

REVUE GÉNÉRALE
DE
Droit International Public

TROISIÈME SÉRIE — TOME XL

TOME LXXV — 1971

POSITIVISME ET « JUS COGENS »

par

Charles De VISSCHER

Professeur à l'Université de Louvain

Président d'honneur de l'Institut de droit international

La convention de Vienne (1969) sur le droit des traités contient dans sa partie V les dispositions suivantes :

Article 53. — Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats 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.

Article 64. — Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

Article 66, litt. a). — Toute Partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les Parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage.

On s'accorde à reconnaître que par ces dispositions la Conférence de Vienne a entendu introduire dans le droit international positif la notion de normes impératives auxquelles les Etats contractants ne peuvent déroger, en d'autres termes d'un *jus cogens*.

Les nouveaux textes soulèvent deux questions principales :

Quelles furent dans le plan doctrinal les résistances auxquelles s'est heurtée l'instauration du *jus cogens* dans le plan de la codification et du développement progressif du droit des traités ?

Les textes adoptés apportent-ils des précisions d'une part, des garanties d'autre part qui dissipent les objections à l'introduction de cette notion ?

Il est admis que le pouvoir des Etats de conclure des traités est, en principe, illimité, cette liberté contractuelle leur permettant d'assigner à leurs accords un contenu quelconque. Le problème posé par la notion du *jus cogens* telle qu'elle fut présentée à la Commission du droit international d'abord, à la Conférence de Vienne ensuite, est de savoir si ce principe trouve dans le droit international général certaines exceptions. Ce qui revient à se demander si, à côté de l'immense majorité des normes qui sont simplement de droit dispositif, il existe des normes impératives auxquelles les Parties ne peuvent déroger même entre elles.

L'opposition au *jus cogens* était dans la ligne logique des tenants du positivisme, plus particulièrement du positivisme volontariste. Le délégué de la République fédérale d'Allemagne à la Conférence de Vienne, M. Groepper, a exactement situé le problème en observant que l'adoption de la notion d'un *jus cogens* « nécessite un réexamen de la doctrine positiviste ». Non pas que les positivistes aient toujours contesté l'existence ni même la nécessité de normes impératives et, à ce titre, indérogeables, que certains d'entre eux, tel Dionisio Anzilotti, ont expressément retenues (1). A vrai dire, la plupart acceptaient l'idée générale ; ils répugnaient à sa mise en œuvre, soit parce que l'idée leur paraissait comme étant d'elle-même suffisamment claire, soit parce qu'ils se contentaient de l'illustrer par quelques exemples qui, pour la plupart, n'étaient guère que des hypothèses d'école.

Ainsi s'explique le silence gardé à ce sujet par les auteurs qui, de près ou de loin, étaient influencés par la pensée positiviste. Fidèles à son inspiration dominante, ils n'admettaient pas que le contenu d'une convention pût être remis en question autrement que par les procédures qui avaient présidé à sa formation. Point de vue formaliste qui les portait à envisager les données morales et sociales extérieures à la formulation conventionnelle comme relevant d'un droit naturel dont ils ne voulaient rien entendre. Le positivisme volontariste ne méconnaissait pas « la nécessité de fonder le droit positif sur quelque principe métaphysique » (2) ; très généralement, il lui refusait toute pertinence au regard du

(1) *Cours de droit international*, pp. 96 et ss.

(2) D. Anzilotti, *Cours*, p. 45.

droit positif. Le fondement de l'obligation était sacrifié au critère d'une normativité formelle.

