acceptent pas l'article 66 - c'est-à-dire la compétence de la CIJ -. Car aucune réserve ne peut nécessairement être formulée à l'article 53 qui sanctionne de nullité le traité qui viole l'ordre public, ... sauf à nier l'existence même de celui-ci¹⁸. Que ces réserves - passablement ambiguës - soient relativement nombreuses n'y change rien.

iii) *Jura novit curia*

«Le juge sait le droit». L'adage est bien connu dans les droits internes. On ne voit pas pourquoi il ne serait pas applicable dans le droit international, certaines décisions juridictionnelles y ayant d'ailleurs fait explicitement référence. Que «sait» le juge international, comment le sait-il et pourquoi est-il censé le savoir? A dire vrai, les réponses à ces questions ne sont pas très claires. Mais il est vrai aussi qu'il serait étonnant que ces réponses soient totalement différentes dans l'ordre international de celles qui leurs sont apportées dans les ordres internes¹⁹. Qu'il nous soit cependant permis de ne pas entrer plus avant que les interrogations que l'adage soulève, tout intéressantes qu'elles soient. Il nous suffit de nous attarder très brièvement sur l'importance que peut y revêtir l'ordre public.

L'adage *jura novit curia* est le reflet d'une répartition des rôles respectifs du juge et des parties dans le déroulement du procès, du moins tels qu'ils sont généralement

18 Voy. Joe Verhoeven, « *Jus cogens* and Reservations or « Counter-Reservations » to the Jurisdiction of the International Court of Justice », in K. Wellens (ed.), *Liber amicorum E. Stoy*, 1998, pp. 195 et s.

19 Voy. Joe Verhoeven, « *Jura novit curia* et le juge international », in *Essays in Honour of Christian Tomuschat*, 2006, pp. 635 et s.

admis dans les droits occidentaux héritiers du droit romain. Elle laisse le fait sous la responsabilité des parties et le droit sous celle du juge. «*Da mihi factum, dabo tibi jus*» est un autre adage bien connu, qui donne tout son sens au précédent. En simplifiant quelque peu, il appartient dès lors aux parties de fournir au juge le *factum* qui lui est indispensable pour exercer son office, c'est-à-dire de lui faire connaître les caractéristiques factuelles du litige qu'il lui est demandé de trancher, ainsi que sa cause, c'est-à-dire les faits ou comportements qui, selon le demandeur, justifient sa prétention. C'est au juge seul qu'il appartient en revanche de dire en la matière le droit, un droit qu'il est irréfragablement présumé connaître et qui ne doit pas partant lui être prouvé, du moins pour ce qui concerne les règles dont est constitué l'ordre juridique qui lui a conféré le pouvoir de juger. Le juge est censé connaître «son» droit national, et ignorer le droit étranger ... qui n'est, dans l'ensemble, qu'un fait parmi d'autres qui comme tout fait doit lui être prouvé. La présentation est sans doute un peu simpliste, et pêche par excès de schématisme. Il n'y a pas lieu de s'y attarder ici, sinon pour mettre en lumière le rôle que pourrait jouer l'ordre public dans cette construction.

L'ordre public n'a rien à voir *a priori* avec les faits, qu'il appartient aux parties de fournir au juge dans la mesure requise pour que celui-ci puisse faire droit à leur demande ou à leur défense. On voit mal d'ailleurs comment il pourrait, sinon au risque de sérieux dangers pour la justice, s'informer lui-même. Il n'y a pas de connaissance personnelle qui puisse sur ce point pallier les défaillances des parties, hors le cas échéant ce qui est de notoriété publique ou de commune renommée. Mais il y a là des problèmes relatifs à la preuve du fait, qui sont étrangers aux questions de *jus cogens* qui seules concernent des règles de droit.

Si le juge sait - et est le seul à être censé «savoir» - le droit, il n'a pas à attendre sur ce point quelque preuve que ce soit de la part des parties ... à tout le moins pour ce qui concerne le droit général. La chose est singulièrement plus compliquée *a priori* s'agissant du droit particulier, c'est-à-dire des contrats (traités), ... même si ceux-ci font l'objet en droit international d'un enregistrement auprès du Secrétariat général des Nations Unies. Ce qui n'existe pas dans les ordres internes. S'il «sait» le droit, le saurait-il mieux s'il est de *jus cogens*. On n'en voit pas la raison. La question est plutôt de savoir s'il peut trancher le litige dont il est saisi sur la base de règles autres que celles dont le demandeur ou le défendeur sollicite l'application. S'il est seul à (bien) «savoir» ce qu'est le droit, on voit mal ce qui devrait le lui interdire. La difficulté est seulement qu'il n'est saisi que de ce que les parties lui demandent et de rien d'autre, ... On conçoit dès lors qu'il lui faille être prudent en la matière, sous peine d'en arriver à modifier indirectement ce qui a été demandé en changeant la règle de droit applicable à la demande. Cela dit, on voit mal qu'il puisse lui être interdit de faire d'office - c'est-à-dire quand bien même les parties ne le lui auraient pas demandé - application d'une règle d'ordre public. Bien au contraire, il doit en avoir l'obligation, sauf à l'exposer au risque d'être associé à une violation des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Ce qui serait pour le moins paradoxal...

La conclusion est un peu théorique, on en conviendra, tant la place du juge demeure encore discrète et le rôle du *jus cogens* passablement hypothétique dans la pratique contemporaine. On ne saurait toutefois pour ce seul motif en mésestimer l'importance

c) Le *jus cogens* «pénal»

S'il est une matière qui est dominée par l'idée d'un ordre public, c'est assurément le droit pénal. C'est par ce qu'ils compromettent les intérêts fondamentaux de la société que certains comportements sont réprimés par des peines, qui peuvent aller jusqu'à priver provisoirement, voire définitivement (du moins en théorie), une personne de sa liberté. Les incriminations comme les peines peuvent varier d'un État à l'autre. La nécessité d'une répression pénale n'est toutefois contestée par aucun d'entre eux, étant entendu que les règles qui l'organisent sont d'ordre public en manière telle que les particuliers ne peuvent d'aucune manière en disposer. Il n'y a pas place notamment pour des accords qui entendraient y déroger, même si certains arrangements peuvent le cas échéant être conclus afin d'aménager directement ou indirectement la procédure pénale sans mettre aucunement en cause les règles de fond dont celle-ci doit assurer la mise en œuvre.

