

Faculté de droit et de criminologie

**La perception constitutionnaliste
du *Jus cogens* face aux dimensions
systémique et contextuelle du
concept**

Auteur : DRAOU Anis

Promoteur : Pr. RADI Yannick

Année académique 2022-2023

Master en droit, à finalité spécialisée : Droit européen

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma gratitude.

Tout d'abord, je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à mon superviseur de mémoire, Professeur Yannick RADI. Je le remercie de m'avoir encadré, orienté, aidé et conseillé.

Je désire aussi remercier mes parents, mes amis et spécialement Hendrick qui m'ont apporté leur soutien moral et intellectuel tout au long de ma démarche.

Un grand merci à Julie, ma tante Lila et ma sœur pour leurs conseils concernant mon style d'écriture, elles ont grandement facilité mon travail.

Introduction	1
Titre 1. Constitutionnalisme et <i>Jus cogens</i>	3
Chapitre 1. Rétrospective historique sur le <i>Jus cogens</i> et le projet cosmopolite	5
Section 1. Les origines du <i>Jus cogens</i>	5
Section 2. Le projet cosmopolite et ses liens avec le <i>Jus cogens</i>	7
Sous-section 1. La place d'Emmanuel Kant	7
Sous-section 2. Les membres de l'école de Vienne comme bâtisseurs de la pensée actuelle	8
Sous-section 3. Les penseurs constitutionnalistes récents	11
Chapitre 2. Le paradigme constitutionnaliste.....	15
Section 1. Les éléments théoriques du constitutionnalisme	15
Sous-section 1. La constitutionnalisation de l'ordre juridique international.....	15
Sous-section 2. Les grands principes de l'école de la Communauté internationale.....	17
Section 2. Existe-t-il un ordre juridique international « constitutionnel » ?	19
Titre 2. Critique de la conception constitutionnaliste du <i>Jus cogens</i>	24
Chapitre 1. Qu'est-ce que le <i>Jus cogens</i> sous sa dimension systémique ?.....	24
Section 1. Les trois visions sur le <i>Jus cogens</i> selon l'école de la Communauté internationale	25
Sous-section 1. Le <i>Jus cogens</i> comme ordre public international	25
Sous-section 2. Le <i>Jus cogens</i> comme règle constitutionnelle de l'ordre juridique international.....	26
Sous-section 3. Le <i>Jus cogens</i> comme ayant une supériorité hiérarchique au sein du droit international.....	27
Section 2. L'effet prétendu du droit impératif sur le droit des immunités	29
Section 3. Perception alternative du <i>Jus cogens</i> dans sa dimension systémique	31
Sous-section 1. La nécessité de distinguer l'ordre public international et la notion de <i>Jus cogens</i>	31
Sous-section 2. Le <i>Jus cogens</i> comme technique juridique du droit positif	34

Chapitre 2. Qu'est-ce que le <i>Jus cogens</i> dans sa dimension contextuelle ?	36
Section 1. Position et pratique des Etats vis-à-vis du <i>Jus cogens</i>	36
Sous-section 1. Commentaires sur la Convention de Vienne de 1969.....	37
Sous-section 2. Commentaires des Etats concernant le projet de conclusion sur les normes impératives de la Commission du droit international.....	38
§1. La nature générale des normes impératives	38
§2. Absence d'effet des réserves aux traités sur les normes impératives.....	39
§3. Norme de règlement de conflit de lois entre le droit coutumier et une norme impérative	40
§4. Obligations créées par des actes des organisations internationales en conflit avec le <i>Jus cogens</i>	41
Sous-section 3. La pratique des Etats vis-à-vis du droit des immunités	42
§1. La pratique au sein des ordres nationaux	42
§2. La pratique au sein des traités internationaux	44
Sous-section 4. Le cas Abu Ghraib	45
§1. Contexte des événements	46
§2. Les crimes au sein de la prison.....	48
§3. Les conséquences des crimes commis	49
Section 2. Le <i>Jus cogens</i> dans la pratique des Cours et Tribunaux.....	51
Sous-Section 1. La position de la Cour internationale de Justice	51
§1. Avis consultatif <i>Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i>	51
§2. Arrêt <i>Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)</i>	52
§3. Arrêt <i>Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)</i>	53
§4. Arrêt <i>Activités Militaires et paramilitaires du 27 juin 1986 (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)</i>	53
§5. Arrêt <i>Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)</i>	54

§6. Avis consultatif <i>Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé</i>	55
§7. Arrêt <i>Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Rwanda)</i>	56
§8. Arrêt <i>Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)</i>	57
§9. Arrêt <i>Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)</i>	59
Sous-section 2. La position des Cours supranationales européennes.....	60
§1. Cour de Justice de l'UE arrêt <i>Kadi et Barakaat International Foundation</i>	60
§2. Cour européenne des Droits de l'Homme arrêt <i>Al-Adsani c. Royaume-Uni</i>	61
§3. Cour européenne des Droits de l'Homme arrêt <i>Al-Jedda c. Royaume-Uni</i>	62
Section 3. Que peuvent nous enseigner ces positions et pratiques ?	63
Conclusion.....	68
Bibliographie	71

Introduction

Au sein du monde juridique, une tendance s'observe où la plus grande majorité s'accorde pour voir dans le *Jus cogens* les normes aux valeurs les plus fondamentales pour la Communauté internationale. Il lui est accordé une place hiérarchiquement supérieure aux autres règles et normes du droit international général¹. Parmi ces personnes, les constitutionnalistes ont la croyance que cette valeur absolue permettrait de lui donner des applications et des effets quasi illimités². Leur perception du *Jus cogens*³ s'ancre dans un projet politique cosmopolite promoteur de la démocratie, de l'Etat de droit et du respect des droits humains. Or, bien que l'aspect « fondamental » du concept soit reconnu, tant dans la pratique des Etats que de celles des Cours et tribunaux, une direction s'impose pour ne reconnaître que les effets qui lui sont attribués par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et le Traité sur la responsabilité de l'Etat pour les faits internationalement illicites de 2001. Cette position sur les effets limités du concept est d'autant plus marquante lorsque la Cour internationale de Justice a rappelé à l'ensemble du monde que le *Jus cogens* n'était pas à lui seul suffisant pour lever les immunités⁴.

Nous réalisons que la théorie constitutionnaliste présente des limites quant à sa capacité d'expliquer les phénomènes de l'ordre juridique international. Cette critique ne va pas à l'encontre de ce paradigme car toute théorie présente ses propres défauts lorsque l'on souhaite l'appliquer au réel. En tout état de cause, nous reprenons le vocabulaire constitutionnaliste lorsque nous développons les dimensions systémique et contextuelle du concept. Pour faciliter la compréhension du lecteur, nous notons d'emblée que nous mettons en synonyme les notions d'ordre constitutionnel, principes constitutionnels et ordre public (international). À la différence des ordres juridiques nationaux où l'ordre public est l'ensemble des valeurs morales d'un corps social exprimées en valeurs juridiques sur lesquels l'Etat orientera son droit positif pour écarter les volontés privées⁵, l'ordre international n'autorise pas la référence à une morale

¹ Commission du Droit International, « Deuxième rapport sur le *jus cogens*, présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 1^{er} mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017, p. 11, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

² C. FOCARELLI, « Promotional *Jus Cogens* : A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, 2008, p. 430 ; Th. KLEINLEIN, « *Jus Cogens* as the 'Highest Law' ? Peremptory Norms and Legal Hierarchies », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2015, p. 175.

³ Nous mettons une majuscule au terme « *jus cogens* » dès que nous souhaitons parler du concept, de l'idée. Au sein de ce travail, le terme est aussi employé sans majuscule. Dans ce cas, nous parlons uniquement de l'attribut d'une norme internationale.

⁴ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012.

⁵ J.-F. ROMAIN, « L'ordre public et les droits de l'homme », *L'ordre public : Concepts et applications*, Watté, N. (dir.) Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 10-11 ; F. TERRÉ, « Rapport Introductif », *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Revet, Th. (dir.), Paris, Editions Dalloz, 1996, p. 3.

universelle commune qui guiderait l'action internationale. Au sein de cet ordre, nous considérons les différents concepts mis en synonyme comme les règles organisant *a minima* l'ordre juridique afin que des relations juridiques entre les Etats puissent exister.

Nous reprenons dans ce travail la dichotomie de A. Bianchi concernant le *Jus cogens* en considérant qu'il peut être analysé sous deux angles : sa dimension systémique et sa dimension contextuelle⁶. Dans ce mémoire, nous tentons de mettre face à face le concept sous l'angle constitutionnaliste et ce qu'il représente pour le système, d'une part, et la manière dont les acteurs internationaux en font usage, d'autre part.

Notre travail est divisé en deux titres. Nous commençons par mettre en lien le Constitutionnalisme et le *Jus Cogens* (Titre 1). Au cœur de ce titre, nous revenons aux sources historiques du *Jus cogens* et du projet cosmopolite (Titre 1 - Chapitre 1). Nous enchaînons avec un développement des éléments théoriques du paradigme constitutionnaliste sous ses différents aspects pour nous attarder par la suite sur la question de l'existence d'un ordre juridique « constitutionnel » au niveau international (Titre 1 - Chapitre 2). Ensuite, nous faisons l'examen de cette vision du *Jus cogens* face aux dimensions systémique et contextuelle du concept dans l'ordre juridique international (Titre 2). Sous la dimension systémique, nous développons la première partie autour des différentes conceptions constitutionnalistes à propos de la notion. La seconde partie s'attarde à les confronter à ce que nous pensons être cette dimension systémique au vu de l'ordre international dans lequel les Etats évoluent (Titre 2 - Chapitre 1). Sous la dimension contextuelle, nous nous penchons sur la pratique des Etats concernant le *Jus Cogens* et nous examinons les arrêts pertinents de la Cour internationale de Justice, de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Nous en tirons des conclusions générales à leur suite (Titre 2 - Chapitre 2).

⁶ A. BIANCHI, « Human Rights and the Magic of Jus Cogens », *The European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 491-508.

Titre 1. Constitutionalisme et *Jus cogens*

Nous mettons en lien dans ce titre le Constitutionalisme et le *Jus cogens* dû au projet même de cette théorie. Ce paradigme est un projet politique promouvant une société internationale légale, au minimum verticalement intégré par les normes, où l'ordre juridique international est construit sur la base d'une Morale⁷. Cette conception, malgré certains éléments autonomes par rapport au droit public national, est issue d'une translation des éléments des démocraties libérales-bourgeoises vers l'ordre juridique international afin d'en expliquer les phénomènes⁸ (Chapitre 1). Par ce transfert de concepts, l'objectif est de reconstruire au sein de l'ordre juridique international ce qui est connu par ces juristes dans leur ordre juridique national. Comme nous l'expliquons *infra*, le Constitutionalisme peut prendre différentes formes (Chapitre 2). Il y a autant de nuances de Constitutionalisme qu'il y a d'auteurs de doctrine. Cependant, cette dichotomie n'est pas imperméable puisque les caractéristiques propres à chacun des sous-mouvements et la dynamique sociétale favorisée par ce paradigme restent pour l'essentiel identiques. Dans l'ensemble, ce projet politique soutient une communauté morale universaliste basée sur les droits de l'homme tout en se trouvant appuyée en droit par une organisation institutionnelle hiérarchisée⁹. Pour légitimer ce système, les constitutionnalistes font appel aux aspects classiques de la démocratie : l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs, le contrôle judiciaire, la transparence, l'équité et la subsidiarité¹⁰.

A travers ce titre, nous offrons une place importante au développement institutionnel proposé par la pensée constitutionnaliste, et ceci de manière légitime. Ces auteurs, en reprenant les thèmes et le système de penser du droit public et constitutionnel national, analysent les phénomènes de l'ordre international comme se déroulant au sein d'un système légal¹¹. En conséquence, le *Jus cogens* y tient la place capitale de gardien de son intégrité. Sous ce prisme,

⁷ J. von BERNSTORFF, « Hans Kelsen and The Return of Universalism », *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, A., Hoffmann, F. et Clark, M. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 206 ; J. HABERMAS, « The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society », *Constellations*, Vol. 15, 2008, pp. 444-455 ; G. ARANGIO-RUIZ, « The 'Federal Analogy' and UN Charter Interpretation : A Crucial Issue », *European Journal of International Law*, 1997, pp. 1-28. ; B. FASSBENDER, *The United Nations charter as the constitution of the International Community*, Leiden, Nijhof, 2009.

⁸ Ch. E. J. SCHWÖBEL, « Situating the Debate on Global Constitutionalism », *ICON*, Vol. 8, 2010, pp. 611-635.

⁹ N. WALKER, *Making a World of Difference ? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law*, Badia Fiesolana, European University Institute, 2005, pp. 4-6.

¹⁰ A. BIANCHI, *International Law Theories : An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, Oxford University Press, 2016 ; A. PETERS, « Compensatory constitutionalism : the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 583.

¹¹ M. KOSKENNIEMI, « Between Coordination and Constitution : International Law as a German Discipline », *Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, Palonen, K. (dir.), Münster, Lit Verlag, 2011, p. 64

la manière la plus répandue de théoriser le *Jus cogens* est de le comprendre comme ordre public international (*cfr.* Titre 2 – Chapitre 1). La Communauté internationale étant régie par une éthique universelle, les valeurs fondamentales telles que l'interdiction de la torture ou la prohibition de l'esclavage sont les prérequis à cette communauté leur octroyant un statut « hiérarchiquement supérieur ». Cela entraînerait plusieurs conséquences au sein de cet ordre. D'abord, les normes impératives permettraient d'invalidier des traités leur étant contraires. Ensuite, elles serviraient de normes de conflits de lois dans le cas où deux normes contraires seraient applicables. Enfin, elles permettraient de nier les immunités diplomatiques et de l'Etat en cas de violation de ces normes.

Dans ce titre, nous abordons les liens entre la théorie constitutionnaliste et le *Jus cogens* sous deux angles. Via le premier, nous parcourons l'Histoire afin d'y observer les liens entre le droit impératif et le constitutionnalisme compris comme un projet cosmopolite (Chapitre 1). Via le second, plus théorique, nous abordons les points conceptuels les plus saillants du paradigme (Chapitre 2).

Chapitre 1. Rétrospective historique sur le *Jus cogens* et le projet cosmopolite

Ce chapitre est divisé en deux sections. D'abord nous entreprenons d'apporter un éclairage rétrospectif sur les origines du *Jus cogens* (Section 1). Ensuite, nous abordons de manière chronologique le projet cosmopolite sous l'angle de différents auteurs (Section 2).