Le délégué de la République fédérale d'Allemagne, M. Groepper, a exactement caractérisé l'innovation que constitue l'adoption d'un *jus cogens* en observant :

« L'apparition de la notion de *jus cogens* en droit international est la conséquence directe de l'évolution sociale et historique qui a exercé une profonde influence sur le développement du droit international. Le rapprochement technique et la multiplication des liens entre les Etats ont créé une situation où la coexistence ordonnée devient impossible non seulement sans un certain ordre public international, mais aussi sans certaines normes concrètes auxquelles il ne soit pas permis de déroger. » (3)

L'obstacle véritable à l'introduction du *jus cogens* dans le droit international positif réside dans son indétermination et, par conséquent, dans son défaut d'effectivité. La Commission du droit international qui en avait accepté l'idée n'a pas hésité à reconnaître cette faiblesse en disant « qu'on ne dispose d'aucun critère simple qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens* ». Appréciation prudente qui l'avait conduite à penser « que la bonne solution consiste à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une règle de *jus cogens* et d'attendre que la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle ».

C'est un fait qu'au stade actuel de son élaboration le *jus cogens* pêche par une double insuffisance : absence de définition, défaut de garanties efficaces.

Absence de définition, car on ne peut vraiment considérer comme telle le rapport établi par l'article 53 entre normes impératives et normes auxquelles aucune dérogation n'est permise : ces notions interchangeables tiennent plus du cercle vicieux que d'une définition valable (4).

L'incertitude est particulièrement grande au sujet de normes impératives nouvelles qui surviendraient par la suite, venant ainsi à frapper de nullité tout traité existant en conflit avec elles (article 64 de la Convention).

(3) Compte rendu de la séance du 14 mai 1969.

(4) En ce sens : Charles Rousseau, *Droit international public*, 1970, t. 1, p. 151.

Une notion dont l'énoncé pêche par imprécision peut être éclaircie par la désignation des autorités à l'intervention desquelles elle est élaborée et se prêter par cette voie à son introduction dans le droit positif. La Convention de Vienne est loin d'avoir donné un sens précis à cette entité que son texte dénomme « communauté internationale des Etats dans son ensemble ». Cette entité reste sans signification définie en droit positif ; la communauté dont il est fait état est un ordre en puissance dans l'esprit des hommes ; dans les réalités de la vie internationale, elle en est encore à se chercher, elle ne correspond pas à un ordre effectivement établi.

Cette imprécision est-elle compensée dans le plan des garanties d'application, et plus spécifiquement dans celui du règlement des différends ? Au terme de très longs débats, la Conférence a eu le mérite de comprendre que l'introduction de notions aussi hardiment novatrices que les normes « impératives » et le *jus cogens* ne pouvait être abandonnée à l'appréciation individuelle des Etats et qu'il lui fallait tenter de mettre sur pied un mécanisme de règlement des différends qui viendraient à naître de l'application des articles 53 et 64. L'avenir dira ce que la pratique des Etats retiendra du système de l'article 66 qui prévoit la faculté pour toute Partie à un différend concernant le *jus cogens* de saisir par voie de requête la Cour internationale de Justice (5).

Au-delà des formules de Vienne le problème central demeure : qu'implique au juste l'assentiment au caractère impératif de certaines normes appartenant au droit international général ? Il faut poser la question dans les cadres de quelques notions bien établies.

Les normes qui bénéficient d'un assentiment général et qui, de ce fait, constituent par excellence le droit international général auquel l'article 53 fait référence sont les normes coutumières (6). Elles ont un trait commun : toutes procèdent d'une conception dominante, celle d'un ordre nécessaire et celui-ci découle lui-même d'une certaine représentation de valeurs. Mais ces valeurs ne se

(5) Sur tout le problème du règlement des différends, voir la bonne étude de M. René-Jean Dupuy, « Codification et règlement des différends ; les débats de Vienne sur les procédures de règlement », *Annuaire français de droit international*, 1969, p. 70.