Il n'y a rien qui doive exclure que cette répression pénale trouve une place dans la «communauté» internationale, à tout le moins si ses membres considèrent que certaines conduites sont à ce point attentatoires à des impératifs fondamentaux que, toute réparation de leurs conséquences dommageables mise à part, il convient d'en «punir» les responsables pour qu'ils ne soient point tentés de les répéter à l'avenir. Il est vrai que la répression doit être adaptée au caractère abstrait de la personnalité des États, et (de la plupart) des autres sujets du droit international. Il ne s'ensuit pas qu'elle perde tout sens à leur endroit, même s'il est clair qu'il n'y a pas de peines privatives de liberté qui puissent normalement être appliquées en pareille perspective, ... sauf à faire peser sur les seules personnes (physiques) à l'intermédiaire desquelles l'État (n') a (pas) agi la peine qui frappe celui-ci. C'est dans cette direction que la CDI semble s'être engagée lorsque, en 1976, elle a, sous l'impulsion du professeur Ago, adopté dans le cadre de son projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, un article 19 consacrant l'existence de «crimes» et de «délits» internationaux, jusqu'alors totalement inconnus de la pratique internationale (interétatique). L'innovation a suscité à l'époque un vif émoi, partisans et adversaires de cette criminalisation s'opposant parfois vertement sur son bien-fondé. On connaît la suite de l'histoire. En 2001, l'ex-article 19 a été abandonné, à l'initiative principalement du nouveau (et dernier) rapporteur de la Commission, le professeur J. Crawford. Est-ce à dire que la notion même d'infraction pénale doit être jugée inconcevable dans le droit international? Ce serait sans doute aller trop loin. Rien ne pourrait logiquement (raisonnablement) expliquer qu'elle ne trouve aucune place dans l'ordre juridique qui régit les rapports entre les États (sujets du droit international). A la condition toutefois de s'entendre sur la nature des infractions, et sur les sanctions qui sont appelées à les réprimer.

Dans le projet de 1976, le crime était défini comme «le fait illicite qui résulte d’une violation par un État d’une obligation si essentielle pour la sauvegarde d’intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté»²⁰. Il est entendu que toute autre violation d’une règle de droit international constitue un «délit», ... ce qui laisse *a priori* croire qu’il n’y a aucune d’entre elles qui ne soit pas réprimée pénalement. Telle ne paraît toutefois pas être l’intention de la Commission; le «crime» seul semble appeler une sanction (pénale), le délit reposant sur une faute que l’on dirait «civile» n’appelant pas une répression spécifique. Et il ne semble pas que toute violation d’une règle de *jus cogens* au sens du droit des traités soit nécessairement constitutive d’un crime au sens du droit de la responsabilité²¹. Cela dit, la définition du crime a été critiquée, et les exemples fournis jugés peu convaincants à maints égards. Il est vrai qu’elle n’était pas parfaite, mais n’en semblait pas moins suffisante pour engager le droit international dans une voie jusqu’alors inconnue. En particulier, on ne saurait lui reprocher d’être circulaire. Comme pour le *jus cogens*, elle dit seulement qu’il n’y a un crime que là où la communauté internationale décide qu’il doit y avoir un crime parce que ses intérêts fondamentaux sont menacés, ce qui est bien la moindre des choses.

Le vice est ailleurs. C’est simplement que les conséquences du «crime» ne sont aucunement précisées, fût-ce à propos des exemples fournis. Accessoirement, c’est aussi que rien n’est dit de la manière dont ce crime doit ou peut être constaté, c’est-à-dire notamment par quelle autorité et au terme de quelle procédure²². Et l’on conçoit sans peine que si ces conséquences sont «lourdes», il faille accorder à cette dernière une importance particulière. Ces questions sont «essentielles», en ce sens que, en dehors d’elles, la répression pénale perd tout intérêt. Sur le terrain «civil» de la réparation, la gravité de la violation du droit est en effet substantiellement sans pertinence. C’est l’importance du dommage qui est seule déterminante, même si, bien plus accessoirement, la nature de la faute doit parfois être prise en considération. Sans doute est-ce la gravité de celle-ci qui explique le crime, mais ce sont bien les conséquences qui lui sont attachées qui «font» celui-ci. Et il faut reconnaître que le projet de la CDI était muet sur ce point en 1976, et l’est resté par la suite²³.

S’il n’est plus question d’un «crime» dans le projet de 2001, toute référence à la gravité de la faute n’y a pas disparu. Son article 41 précise en effet ce que sont les conséquences des «violations graves d’obligations découlant de normes impératives du droit international général». C’est-à-dire de règles de *jus cogens*. Force est de constater que ces conséquences se réduisent à peu de choses, à savoir principalement ne pas reconnaître comme licites les situations créées par ces violations, et coopérer pour mettre fin à celles-ci. Ce n’est pas rien, ... mais cela reste très éloigné de ce

20 Article 19, § 2.

21 Voy. G. Gaja, « *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention* », *RCADI*, t. 172 (1981-III), pp. 300-301.

22 Pour une synthèse de ces critiques, voy. not. D. Bowett, *Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility*, *EJIL*, 1998, pp. 163 et s.