Section 1. Les origines du *Jus cogens*

Le concept de *Jus cogens* remonte au droit romain où il était un concept de droit national. Le corpus normatif y était divisé en deux groupes de normes : les normes impératives ou *jus publicum* et les normes dérogeables ou *jus dispositivum*¹². À cette époque et comme nous le connaissons encore aujourd'hui, « les normes impératives empêchaient la liberté contractuelle des parties d'établir des relations conventionnelles à l'encontre de la prescription impérative »¹³. L'objectif de ce corpus péremptoire était de garantir l'unité du droit public romain. Les parties pouvaient déroger à certaines normes par contrat mais elles devaient le respect au droit public impératif. En cas de violation de ces normes, une des parties pouvait en demander l'annulation par un tribunal. Et lorsque le caractère péremptoire n'était pas clair, le tribunal avait la charge de le déterminer en suivant la formule *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*¹⁴.

On retrouve cette idée de non-dérogação dans les écrits de Grotius ou d'Emer de Vattel. Dans son livre *De jure Belli ac Pacis*, Grotius sème des références multiples à un droit immuable que l'auteur considère comme Droit naturel transcendantal¹⁵. Tout en développant la pensée de Grotius¹⁶ dans son ouvrage *Le droit des gens*, de Vattel parle d'un ensemble de normes qui seraient hors de portée de la volonté des Etats lors de la conclusion de traités¹⁷. Au cours des siècles suivants, cette même idée de non-dérogeabilité, avec une invalidation du traité, se retrouve dans les écrits d'autres auteurs comme Pasquale Fiore ou encore David Dudley Field¹⁸. Néanmoins, ce mouvement de pensée dans la doctrine ne s'est pas forcément reflété dans les premiers de projets de codification du droit des traités. Sur ce dernier, ni le projet de 1935 de

¹² ALEXIDZE, L., « Legal nature of *Jus Cogens* in contemporary International Law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1981, p. 233, disponible sur : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024727780_02.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Textuellement cela signifie « le droit public ne peut être modifié par accord privé ». Voir : ALEXIDZE, L., *op. cit.*, 1981, p. 234.

¹⁵ Commission du Droit International, « Premier rapport sur le *jus cogens*, présenté par Dire Tladi, Rapporteur spécial », 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 10 disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

¹⁶ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 11

¹⁷ D. COSTELLOE, *Legal consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 8.

¹⁸ D. COSTELLOE, *op. cit.*, 2017, p. 8.

Harvard ni la convention adoptée par la sixième conférence des Etats américains n'a prévu la considération de normes impératives comme base pour invalider un traité¹⁹. Toutefois, cette approche issue du droit naturel n'a pas été effacée par l'approche positiviste dominante au cours du 19^e siècle. D'abord, parce que ce droit immuable indérogeable reste ancré chez certains auteurs comme un idéal d'éthique et de justice auquel les positivistes sont attachés²⁰. Ensuite, dans la période de l'entre-deux-guerres, cette doctrine de normes impératives a repris une place plus importante avec notamment l'adoption du Pacte de la Société des Nations²¹.

Bien qu'il soit difficile de dater précisément le moment où cette idée de non-dérogeabilité a été formellement liée au terme *Jus cogens* comme défini par la Convention de Vienne de 1969²², nous pouvons tout de même faire état de l'emploi du terme dans deux décisions. La première est la décision arbitrale *Pablo Najera (France c. Mexique)*²³. En question préliminaire, l'affaire se portait sur l'obligation faite par le Pacte de la Société des Nations d'enregistrer les traités où la sanction était l'invalidité des traités en violation de cette obligation. Le président de la commission d'arbitrage a jugé que cette obligation est non dérogeable en se référant au *Jus cogens*²⁴. La seconde est l'opinion individuelle du juge Schücking dans l'affaire *Oscar Chinn* devant la Cour permanente de Justice internationale²⁵. En l'espèce, le juge Schücking considérait qu'il y a déjà eu à l'époque des possibilités de considérer un traité nul. Il en cite deux, d'une part l'invalidité pour cause de contrariété aux bonnes mœurs, d'autre part, l'invalidité dans le cas où une convention a un vice dès l'origine de sa conclusion²⁶.

¹⁹ D. COSTELLOE, *op. cit.*, 2017, p. 8.

²⁰ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 12.

²¹ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 13.

²² D. COSTELLOE, *op. cit.*, 2017, p. 8.

²³ Tribunal d'arbitrage, affaire *Pablo Najera (France c. United Mexican States)*, 19 octobre 1928, p. 470.

²⁴ D. COSTELLOE, *op. cit.*, 2017, p. 9.

²⁵ M. SCHÜCKING, opinion individuelle sous Cour permanente de Justice internationale, arrêt *Oscar Chinn*, 12 décembre 1934, p. 148.

²⁶ M. SCHÜCKING, opinion individuelle sous Cour permanente de Justice internationale, arrêt *Oscar Chinn*, 12 décembre 1934, p. 150.

Section 2. Le projet cosmopolite et ses liens avec le *Jus cogens*

Sous-section 1. La place d'Emmanuel Kant

Nous relierons l'ensemble de la pensée constitutionnelle cosmopolite, comme elle s'articule de nos jours, aux idées d'Emmanuel Kant. Il part d'un postulat très Hobbesien qui est le suivant : « un Etat, comme personne morale, est considéré comme vivant en relation avec un autre Etat dans des conditions de liberté naturelle et donc dans une condition de guerre constante »²⁷. Du fait du développement westphalien, tous les Etats sont identiquement souverains. Le Droit International s'y développe et s'y cristallise sous forme de coutumes ou de traités. Sous cet ordre, il n'existe alors pas d'autorité supérieure qui viendrait rappeler à l'ordre, voire sanctionner, les Etats ne respectant pas ces règles. Le coût de cette souveraineté entraîne que le recours à la guerre correspond à un mécanisme de régulation des relations interétatiques.

Etant un admirateur des révolutions françaises et états-unienne, Kant pense qu'il faut intégrer les différentes libertés individuelles qui en découlent dans l'ordre juridique international. Il renverse alors le paradigme de l'époque. Au lieu des Etats, il met les individus au centre. Par cela, il vise la création d'une « République mondiale »²⁸. Les citoyens deviennent aussi « des membres d'une communauté d'Etats cosmopolites » à la place d'être seulement des citoyens passifs de ces Etats²⁹. Cette communauté cosmopolite prendrait la forme d'un Etat fédéral global. Pour l'expliquer d'une manière anachronique, l'objet de sa philosophie serait l'établissement d'une organisation encore plus intégrée que l'Union européenne en ce sens qu'elle couvrirait l'ensemble des domaines du politique tout en étant au niveau global. Le dernier pilier de sa pensée libérale, ce sans quoi l'intégration resterait incomplète, est l'établissement d'interdépendance économique entre les différents états³⁰. L'objectif principal de la « paix perpétuelle » de Kant est de limiter une partie de la volonté des Etats via l'implémentation d'un Droit³¹ universel³². Malgré tout, bien conscient de l'utopie de son idée, Kant affirme que l'ordre juridique international doit tendre vers cela en organisant un forum permanent pour les Etats dans lequel ils pourraient discuter.

²⁷ E. Kant, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 114.

²⁸ J. HABERMAS, « Does the Constitutionalization of International Law still have a Chance ? », *The Divided West*, Cambridge, Polity Press University, 2006, pp. 121-123.

²⁹ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2006, pp. 115-193.

³⁰ B. RUSSETT, « Liberalism », *International Relations Theories : Discipline and Diversity*, Dunne, T., Kurki, M. et Smith, S. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 76.

³¹ Nous usons d'une majuscule pour le terme « droit » lorsque l'on souhaite parler du concept, de l'idée.

³² J. von BERNSTORFF, *The public international law theory of Hans Kelsen : believing in universal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p.17.

Sous-section 2. Les membres de l'école de Vienne comme bâtisseurs de la pensée actuelle

Bien que l'analyse kantienne de l'ordre juridique international ait été quelque peu modifiée, cette perspective universaliste a été reprise par Kelsen et son école de Vienne. Contrairement à Kant qui souhaite l'écartement de l'usage de la force, le fondateur de l'école de Vienne a considéré que celle-ci permet de mettre à exécution le Droit international. La mise en place de ce droit obligatoire via la coercition a pour objectif d'aider la construction d'un ordre international basé sur la paix³³. Néanmoins, pour considérer l'ordre juridique international comme une « communauté juridique » sous l'angle kelsenien, il aurait fallu que les raisons pour l'usage de la force soient juridicisées. Or, déjà à l'époque du début de ses écrits, la pratique des Etats concernant son usage se voit tout doucement entourée d'un cadre légal. Tout d'abord, nous avons en 1907 la Convention Drago-Porter qui impose une restriction à l'usage de la force dans le recouvrement des dettes contractuelles sous couvert de l'acceptation d'un règlement arbitral par l'Etat débiteur. Ensuite, avec la Société des Nations (SDN), les Etats parties ont vu l'usage de la force préconditionné au respect des dispositions de la Convention. Dès lors, il a dû y avoir un recours à l'arbitration ou au Conseil de la SDN, moyennant un certain délai, avant de pouvoir effectivement faire usage de la force³⁴. Enfin, le pacte Briand-Kellog de 1928 prohibe la guerre sans forcément interdire l'usage de la force. La volonté première a été d'internationaliser une dispute³⁵. Dans les cas où un des Etats partie à la dispute n'a pas respecté son obligation de résoudre pacifiquement le litige, l'autre Etat a pu justifier la suspension de son obligation de ne pas user de la force.

Dans l'ordre juridique international ainsi défini, Kelsen et Kunz ont vu les prémices de l'établissement de la « République mondiale » de Kant bien qu'ils l'ont considéré comme primitif car les trois branches du pouvoir étaient exercées de manière décentralisée. Toutefois, Kelsen a affirmé qu'au moment de ses écrits, l'architecture internationale n'est pas celle de ce monde totalement unifié³⁶. Développant une idée du droit « pure », les considérations de ce qu'est la Communauté internationale à cette époque intéressent très peu Kelsen car elles empêcheraient d'atteindre l'étude du droit comme une science. Dès lors « la précondition empirique minimum pour la théorie du Droit universel était l'existence dans le réel des normes de droit international pour ce qu'elles sont »³⁷.

³³ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 84.

³⁴ Pacte de la Société des Nations, fait à Paris le 28 juin 1919, *Journal Officiel de la Société des Nations*, février 1920, articles 11 à 16.

³⁵ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 89.

³⁶ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 109.

³⁷ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 111.

Kelsen, von Verdross et Kunz partagent l'idée d'une vision moniste entre le Droit domestique et le Droit International avec la primauté de ce dernier³⁸. Concernant Kelsen, il a pour postulat épistémologique que le système est unitaire. Reprenant la distinction *Sein/Sollen*, Kelsen établit que le juriste doit « concevoir le Droit comme un système de déclaration-*Sollen* libre de contradiction »³⁹ en vertu du « principe de la logique transcendantale de Kant en voyant dans le devoir, dans le *Sollen*, une catégorie logique des sciences normatives en général et de la science du droit en particulier »⁴⁰. Suivant ce prédicat, « seul la mise en application de ces catégories-*Sollen* à des normes empiriquement vérifiables permettra l'émergence du droit comme un Ordre-Devoir »⁴¹. Pour créer cet ordre moniste, Kelsen reprend son idée de hiérarchie des normes qu'il a théorisée pour le droit public national afin de l'appliquer à l'ordre juridique international⁴². Sa théorie s'explique comme suit. Etant donné que chaque norme inférieure est validée par une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure, cette régression amènerait à une chaîne infinie où il ne serait plus possible de trouver une norme empirique vérifiant celle lui étant inférieure. Il a donc fait référence à une *Grundnorm* (norme fondamentale) afin de mettre un terme à cette rétroaction sans fin. Que cela soit l'ordre juridique international ou celui national, les deux peuvent être reliés à cette norme fondamentale⁴³. Selon lui, le recours à une telle norme hypothétique permettrait de sécuriser une théorie pure et objective du droit⁴⁴.

Cette théorisation de la *Grundnorm* a jeté les fondements de la pensée constitutionnaliste moderne. Comme nous l'écrivons ci-après pour Verdross et Mosler, le concept de norme fondamentale est intégré et retravaillé dans leur théorie⁴⁵.

Verdross, quant à lui, s'est détaché du paradigme positiviste de son maître pour se tourner vers une vision plus ancrée dans le droit naturel⁴⁶. Il pousse l'idée d'un ordre constitutionnel cosmopolite en publiant en 1926 un livre appelé *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*⁴⁷. Comme noté par B. Fassbender, lors de l'usage du terme « constitution », Verdross l'emploie dans un sens normatif : « la constitution est un ensemble

³⁸ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 104.

³⁹ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 79.

⁴⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éd. de la Baconnière, 1988, p. 69

⁴¹ *Ibid.*

⁴² J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2016, p. 205.

⁴³ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2010, p. 81.

⁴⁴ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2016, p. 203.

⁴⁵ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2009, p. 42.

⁴⁶ J. von BERNSTORFF, *op. cit.*, 2016, p. 209.

⁴⁷ En français : La Constitution de la Communauté de Droit international. Voir : A. von VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne, Springer, 1926.

de règles de droit international qui priment sur d'autres normes dans la mesure où leur existence est une condition préalable à la validité de ces dernières d'un point de vue logique et juridique »⁴⁸. Il écrit dans son livre de 1926 :

« Cette constitution n'est pas écrite dans un document comme c'est le cas pour les Etats modernes et la SDN (...). A la place, on la trouve dans la coutume internationale (...). Au départ de ce système de norme unitaire, il s'en suit une communauté définie, basée sur ces normes, que l'on peut appeler Communauté de droit international car il est établi sur le droit international général. Cet ordre juridique fondamental est donc la *constitution* de la Communauté de droit international »⁴⁹.

Il résume les normes considérées comme constitutionnelles comme celles qui définissent les créateurs et destinataires des normes de droit international général, les règles définissant le cadre matériel strict sur la substance de ces normes (*Jus cogens*) ainsi que celles établissant leur procédure d'émergence⁵⁰. Tant cette constitution que cette Communauté internationale sont basées sur des valeurs morales communes. Afin de garantir le respect à ces valeurs et d'appuyer sa théorie de « hiérarchie constitutionnelle »⁵¹, il soutient l'existence de normes impératives dans l'ordre juridique international. Ce corpus normatif indérogeable qui a été abordé par de Vattel ou Grotius se retrouve recyclé dans le projet cosmopolite. A ce stade, Verdross pousse plus loin l'organisation du système international en donnant réellement corps à la manière dont la « République mondiale » devrait s'articuler. D'abord, une verticalisation des rapports émergerait en rendant prédominantes certaines normes considérées comme fondamentales⁵². Ensuite, les Etats, dans leur ensemble, devraient être considérés comme une Communauté internationale ayant sa propre volonté et ses propres intérêts.