(6) Aucune conclusion ne peut être tirée de l'article 53 du Traité quant au point de savoir si un traité multilatéral peut donner naissance à des normes de droit international général. L'affirmative paraît douteuse. On peut néanmoins penser que la notion de *jus cogens* étant conçue comme une notion évolutive, « la façon la plus probable de modifier une règle impérative sera l'adoption d'une règle contraire par voie de traité multilatéral général », Riccardo Monaco, *Recueil A.D.I.*, vol. 125 (1968), p. 212.

situent pas toutes à un même niveau. Si, dans la très grande majorité elles n'engendrent que du droit dispositif, il en est toujours quelques-unes, à la vérité peu nombreuses, mais suprêmes parce qu'essentielles, que les Etats qui participent à un certain ordre ne peuvent méconnaître même dans leurs rapports mutuels. Les normes dites « impératives » qui en procèdent reposent sur une *opinio juris* qui les place dans une catégorie supérieure, leur autorité l'emportant sur celle des normes ordinaires tenues pour simplement « obligatoires ». La norme coutumière se construit sur une pratique ; la norme impérative procède directement d'un jugement de valeur morale ou sociale. Seules ces normes indérogeables, valables en dehors de tout lien conventionnel (7) représentent le *jus cogens*. Sans être susceptibles d'une vraie définition, elles apparaissent liées à un ordre public international. On peut les considérer comme « l'expression la plus parfaite du droit international général » (8).

Mais arrivé ici, il faut bien franchir un pas de plus. Ayant constaté, comme nous venons de le faire, que l'appareil normatif esquissé par l'article 53 de Vienne ne suffit vraiment pas à décider de l'incorporation dans le droit positif de ces normes suprêmes que représente le *jus cogens*, on est conduit à passer du plan des sources formelles à celui du fondement moral et social du droit. Car on ne peut isoler la recherche des normes du plus haut rang de ce qui est la justification dernière du droit. Qu'on le veuille ou non, on parvient au seuil de « l'irréductible droit naturel ». Une fois de plus on est amené à constater avec Triepel, malgré ses attaches positivistes, que « le fondement de la validité du droit est en dehors du droit » (9) ; avec D. Anzilotti à reconnaître « la nécessité de fonder le droit positif sur un principe métaphysique » (10) ; avec A. Verdross que « le droit international positif, en tant que système de normes de droit objectif, ne se conçoit que si l'on présuppose l'existence d'au moins quelques normes qui ne sont pas de droit positif » (11) ; et finalement à saluer avec

(7) Cfr. l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif aux réserves à la Convention sur le génocide ; P. Guggenheim, *Traité* (2^e édition, 1970), t. I, p. 129.

(8) M. Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », *Annuaire français de droit international*, 1966, p. 15.

(9) *Droit international et droit interne*, pp. 80-81.

(10) *Cours*, p. 45.

(11) *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 21, et du même, « Forbidden treaties in International Law », *American Journal of International Law*, 1937, p. 571, et plus récemment : « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in International Law », *American Journal of International Law*, 1966, p. 55.

J.L. Brierly « dans une renaissance moderne des théories du droit naturel un avenir plein d'espoirs pour la science du droit » (12).

Cet aspect fondamental du *jus cogens* a été très bien vu et exprimé par M. Maresca, délégué de l'Italie à la Conférence de Vienne :

« La notion du *jus cogens* existait bien avant que la Commission du droit international ne formule l'article 50 (article 53 de la Convention) ; elle a de profondes racines dans le droit international et dans l'idée du droit naturel qui en est la source... Parmi les règles de droit coutumier, il y en a certaines, en nombre très restreint, qui ont un caractère de prééminence et qui sont précisément les règles de *jus cogens*. Il est significatif que l'existence de telles règles ait été reconnue dès 1914 par Anzilotti qui fut l'un des plus grands maîtres de l'école positiviste. » (13)

Une déclaration du représentant du Saint-Siège à la Conférence de Vienne, M. Dupuy, relève justement que « si le *jus cogens* ne doit pas être confondu avec le droit naturel, il le contient cependant ... les impératifs du droit naturel ont été ratifiés et consacrés par le droit positif sans perdre pour autant leur valeur de règles fondamentales répondant à une exigence de la conscience universelle. On peut même affirmer que cette intégration progressive du droit naturel dans le droit positif est hautement souhaitable » (14).