23 Voy. toutefois les précisions que l’avant-dernier rapporteur de la CDI, le professeur G. Arangio-Ruiz, s’est efforcé d’apporter sur ce point (les articles 52 et 53 du projet de 1996).

qu'évoque, fût-ce indirectement, une répression pénale. Il est vrai aussi que si «l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble», tout État, même non lésé, paraît en droit de prendre des contre-mesures²⁴. On demeure loin toutefois en pareille hypothèse d'une logique répressive ... même si, en dernière analyse, c'est le respect du droit qui est, ici comme ailleurs, recherché.

Cela dit, il faut noter que les normes impératives, évoquées ci-dessus, dont la violation grave justifie des conséquences particulières paraissent couvrir toutes les règles de *jus cogens*, même si toutes, on l'a dit, ne véhiculent sans doute pas — à tout le moins nécessairement - des obligations *erga omnes*. Virtuellement, cela pourrait suggérer que l'objectif doit être, à plus ou moins long terme, d'assortir ces règles de sanctions pénales lorsque le développement de la communauté internationale le permettra. Ce serait probablement une erreur. Comme le confirment les droits nationaux, certaines règles sont d'une importance telle qu'elles relèvent de l'ordre public contractuel et/ou judiciaire, au sens précité, sans néanmoins que leur violation soit pénalement sanctionnée. Autrement dit, toute violation d'une règle d'ordre public ne doit pas nécessairement être constitutive d'une infraction au sens du droit pénal, même si toute infraction pénale implique nécessairement la violation d'une règle d'ordre public. L'expérience paraît bien confirmer que la distinction est sage; on voit mal qu'il en aille différemment dans le droit international, lorsqu'il sera suffisamment développé pour en faire utilement usage.

Une dernière précision: qu'il n'y ait pas de «crime» dans l'ordre juridique international (interétatique) n'implique pas que les actes qui ont été cités comme criminels lors de l'adoption de l'article 19 du projet CDI de 1976 ne puissent - le cas échéant, ne doivent - pas être punies par un tribunal national dans le chef des personnes physiques qui les ont accomplis, ou s'en sont rendus complices, voire par le tribunal international qui aurait été mis en place à cet effet. Mais c'est en application du droit national de l'État intéressé - ou des règles particulières d'un droit international conventionnel - que la compétence du tribunal sera établie et la répression exercée, dans le respect des exigences qui sont propres à l'une comme à l'autre. Celles-ci sont d'évidence étrangères à celles qui devront être prises en considération lorsque l'État dont ces personnes sont les organes, ou sous la juridiction ou le contrôle duquel elles se trouvent, sera poursuivi et jugé en tant que «criminel».

d) D'autres recours au «*jus cogens*»?

Il appartient à chaque ordre juridique de déterminer quelles sont les applications qui peuvent utilement être faites de l'ordre public. Dans les ordres internes, il existe principalement, outre les domaines évoqués ci-dessus, un ordre public dit international privé et un ordre public administratif. Le premier permet au juge d'écarter l'application d'une loi étrangère normalement compétente en vertu de la règle de conflit ou de ne pas reconnaître la force obligatoire d'un jugement (décision) étranger(ère) lorsqu'il considère que leur donner ainsi effet aboutirait à mettre en cause des exigences

24 Voy. les articles 48 et 54.

(valeurs) fondamentales de l'État du for. Le second permet de manière générale à l'autorité publique de prendre des mesures de «police» dérogatoires au droit commun dans les circonstances exceptionnelles où l'ordre public est menacé.

Rien de tel n'existe en droit international public. On le comprend sans trop de peine. Un ordre public «administratif» n'a en effet pas beaucoup de sens dans une communauté (très) peu organisée, des membres (étatiques) de laquelle la souveraineté demeure sans doute la première caractéristique. Il est vrai que le chapitre VII de la Charte donne au Conseil de sécurité des pouvoirs de police «exceptionnels». Mais il ne sert à rien pour l'instant de les réfléchir en termes d'ordre public, dans la mesure où celui-ci ne dispose pas, hors le chapitre VII, de pouvoirs ordinaires par rapport auxquels ceux qui sont conférés par celui-ci peuvent (doivent) être tenus pour une exception. De la même manière, le droit international est le seul droit «interne» de la communauté interétatique. Il n'existe aucun ordre juridique étranger qui ait quelque titre que ce soit à le concurrencer, c'est-à-dire à prétendre régir tout ou partie des relations de ses sujets. Ce qui suffit à faire perdre toute pertinence à un *ius cogens* dont, à l'image de son homologue de droit international privé, l'effet propre serait d'écarter l'application des règles d'un ordre juridique concurrent ou de ne pas reconnaître l'autorité qu'il a accordée à des décisions judiciaires (juridictionnelles) ou administratives.

Cela ne doit, bien sûr, pas exclure qu'il puisse y avoir en droit international d'autres emplois utiles, «autonomes», de l'ordre public. Force est néanmoins de constater qu'à ce jour, il n'en existe pas.

4. De «mauvais» emplois.

Des pages qui précèdent, il ressort clairement que l'utilité de l'ordre public demeure à ce jour limitée en droit international public. Cela résulte tout à la fois de la (relative) pauvreté (pénurie) des valeurs et/ou exigences qui sont tenues pour impératives au sein de la communauté internationale, et du caractère encore rudimentaire de son organisation dont témoigne par exemple la place toujours réduite qui y est faite au juge. Cela n'empêche pas que les références au *ius cogens* paraissent se multiplier, comme s'il suscitait aujourd'hui un grand enthousiasme contrastant avec le scepticisme ricanant d'hier. Il faut sans doute s'en réjouir, du moins si l'on tient qu'il ne peut y avoir de droit «civilisé» en dehors de l'affirmation d'un ordre public. Force est néanmoins de constater que les nombreux appels faits au *ius cogens* dans la doctrine ou la pratique contemporaines sont souvent peu convaincants. Il y a là sans doute de «mauvais» emplois qui doivent être chassés. Ce n'est pas nécessairement que la proposition soit en elle-même dépourvue de fondement; c'est du moins qu'elle s'appuie inutilement sur l'ordre public pour justifier une solution qui trouve ailleurs son fondement.