A travers sa conceptualisation de l'ordre international, il met en lien étroit les normes constitutionnelles, les obligations *erga omnes* et les normes de *jus cogens*. Néanmoins, il les distingue en précisant que chacune a une place en vertu des effets et objectifs qui leur sont attachés. La constitution internationale est une notion bien plus large que le *Jus cogens* ou les obligations *erga omnes*. Les normes impératives permettent que « l'accomplissement des obligations *erga omnes* ne se voit pas amoindri par des traités contractés par les Etats »⁵³. Dans

⁴⁸ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2009, p. 33.

⁴⁹ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2009, p. 29.

⁵⁰ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2009, p. 30.

⁵¹ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2016, p. 49.

⁵² A. BIANCHI, *op. cit.*, 2016, p. 49.

⁵³ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2009, p. 31

ce grand tout des normes constitutionnelles, le *Jus cogens* n'est donc qu'une qualité offerte à certaines obligations *erga omnes*.

Sous-section 3. Les penseurs constitutionnalistes récents

Ce dont nous parlons ne concerne pas uniquement le domaine juridique. Bien que nous illustrions cette pensée ci-après par la théorie d'un éminent juriste contemporain, cette vision du système international a aussi touché des philosophes.

D'un côté, nous avons un grand juriste allemand : Hermann Mosler. Durant sa carrière, il a été professeur d'université, juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme ainsi que juge à la Cour internationale de Justice⁵⁴. Dans son livre *The international society as a legal community*, il écrit :

« La constitution d'une société, qu'elle régule la vie à l'intérieur d'un Etat ou la coexistence d'un groupe d'Etats, est la norme hiérarchiquement supérieure aux autres. Elle transforme une Société en une Communauté gouvernée par le Droit. Elle apporte l'organisation nécessaire et la répartition des pouvoirs des organes établis sous des règles procédurales déterminées. En dépit du manque d'une constitution générale pour le fonctionnement de la Communauté internationale, il y a une variété d'éléments constitutionnels oscillant selon leur forme et importance. (...) N'importe quelle société, peu importe son niveau d'organisation, a obligatoirement au moins une règle constitutionnelle essentielle sans quoi il s'agirait simplement d'un ensemble d'individus. Celle-ci permet la création et le développement du droit. »⁵⁵.

Il considère aussi que le système international est une Communauté légale. Celle-ci serait due à l'existence d'un ordre public international qui constitue le minimum de principes et règles sans lesquels ladite Communauté n'existerait pas⁵⁶. Qui plus est, cet ensemble normatif n'est pas sujet à dérogation par volonté unilatérale ou par accord⁵⁷. Il reste conscient que « la notion de *Jus cogens* et d'ordre public international ne sont pas identiques »⁵⁸. Ainsi, les normes d'ordre public international — ou ordre public de la Communauté internationale comme il l'écrit — s'appliquent lorsque les Etats rédigent des traités mais elles restent aussi applicables dans les situations autres que celles relatives aux traités⁵⁹. En l'espèce, Mosler suggère que

⁵⁴ X, « Hermann Mosler », disponible sur <https://prabook.com/web/hermann.mosler/252255> , consulté le 10 mai 2023.

⁵⁵ H. MOSSLER, *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. 15-16.

⁵⁶ H. MOSSLER, *op. cit.*, 1980, p. 17.

⁵⁷ H. MOSSLER, *op. cit.*, 1980, p. 18.

⁵⁸ H. MOSSLER, *op. cit.*, 1980, p. 19.

⁵⁹ H. MOSSLER, *op. cit.*, 1980, p. 19.

l'ordre public international se définit comme « des principes et normes dont l'exécution est d'une importance si vitale pour la Communauté internationale dans son ensemble qu'un acte unilatéral ou un traité qui irait à leur encontre n'aurait aucune force légale »⁶⁰. Pour appuyer sa thèse, Mosler fait référence à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et notamment l'arrêt *Barcelona Traction*⁶¹ qui adopte, selon lui, la même lecture de la situation en établissant l'existence de normes *erga omnes partes*.

De l'autre côté, nous avons le philosophe Jürgen Habermas. Il s'agit d'un philosophe appartenant à l'école de Francfort qui intervient au sein de l'espace public dans différents domaines variés allant de la bioéthique au Droit⁶². Il reprend les thèses kantienne sur l'architecture que devrait avoir l'ordre international en se faisant défenseur d'un système mondial à plusieurs étages⁶³. L'essence du projet cosmopolite de Kant reste intacte : l'objectif de ce nouvel ordre est d'arriver à la paix.

Pour ce faire, il suit les deux dimensions les plus pertinentes pour définir la pensée cosmopolite. D'une part, ce projet politique est forcément accompagné d'une dimension morale. En tant que paradigme ancré dans l'apport des démocraties libérales-bourgeoises, l'individu est tant le moteur que l'objet central de cet ordre. En tant que communauté humaine, chacun est tenu envers l'autre par des obligations de l'ordre de l'humanité. D'autre part, l'idéologie cosmopolite s'accompagne forcément d'un projet institutionnel afin de garantir et de contrôler son maintien⁶⁴. Il promeut donc l'implémentation d'une structure hiérarchique permettant la diffusion de ces valeurs morales. L'autorité supranationale mondiale aurait comme prérogative le maintien de la paix et de la sécurité⁶⁵. Selon lui, le maintien de la paix et de la sécurité est en lien avec le développement des droits humains qui sont une des valeurs cardinales à ce système⁶⁶. Les autorités régionales devraient se calquer sur le modèle de l'Union européenne en poussant encore plus loin l'intégration tandis que le niveau inférieur resterait les Etats comme ils sont parties à l'ONU⁶⁷. Comme la manœuvre reste ancrée dans la pensée libérale kantienne, le principe d'établir ce système de gouvernance à plusieurs niveaux offre un

⁶⁰ H. MOSSLER., *op. cit.*, 1980, p. 18.

⁶¹ Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970.

⁶² G. RAULET, « HABERMAS JÜRGEN (1929-) », *Encyclopædia Universalis*, date non mentionnée, disponible sur <https://www.universalis.fr/encyclopedie/jurgen-habermas/>.

⁶³ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2008, p. 445.

⁶⁴ N. WALKER, *op. cit.*, 2005, pp. 4-5.

⁶⁵ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2008, pp. 445.

⁶⁶ N. WALKER, *op. cit.*, 2005, p. 9.

⁶⁷ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2008, pp. 446-447.

accroissement de l'interdépendance entre les Etats. Cette interdépendance rend possible deux choses. La première est que la Communauté internationale obtient une place plus importante car les Etats n'auront pas le choix que d'agir de concert – Habermas préfère utiliser le concept de Communauté des Etats sans que cela ait foncièrement de conséquence sur la substance même de la notion. La seconde est qu'elle apporterait une légitimation des institutions supranationales en offrant aux individus un rôle actif à jouer. Le chemin vers cet objectif se divise en deux. Le premier chemin se ferait via le citoyen cosmopolite qui représente les Etats composant la Communauté internationale. Etant membres de l'organisation supranationale mondiale, ils pourront porter des projets politiques de paix perpétuelle et de protections des droits humains en son sein. Le second passerait par le citoyen national agissant via les organisations régionales qui seraient responsables des problèmes de politiques internes en concordance avec les objectifs de Communauté internationale⁶⁸. Etant donné que le niveau global ne devrait s'occuper que du maintien de la paix et de la protection des droits humains, « le prérequis solidaire parmi les citoyens mondiaux ne devra pas atteindre le niveau de consensus implicite nécessaire pour l'orientation des valeurs politiques que connaissent les corps intermédiaires composés des citoyens nationaux »⁶⁹.

Via ces deux auteurs contemporains, nous observons que Kant, Kelsen ou encore Verdross ont tous les trois parsemés, à leur échelle, un vocabulaire et une manière de penser le constitutionnalisme. Kant a émis les fondements du paradigme en établissant l'ordre international comme un ordre hiérarchisé. Kelsen a apporté le concept de *Grundnorm* qui forme le fondement du « droit constitutionnel international ». Verdross, quant à lui, a implanté l'idée d'une Communauté internationale comme objet légal. Peu importe l'auteur constitutionnaliste en question, les débats relatifs aux problèmes internationaux s'organisent « au sein d'un “système légal” qui peut être articulé via le vocabulaire du droit public et constitutionnel »⁷⁰. Les différentes idées que nous avons abordées ont été absorbées et retravaillées au fil des auteurs constitutionnalistes pour rester des thèmes récurrents⁷¹.

Plusieurs courants se dégagent et ils ne s'accordent pas forcément sur ce qu'est le *Jus cogens*. Toutefois, tous restent attachés à un ordre juridique hiérarchiquement supérieur dans lequel les normes impératives ont un rôle essentiel pour le système. Selon une partie de cette doctrine, le concept de *Jus cogens* s'identifierait à l'ordre public international obligeant les Etats à respecter

⁶⁸ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2008, p. 448.

⁶⁹ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2006, p. 143.

⁷⁰ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 2011, p. 64.

⁷¹ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 2011, pp. 63-64.

des obligations contre leur volonté⁷². Tandis que d'autres, comme Verdross, ne conçoivent le *Jus cogens* uniquement comme une qualité juridique pour maintenir l'intégrité d'un ordre juridique déterminé. Bien que nous le développons plus en profondeur dans le Titre 2, nous pouvons déjà en dire que les Etats avaient accepté lors du forum pour la rédaction de la Convention de Vienne de 1969 l'existence d'un corpus normatif qui serait indérogeable. Malgré tout, ils n'étaient pas forcément d'accord sur l'étendue de son implication. De nos jours, la question de savoir si les normes impératives dans l'ordre juridique international sont du *lex lata* ou *lex ferenda* a été totalement évacuée car le concept est universellement accepté⁷³.

⁷² L. ALEXIDZE, *op. cit.*, 1981, p. 243 ; TOMUSCHAT, Ch., « Obligations arising for States without or against their will », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1993, disponible sur : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792329541_02.

⁷³ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 22.

Chapitre 2. Le paradigme constitutionnaliste

Dans ce chapitre, nous mettons en évidence ce qui nous semble être les points théoriques saillants de la pensée constitutionnaliste. De manière globale, les différentes ramifications du constitutionnalisme dans l'ordre juridique international sont fortement liées entre elles. Bien que nous exposions de manière succincte les différents pans de cette pensée complexe, nous ne souhaitons développer en profondeur uniquement l'école de la Communauté internationale. Selon nous, c'est précisément ce cadre théorique qui a eu et qui continue d'avoir une grande influence dans la conception de l'ordre juridique international dans l'imaginaire social constitutionnaliste. Bien que nous n'expliquions pas forcément les différents sous-courants de ce paradigme sous l'angle du *Jus cogens*, il garde toute son importance dans une vision où l'ordre juridique est hiérarchisé. En effet, il permet de garantir l'intégrité de cet ordre juridique et institutionnel tout en mettant en avant des « valeurs » qui seraient considérées comme fondamentales.

Ce chapitre est divisé en deux sections. Premièrement, nous tâchons de développer les aspects centraux de la pensée constitutionnaliste tout en abordant en profondeur l'école de la Communauté internationale (Section 1). Secondement, à la suite de cet apport théorique, nous tentons de savoir s'il existe bel et bien un ordre juridique international « constitutionnel » (Section 2).

Section 1. Les éléments théoriques du constitutionnalisme

Sous-section 1. La constitutionnalisation de l'ordre juridique international

Une branche majeure des constitutionnalistes se regroupe sous l'égide de la constitutionnalisation du droit international. À la base d'un droit qui a un nombre restreint de principes comme la volonté des états, l'intégrité territoriale, la souveraineté des états, *etc*, nous passons à un droit international complet qui vise l'organisation dans son ensemble d'un certain système. Par ce mécanisme de constitutionnalisation, l'objectif de ces « législateurs » est d'organiser la légitimation de l'ordre juridique international. Ce processus peut dès lors se définir comme « un processus accompagné d'un discours via lequel les législateurs, en tant qu'acteurs politiques et académiciens, entreprennent de conceptualiser et d'implémenter des stratégies pour améliorer la légitimité du système juridique international »⁷⁴. Malgré les différentes approches du droit constitutionnel que les différents Etats connaissent au niveau

⁷⁴ A. BIANCHI., *op. cit.*, 2016, p. 53.

domestique, l'approche occidentale de la démocratie libérale-bourgeoise semble être celle qui a influencé le plus ce processus⁷⁵.

Là où la pensée constitutionnaliste « globale » s'est développée sous l'égide d'un ordre cosmopolite, la notion de constitutionnalisation s'ancre dans une dynamique d'explication du droit des organisations internationales⁷⁶. Cette vision du droit considère d'abord que les traités constitutifs des différentes organisations internationales peuvent être compris comme des constitutions dans le sens du droit interne. En d'autres termes, ces traités constitutifs seraient des actes délimitant le pouvoir politique pour y inclure de la transparence, des procédures équitables, l'exercice du pouvoir selon la règle de droit tout en limitant le pouvoir accordé à cette organisation⁷⁷. Les trois traités constitutifs les plus souvent pointés comme respectant ce principe de constitutionnalisation, à savoir ceux de l'ONU, l'UE et l'OMC, diffèrent sans équivoque quant à leur organisation et leur niveau d'intégration⁷⁸. Les promoteurs de la constitutionnalisation veulent ensuite fournir le rayonnement qu'a le terme « constitution » en droit interne à ces traités en espérant que cet aspect supérieur permettra de fournir de la stabilité là où le politique est volatile⁷⁹. Malheureusement, comme le note Anne Peters, « le droit et la politique ne devraient pas être vus comme des domaines d'expertises distants, mais plutôt comme des systèmes structurellement couplés. Le droit est le produit de l'activité politique qui a été limité dans le but d'organiser et de limiter de future action politique »⁸⁰.

Cette idée de constitutionnalisation de l'ordre juridique international se voit aussi comme un remède à ce qui est perçu comme la fragmentation des différents régimes juridiques internationaux. La peur de la fragmentation est apparue à la suite de l'investissement de nouveaux acteurs dans le droit international et la disparition de l'URSS comme acteur puissant⁸¹. Cette fragmentation aurait ses sources dans l'émergence de différents sous-systèmes du droit international qui ont la capacité de l'interpréter ce droit tout en prenant place dans un système juridique décentralisé⁸². Trois moyens peuvent être mis en place pour contrer ce phénomène d'après A. Peters. D'abord, il faudrait appliquer des normes communes transversales aux différents régimes. Ensuite, il faut mettre en place une technique procédurale

⁷⁵ Ch. E. J. SCHWÖBEL, *op. cit.*, pp. 611-635.

⁷⁶ A. PETERS, « Fragmentation and Constitutionalization », *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, A., Hoffmann, F. et Clark, M. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 1017.

⁷⁷ J. KLABBERS, « Constitutionalism Lite », *International Organizations Law Review*, Vol. 1, 2004, p. 33.

⁷⁸ A. PETERS, *op. cit.*, 2016, p. 1017.

