

Le *jus cogens* ne sort jamais du garage

Djamchid Momtaz *

Pour mettre en exergue le peu d'application pratique du *jus cogens*, le professeur Ian Brownlie le comparait, en 1985, à un véhicule qui ne sort que rarement du garage. Se trouvait visé par cette métaphore le *jus cogens* contractuel tel que conceptualisé par la Convention de Vienne sur le droit des traités conclus entre les Etats ainsi que celle consacrée aux traités entre Etats et organisations internationales et entre organisations internationales. Conformément à ces instruments, serait nul tout traité qui, au moment de sa conclusion ou ultérieurement, se trouverait être en conflit avec une norme de *jus cogens* étroitement définie comme une norme de droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble et à laquelle aucune dérogation n'est permise. A ce jour, aucune application du *jus cogens* contractuel n'a pu être constatée. Néanmoins, la métaphore précitée mérite d'être revisitée. En effet, suite à la contamination d'autres branches du droit international, plusieurs applications initialement non envisagées sont répertoriées.

Ainsi en est-il des actes unilatéraux émanant des Etats et des organisations internationales dont la nécessaire conformité avec les normes de *jus cogens* est indubitable. Il n'est en effet guère imaginable que les Etats et les organisations internationales soient tenus de se conformer à une norme de *jus cogens* lors de la conclusion d'un traité et qu'ils en soient dispensés quand ils émettent un acte unilatéral. D'ores et déjà, dans plusieurs domaines, l'incompatibilité des actes unilatéraux avec une norme de *jus cogens* a été relevée et dénoncée. Dans l'affaire Soering, la Cour européenne des droits de

* Professeur à l'Université de Téhéran. Membre de l'Institut de droit international.

l'homme a jugé que l'interdiction de la torture, norme de *jus cogens*, devait l'emporter sur une obligation conventionnelle d'extrader si l'Etat vers lequel une personne est extradée risque d'être soumise à la torture. De son côté, le Comité des droits de l'homme, organe de contrôle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a estimé dans son Observation générale n° 24 qu'une réserve contraire à une norme de *jus cogens* ne serait pas compatible avec l'objet et le but de cet instrument et, de ce fait, serait considérée comme nulle et de nul effet. En dépit des sévères critiques que cette Observation a suscitées, il reste qu'une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une telle norme ne peut exclure ou modifier l'effet juridique d'un traité d'une manière contraire à cette norme. De même, les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte aux obligations internationales résultant de normes de *jus cogens*, telles celles de ne pas recourir à l'emploi de la force ou concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme. L'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes dans les affaires Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation confirme cette assertion. Selon la Cour, l'acte communautaire portant application d'une résolution du Conseil de sécurité devrait être conforme aux normes de *jus cogens*. Les débats suscités au sein du Conseil de sécurité par cet arrêt ont été à l'origine de l'adoption de la Résolution 1904 par laquelle cet organe prévoit des mesures en vue de s'assurer que les droits fondamentaux des personnes qu'il ciblera seront respectés par le Conseil en toutes circonstances.

L'exigence de la conformité d'un acte unilatéral avec les normes de *jus cogens* s'est étendue au droit de la responsabilité. La reconnaissance d'Etat, acte unilatéral par excellence, d'une situation créée suite à la violation d'une norme de *jus cogens* ne pourra dès lors être considérée comme étant valide. Il en va ainsi des mutations territoriales obtenues par la force et souvent au mépris du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Dans ce contexte, les actes de reconnaissance qui s'accompagneraient nécessairement de certains actes matériels seraient eux-mêmes considérés comme incompatibles avec une norme de *jus cogens* et frappés à leur tour de nullité. En revanche, l'obligation de non reconnaissance d'un Etat créé suite à une

violation d'une norme de *jus cogens* est sujet à controverse à moins d'être imposée par une décision du Conseil de sécurité.