Il n'y a pas lieu sans doute d'entrer dans le détail de ces emplois inappropriés ou superflus, ni d'en faire un inventaire complet qui excéderait les limites de la présente étude. L'un ou l'autre demandent toutefois que l'on s'y arrête quelque peu.

a) La naissance ou la disparition de l'État

Au lendemain de la fin de la guerre froide, des lignes directrices sur la reconnaissance des nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique ont été adoptées au sein de la Communauté européenne pour en prévenir tant que faire la dislocation sauvage²⁵. Et la commission d'arbitrage de la Conférence sur la paix et la sécurité en Europe a été notamment appelée dans ce contexte à donner des avis sur la reconnaissance des États nés du démembrement de la Yougoslavie dont les diverses composantes s'entredéchiraient. C'était un exercice pour le moins curieux - à tout le moins aux yeux des puristes -, fût ce parce que l'on n'aperçoit pas vraiment ce qu'il y a lieu d'«arbitrer» en l'occurrence, surtout dans le chef d'un organisme qui ne repose sur aucun accord en droit entre les parties à l'«arbitrage».

Dans ce contexte, la commission a, dans un avis souvent cité, affirmé qu'un État né de pratiques - par exemple génocidaires - qui violent l'ordre public, devait être tenu pour illégal, et ne pouvait partant être reconnu. Nul ne peut contester en l'espèce l'existence d'un génocide, dont les auteurs sont ou devraient être au demeurant poursuivis devant le Tribunal pénal sur l'ex-Yougoslavie institué par le Conseil de sécurité. Que, dans un arrêt récent²⁶, la CIJ ait jugé que la Serbie ne pouvait comme telle est tenue pour responsable du crime de génocide n'y change rien. L'intéressant pour ce qui nous concerne est ailleurs. C'est simplement que l'on n'aperçoit pas quelle peut être l'incidence de la violation du *ius cogens* sur l'existence d'une personnalité étatique. L'État naît en effet de la seule conjonction de trois éléments «objectifs» — une population, un territoire et un gouvernement indépendant — à un moment donné. Et il meurt lorsque l'un d'eux disparaît. Il y a là des faits qui se suffisent à eux-mêmes, même s'ils sont dus à des conduites criminelles dont les responsables peuvent ou doivent être amenés à rendre compte. De la même manière qu'un enfant né d'un viol ou d'une relation adultérine est tout autant un sujet de droit que celui-ci qui est né de la relation consentante entre deux époux légitimes...ou qu'un décès se constate objectivement qu'il résulte d'une cause naturelle, accidentelle ou criminelle.

L'ordre public est important pour criminaliser certaines conduites, quels que puissent être les arguments avancés pour les expliquer (justifier). Il est vrai que la naissance d'un État pourrait être indirectement le résultat de sa violation, par exemple si elle a été «décidée» par des États qui ont légalement cherché à sanctionner celle-ci. Et il est vrai que le nouvel État pourrait aussi en être, d'une manière ou d'une autre, déclaré rétroactivement responsable, en tout ou en partie. Il n'en reste pas moins que cette violation est comme telle sans effet sur la naissance ou la disparition; dans l'état

25 11 décembre 1991 (texte in *RGDIP*, 1992, p. 261). Voy. gén. Joe Verhoeven, « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau ? », *AFDI*, 1993, pp. 22-24.

26 Voy. l'arrêt rendu le 26 février 2007 dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), spécialement les paragraphes 377 à 415 et le point 2 du dispositif.

actuel du droit international, celles-ci demeurent la résultante exclusive d'effectivités. On peut estimer que le droit devrait être changé sur ce point... même s'il semble prudent d'y réfléchir à deux fois, avant de laisser aux «vertueux» le droit de vie ou de mort sur les naissances étatiques.

b) La hiérarchie entre les sources de droit

Il est clair que les règles d'ordre public (*jus cogens*) bénéficient d'une supériorité hiérarchique par rapport à celles auxquelles elles permettent de déroger, par exemple en frappant de nullité une convention ou en autorisant le juge à soulever d'office un moyen qui n'a pas été présenté par les parties.

L'ordre public est déterminant en pareille hypothèse, parce que la force obligatoire de la convention aurait été reconnue ou le moyen de droit écarté s'il n'avait pas été violé. Cela n'empêche qu'il existe nécessairement d'autres rapports hiérarchiques que ceux qui sont exprimés par la «supériorité» du *jus cogens*, tout comme d'autres solutions - législatives ou jurisprudentielles - que la primauté hiérarchique peuvent être utilisées pour départager les règles concurremment applicables à une situation qui s'avèrent incompatibles l'une avec l'autre. Il en résulte naturellement que certaines règles sont plus «impératives» que d'autres, puisqu'elles l'emportent en cas de conflit. Mais cette impérativité est étrangère à celle qui est évoquée à l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Ce qui est en cause, ce n'est pas le respect de «valeurs» fondamentales⁰; c'est uniquement la cohérence d'un ordre juridique qui pourrait être radicalement compromise s'il n'accordait pas, fût-ce conditionnellement, une priorité à certaines règles par rapport à d'autres lorsqu'elles ne peuvent pas l'une et l'autre s'appliquer, simultanément ou non, à une même situation.