⁷⁹ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2016, p. 51.

⁸⁰ A. PETERS, *op. cit.*, 2006, p. 609.

⁸¹ A. PETERS, *op. cit.*, 2016, p. 1012.

⁸² *Ibid.*

identique pour créer des normes émergeant des différents systèmes, tel que la proportionnalité. Enfin, il faut octroyer un mandat pour réformer les différents sous-systèmes afin d'arriver à une coordination des différents traités et régimes⁸³. Nous n'irons pas plus en détail dans ce mémoire car cela va au-delà du sujet que nous souhaitons traiter.

Sous-section 2. Les grands principes de l'école de la Communauté internationale

Le Constitutionnalisme international reprend une vision de la démocratie libérale-bourgeoise développée au cours du 18^e siècle et le 19^e siècle en Europe occidentale pour l'appliquer à l'ordre juridique international. Il se caractérise par « un agenda politique qui défend l'application de principes constitutionnels tels que l'Etat de droit, l'équilibre des pouvoirs, la protection des droits humains et la démocratie afin d'améliorer l'efficacité et l'équité de l'ordre juridique international »⁸⁴.

Cette philosophie qui conçoit l'ordre juridique international comme constitutionnel est issue des penseurs allemands qui ont importé leur connaissance du niveau national pour le transposer au niveau international⁸⁵. Que cette théorie ne représente pas totalement dans son ensemble la structure de l'ordre international n'a pas d'importance. Le plus important est de rationaliser des phénomènes sociaux, politiques et légaux. Afin d'analyser ce pan théorique, nous devons nous appuyer sur le travail de Andrea Bianchi. Dans son livre *International Law Theories*, Bianchi résume parfaitement ce qu'englobe ce courant de pensée. L'école de la Communauté internationale, sous-branche du constitutionnalisme international, considère que la structure de l'ordre international a évolué depuis la reconnaissance de la souveraineté des Etats-nations issue des traités de Westphalie. En effet, un processus d'intégration s'est réalisé avec un changement dans la structure normative. D'une horizontalisation due à la volonté des Etats, nous serions passés à une verticalisation de la Communauté internationale avec un ensemble de normes hiérarchiquement supérieures la surplombant⁸⁶. Selon eux, ce changement de paradigme s'expliquerait, d'une part, par la reconnaissance de normes *erga omnes* rompant avec l'ordre synallagmatique, d'autre part, par la mise en place d'une catégorie de normes qui seraient considérées comme non dérogeable⁸⁷. La forme sous laquelle ces normes « constitutionnelles » se trouvent n'a que peu d'importance. Que celles-ci soient transcrites dans un document ou non, qu'elles se retrouvent de manière formelle ou matérielle n'est pas le lieu du débat. Ce qui est

⁸³ A. PETERS, *op. cit.*, 2016, p. 1023.

⁸⁴ A. PETERS, *op. cit.*, 2006, p. 583.

⁸⁵ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 2011, pp. 45-70.

⁸⁶ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2016, p. 49.

⁸⁷ *Ibid.*

important est que cet ensemble détermine les fondamentaux dans lesquels les acteurs de la Communauté internationale doivent agir. Comme dit précédemment, cet ordre hiérarchique aurait formellement pris lieu et place en accouchant des normes de *Jus cogens* via la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁸. Selon cette 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. »⁸⁹.

Plusieurs auteurs s'illustrent afin de définir en quoi ces normes impératives transposant une valeur morale en droit seraient fondamentales pour l'ordre juridique international. Pour Alfred von Verdross, lorsqu'il publia son livre *La Constitution de la Communauté de Droit international*⁹⁰ en 1926, ces règles juridiques fondamentales existaient bel et bien sinon il n'y aurait pu avoir l'émergence d'une Communauté légale au niveau international. Il n'admit que plus tard que la formalisation de ces règles se fit via l'acceptation quasi universelle de la Charte des Nations-Unies⁹¹. Verdross appuie sa thèse en liant les normes impératives à la fondation morale de la Communauté internationale. Dès lors, leurs existences sont nécessaires car « aucun ordre juridique ne peut admettre que des traités qui seraient profondément en contradiction avec l'éthique de cette Communauté soient conclus en sujets de droit »⁹². Mosler, pour sa part, suit la définition stricte du *Jus cogens* en les considérant uniquement comme gardiennes de l'indérogeabilité à certaines normes au sein du droit des traités. Néanmoins, il conçoit qu'il existe au sein de l'ordre juridique international un ordre public de la Communauté internationale qui permettrait, en dehors du droit des traités, de rendre nul tout acte qui contreviendrait au fondement même de la Communauté internationale légale⁹³. Pour Tomuschat, à travers l'histoire, l'ordre juridique international a évolué de telle manière que des Etats se retrouvent liés sans leur consentement. Les normes auxquelles ils se retrouvent parties traduisent une fondation morale qui forme la constitution de cet ordre. Elles permettent de maintenir l'entière de l'humanité dans un statut civilisationnel⁹⁴. Ces normes pour lesquelles

⁸⁸ J. d'ASPREMONT, « Jus Cogens as a Social Construct Without Pedigree », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2015, p. 92.

⁸⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, article 53.

⁹⁰ A. von VERDROSS, *op. cit.*, 1926.

⁹¹ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2009, p. 31.

⁹² A. von VERDROSS, « Forbidden Treaties in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 31, 1937, pp. 571-577.

⁹³ H. MOSSLER, *op. cit.*, 1980, pp. 18-20.

⁹⁴ Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.*, 1993, pp. 215 et 307.

les Etats voient leur consentement sapé se cristallisent en normes impératives. En effet, le *Jus cogens* remplit le rôle de gardien civilisationnel en invalidant les traités et toutes activités qui contreviendraient à cette fondation constitutionnelle⁹⁵.

Section 2. Existe-t-il un ordre juridique international « constitutionnel » ?

N'en déplaise à l'école de la Communauté internationale, nous pensons qu'il faut tout de même rechercher si un ordre juridique international constitutionnel existe avant toute autre analyse. Pour répondre à cette question, il faut d'abord définir ce qui est entendu par « constitutionnel » au sein de ce paradigme. Cet adjectif se forme sur le substantif « constitution » qui peut être défini en droit national comme « la somme des normes légales matériellement les plus importantes qui régulent complètement la vie sociale et politique d'un régime politique » déterminé⁹⁶. Nous supposons qu'au vu des liens entretenus entre le constitutionnalisme dans l'ordre juridique international et celui présent en droit national, nous devons tenter d'appliquer cette définition pour le premier. En principe, une constitution doit remplir des fonctions spécifiques tout en ayant des composants substantiels. Nous distinguons trois conceptions relatives à ses fonctions et composants au regard de l'étendue offerte à la notion⁹⁷. Dans son acceptation la plus large, la notion recouvre l'ensemble de la définition que nous avons établie plus haut. Il s'agit de l'ensemble des normes organisant et institutionnalisant un régime politique⁹⁸. La notion peut aussi se comprendre dans un sens restreint. La fonction de la constitution y recouvre l'ensemble des normes qui ont une fonction constitutionnelle typique telle que l'organisation d'une entité politique en entité légale afin de « limiter le pouvoir politique, offrir des lignes directrices politiques et morales et légitimer la gouvernance »⁹⁹. La conception la plus restreinte s'établit sous l'égide de la démocratie libérale-bourgeoise développée en Europe occidentale. Une constitution doit respecter, en plus de mettre en place une démocratie, l'article 16 de la déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui rend nécessaire le respect des droits de l'homme et la séparation des pouvoirs dans une société.

Un commentaire s'impose après avoir défini les limites dans lesquelles nous devons établir l'existence de règles constitutionnelles dans l'ordre juridique international. Nous pensons que nous pouvons déjà évacuer la compréhension du système juridique international selon les

⁹⁵ Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.*, 1993, p. 307.

⁹⁶ A. PETERS, *op. cit.*, 2006, p. 581.

⁹⁷ A. PETERS, *op. cit.*, 2006, p. 585.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

conceptions restrictives. Au niveau national, il est établi à travers le monde que des régimes politiques différents existent et cohabitent. Ces régimes ne peuvent pas tous être considérés comme démocratiques au sens entendu par les constitutionnalistes. Qui plus est, ces régimes, différents de la démocratie libérale, acceptent l'existence des droits de l'homme mais n'ont pas forcément la même interprétation sur l'étendue de leur substance. De même, au niveau international, le respect de la séparation des pouvoirs et le système démocratique n'est même pas envisageable en l'état.

Afin d'appuyer nos propos, nous l'illustrons au moyen du Conseil de Sécurité de l'ONU. Il s'agit d'un organe politique qui, en plus de ne regrouper qu'une petite partie des Etats, accorde un droit de veto seulement à cinq Etats en vertu de la répartition des forces existantes à la sortie de la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁰. Notre position se vérifie au moyen de deux arguments. Le premier est que les décisions qui sont prises en son sein sont rarement prises de manières transparentes. La mise en place des régimes de sanctions « intelligentes » en est un exemple. En plus d'être un choix politique quant à considérer que tel ou tel individu doit être mis sous sanctions, il n'est pas permis à ce dernier d'avoir l'accès à une procédure impartiale et équitable afin de contester cette décision. Le second argument est que le recours au Chapitre VII est avant tout un choix politique et non une « punition » quant à une violation du droit international. Kelsen analyse que les ordres sociétaux considérés comme légaux ont comme caractéristique commune d'être coercitifs. Cela implique qu'une sanction est établie à l'encontre d'un fait qui est considéré comme antisocial¹⁰¹. Or, vis-à-vis de notre analyse dans le premier chapitre de ce titre, l'usage ou de la menace de l'usage de la force est interdit en droit international. Deux exceptions existent à cette prohibition dans la Charte des Nations Unies : le recours à l'usage de la force par le Conseil de Sécurité et la légitime défense tant que le Conseil de Sécurité n'a pas pris de mesures adéquates. Dans ces deux cas, la décision de prendre des mesures pouvant impliquer l'usage de la force en réponse à une rupture de la paix et de la sécurité n'est pas considérée comme une mesure coercitive afin de punir l'acteur déviant. D'une part, l'article 51 de la Charte n'est pas rédigé de manière à être une sanction à l'encontre d'un fait jugé antisocial mais uniquement pour permettre à un Etat de « repousser une agression armée en cours »¹⁰². D'autre part, le Chapitre VII laisse un choix au Conseil de Sécurité quant à considérer si une

¹⁰⁰ A. PETERS, *op. cit.*, 2006, p. 600.

¹⁰¹ H. KELSEN, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1951, p. 34.

¹⁰² J. KAMMERHOFFER, « Kelsen – Which Kelsen ? A Reapplication of the Pure Theory to International Law », *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, p. 245.

situation menace la paix et la sécurité et de prendre les mesures nécessaires qui en découlent. L'exemple le plus récent pour appuyer notre argument est l'agression russe en territoire ukrainien de février 2022. Si le Conseil de Sécurité agissait réellement pour punir un comportement qui est reconnu comme contraire au droit international et spécialement aux normes impératives, il y aurait dû y avoir des sanctions.

Nous devons quand même pointer que cette situation de manque de transparence et ce déficit démocratique n'est pas propre au Conseil de Sécurité mais vaut aussi pour les autres organisations internationales. Entre autres, les décisions prises en leur sein ne peuvent faire l'objet d'une responsabilité devant les parlements nationaux¹⁰³. Si l'un souhaitait réellement considérer comme constitutionnel l'ordre juridique international sous cette approche, en plus des points précédents soulevés, il faudrait mettre en place un système judiciaire où les tribunaux seraient compétents d'office. Or, pour les Etats, la Cour internationale a spécialement rappelé dans ses affaires *Sud-Ouest africain*¹⁰⁴, *Activités armées sur le territoire du Congo*¹⁰⁵ et *Immunités juridictionnelles de l'Etat*¹⁰⁶ que leur consentement reste la base de la compétence des Cours et Tribunaux. Aussi, en l'état actuel, les résolutions du Conseil de Sécurité ne font l'objet d'aucun contrôle judiciaire¹⁰⁷.

Etant donné que les conceptions restreintes de la définition ne peuvent être acceptées pour répondre à notre question, nous devons donc nous tourner vers l'existence de règles et principes qui organisent et institutionnalisent au sens large l'ordre juridique international. Cela s'avère être possiblement véridique. Le concept d'égale souveraineté des Etats pourrait y être considéré comme la *Grundnorm* car il organise le droit international selon nous.

Ce principe inscrit à l'article 2 (1) de la Charte des Nations Unies dénote par rapport au concept de souveraineté comme envisagé précédemment à l'entrée en vigueur de la charte. La souveraineté est un concept ayant été répandu à la sortie de la guerre de Trente Ans afin de permettre la séparation entre le pouvoir du Saint-Siège, d'une part, et celui du roi de France et

¹⁰³ A. PETERS, *op. cit.*, 2006, p. 600.

¹⁰⁴ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966.

¹⁰⁵ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986.

¹⁰⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012.

¹⁰⁷ Comme nous en discutons dans Titre 2 – Chapitre 2, certaines juridictions comme la CEDH ou la CJUE se permettent de vérifier la validité des résolutions en vertu des normes de *jus cogens* et du respect des droits de l'homme lors de l'implémentation de ces résolutions dans leur ordre juridique.

de l'empereur du Saint Empire romain d'autre part¹⁰⁸. Elle a deux aspects : l'un interne qui permet à un Etat d'édicter les normes qu'il souhaite sur son propre territoire dont la validité ne dépend que de lui et l'autre externe qui permet audit Etat d'éviter les interventions extérieures dans ses affaires afin de ne pas devenir le sujet d'un tiers¹⁰⁹. En outre, là où il n'y avait pas d'obligations prises à l'échelle internationale par un Etat en vertu de sa souveraineté, la Cour permanente de Justice internationale a revendiqué la possibilité pour l'Etat d'agir comme il le souhaitait en vertu de cette même souveraineté¹¹⁰. Après 1945, elle est devenue indissociable du terme égalité pour plusieurs raisons. Premièrement, avec l'entrée en vigueur de la prohibition de l'usage ou la menace de l'usage de la force en droit international coutumier et au sein de la Charte des Nations Unies, le concept d'égale souveraineté permet de justifier l'existence pacifique entre les Etats peu importe leur mode de gouvernement¹¹¹. Là où, anciennement, la souveraineté permettait de justifier l'usage de la force dans les relations internationales dans les cas où les intérêts d'un Etat étaient menacés. Deuxièmement, l'égalité entre les Etats permet de donner les mêmes droits de participation au sein de l'ordre juridique international tout en leur donnant une protection égale quant à leur demande de respect du Droit¹¹². Chaque Etat dispose du même poids lors du vote au sein de l'Assemblée Générale tout en leur permettant qu'en principe le Droit s'applique de la même manière à l'ensemble des Etats, peu importe leur puissance.