Corollaire de l'obligation de non reconnaissance des mutations territoriales obtenues par la force, l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à leur maintien n'est pas contestée. Obligation positive dont l'efficacité, en tant que sanction de l'illégalité, est incontestablement supérieure à celle de l'obligation négative de non reconnaissance. Suite à la violation de normes de *jus cogens*, de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité ont imposé aux Etats et organisations internationales l'obligation de ne pas reconnaître les situations qui en résultent et de ne pas porter aide et assistance à leur maintien. La C.I.J. a fait de même. Par les avis qu'elle a rendus dans les affaires de la Namibie et du mur édifié en territoire palestinien occupé, la Cour demande à tous les Etats de ne pas reconnaître les situations y existantes qu'elle qualifie d'annexions de fait et de ne pas prêter aide et assistance à leur maintien. En réalité, dans ce genre de situations, les Etats se sont contentés de ne pas les reconnaître et de ne pas donner suite à la deuxième obligation, préférant donner la priorité à leurs intérêts économiques et politiques aux dépens de la légalité internationale. A plusieurs reprises, la jurisprudence internationale a condamné les Etats ayant agi en violation de cette obligation. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans deux affaires distinctes, que l'exportation vers l'Union européenne de produits en provenance des territoires palestiniens occupés et du Sahara occidental occupé par le Maroc contribuait à consolider le maintien des situations illégales qui perdurent dans ces deux territoires. Dans les deux cas, la Cour a suivi la jurisprudence de sa devancière la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire relative à l'exportation vers ces mêmes pays de produits en provenance des territoires administrés par l'entité sécessionniste de Chypre du Nord.

Une autre conséquence de la hiérarchie des normes, à savoir la distinction conceptualisée par la C.I.J. dans l'affaire *Barcelona Traction* entre les obligations bilatérales et celles dues à la communauté internationale, dites obligations *erga omnes*, a suscité à son tour une nouvelle application du *jus cogens*. Se référant à sa jurisprudence antérieure, la Cour a estimé, dans l'affaire des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader,

que les obligations que la Convention contre la torture impose sont des obligations *erga omnes* et que tous les Etats parties ont un intérêt commun à veiller à ce qu'aucun tortionnaire ne puisse bénéficier de l'impunité. Il semble que cette décision ait encouragé et déterminé les Iles Marshall à déposer devant la C.I.J. des requêtes introductives d'instance contre les Etats dotés d'armes nucléaires. Cet Etat se fonde sur la nature *erga omnes* de l'obligation figurant dans le Traité de non prolifération nucléaire de mener à bien par des négociations le désarmement nucléaire. Toutefois, dans cette affaire, il y a peu à parier que la Cour tombe sous le charme du *jus cogens*. Sa jurisprudence antérieure révèle en effet qu'elle est consciente de la nécessité de la présence de garde-fous contre le *jus cogens* afin d'éviter qu'il ne contamine les vieilles institutions du droit international comme le consensualisme judiciaire et l'immunité, autre institution bien établie en droit international coutumier.

. Dans le passé, la C.I.J. avait déjà eu l'occasion, dans trois affaires, à savoir Timor oriental, Compétence en matière de pêcheries et Activités armées sur le territoire du Congo, de préciser que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* où des règles de *jus cogens* sont en cause ne constitue pas en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties au différend. Il en va de même de l'immunité de l'Etat et des gouvernants en exercice. Dans l'affaire Immunités juridictionnelles de l'Etat ainsi que dans celle du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, la C.I.J. a estimé que le simple fait que des normes de *jus cogens* soient violées n'affectait pas l'immunité dont jouissent en droit international l'Etat et ses représentants.

Enfin, la nature impérative des dispositions incluses dans un instrument ne saurait être invoquée pour l'imposer à un Etat successeur sans son accord. Ici, ce sont les Etats eux-mêmes qui se sont opposés à la succession automatique à cette catégorie de traités initiée par le Comité des droits de l'homme et le Comité international de la Croix-Rouge.

Toutefois, il ne faudrait pas pour autant conclure que toute autre tentative de sortie de garage du *jus cogens* sera vouée à l'échec. Rien n'empêche en effet que la contamination du droit international par le *jus cogens* se poursuive par la voie conventionnelle. En effet, lors de l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats

et de leurs biens cela a bien été envisagé s'agissant de l'immunité de l'Etat ayant violé des normes de *jus cogens*. Tout dépendra en définitive de la volonté des Etats. Ceux-ci restent les gardiens incontestés du portail du garage, dont l'ouverture réglementée et contrôlée par eux pourra mieux assurer un développement harmonieux du droit international.