Aucun détour par le *jus cogens* n'est en pareil cas justifié, et moins encore nécessaire, pour expliquer la priorité reconnue à une règle par rapport à une autre. Il suffit par exemple que l'on puisse en principe pas déroger par un acte unilatéral à une coutume - sauf si et dans la mesure où celle-ci le permet elle-même - pour qu'un tel acte soit dépourvu d'effet s'il prétend y déroger. - Il est parfaitement indifférent à cet égard que cette coutume soit ou non d'ordre public. Il en va de même dans les rapports entre l'acte unilatéral et le traité. La seule différence est en pareil cas que la règle du traité ne saurait comme règle conventionnelle être d'ordre public, car c'est aux règles générales seules que peut être attaché un caractère de *jus cogens*. On pourrait multiplier les exemples. Ce ne sont jamais toutefois les «valeurs» fondamentales dont ces règles sont le cas échéant l'expression qui expliquent la primauté qui leur est reconnue; c'est exclusivement leur localisation dans la hiérarchie des sources de droit dont s'accompagne, fût-ce implicitement, tout ordre juridique.

Point n'est besoin de revenir à cet égard sur ce qui a été souligné ci-dessus. Tout au plus faut-il rappeler que l'article 103 de la Charte des Nations Unies, qui accorde primauté à celle-ci - et, dans l'interprétation généralement admise, aux décisions qui sont prises sur la base de la Charte par les organes que celle-ci a institués - sur les obligations qui lient les membres de l'ONU «en vertu de tout autre accord

international», participe également d'une logique purement hiérarchique. Il règle un «banal» problème de conflit de conventions, de soi parfaitement étranger à la problématique du *jus cogens*.

Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'ordonnance du 13 septembre 1993 de la CIJ relative aux mesures conservatoires demandées dans l'affaire de l'application de la convention sur le génocide, le juge Lauterpacht a déclaré que «la solution que l'article 103 de la Charte offre au Conseil de sécurité [...] ne peut aller jusqu'au point où une résolution du Conseil de sécurité entrerait en conflit avec le *jus cogens*», après avoir affirmé que «[d]ans 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»²⁷. On comprend que le Conseil de sécurité ne puisse normalement pas déroger au *jus cogens*, ce qui ne pourrait logiquement se concevoir que s'il était en mesure de donner à ses décisions un caractère de *jus cogens*. Mais cela n'a rien à voir avec le conflit de conventions évoqué à l'article 103. En revanche, on voit mal ce qui pourrait expliquer que l'on ne puisse pas déroger par une règle coutumière, c'est-à-dire générale, à une autre règle générale. Sauf à considérer que les règles qui sont d'ordre public le resteront éternellement... La chose a déjà été soulignée²⁸. Il faut rappeler seulement que l'on est en présence en pareil cas d'un conflit, en soi banal lui aussi, entre deux règles générales. On peut le cas échéant présumer que la règle (générale) d'ordre public doit en pareil cas l'emporter sur celle qui ne l'est pas. Mais la solution n'a rien de «nécessaire». Elle reflète seulement le caractère *a priori* raisonnable d'une solution - dirait-on de «bon sens» si ces termes pouvaient avoir une signification utile - qui paraît s'imposer en l'absence d'une indication claire sur la volonté du législateur, même diffus au sein de la «communauté» internationale, de déroger à ce qui était jusqu'alors d'ordre public. Il ne s'ensuit toutefois pas que telle doive être nécessairement la solution, même en l'absence de telles indications.

c) Le droit des réserves

Dans son «Observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte», le Comité des droits de l'homme a affirmé que «[d]es réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte»²⁹ et qu'«[i]l en va de même de certains droits auxquels il n'est pas permis de déroger - interdiction de la torture et de la privation arbitraire de la vie par exemple - et qui, en tout état de cause, ne peuvent [pas] faire l'objet d'une réserve puisque ce sont des normes impératives»³⁰.

La solution ne se conteste pas, sur le fond. La motivation laisse perplexe. Si une règle est d'une impérativité telle qu'il ne peut y être dérogé par une convention, et *a*

27 *Rec.*, 1993, p. 440, § 100.

28 *Voy. supra*, I, iii).

29 CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, §8.

30 *Ibid.*, § 10.

fortiori par une réserve unilatérale, c’est parce qu’elle est foncièrement une règle de droit général, et non pas de droit conventionnel. Il importe peu à cet égard qu’elle soit ou non reproduite dans une convention. Et si une telle réserve est nécessairement dépourvue d’effet par suite de la violation du *jus cogens*, il importe peu qu’elle ne soit pas compatible avec «l’objet et le but» du pacte, ou de toute autre convention.

d) L’«intégrité» institutionnelle

Les dispositions qui, dans les ordres internes, concernent l’organisation, la compétence et le fonctionnement des autorités ou des services de l’État sont normalement d’une «impérativité» telle que l’on ne peut y déroger conventionnellement ou s’y soustraire de quelque manière, sauf si et dans la mesure où ces dispositions le prévoient elles-mêmes. A dire vrai, on le comprend sans trop de peine. On voit mal comment l’appareil de l’État pourrait efficacement et harmonieusement fonctionner s’il en allait différemment. Cela est toutefois étranger à l’ordre public, au sens de l’article 53 de la convention de Vienne. Il suffit que les exigences du bon fonctionnement institutionnel de l’État doivent être respectées.