De ce principe d'égale souveraineté découle toute une série de conséquences au regard de l'organisation du droit international. Nous pouvons notamment citer le respect du principe *pacta sunt servanda* qui inclut la bonne foi dans l'exécution des conventions, le droit pour l'Etat et ses représentants de ne pas se faire attirer devant une juridiction sans son consentement et le droit des immunités ou encore l'ensemble des normes ayant atteint le statut de *jus cogens*¹¹³. En somme, comme l'a noté Verdross, il s'agit de toutes les normes qui définissent les créateurs et destinataires des normes de droit international général, les règles définissant le cadre matériel

¹⁰⁸ B. FASSBENDER, « Sovereignty and Constitutionalism in International Law », *Sovereignty in Transition*, Walker, N. (dir.), London, Hart Publishing, 2003, p. 116.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Cour permanente de Justice internationale, arrêt *Lotus (France c. Turquie)*, 7 septembre 1927.

¹¹¹ L. ALEXIDZE, *op. cit.*, 1981, p. 244.

¹¹² B. FASSBENDER, *op. cit.*, 2003, p. 123.

¹¹³ Voir la liste des normes ayant atteint ce statut par : Commission du Droit International, « Cinquième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

strict sur la substance de ces normes (*jus cogens*) ainsi que celles établissant leur procédure d'émergence¹¹⁴.

Bien que nous l'abordions plus en profondeur *infra*, Verdross a bien souligné dans *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*¹¹⁵ qu'un corpus normatif fondamental partagé par les Etats devait exister pour qu'une Communauté internationale légale voie le jour. Kolb a aussi souligné qu'une communauté « nécessaire » doit exister à partir du moment où il y a une « régulation objective par des normes qui s'échappent à la projection individualiste de la volonté étatique pour tenir compte des droits et intérêts des autres sujets internationaux »¹¹⁶. Sous cet angle, il existe donc bel et bien des normes qui peuvent être considérées comme constitutionnelles dans l'ordre juridique international. A ce stade, il semblerait qu'elles ne peuvent pas être réduites uniquement aux normes ayant atteint un statut impératif contrairement à ce que déclarent certains auteurs affiliés au constitutionnalisme¹¹⁷. En effet, en l'état de la Société internationale, en plus des normes de *jus cogens*, les principes que nous avons énoncés ont aussi leur place en tant que normes constitutionnelles. Le titre suivant nous permet d'approfondir cette hypothèse pour tenter d'y répondre en analysant les différentes conceptions dominantes du *Jus cogens* sous l'angle du constitutionnalisme pour ensuite les mettre à l'épreuve de la pratique.

¹¹⁴ B. FASSBENDER, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁵ A. von VERDROSS, *op. cit.*, 1926.

¹¹⁶ R. KOLB, *Théorie du Jus Cogens international : essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001, p. 78.

¹¹⁷ Voir notamment les notes en bas de page de la référence suivante pour obtenir une liste non exhaustive : R. KOLB, *Peremptory International Law Jus Cogens*, Portland, Hart Publishing, 2015, pp. 32-33.

Titre 2. Critique de la conception constitutionnaliste du *Jus cogens*

Sous ce titre, nous décidons d'attacher une attention particulière au concept de *Jus cogens*. En effet, selon notre compréhension de la théorie de l'école de la Communauté internationale, ces dernières normes jouent un rôle crucial car elles ont atteint un statut spécial au sein de l'ordonnement juridique international. Certains des auteurs de ce courant les considèrent même comme étant un synonyme de l'ordre public international.

Nous suivons la distinction apportée par A. Bianchi entre deux aspects du *Jus cogens*¹¹⁸ pour diviser ce titre en deux chapitres. Le premier chapitre se rapporte à une analyse du concept sous sa dimension systémique. Le deuxième chapitre porte, quant à lui, sur une analyse sous sa dimension contextuelle. Ce dernier est subdivisé pour regarder de plus près la pratique des Etats, d'une part, pour s'attarder sur la pratique des juridictions, d'autre part. Nous tirons ensuite les enseignements des positions des Etats et des Cours.

Chapitre 1. Qu'est-ce que le *Jus cogens* sous sa dimension systémique ?

La dimension systémique du *Jus cogens* pourrait se définir comme une intuition partagée par un corps social de sa propre représentation. Cette représentation sert à établir les fondations d'une Communauté mondiale¹¹⁹. Concernant les normes de *jus cogens* relatives à des droits humains, celles-ci deviennent « l'expression prétendue des valeurs de la *polis* formant ainsi l'identité sociale du groupe ainsi que les facteurs d'ordonnement social »¹²⁰. Bien qu'au sein de l'école de la Communauté internationale tous partagent cette intuition, plusieurs courants de pensée tentent d'expliquer ce que sont les normes impératives. Trois courants se distinguent au départ du même prédicat : le *Jus cogens* comme ordre public international, le *Jus cogens* comme règle constitutionnelle de l'ordre juridique international et le *Jus cogens* comme hiérarchie des sources du droit international¹²¹.

Ce chapitre est divisé en trois. D'abord, nous abordons les trois théories dominantes au sein du constitutionnalisme à propos du *Jus cogens* (Section 1). Nous devons tout de même signaler que la classification que nous en avons faite est parfois fort théorique. En réalité, ces catégories ne sont pas aussi imperméables que nous le prétendons. Ensuite, nous défions les effets prétendus que ces approches sous-entendent vis-à-vis du droit des immunités de l'Etat et de ses hauts représentants (Section 2). Enfin, nous élaborons en détail en quoi l'approche cosmopolite

¹¹⁸ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2008, pp. 491-508.

¹¹⁹ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2008, p. 497.

¹²⁰ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2008, p. 497.

¹²¹ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, pp. 68-140.

du *Jus cogens* est une vision libérale qui ne tient pas compte de l'architecture même de l'ordre international (Section 3).

Section 1. Les trois visions sur le *Jus cogens* selon l'école de la Communauté internationale

Sous-section 1. Le *Jus cogens* comme ordre public international

Il s'agit du courant dominant de la théorie du *Jus cogens* au sein de l'école de la Communauté internationale. Il le définit comme étant « un ensemble de normes exprimant des valeurs fondamentales de l'ordre juridique international, voire de la Communauté internationale (...) Elles ont une place hiérarchiquement suprême »¹²². Cette compréhension du *Jus cogens* part du postulat de l'existence d'une Communauté internationale. Cette Communauté, en tant que communauté légale, « présuppose que le minimum de relation entre ses membres soit défini par le droit »¹²³ où la fondation juridique a ses racines dans une vision morale du monde. Kolb distingue deux façons de conceptualiser la Communauté internationale. D'une part il y a celle de la « communauté nécessaire » et d'autre part celle de la « communauté spécifique »¹²⁴. La première pourrait se définir comme une communauté de fait si l'on croit en l'existence d'un droit international objectif comme le font Kelsen et Verdross. S'il n'y a pas des normes régulant les comportements des Etats pour qu'ils prennent en compte des intérêts qui ne sont pas forcément les leur, des conflits entre les souverainetés absolues individuelles ne permettraient pas l'existence d'un droit international même limité. Cela déboucherait sur une anarchie totale au niveau international¹²⁵. La seconde, la « communauté spécifique », pense que cette Communauté requiert « l'existence d'un esprit de communauté, la disposition chez les collectivités particulières à conformer leur action au bien supérieur d'une Communauté universelle »¹²⁶. Bien que nous ne voyions pas la possibilité d'existence d'une telle communauté spécifique, dans les deux cas, ce *Jus cogens*-ordre public international s'illustre donc en étant l'implémentation de la constitution de l'ordre juridique de la Communauté internationale.

Ce que nous observons est que cette vision du *Jus cogens* semble être issue de l'expression d'un mélange du droit naturel et du droit positif. D'absolus moraux considérés comme la base de l'humanité, on les retrouve inscrits dans le droit positif en tant que normes qui guideront l'intérêt de la Communauté internationale en empêchant une déficience d'un Etat via des traités

¹²² R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 73.

¹²³ Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.*, 1993, p. 219.

¹²⁴ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 78.

¹²⁵ H. MOSSLER, *op. cit.*, 1980, p.19.

¹²⁶ Ch. de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Editions A. Pedone, 4^e ed., 1970, p. 111.

ou via son action vis-à-vis d'elles¹²⁷. Néanmoins, ces absolus restent obligatoires même dans le cas où un Etat n'aurait pas consenti à une telle norme et donc qu'il n'aurait pas formulé ces absolus dans un droit positif qui lui est obligatoire. En tant que partie composant cette Communauté internationale, il se retrouverait contraint de les respecter sachant qu'ils sont les valeurs constituant le socle de cette Communauté¹²⁸. Le *Jus cogens* en tant que norme intrinsèquement morale et fondamentale à cette Communauté devient par nécessité du droit obligatoire pour tout Etat en faisant partie¹²⁹.

Comme nous l'avons indiqué *supra*, cette théorie reste l'opinion dominante au sein de l'école de la Communauté internationale. En effet, toute une série d'auteurs déverse à la pelle cette idée de normes ayant un caractère essentiel, de valeurs primordiales pour l'ordre juridique international, de normes hiérarchiquement supérieures, *etc*¹³⁰. Le souci avec ces formules assez standardisées réside dans le fait qu'elles ne font pas la part des choses entre plusieurs aspects juridiques qui se retrouvent confondus : « aspects procéduraux (*obligations erga omnes*) et matériels (crimes de l'Etat), aspects ayant trait aux sources du droit (*jus cogens*) et aspects situés en dehors des sources (contre-mesures, agression, responsabilité), notions générales (ordre public) et spéciales (*ius cogens*) »¹³¹. Elles sont « confondues sur l'autel diffus des valeurs fondamentales »¹³².

Sous-section 2. Le *Jus cogens* comme règle constitutionnelle de l'ordre juridique international

La théorie du *Jus cogens* comme règle constitutionnelle présuppose la présence de principes dans l'ordre juridique international permettant sa structuration. Ils sont alors considérés comme garants du fonctionnement de cet ordre juridique. Que ces différents principes soient repris dans un document écrit ou non n'a que peu d'importance, ce qui compte est qu'ils sont les axiomes de ce système. Comme nous l'avons mentionné plus haut, Verdross était déjà un précurseur de cette vision¹³³ lorsqu'il parlait en 1926 d'un ensemble de normes fondamentales à l'existence de cette Communauté internationale. Ce *Jus cogens* comme règle constitutionnelle permet de mettre un cadre limitant aux acteurs de cet ordre juridique comme le ferait une constitution dans l'ordre interne. En effet, avoir des règles qui permettent d'établir le comportement requis à

¹²⁷ R. KOLB, *op. cit.*, 2015, pp. 30-32.

¹²⁸ M. PETSCHKE, *op. cit.*, 2010, p. 258.

¹²⁹ R. KOLB, *op. cit.*, 2015, p. 30.

¹³⁰ Voir la liste dressée par Kolb : R. KOLB, *op. cit.*, 2015, pp. 32-33 ; R. KOLB, *op. cit.*, 2001, pp. 73-74.

¹³¹ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 75.

¹³² *Ibid.*

¹³³ A. von VERDROSS, *op. cit.*, 1926.

adopter par les acteurs permet de concilier droit et pouvoir¹³⁴. Cette conception du *Jus cogens* a pris une tout autre ampleur à partir du moment où la Charte des Nations-Unies fut peu à peu universellement ratifiée. Ces penseurs voient en la Charte l'instrument formel qui permet de contenir les différentes normes matérielles non écrites. Ce groupe d'intellectuels aime à comparer ce processus au processus constitutionnel que le Royaume-Uni a connu¹³⁵.

Bien que cette conception ressemble à celle dominante, la différence réside dans le fait qu'elle ne s'inscrit pas forcément dans un mélange issu du droit naturel et du droit positif. Bien que le projet cosmopolite promeuve des valeurs, ces normes constitutionnelles restent à définir. Elles peuvent s'ancrer dans une vision naturaliste ou dans une vision où les Etats, en tant qu'entité, prennent des décisions juridico-politiques pour orienter et maximiser une certaine idéologie¹³⁶. L'élément central est que le *Jus cogens* en tant que norme constitutionnelle et impérative limite l'action des acteurs et recouvre aussi la structuration de cet ordre¹³⁷.

Sous-section 3. Le *Jus cogens* comme ayant une supériorité hiérarchique au sein du droit international

Cette vision est le corolaire des deux théories précédemment développées. Le *Jus cogens* en tant que norme imposant une hiérarchie au sein du droit international implique deux types de hiérarchies. La première est une hiérarchie dans les sources. Ce courant est largement associé aux écrits de l'école de Vienne et de la mise en place d'une *Grundnorm*. Comme dit précédemment, la cohérence du système et sa validité reposent sur une norme fondamentale de laquelle toute norme découlerait. Pour Kelsen, il s'agit d'une norme hypothétique tandis que pour Verdross, il s'agit clairement de principes constitutionnels. Comme le mentionne Rozakis, ce *Jus cogens* devient le vecteur qui met en marche la dynamique de verticalisation de manière partielle et progressive¹³⁸. Le *Jus cogens* devient le garant de la cohérence du système d'où ruisselle la validité des traités, les coutumes et le droit interne étatique¹³⁹. Cette vision n'est pas celle à laquelle tout un chacun pense directement en théorisant les normes impératives comme imposant une hiérarchie du droit international. La seconde conception, la plus répandue, est une hiérarchisation dans les normes. Cette théorie du *Jus cogens* est le pendant de la théorie du *Jus cogens*-ordre public international. Etant donné qu'il reflète des valeurs fondamentales pour la

¹³⁴ A. von VERDROSS, *op. cit.*, 1926. ; R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 102.

¹³⁵ B. FASSBENDER, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, pp. 82-83.

¹³⁷ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 99.

¹³⁸ Ch. L. ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, pp. 19-24.

¹³⁹ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, pp. 126-127.

Communauté internationale, il n'y a pas d'autres choix que de leur offrir une prévalence sur les normes ordinaires du droit international général¹⁴⁰. Les auteurs attachés à ce mouvement viendraient lui ajouter une fonction plus large que celle qui lui est attribuée par la Convention de Vienne sur le droit des traités. En d'autres termes, progressivement, cette hiérarchie permettrait l'application de l'adage *lex superior derogat inferiori*. Il y aurait donc « un déplacement assez flagrant des accents et des fonctions du droit impératif : d'une norme de validité de la production normative (nullité), le *Jus cogens* devient une norme de priorité entre principes et règles établies (conflit de règles) »¹⁴¹.