La lecture des auteurs qui se sont exprimés dans ce que l'on peut appeler l'atmosphère de la codification de Vienne est assez suggestive. De façon générale, leur attitude à l'égard du *jus cogens* reste réservée.

Mlle K. Marek, dans une bonne étude parue dans les *Mélanges Paul Guggenheim*, souligne les obstacles à l'introduction du *jus cogens* dans le droit positif ; elle entend néanmoins l'y contenir strictement et se montre radicalement opposée à tout recours au droit naturel.

Le professeur Paul Guggenheim (15) concède qu'il n'y a pas de raison d'ordre logique qui s'oppose à certains principes de *jus*

(12) *The Basis of Obligation in International Law*, p. 67. Le problème a été traité en relation avec l'existence d'un ordre public international ; cfr. négativement : P. Guggenheim, *Traité* (1^{re} édition), t. I, pp. 57-58, mais en sens contraire : Henri Rolin, « Vers un ordre public réellement international », dans le recueil *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, p. 454.

(13) Compte rendu de la séance du 12 mai 1969.

(14) Cfr. Paul Reuter, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Dossiers U2, 1970, p. 85. La déclaration citée au texte propose de dégager en matière d'interprétation du *jus cogens* le dénominateur commun que pourrait fournir la primauté des droits de l'homme.

(15) *Traité*, 2^e édition, t. I (1967), pp. 128-129.

cogens, mais relève la difficulté d'en accepter la notion dans le cadre de la procédure actuelle de création du droit des gens.

Le professeur A. Verdross (16) se rallie sans peine à l'initiative de la Commission du droit international qui tend à consacrer des idées dont il est, depuis longtemps, l'infatigable défenseur.

Le professeur René-Jean Dupuy (17), dans une excellente étude sur les débats de Vienne et les procédures de règlement, souligne avec raison l'esprit moralisateur de la codification de Vienne en opposant son inspiration au « droit essentiellement formel et procédural issu d'un positivisme rigoureux ».

Le juge Riccardo Monaco (18) estime que la catégorie du *jus cogens* ne répond pas à l'heure actuelle à la conscience juridique internationale, mais paraît disposé à utiliser la notion « parallèle » d'un ordre public international tel que le conçoit par exemple Henri Rolin. Par ailleurs, il constate avec raison combien, posée sur le terrain de la pratique, l'idée théorique du *jus cogens* s'éloigne de sa réalité concrète.

Dans son nouveau *Droit international public* (1970) le professeur Charles Rousseau (19) relève à bon droit les insuffisances de la rédaction de la convention de Vienne dont l'article 53 « rend le débat insoluble », à moins, ajoute-t-il, « de faire appel à des considérations de droit naturel ». L'éminent auteur ne cache d'ailleurs pas que « loin de s'effacer, la tradition du droit naturel a repris de nos jours un regain de vigueur » et signale, notamment dans la doctrine italienne, « une incontestable réaction anti-positiviste ».

Par l'introduction d'un *jus cogens*, la Conférence de Vienne a posé, en des termes de clarté nouvelle, le grand débat qui, depuis près d'un siècle, a dominé les positions doctrinales fondamentales. Au-delà des objections d'ordre technique, le *jus cogens* tend à placer au-dessus du pouvoir certaines valeurs supérieures, particulièrement celles qui tendent à l'instauration d'un ordre international respectueux des fins humaines. L'avenir dira dans quelle mesure la convention de 1969 aura tracé sa voie dans le droit positif.

(16) « *Jus dispositivum and jus cogens* », *Am. J. of int. law*, 1966, pp. 55 et ss.

(17) *Annuaire français*, 1969, p. 70.

(18) *Recueil des Cours A.D.J.*, vol. 125 (1968), pp. 202-212.

(19) N° 130-131 ; n° 14, note 2, p. 15.