Cette logique a peu d’écho dans le droit international, dès lors que sa structure institutionnelle demeure particulièrement pauvre. Les organes des Nations Unies font peut être exception à cet égard, du moins virtuellement. Il est entendu néanmoins que la «primauté» qui serait reconnue au droit institutionnel de l’ONU repose techniquement sur l’article 103 de la Charte et qu’il est parfaitement inutile de lui trouver, dans l’immédiat, un autre fondement. Faut-il à cet égard faire une place particulière au juge onusien, c’est-à-dire à la CIJ? Cela ne paraît pas justifié. On a précédemment souligné que le *jus cogens* n’est pas sans intérêt pour ce qui le concerne, dans la mesure où le moyen tiré de sa violation devrait pouvoir être soulevé d’office - c’est-à-dire alors même que les parties ne l’ont pas invoqué, voire même s’y opposent — par la Cour. Pour le reste, il est sans importance. Pas plus qu’en droit interne, sa violation ne suffit par elle-même à la rendre compétente, en l’absence d’un accord des parties. Et l’on voit mal qu’il puisse être interdit à celles-ci d’exclure les différends relatifs au *jus cogens* de la compétence qu’elles reconnaissent à un juge, à tout le moins lorsque leur accord ne comporte aucune disposition avec l’objet ou le but de laquelle cette restriction de compétence puisse être jugée incompatible. Pour le reste, il va de soi que les dispositions qui régissent le fonctionnement de la Cour doivent être respectées, par elle et par les parties. Sauf à rendre l’exercice de la justice totalement «imprévisible». Il est possible, une fois de plus, que les dispositions statutaires qui régissent le fonctionnement de la CIJ, ou de toute autre juridiction, laissent au juge ou aux parties une certaine liberté de choisir dans chaque cas d’espèce les conditions dans lesquelles la justice sera rendue. Il n’y a pas à s’en étonner. Après tout, c’est à celui qui fabrique l’outil qu’il appartient de décider de ses utilisations acceptables, et des conditions auxquelles chacune d’elle sera optimale. Mais cela n’a rien à voir avec le *jus cogens*, contrairement à ce que l’on paraît parfois soutenir³¹.

31 Voy. par ex. R. Kolb, «Théorie du *jus cogens* international», *RBDI*, 2003, pp. 35 et s.

e) La répression pénale et le droit des immunités

D'aucunes ont considéré que les conventions organisant la répression de crimes particulièrement graves donnent aux juridictions des États qui y sont parties le pouvoir de poursuivre les personnes qui sont suspectées d'avoir commis de tels crimes, alors même qu'il n'existerait aucun lien (personnel, territorial, etc.) entre la personne poursuivie et l'autorité poursuivante. C'est notamment ce qui a été avancé en Belgique pour justifier une compétence pénale dite universelle, dont les formes ont dû être toutefois - et non sans raison - progressivement édulcorées³². C'est aussi ce qui est implicitement soutenu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie lorsqu'il affirme, dans l'affaire *Furundzija*, que l'une des conséquences du caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture pourrait être le droit pour tout État d'en poursuivre et d'en extraditer les auteurs présumés, à tout le moins lorsqu'ils sont présents sur son territoire³³. Il en va certainement ainsi s'il est établi que l'intention des parties contractantes était bien d'accorder à leurs juridictions un tel pouvoir, en manière telle que son exercice ne peut comme tel susciter de contestations dans leurs relations mutuelles. Il est singulièrement plus douteux qu'il en aille ainsi en l'absence d'une convention. On peut certes affirmer que l'exercice de la répression pénale n'est assorti d'aucune restriction - hors le droit à un procès équitable - sur le terrain du droit international général. Si ce n'est - et il est probable que ce ne soit - pas le cas, on ne voit pas que, sur ce terrain, le *jus cogens* présente quelque intérêt. En particulier, il ne confère comme tel aucune compétence à un juge (une autorité) nationale, dont les pouvoirs dépendent du seul droit interne qui lui est applicable, dans le respect des règles de droit international qui en conditionnent l'exercice. Sans doute est-il vrai que la violation du *jus cogens* suscite une obligation de répression - ce qui est d'ailleurs le cas pour toute infraction pénale -, mais cette violation à elle-seule ne confère (ou ne retire) à un juge interne (ou international) aucune compétence que ce soit, lorsque le droit interne (ou international) n'en a pas ainsi décidé.

Dans le même souci de faire respecter des commandements fondamentaux, un courant doctrinal récent - largement inspiré par des ONG - a par ailleurs soutenu que l'immunité de juridiction (ou d'exécution) dont l'État ou ses agents jouissent en vertu du droit international doit être écartée lorsque sont en cause des violations du *jus cogens*³⁴. Certains tribunaux lui ont emboîté le pas. Rares demeurent toutefois les juridictions suprêmes qui ont cautionné une telle solution. On cite classiquement sur ce point un arrêt de la cour de cassation d'Italie et de l'Areios Pagos grec. La cour de cassation d'Italie a écarté l'immunité de juridiction (civile) de l'État étranger, dans une action en réparation intentée par les victimes italiennes de travaux forcés imposés par les autorités allemandes durant la 2^{ème} guerre mondiale; elle a jugé que la règle coutumière d'immunité devait céder le pas devant le caractère de *jus cogens* attaché à l'interdiction des travaux forcés en droit international³⁵. Dans une affaire mettant

32 Voy. P. d'Argent, «L'expérience belge de la compétence universelle: beaucoup de bruit pour rien», *RGDIP*, 2004, pp. 597 et s.; Joe Verhoeven, «Pour une critique de la compétence universelle», in Remald, Série «Thèmes actuels» n° 48, Marrakech, 2004, pp. 119 et s.

33 N° IT-95-17/1, 10 déc. 1998, §§ 155-157.

34

35 Ferrini c. Rép. féd. Allemagne, 11 mars 2004, n° 5044, *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539.

également en cause la réparation de crimes commis par l'Allemagne durant la 2^{ème} guerre, l'*Areios Pagos* a lui aussi rejeté le moyen tiré de l'immunité dès lors qu'était en cause la réparation de dommages causés par des violations du *jus cogens*³⁶. La solution est toutefois moins nette, dans le mesure où elle est formellement justifiée en l'espèce par double motif que n'étaient pas en cause des actes accomplis *jure imperii* et que l'Allemagne doit être considérée comme ayant renoncé à l'immunité dès lors qu'elle est devenue partie à la convention européenne sur l'immunité des Etats (1972). Ces motifs ne sont pas très convaincants. On voit mal en effet qu'un caractère *jure imperii* puisse être dénié à un acte pour la seule raison qu'il a violé le *jus cogens*, ou que la renonciation à l'immunité puisse être déduite de la seule participation à la convention de Bâle, en l'absence de tout autre élément établissant que telle était bien l'intention des parties contractantes. Le fait n'en est pas moins - et il est intéressant de le constater - que ce n'est pas la violation du *jus cogens* qui, à elle seule, a été en l'espèce jugée suffisante pour écarter l'immunité de juridiction.