L'existence d'une hiérarchie en droit international prend forme notamment au sein des Nations Unies. En effet, depuis 1945, l'organisation a été quasiment universellement acceptée et regroupe en son sein presque l'entièreté des Etats existants¹⁴². Par le biais de son article 103, elle formalise une priorité des obligations découlant de la Charte face aux obligations que les Etats membres pourraient avoir en dehors de celles-ci. Les promoteurs du *Jus cogens* comme hiérarchie des normes associent alors l'ensemble de la Charte au droit impératif. Or il est à noter que l'article 103 de la Charte poursuit un objectif de conflit de lois et est loin d'être une norme de *jus cogens*. En effet, assumer que cet article ressort du droit impératif impliquerait que l'ensemble de la Charte de San Francisco relèverait du *Jus cogens*. Il a bien été montré récemment par la Commission du droit international, via une liste indicative, que seulement le principe contenu à l'article 2.4 de la Charte relève du *Jus cogens*¹⁴³. En continuant de pousser la réflexion de la hiérarchie jusqu'à ses implications concrètes, nous nous rendons compte que l'on se retrouve devant un paradoxe. Le *Jus cogens* conditionne l'apparition de nouvelles normes de par sa fonction hiérarchique. Il agirait donc comme régulateur de la production normative pour le droit international. Or cette vision a ses limites si on considère aussi le *Jus cogens* comme offrant une hiérarchie matérielle avec le rôle de règle de conflit de lois. Une norme non valide de base car contraire au *jus cogens* hiérarchie des sources ne peut voir son application réglée par le *Jus cogens* conflit de lois dès lors où elle n'existe pas de base car incompatible avec le *Jus cogens* hiérarchie des sources.

¹⁴⁰ Commission du Droit International, *op. cit.*, 1^{er} mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017, p. 11 ; pour un exemple concret de cette conception voir I. PINGEL, « L'immunité des Etats », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 239-248.

¹⁴¹ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 131.

¹⁴² M. PETSCHKE, *op. cit.*, 2010, p. 262.

¹⁴³ Commission du Droit International, « Quatrième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 29 avril-7 juin 2019 et 8 juillet-9 août 2019, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Section 2. L'effet prétendu du droit impératif sur le droit des immunités

Le droit des immunités est traditionnellement issu du principe de l'égale souveraineté des Etats. Le Droit international public fait état de deux principes contradictoires que l'on tire de la souveraineté : la souveraineté territoriale de l'Etat du for et celle de l'Etat défendeur. Habituellement, il y a préemption de l'immunité de l'Etat défendeur et de ses hauts représentants avec de possibles exceptions¹⁴⁴. Le but est de permettre de bonnes relations entre les Etats en prohibant la sujétion de l'un devant le système judiciaire de l'autre sans le consentement du premier¹⁴⁵. Comme on le verra par la suite avec l'affaire *Yerodia* de la Cour internationale de Justice¹⁴⁶, à défaut d'une Convention réglant la question de l'immunité entre les Etats parties à un litige, il faudra vérifier qu'une *lex specialis* existe en droit coutumier afin de déroger à la *lex generalis* de l'immunité¹⁴⁷.

En tant que normes hiérarchiquement supérieures représentant les valeurs fondamentales de la Communauté internationale, certains auteurs ont développé comme théorie que le *Jus cogens* aurait comme effet de lever les immunités. Selon cette partie de la doctrine, deux positions découlent de cette supposition. D'abord, du fait que les normes impératives sont si fondamentales pour la Communauté internationale, en cas de violation, l'Etat considéré comme félon devrait avoir accepté de renoncer à une telle immunité¹⁴⁸. Chaque Etat serait conscient qu'une violation à une norme si importante entraînerait une telle conséquence. Ensuite, au vu de leur place supérieure dans la hiérarchie des normes et sachant que les immunités n'ont qu'une place ordinaire dans l'ordonnancement juridique, il faudrait que ces dernières cèdent le pas devant le droit impératif¹⁴⁹.

Ce dont il est question en considérant que le *Jus cogens* aurait des effets au-delà de la non-dérogação en droit des traités prévus par la Convention de Vienne est la possibilité pour n'importe quelle juridiction de se voir universellement compétente pour connaître de litiges

¹⁴⁴ Th. GIEGERICH, « Do Damages Claims Arising from *Jus Cogens* Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts ? », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 210.

¹⁴⁵ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 208.

¹⁴⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002.

¹⁴⁷ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 211.

¹⁴⁸ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 225.

¹⁴⁹ C. L. ROZAKIS et L. CALFISH, opinion dissidente commune sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 ; Th. STEIN, « Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 249 ; Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998 ; M. PETSCHKE, *op. cit.*, 2010, p. 254.

concernant des allégations de violation de telles normes. En considérant, comme cette partie de la doctrine semble l'affirmer, qu'un conflit entre le droit impératif et les immunités existe, cela impliquerait qu'il existe une règle secondaire dérivée de la règle primaire du *Jus cogens* qui permettrait aux individus d'obtenir une solution judiciaire à leur litige¹⁵⁰. Or, il a bien été rappelé à travers la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que le droit à l'accès à un tribunal est sujet à restrictions. Qui plus est, justifier que les Etats soient individuellement conscients d'une telle conséquence en cas de violation d'une norme impérative n'est pas appuyé par la pratique étatique¹⁵¹.

Nous ne pouvons donc pas suivre cette partie de la doctrine qui attribue des effets supplémentaires au droit impératif en considérant un conflit entre la norme impérative et celle du droit des immunités. Au niveau des procédures civiles, pour la mener à bien, il faudrait lever l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Or, dans un ordre juridique basé sur l'égalité des Etats et leur consentement, la Cour internationale de Justice a confirmé qu'il est impossible d'affirmer ce genre de chose¹⁵². Les implications de cette logique entraîneraient que l'Etat du for aurait la capacité de définir unilatéralement la destination des biens de l'Etat suspect. En poussant le raisonnement à son paroxysme, il serait possible de saisir et de revendre ses prémisses diplomatiques. Nous ne pouvons imaginer que toutes ces conséquences soient réellement désirées par les Etats. Au niveau des procédures pénales, le fait que le *Jus cogens* serait un versant de cette instauration d'un ordre public international ne veut pas dire qu'il y a forcément l'édiction d'une justice pénale à l'échelle mondiale¹⁵³. « Interdire un certain comportement est une chose, le criminaliser en est une autre »¹⁵⁴. Or les deux normes se trouvent sur un plan juridique différent. Le *Jus cogens* est un label juridique qui permet l'intégrité de l'ordre juridique international, il agit sur la substance de la norme en lui conférant un statut impératif. Tandis que le droit des immunités est de nature procédurale, il apparaît afin de rendre un litige inadmissible sur le plan de la compétence d'une juridiction¹⁵⁵. Dès lors, considérer qu'il découle intrinsèquement d'une norme impérative une norme secondaire

¹⁵⁰ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 227.

¹⁵¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *McElhinney v. Ireland*, 21 novembre 2001, §§34 et 35.

¹⁵² Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012, §131.

¹⁵³ M. COSNARD, « La compétence universelle en matière pénale », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 355

¹⁵⁴ M. COSNARD, *op. cit.*, 2006, p. 355

¹⁵⁵ M. PETSCHKE, *op. cit.*, 2010, p. 257.

permettant une compétence universelle est fallacieux¹⁵⁶ : « le caractère fondamental d'une règle ne joue pas sur les règles relatives à l'établissement de la compétence de manière directe »¹⁵⁷.

Section 3. Perception alternative du *Jus cogens* dans sa dimension systémique

Après avoir confronté les différentes théories du *Jus cogens* ainsi que l'effet prétendu qu'aurait cette compréhension sur le droit des immunités, nous abordons ce que nous croyons qu'il est dans sa dimension systémique. D'abord nous expliquons pourquoi, contrairement à ce que les constitutionnalistes soutiennent, il est nécessaire de distinguer l'ordre public international et la notion de *Jus cogens*. Ensuite, nous nous attardons sur le fait que le concept est ancré dans le droit positif.

Sous-section 1. La nécessité de distinguer l'ordre public international et la notion de *Jus cogens*

Nous insistons sur le fait d'éviter de superposer la notion de *Jus cogens* et d'ordre public international pour trois raisons. Premièrement, la notion d'ordre public international est avant tout une notion de droit international privé. Elle permet « d'une part d'évincer l'application de la loi étrangère que désignerait normalement la règle de conflit et de lui substituer la loi du for, dans les hypothèses où cette application se traduirait dans une solution "trop choquante au regard des conceptions du for" »¹⁵⁸. L'ordre public ainsi défini recouvre une dimension morale associée à une société donnée, celle du for. En droit interne, on retrouve côte à côte les principes constitutionnels et ces principes moraux traduits en droit dans le but d'imposer des droits et des obligations pour l'ensemble de cette société. C'est justement par son histoire et les individus qui la composent qu'une morale commune se développe au cœur de celle-ci. Or, le droit international privé et le droit interne sont différents du droit international public. Ce dernier organise et régit les relations entre les sujets du droit international au sein d'un ordre anarchique qui doit être considéré comme amoral. L'ordre international n'abrite pas en son sein une autorité suprême qui arbitrerait entre les Etats pour les protéger les uns des autres¹⁵⁹. Il y coexiste donc une pluralité de systèmes où les choix qui y sont faits quant à l'orientation du droit et des relations interétatiques n'existent que parce que chaque Etat souhaite survivre et défendre ses intérêts individuels. Néanmoins, cela ne veut pas dire que les Etats ne peuvent pas collaborer

¹⁵⁶ LINDERFALK, U., « The legal consequences of *Jus Cogens* and the individuation of norms », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, 2020, p. 899.

¹⁵⁷ M. COSNARD, *op. cit.*, 2006, p. 364.

¹⁵⁸ H. RUIZ FABRI, « L'ordre public en droit international », *L'ordre public : Ordre public ou Ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Redor, M.-J. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 85.

¹⁵⁹ J. MEARSHEIMER, « Pourquoi les grandes puissances se font la guerre », *Le Monde Diplomatique*, Août 2023, pp. 1 et 10-11.

dans la poursuite de leurs intérêts. Tout cela reste évidemment possible tant que leurs positions dans le rapport de force ne se voient pas diminuer à tel point où leur survie en pâtirait. Sous cet angle, l'ordre public international concernant le droit international public doit être compris comme des principes constitutionnels car il est le socle de l'existence et de l'organisation des relations juridiques entre les Etats.

Deuxièmement, l'ordre public international et le *Jus cogens* relèvent tous les deux d'un plan juridique différent : d'une part le premier est une notion de droit matériel tandis que le second est un label juridique¹⁶⁰. Nous utilisons le terme « label » pour indiquer qu'une norme ayant atteint ce statut a certaines conséquences juridiques qui découlent uniquement de sa définition. Alors qu'à l'inverse, l'ordre public international, lui, contient « des causes spécifiques et des finalités sociales » précises¹⁶¹. L'ordre public international est composé de trois aspects : un aspect procédural qui est identifié par la faculté pour l'ensemble des Etats à agir (obligation *erga omnes*), un aspect répressif qui attache à ces normes une certaine sanction juridique (crimes internationaux/compétence universelle) et un aspect technique protégeant l'intégrité normative des normes et des actes au regard de leur validité (*Jus cogens*)¹⁶². Ces trois aspects sont essentiels pour donner corps à la notion d'ordre public international, ils prolongent sa qualité juridique *constitutionnelle* pour y attacher des effets de droit dans le *réel*. L'ensemble des valeurs juridiques ainsi posé se retrouve explicité dans du droit positif¹⁶³. En outre, les normes ayant atteint le statut de *jus cogens* ne s'identifient absolument pas à l'ensemble des normes constitutionnelles offrant un cadre légal permettant aux Etats de survivre. Toute une série de normes qui, sans avoir obtenu ce label juridique, sont des prédicats à l'existence de cet ordre. D'abord, il faut considérer que la *Grundnorm* est l'égale souveraineté des Etats. De ce principe institutionnel émane le triptyque d'une norme : « son caractère obligatoire, sa validité et son existence »¹⁶⁴ qui explique pourquoi le droit international peut être considéré comme du droit. Aussi, le droit des immunités ou encore le principe cardinal *pacta sunt servanda* n'ont pas le statut impératif alors qu'ils restent nécessaires à l'ordre juridique international.

Au départ des trois aspects de l'ordre public international tels que nous les avons définis, nous exemplifions les similitudes entre le droit national et le droit international public au regard de l'existence d'un corpus normatif constitutionnel et d'un label juridique prévu pour garantir

¹⁶⁰ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 172.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² R. KOLB, *op. cit.*, p. 173.

¹⁶³ J.-F. ROMAIN, « L'ordre public et les droits de l'homme », *L'ordre public : Concepts et applications*, Watté, N. (dir.) Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 10.

¹⁶⁴ J. KAMMERHOFFER, *op. cit.*, 2009, p. 237.

l'uniformité de ce corpus en vertu de l'article 23 de la Constitution belge¹⁶⁵. Cet article établit le droit à tous les citoyens belges de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ce principe constitutionnel offre un cadre matériel dans lequel des droits et obligations découleront tout en renfermant un principe fondamental au système juridique belge. Il faudra alors traduire concrètement sous les différents aspects que nous avons définis *supra* les tenants et aboutissants du « droit de mener une vie conforme à la dignité humaine ». L'obligation *erga omnes* trouve son parallèle via le ministère public qui prend l'initiative de défendre l'ordre établi. Les lois internes, tout en mettant en place une sanction à l'encontre des violations du droit à la dignité humaine (aspect répressif), obtiennent le statut impératif (*jus cogens*) afin d'éviter l'écart entre l'ordre promu et les sous régimes individuels *inter partes*. Parallèlement, au niveau international, la norme prohibant le génocide est sans nul doute comprise dans l'ordre public international. La réduire uniquement à sa dimension *jus cogens* impacte par conséquent les implications qu'elle a. D'abord, en ayant obtenu ce statut, elle empêche des Etats de s'en écarter via la création ultérieure de droit qui y serait contraire (*jus cogens*). Ensuite, un aspect procédural est lié pour offrir à l'ensemble des Etats la possibilité de prendre des mesures pour en requérir son respect (obligation *erga omnes*). Enfin, La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide instaure le cadre répressif qui oblige les Etats à poursuivre pénalement les responsables (crimes internationaux/compétence universelle). Toutefois, cette analogie est à prendre avec précaution. La translation des conceptions du droit public interne vers le droit international public a ses limites étant donné que l'ordre public international n'a pas les mêmes finalités que celui issu du droit national.

Troisièmement, confondre les deux concepts empêche d'affirmer qu'il existe du droit impératif supranational en dehors de la sphère globale. En effet, sous le champ d'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le *Jus cogens* est défini de telle manière qu'il faut que l'ensemble des Etats reconnaissent cette norme comme ayant un statut péremptoire. Or, il ne peut être nié que dans des sous-systèmes de droit supranational, de telles normes puissent exister. Par exemple, au sein de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950 (CEDH), la prohibition des traitements inhumains ou dégradants est absolue. En ce sens, les Etats ne peuvent en aucun cas y déroger entre eux ou avec un Etat tiers. La norme a donc obtenu le statut impératif, ce qui a pour conséquence que l'unité de l'ordre juridique créé par la CEDH est garantie. Bien que devant porter un autre nom que celui de *Jus cogens*, une norme impérative « peut exister sur chaque échelon normatif dans

¹⁶⁵ Constitution Belge, article 23, disponible sur : https://www.senate.be/doc/const_fr.html.

la mesure où il s'agit d'une norme plus générale par rapport à une autre et qu'un intérêt spécifique la protège contre la fragmentation en régimes plus particuliers (*inter partes*) »¹⁶⁶.

Sous-section 2. Le *Jus cogens* comme technique juridique du droit positif

Le *Jus cogens* est un label juridique qui ne peut pas être défini comme des « valeurs fondamentales à la Communauté internationale » car il est issu du droit positif. Cette association qu'une grande majorité des auteurs de doctrine ou de juges font doit être freinée car elle laisse à penser qu'il s'agirait d'un concept issu du droit naturel chrétien. De manière consciente ou non, ils font croire que les justifications des décisions politiques se feraient en raison d'un bien commun, non défini, qui découlerait « de la divinité, de la raison ou d'une autre source d'ordre moral »¹⁶⁷. Or, en agissant de la sorte, ils laissent la porte grande ouverte à toutes les dérives des superpuissances qui utilisent l'idée d'une Morale universelle pour imposer leurs intérêts¹⁶⁸. Face à cela, il faut impérativement rappeler que le concept est issu du droit positif. Au départ, c'est la volonté des Etats qui l'a créé et formalisé dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Lors des différents forums pour la rédaction de cette Convention, l'article 53 a été adopté par 87 votes contre 8 et 12 abstentions où « la majorité des Etats qui ont voté contre ou se sont abstenus admettait l'existence du *Jus cogens* »¹⁶⁹. Qui plus est, la définition même du concept contenu dans la Convention admet la possibilité d'y déroger par une autre norme impérative.

En imaginant que le label juridique impératif a été octroyé à certaines normes car elles représenteraient des valeurs, celles-ci ne pourraient être qu'ancrées dans un droit positif issu du tournant libéral du 19^e siècle¹⁷⁰. Etant donné que les individus sont mis au centre, les Etats choisissent d'interdire ce qui pourrait réduire leur individualité. Ces normes qui ont obtenu le statut impératif protègent la population à l'égard des Etats tiers mais aussi vis-à-vis de leur propre Etat. Cependant, il ne faut pas non plus se laisser bercer par une vision cosmopolite droit-de-l'homme car cela n'a rien de naturel. C'est avant tout un choix politique des Etats représentés par leurs dirigeants et non la « Communauté internationale » comme objet et sujet de droit ayant sa propre personnalité¹⁷¹. Le droit international contemporain a été façonné par

¹⁶⁶ R. KOLB, *op. cit.*, 2001, p. 138.

¹⁶⁷ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016.

¹⁶⁸ Ch. de VISSCHER, *op. cit.*, 1970, p. 118.

¹⁶⁹ L. ALEXIDZE, *op. cit.*, 1981, p. 231.

¹⁷⁰ M. KOSKENNIEMI, « What Should International Lawyers Learn from Karl Marx ? », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, 2004, pp. 229-246.

¹⁷¹ Cette conception malheureuse nous ramène encore à une vision naturaliste chrétienne du Droit avec notamment Francisco Suarez ou Francisco de Victoria et leur « unité des nations » sur le plan légal et politique. Voir : J. HABERMAS, *op. cit.*, 2006, p. 165.

les méandres de l'histoire et l'existence des rapports de force. Au regard de l'échelle historique de l'être humain, les situations où l'esclavage, l'usage ou la menace de l'usage de la force, les discriminations raciales ou encore le génocide ont été tolérées voire encouragées légalement bien plus longtemps que leur prohibition. La place de l'Etat dans la protection instaurée ne serait pour autant être réduite à la protection à tout prix de l'individu. En effet, la Communauté internationale n'étant qu'une idée en puissance dans l'esprit des humains sans réelle substance quant à sa définition¹⁷², ils restent attachés à l'Etat car il s'agit d'une structure perceptible et définie. Les normes péremptoires ne sont pas uniquement destinées aux individus mais servent aussi à protéger l'Etat dans ses trois composantes : territoriale, humaine et l'exercice effectif d'un pouvoir politique sur cette population en un territoire déterminé. Par conséquent, il serait fallacieux de réduire le *Jus cogens* à des besoins d'humanité qui seraient commandés par Dieu ou la raison. Cela ne prendrait pas en compte le contexte historique, l'ordre international anarchique et le choix fait à un moment de l'Histoire par les Etats.

¹⁷² Ch. de VISSCHER, *op. cit.*, 1970, p. 123.

Chapitre 2. Qu'est-ce que le *Jus cogens* dans sa dimension contextuelle ?

Tout d'abord, il faut comprendre ce que recouvre la dimension contextuelle. Elle peut être définie comme tous les cas dans lesquels la notion de *Jus cogens* est invoquée. Ces derniers peuvent être devant les juridictions ou alors dans la pratique et position des Etats¹⁷³.

Dans ce chapitre, nous commençons par analyser la pratique des Etats sous différents angles pour tenter d'apporter une vision holistique vis-à-vis du *Jus cogens* (Section 1). Ensuite, nous passons en revue la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice ainsi que des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne (Section 2). Dans un souci de clarté, la synthèse ainsi que notre analyse de ces pratiques seront rassemblées en une seule section (Section 3). Elle permet de fournir une vue globale sur la situation tout en tirant des conclusions vis-à-vis du *Jus cogens*.

Section 1. Position et pratique des Etats vis-à-vis du *Jus cogens*

Dans cette section, nous abordons la position et les pratiques des Etats au regard du *Jus cogens*. Nous considérons qu'une pratique d'un Etat ou d'un groupe d'Etats peut se définir de plusieurs manières. Nous concluons à une pratique dès lors où leurs positions se retrouvent répétées dans le temps sans qu'un changement substantif apparaisse. En dressant une liste non exhaustive, nous pouvons tout d'abord citer les commentaires que les Etats ont pu faire lors de forum sur le sujet. Cela peut être notamment, comme nous le développons, lors de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ou encore via les différents commentaires qu'ils ont rédigés à l'égard des rapports de la Commission du droit international à propos du *Jus cogens*. Ensuite, nous y comptons les prises de position des Etats dans leur droit interne vis-à-vis du concept. Cela peut prendre des formes aussi variées que des actes juridiques internes ou en reconnaissant qu'il ne peut y avoir d'amendement à leur constitution qui serait contraire au *Jus cogens*¹⁷⁴. Enfin, une pratique peut être issue d'une violation dont les Etats en seraient les auteurs. Par conséquent, elle ne se résume pas uniquement aux décisions des Cours et Tribunaux ou aux actes constituant une violation contrairement à ce que certains Etats soutiennent¹⁷⁵. C'est sous cet angle que nous avons distingué les différentes sous-sections *infra*.

¹⁷³ A. BIANCHI, *op. cit.*, 2008, p. 499.

¹⁷⁴ Commission du Droit International, « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*), Commentaires et observations reçues des Etats », 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 27 disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml ; A. L. PAULUS, « Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation : An Attempt at a Re-appraisal », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005, p. 320.

¹⁷⁵ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, pp. 10 et 21.

Sous-section 1. Commentaires sur la Convention de Vienne de 1969

Dans le projet d'article adopté en 1966 rédigé par la Commission du droit international, l'article 50 énonce qu'« est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »¹⁷⁶. Le Royaume-Uni a indiqué que « son application devait être très limitée » tout en acceptant la force de nullité de ces normes¹⁷⁷. Le Luxembourg a été le seul pays à désapprouver le projet. Selon cet Etat, l'effet visait à « introduire (...) une cause de nullité analogue aux critères de moralité et d' "ordre public" qui servaient en droit interne » tout en se demandant si « de telles conceptions étaient aptes à être transposées à la vie internationale, caractérisée par l'absence de toute autorité, politique ou judiciaire, capable d'imposer à tous les Etats certains standards de justice et de moralité internationales »¹⁷⁸. Pour appuyer la proposition d'article de la Commission, l'Union soviétique avait déclaré que « les traités qui vont à l'encontre de telles normes sont illicites et doivent être considérés comme nuls *ab initio* »¹⁷⁹.

Deux Etats étaient, à l'époque des discussions sur le projet d'articles, de fervents défenseurs d'un besoin de clarté quant aux règles d'identification et la nécessité d'encadrer le concept pour éviter des invocations unilatérales abusives¹⁸⁰. La France était l'un de ces deux états. Le second était les Etats-Unis qui s'inquiétaient qu'« un Etat prétende se dégager des obligations découlant d'un traité en introduisant subitement et unilatéralement un principe de *jus cogens* dans ses règles de droit international ni faire valoir contre d'autres Etats ses vues personnelles sur la supériorité morale du *jus cogens* »¹⁸¹. C'est à la suite de ces préoccupations qu'il y a eu l'intégration d'une clause compromissoire donnant la charge de résoudre le conflit qui pouvait émerger à la Cour internationale de Justice¹⁸².

Une minorité d'Etats étaient réservés quant à l'existence du concept même de *Jus cogens*. D'après la Turquie, la notion n'était pas de la *lex lata* et il s'agissait d'une tentative de l'intégrer dans le droit international par voie conventionnelle¹⁸³.

¹⁷⁶ Projet d'article sur le droit des traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. 2, 1966, article 50.

¹⁷⁷ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 18.

¹⁷⁸ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 19.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 21.

¹⁸¹ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 21.

¹⁸² Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, article 66 a).

¹⁸³ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 22.

Lors de l'insertion du concept de *Jus cogens* dans la Convention de Vienne en son article 53, ce qui est remarquable est que la grande majorité des Etats présents l'acceptaient malgré tout comme de la *lex lata*¹⁸⁴. En effet, l'article a été adopté à 87 voix contre 8 pour 12 abstentions. La majorité des commentaires reçus ne tenaient donc pas à l'existence de normes impératives, mais sur les règles de fond et procédurales quant à la manière de les identifier¹⁸⁵.

Sous-section 2. Commentaires des Etats concernant le projet de conclusion sur les normes impératives de la Commission du droit international

À la suite des cinq rapports écrits par la Commission du droit international à propos des normes péremptoires, un projet de conclusion a été rédigé par cette dernière. Notre choix de l'aborder tient du fait que le rôle de la Commission est de faire des recommandations vis-à-vis du droit international en vue de sa codification. De plus, elle a bien indiqué que le projet rendu a uniquement pour but de clarifier le droit international en la matière sans entraîner une quelconque prescription juridique à l'égard des Etats¹⁸⁶.

Nous abordons quatre points du projet qui nous semblent pertinents au regard de ce que nous traitons dans ce mémoire.

§1. La nature générale des normes impératives

Le projet de conclusion définit la nature de ces normes comme reflétant et protégeant « les valeurs fondamentales de la Communauté internationale » qui sont « hiérarchiquement supérieures aux autres règles du droit internationales et sont universellement applicables »¹⁸⁷. Quatre des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité de l'ONU ont émis des commentaires critiques allant à l'encontre de cette formulation. Pour la France, la mention de « valeurs fondamentales » est sujette à controverses et ne fait pas partie de la définition donnée par la Convention de Vienne de 1969. De plus, elle ajoute que la mention d'« universel » risque de laisser croire qu'un *Jus cogens* régional pourrait exister¹⁸⁸. Pour les Etats-Unis, ce projet de conclusion « n'est pas suffisamment étayé par la pratique des Etats ». Ils appuient que cette conception fait notamment référence à l'arrêt d'une de leur cour d'appel *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* sans que cette notion de « valeurs fondamentales » ne soit définie¹⁸⁹. Le Royaume-Uni rejoint les Etats-Unis sur ce point¹⁹⁰. La Fédération de Russie, quant à elle,

¹⁸⁴ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 24.

¹⁸⁵ Commission du Droit International, *op. cit.*, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, p. 21.

¹⁸⁶ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, pp. 12-13.

¹⁸⁷ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 17.

¹⁸⁸ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 17.

¹⁸⁹ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 18.

¹⁹⁰ *Ibid.*

critique l'ajout de critères additionnels dans la détermination des normes impératives. « Les caractéristiques ... visées sont plus descriptives que juridiques »¹⁹¹. Dès lors, selon elle, « les Etats ne considèrent pas les références à la loi morale comme une caractéristique juridique pertinente des normes impératives »¹⁹².

Tout de même, sur les soixante Etats qui ont émis un commentaire sur ce projet de conclusion, seulement les quatre membres permanents ont élaboré une critique incisive à son encontre. Les autres Etats comme les Pays-Bas ou encore le bloc des pays nordiques ont simplement émis des réserves soulignant qu'un éclaircissement pouvait être nécessaire sur la détermination de la notion de hiérarchie ainsi que les conséquences de ce statut. Seize Etats ont quant à eux totalement appuyé la conclusion à laquelle était arrivée la Commission¹⁹³.

Ce que nous constatons à la suite de ces commentaires est que les membres permanents du Conseil de Sécurité ont une appréhension quant à la trop grande place que prendraient ces normes impératives. Ils ont une vision réductrice de la notion pour ne pas empiéter avec les compétences qu'ils ont comme « gardien de la paix et de la sécurité ». Nonobstant cela, nous sommes assez d'accord avec la France et le rapporteur spécial au sujet de l'inexistence de normes de *Jus cogens* régional dans les termes de la Convention de Vienne¹⁹⁴. Ce concept que nous remarquons dans la pratique de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH)¹⁹⁵ va à l'encontre même de la notion de *Jus cogens* qui se veut *universellement* acceptée. Néanmoins, comme dit *supra*, il est tout à fait possible que des normes impératives se créent au sein de systèmes juridiques supranationaux tels que la CEDH ou la CIDH sans pour autant que celles-ci soient définies comme *Jus cogens*.

§2. Absence d'effet des réserves aux traités sur les normes impératives

Le projet de conclusion est rédigé comme suit :

« 1. Une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une norme impérative de droit international général ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de cette norme, qui continue à s'appliquer à ce titre. 2. Une réserve ne peut exclure ou modifier l'effet juridique d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général »¹⁹⁶.

¹⁹¹ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 18.

¹⁹² Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 19.

¹⁹³ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, pp. 21-22.

¹⁹⁴ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 20.

¹⁹⁵ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Roach and Pinkert c. United States of America*, 22 septembre 1987, Résolution n° 3/87.

¹⁹⁶ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 45.

À l'égard de cet article, les Etats-Unis sont les seuls à s'y opposer. Ils arguent que la pratique étatique n'est pas suffisamment développée que pour arriver à cette conclusion¹⁹⁷. Le reste des Etats soutiennent la proposition ou vont même plus loin en proposant de rendre non valide une telle réserve¹⁹⁸.