On peut comprendre les réticences que suscite la règle d'immunité, particulièrement lorsque la violation de règles fondamentales est en cause. -En dépit des hésitations mentionnées ci-dessus, la pratique paraît néanmoins maintenir en principe le bénéfice des immunités en pareil cas. - C'est ce que l'Institut de droit international a constaté en 2001 à l'occasion de l'adoption d'une résolution sur l'immunité de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international³⁷, et c'est aussi ce qu'a jugé la CIJ en 2002 dans un différend opposant la République démocratique du Congo à la Belgique à propos de la légalité du mandat d'arrêt décerné par un juge belge contre son ministre des Affaires étrangères en exercice³⁸. Dans l'un et l'autre cas, les motifs laissent clairement entendre que ce qui est vrai pour le chef d'État ou de gouvernement et pour le ministre des Affaires étrangères doit l'être également en principe pour les autres bénéficiaires d'une immunité. Il n'y a dès lors pas à être surpris que la Cour suprême de justice de l'Ontario ait, en 2004, constaté à son tour que la pratique internationale ne confirmait pas que l'État perdait le bénéfice de son immunité devant un tribunal étranger au seul motif qu'était en cause une violation du *jus cogens*³⁹.

Si difficulté il y a, elle est en l'occurrence de concilier cette solution avec le droit de toute personne à un procès équitable, qui est consacré par les instruments protecteurs des droits de l'homme. Il n'est pas contesté en effet que ce droit à un procès implique le droit d'accès à un juge qui est indiscutablement restreint par l'immunité ... même s'il n'est littéralement consacré en matière pénale qu'au profit du défendeur qui doit être en mesure de contester judiciairement le bien-fondé de l'accusation dont il est l'objet. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé à cet égard que la restriction véhiculée par l'immunité devait être admise dès lors que, imposée par le droit international, celle-ci poursuivait un but légitime et que ses conséquences ne

36 Préf. Vojotia c. Rép. féd. d'Allemagne, 4 mai 2000, *ILR*, t. 129, p. 514.

37 *Ann. IDI*, vol. 69, p. 742; voy. les rapports de Joe Verhoeven, *ibid.*, pp. 441 et s. et les délibérations de l'Institut, *ibid.*, pp. 600 et s.

38 Voy. l'arrêt du 14 février 2002, spécialt. pp. 23 et s., §§ 56 et s.

39 1^{er} mai 2002, *Bouzari et al. c. Rép. islamique d'Iran*, *ILR*, vol. 124, pp. 427 et s. Voy. gén. F. Poirat in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international et immunités : contestation ou consolidation ?*, 2004, pp. 54 et s.

pouvaient pas être jugées disproportionnées eu égard à l'objectif poursuivi⁴⁰. Dans une affaire *Al-Adsani* mettant en cause l'immunité de juridiction accordée à l'État du Koweït par un tribunal britannique, la Cour n'a pas admis qu'il fallait faire une exception à cette règle dans les cas où la violation du *jus cogens* était établie⁴¹. On peut éprouver un certain étonnement devant le fait que la Cour de Strasbourg prétende apprécier au regard de la convention européenne des droits de l'homme la légalité de l'immunité que le droit international accorde à l'État du Koweït qui n'est pas partie à celle-ci. Sur le fond, sa décision ne prête pas à doutes. Entre les deux règles générales que constituent respectivement celle qui accorde l'immunité et celle qui consacre le *jus cogens*, il n'y a pas de supériorité automatique de l'une sur l'autre, même si certains juges dissidents ont, à tort sans doute, affirmé que «du fait de [la] primauté» qui est reconnue au *jus cogens*, «toute autre règle du droit international» - en ce compris une règle coutumière - «est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative»⁴². Cela dit, on ne voit pas où est l'incompatibilité entre la règle qui prohibe la torture - ce qui était en cause dans l'affaire précitée - et celle qui accorde une immunité. Il n'y en a pas davantage entre la règle des droits de l'homme qui garantit le procès équitable et celle qui accorde une immunité. Celle-ci prive le demandeur d'un droit d'accès au juge devant lequel l'immunité est à bon droit soulevée; elle ne le prive pas de tout accès à un juge, par exemple au juge de l'État national mis en cause. Il est vrai que le demandeur pourrait, en cette matière comme en bien d'autres, préférer s'adresser à quelque autre juge; cela ne suffit pas à soi seul pour priver l'État ou ses organes de l'immunité que le droit international leur reconnaît⁴³. On comprend mal à ce titre que, non contents de prétendre écarter l'immunité en cas de violation du *jus cogens*, d'aucuns puissent avoir sérieusement soutenu que la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens doit être tenue pour nulle et de nul effet en tant qu'elle n'écarter pas ces immunités en cas de violations de l'«ordre public»⁴⁴. Ce n'est jamais que si aucun accès à un juge n'était reconnu à un particulier - ce qui n'est pas, notamment lorsque sont en cause des organisations internationales, une hypothèse parfaitement théorique - que la règle d'immunité devrait sans doute être écartée. Ce n'est pas que la règle générale de *jus cogens* bénéficie de quelque primauté intrinsèque par rapport à celle qui accorde une immunité à un État étranger devant le for; c'est seulement qu'il faut, en l'absence d'indications contraires, présumer que l'intention du «législateur» (international) a été de préférer l'intérêt «privé» du particulier demandeur d'avoir recours à «un» juge à l'intérêt «public» de l'organisation (ou de tout autre sujet du droit international) à être soustrait à «tout» juge.

40 Voy. gén. J. Verhoeven, in J. Verhoeven, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, 2004, pp. 120 et s., 130 et s.

41 *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, 21 nov. 2001, spécialt. §§ 52 et s.

42 Op. diss. Rozakis et Cafilish, rejoint par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vaji, § 1^{er}.

43 Voy. J. Verhoeven, in J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 140.

44 Voy. L. Mc Gregor, «State Immunity and Jus Cogens», ICLQ, 2006, p. 443; Ch. Keith Hall, «UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol», *ibid.*, p. 424. L. Mc Gregor est «former State Immunity Project Coordinator at Redress» et Ch. Keith Hall «Senior Legal Adviser, International Justice Project, Amnesty International».

f) La protection des personnes

La protection dite diplomatique, par l'effet de laquelle l'État prend fait et cause pour son national en demandant réparation du dommage qui a été causé à celui-ci en violation du droit international, a perdu aujourd'hui une bonne part de son intérêt. Cela tient notamment au recours direct devant un juge international - du moins devant un juge commun à plusieurs États institué par un traité entre ceux-ci - dont les particuliers disposent (de plus en plus) souvent dans la pratique contemporaine. Les instruments de protection des droits de l'homme ou la convention instituant un arbitrage CIRDI devenu de plus en plus fréquent en offrent notamment de remarquables exemples.

Il s'en faut de beaucoup toutefois que la protection diplomatique puisse (ou doive) aujourd'hui être rangée parmi les outils du droit international devenus obsolètes. Il subsiste en effet de nombreux États et de nombreuses matières dans lesquels aucun recours comparable n'est organisé. C'est par le truchement de son État national que le particulier peut alors espérer obtenir indirectement la constatation de la violation du droit dont il fut la victime et la réparation du dommage qui en est résulté. Pour que cet État obtienne gain de cause, on sait qu'il faut notamment que son ressortissant ait préalablement épuisé (en vain) les voies de recours internes, et que sa nationalité soit effective au sens de l'arrêt Nottebohm, voire la plus effective s'il est multipatride. Ces conditions restreignent assurément les possibilités de protection dont peuvent bénéficier les particuliers, toutes lourdeurs (lenteurs) inhérentes aux procédures internationales mises à part. Il en va ainsi quelle que soit la nature de la règle internationale dont la violation a causé un préjudice au particulier, pour autant du moins que le recours à cette protection ne soit pas implicitement ou explicitement exclu du fait notamment de l'accès direct au juge qui lui est reconnu. Il importe peu à cet égard que cette règle soit ou non d'«ordre public» (*jus cogens*). On peut assurément comprendre que certains aient sinon soutenu, du moins suggéré, que tout État sinon peut, du moins puisse, exercer la protection diplomatique lorsque sont en cause les victimes de crimes reposant sur une violation du *jus cogens*⁴⁵. On peut accepter la proposition *de lege ferenda*; elle n'a aucun appui dans la *lex lata*. Cela dit, c'est moins la gravité de la violation que celle de ses conséquences qui devrait sans doute être prise à cette fin en considération, sauf à multiplier des recours de principe très étrangers à l'intérêt bien compris des particuliers. Et l'on peut se demander aussi s'il n'y a pas quelque contradiction à vouloir élargir le recours à des instruments passablement archaïques pour défendre des solutions aussi «modernes».

4. Un élément de conclusion?

Il y a sans doute quelque schizophrénie à multiplier d'un côté les appels à l'ordre public - ce qui reste toutefois très relatif - sans se donner de l'autre les moyens effectifs de le sanctionner. Ce n'est pas douteux, même s'il est heureux en soi que

⁴⁵ Sur la protection diplomatique et les droits de l'homme, voy. de manière générale J.-F. Flauss, «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique» in *Liberté, Justice, Tolérance – Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, 2004, pp. 813 ss.

le «législateur» international anticipe quelque peu, voire largement, les évolutions. Arriver trop tôt, ce n'est pas l'idéal; arriver trop tard, c'est catastrophique. Il est clair qu'il faudra pas mal de temps encore avant que le juge international soit effectivement appelé à déclarer nuls des accords par suite de la violation du *jus cogens* consacré à l'article 53 de la convention de Vienne (1969); c'est mieux néanmoins que dénier dans l'immédiat toute validité à l'argument d'«ordre public».

Il est très remarquable à cet égard que les appels au *jus cogens* aient tendance à se multiplier dans la pratique contemporaine, en dépit des commentaires ironiques ou scandalisés qu'il suscite encore (trop) souvent. Cela tendrait à prouver que le déficit des valeurs et autres exigences fondamentales que manifeste la «communauté» internationale n'est pas si accusé que d'aucuns le prétendent, même si les opinions sont loin en la matière d'être toujours unanimes. Sans doute y a-t-il encore pas mal de chemin à parcourir avant que les unes et les autres soient pleinement reconnues, ce qui explique d'ailleurs que la communauté soit encore souvent (très) peu communautaire... C'est une autre chose d'évidence que vérifier si les techniques du droit international sont suffisantes pour conférer au *jus cogens* la place qui devrait lui revenir. Ce n'est pas seulement que les rouages institutionnels font défaut ou, du moins, sont défailants. Il en va en particulier ainsi pour le juge, dont la présence demeure réduite même si elle peut paraître parfois, en certaines matières, encombrante. C'est aussi, et peut-être surtout, que les techniques sur lesquelles s'appuie le «droit» du droit international public restent parfois (souvent) à ce point grossières qu'elles ne sont guère en mesure de conférer au *jus cogens* la résonance, l'amplitude qui devrait être la sienne. Comme ces instruments qui ignorent encore tout des musiques dont ils pourraient vibrer.