Par rapport à l'état actuel du droit international public, de tels commentaires ne sont pas pertinents. D'abord parce que la Commission a repris les règles qui découlent de la non-validité des traités issue des articles 53, 66 et 71 de la Convention sur le droit des traités¹⁹⁹. Ensuite, vouloir indiquer que de telles réserves seraient non valides au titre d'être contraires aux buts et finalités du traité n'est qu'une répétition d'une obligation internationale déjà existante pour les Etats. La Cour internationale de Justice avait déjà souligné en 1951 que des réserves allant à l'encontre d'un traité n'étaient pas valides²⁰⁰, ce qui a été codifié par l'article 19 de la Convention de Vienne pour le droit des traités.

§3. Norme de règlement de conflit de lois entre le droit coutumier et une norme impérative

La commission a conclu deux choses : la première est qu'aucune coutume ne peut voir le jour dès lors où elle entre en conflit avec une norme impérative existante, la seconde est que la règle de l'objecteur persistant ne s'applique pas aux normes de *jus cogens*²⁰¹. Les Etats-Unis et la France argumentent pour la non-existence d'une telle norme coutumière. Selon eux, du droit coutumier pourrait se former *mais* il serait alors invalidé par l'existence d'une norme impérative.

Même sans se référer à une hiérarchie des normes, le *Jus cogens* en tant que garant de l'intégrité de l'ordre normatif international ne permet pas d'édicter du droit contraire. Sachant que ce concept a été mis en œuvre dans le droit des traités, nous pensons qu'une application par analogie devrait être possible à la coutume internationale. En effet, l'objectif était d'éviter la mise en place de sous-régimes *inter-partes* contraires au régime global. La coutume en tant qu'outil productif de droit devrait se voir aussi appliquer le droit impératif. Sachant qu'elle est formée d'une pratique constante et uniforme ainsi que d'une *opinio juris*, le sentiment qu'un comportement serait obligatoire allant à l'encontre d'une norme impérative ne peut pas exister en premier lieu. On ne peut imaginer que d'une pratique allant à l'encontre de

¹⁹⁷ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 45.

¹⁹⁸ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, pp. 77-79.

¹⁹⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, articles 53 et 66.

²⁰⁰ Cour internationale de Justice, avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951.

²⁰¹ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 47.

la prohibition du crime de génocide, il apparaîtrait la croyance qu'une telle pratique est obligatoire. Cela irait totalement à l'opposé des obligations coutumières et conventionnelles impératives. S'ils s'engageaient sur ce chemin, ils pourraient être tenus pour responsables internationalement.

§4. Obligations créées par des actes des organisations internationales en conflit avec le *Jus cogens*

Le projet de conclusion prévoit que :

« Une résolution, décision ou autre acte d'une organisation internationale qui aurait autrement un effet contraignant ne crée pas d'obligations de droit international si et dans la mesure où elles sont en conflit avec une norme impérative du droit international général »²⁰².

Sans grande surprise, les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité sont opposés à l'inclusion des résolutions de cet organe dans le projet. Selon les Etats-Unis, cela ne serait pas étayé par la pratique étatique et qui plus est, le Conseil de Sécurité ne pourrait prendre une résolution qui serait contraire à de telles normes²⁰³. Concernant la France, elle s'y oppose car il y a un risque d'affaiblir l'autorité du Conseil de Sécurité, ce qui est suivi par le Royaume-Uni²⁰⁴. La Chine tient un discours assez similaire à celui des Etats-Unis en arguant que le Conseil de Sécurité ne pourrait en aucun cas prendre une résolution en conflit avec le *Jus cogens*²⁰⁵. Quant à la Fédération de Russie, tout en émettant une remarque similaire, elle soumet à la Commission de rappeler dans le projet de conclusion que cela n'entraîne pas de préjudice à la règle de conflit de lois contenue à l'article 103 de la Charte des Nations Unies²⁰⁶. Ces différentes assertions ont été appuyées par Israël et l'Allemagne, deux Etats proches de certains membres permanents. Mais dans la majorité des commentaires reçus lors des forums, les Etats étaient en général d'accord avec l'idée d'y inclure les résolutions du Conseil de Sécurité²⁰⁷.

La commission du droit international a eu raison de les intégrer sous le champ d'application du *Jus cogens*. Les résolutions du Conseil de Sécurité doivent être considérées comme du droit conventionnel à propos desquelles les effets des articles 53, 64 et 71 de la Convention de Vienne s'appliquent. Afin de rentrer dans la catégorie de droit conventionnel, il faut la réunion de quatre éléments cardinaux. Premièrement, il faut que des personnes se réunissent à propos d'un sujet

²⁰² Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 51.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Charte des Nations Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, article 103, disponible sur : <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/full-text>

²⁰⁷ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, pp. 88-95.

déterminé. Deuxièmement, il faut que ces personnes soient des sujets du droit international ayant le pouvoir de conclure des traités. Troisièmement, ce qui découlera de cette réunion doit produire des effets légaux. Quatrièmement, les choix pris et transcrits dans un document doivent être sujets au droit international²⁰⁸. Au sein du Conseil de Sécurité, les Etats se réunissent pour régler des problèmes liés à la paix et à la sécurité internationale. Les Etats, dans et en dehors du Conseil de Sécurité, sont des sujets du droit international ayant la capacité de conclure des traités. Les résolutions prises via le Conseil de Sécurité ont des effets légaux en vertu de la Charte. L'article 24 organise la délégation de pouvoir des Etats vers le Conseil de Sécurité qui agit en leur nom en matière de paix et de sécurité internationale. L'article 25 combiné avec l'article 103 oblige les Etats parties et non parties à la Charte d'appliquer les résolutions. Les Etats et le Conseil de Sécurité sont tous les deux soumis au droit international : ils en sont des créateurs et des destinataires. Dès lors, les Etats ne peuvent justifier une violation des normes ayant atteint le statut impératif parce qu'ils agissent au sein d'une organisation internationale, quelle qu'elle soit. Comme nous l'avons justifié *supra* le Conseil de Sécurité de l'ONU est un organe politique où les Etats agissent non pas dans un esprit de communauté mais en vertu de leurs intérêts. Cela se marque d'autant plus par l'usage du droit de veto d'un des membres permanents dès lors où ses intérêts sont en jeu.

Sous-section 3. La pratique des Etats vis-à-vis du droit des immunités

Comme nous l'abordons *supra*, le droit des immunités s'inscrit dans une dynamique de bonnes relations entre les Etats. Cela signifie que les exceptions permettant de lever lesdites immunités doivent être réduites et interprétées strictement pour ne pas violer le principe d'égale souveraineté. Nous divisons cette sous-section en deux. D'abord, nous abordons l'état de la pratique étatique au sein des ordres juridiques nationaux pour nous tourner par la suite sur la pratique des Etats en droit international.

§1. La pratique au sein des ordres nationaux

La majorité des Etats, issus de la *Common Law* ou du droit continental, ont légiféré concernant les questions relatives à l'exception aux immunités de l'Etat et de ses hauts représentants. Il en est ressorti une exception commune : l'immunité ne vaut pas en cas d'actes *jure gestionis*. Les Etats de la *Common Law* ont aussi développé l'exception territoriale afin de permettre la levée de l'immunité. Utilisée au départ pour les cas d'accidents de roulage, elle s'est étendue aux

²⁰⁸ R. KOLB, *op. cit.*, 2015, p. 60.

actes dommageables ou délictueux *jure imperii* commis sur le territoire de l'Etat du for ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel²⁰⁹.

Au regard des différentes législations internes, aucun des Etats n'est enclin à ajouter une exception pour l'allégation de violation des normes impératives. Cela se voit notamment avec la rédaction des Conventions internationales que nous développons *infra* où aucune des deux n'en tient compte. Avec la montée du problème du terrorisme, un seul Etat a ajouté à son corpus normatif une exception liée au *Jus cogens*. Les Etats-Unis, dans leur amendement de 1996 à leur *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* de 1976, ont considéré que les Etats finançant le terrorisme ne pouvaient se voir accorder l'immunité de juridiction et d'exécution²¹⁰. Afin d'accorder l'exception, trois conditions doivent être remplies : l'Etat défendeur doit être inclus dans la liste des Etats finançant le terrorisme par le secrétaire d'Etat en charge, le demandeur doit avoir la nationalité états-unienne au moment des faits allégués et si l'acte dommageable a été commis sur le territoire de l'Etat défendeur, il doit lui avoir été laissé un temps raisonnable afin de juger la cause avant que les juridictions états-uniennes puissent en connaître²¹¹.

En dehors des législations, deux Cours suprêmes ont reconnu explicitement la possibilité de lever l'immunité de l'Etat ou de ses hauts représentants en vertu du *Jus cogens*, ce qui n'a pas été démenti par les pouvoirs législatifs ou exécutifs des Etats respectifs. D'un côté, l'Italie dans l'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* approuve la possibilité de nier l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Cela a eu pour conséquence de rendre le jugement exécutoire à l'encontre de la Villa Vigoni²¹². De l'autre côté, la Grèce a accepté la possibilité de lever l'immunité de juridiction dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne* sans que les demandeurs puissent faire exécuter le jugement²¹³.

Bien que la pratique de ces deux Etats soit en faveur d'une application extensive du *Jus cogens* en lui reconnaissant une règle secondaire donnant un accès impératif à un tribunal, elle est minoritaire, voire quasi inexistante, d'un point de vue mondial. Même en considérant la pratique des Etats-Unis au regard de leur *FSIA*, il nous semble que cette position est incompatible avec le droit international. Au niveau du *FSIA*, d'une part, la liste des Etats sponsors du terrorisme est décidée unilatéralement par les Etats-Unis sans qu'aucun des Etats concernés n'ait son mot

²⁰⁹ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 214.

²¹⁰ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 215.

²¹¹ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 215.

²¹² Corte di Cassazione, *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, *Rivista di diritto internanazionale*, vol. 84, 2004, p. 539.

²¹³ Areios Pagos, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, *ILR*, vol. 129, 2007, p. 513.

à dire. D'autre part, toute une partie des Cours et Tribunaux des pays de la *Common Law* où des législations complètes relatives aux exceptions aux immunités ont été édictées semble être d'accord avec l'appréciation restrictive qu'en fait leurs pouvoirs législatifs et exécutifs. Elles suivent l'argument selon lequel l'allégation d'une violation d'une norme de *Jus cogens* n'implique pas la levée de l'immunité de juridiction et de l'immunité d'exécution *a fortiori*²¹⁴. Cela prouve donc que « les Etats ne reconnaissent pas avoir une obligation d'acter une telle exception ou qu'ils ne se considèrent pas en droit de le faire »²¹⁵.

§2. La pratique au sein des traités internationaux

Au niveau des traités internationaux, il y a deux conventions qui se distinguent : la Convention européenne sur les immunités des Etats de 1972²¹⁶ et la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens de 2004²¹⁷.

La Convention européenne est entrée en vigueur en 1976 mais ne compte à ce jour que huit Etats l'ayant ratifiée. Le Portugal est le seul Etat signataire qui ne l'a pas encore ratifiée. Elle ne prévoit aucune levée d'immunité pour les cas d'allégations de violation d'une norme impérative. La seule exception qui pourrait faire entrer sous son champ d'application de telles allégations est l'exception territoriale contenue à l'article 11. Nous devons tout de même souligner que les actes ou omissions des forces armées s'en trouvent exclus²¹⁸.

Quant à la Convention des Nations Unies, elle ne compte que vingt-trois Etats l'ayant ratifiée pour un total de vingt-huit signataires. La Convention n'est toujours pas en vigueur car selon son article 30, elle nécessite la ratification de 30 Etats pour être applicable. Elle ne prévoit pas explicitement d'exception relative aux normes impératives mais il est aussi possible de l'y inclure sous l'angle de l'exception territoriale contenue à l'article 12.

²¹⁴ Voir House of Lords, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 juin 2006, disponible sur : <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf> ; Cour d'appel des Etats-Unis pour le neuvième circuit, *Siderman de Blake c. Republic of Argentina*, Cal. Daily Op. Service, 22 mai 1992 ; Cour d'appel des Etats-Unis pour le quatrième circuit, *Yousuf c. Samantar, Bankr, E.D. Va.*, 2012 ; Cour d'appel de Nouvelle-Galles du Sud, *Zhang c. Zemin*, NSWCA, 2010, §§ 130-136 ; Cour Supérieure de Justice d'Ontario, *Bouzari c. République Islamique d'Iran*, O.J, vol. 2800, 2004, § 443.

²¹⁵ Th. GIEGERICH, *op. cit.*, 2006, p. 216.

²¹⁶ Convention européenne sur l'immunité des Etats, adoptée à Bâle le 16 mai 1972, *Série des traités européens*, vol. 74, 1972, disponible sur : <https://rm.coe.int/16800730da>.

²¹⁷ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 2004., disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/4_1_2004.pdf.

²¹⁸ Convention européenne sur l'immunité des Etats, adoptée à Bâle le 16 mai 1972, *Série des traités européens*, vol. 74, 1972, article 31, disponible sur : <https://rm.coe.int/16800730da>.

Nous constatons que la participation des Etats à ces deux conventions se révèle très pauvre. Néanmoins, la portée des deux Conventions n'est pas à négliger. Elles codifient toutes les deux l'état du droit international. D'une part, elles acceptent la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Là où le droit des immunités protège l'Etat qui agit dans le champ d'application d'actes *jure imperii*, il a été progressivement reconnu que les actes *jure gestionis* étaient exclus du champ d'application du droit des immunités²¹⁹. D'autre part, elles laissent aussi la porte ouverte à l'inclusion d'allégations de violations des normes impératives sous couvert de l'exception territoriale.

Sous-section 4. Le cas Abu Ghraib

Au cours de l'histoire contemporaine, de nombreuses violations de normes ayant atteint le statut de *jus cogens* se sont produites. Malgré tout, nous avons choisi de nous pencher sur le cas d'Abu Ghraib sur base d'une multitude de facteurs. Depuis leur indépendance, les Etats-Unis ont construit au fil des années un empire sans le nommer. Que cela soit au début de leur implémentation de la doctrine Monroe ou plus récemment avec leur entrée dans les deux guerres mondiales, ils sont toujours intervenus non pas pour défendre une idéologie mais avant tout pour défendre leurs intérêts²²⁰. Cette politique s'est accélérée durant la guerre froide durant laquelle ce qui était censé être le camp de la liberté se retrouve à financer des autocrates comme « Tchang Kaï-Chek en Chine, Mohammad Reza Pahlavi en Iran, Rhee Syngman en Corée du Sud, Mobutu Sese Seko au Zaïre, Anastasio Somoza au Nicaragua ou Augusto Pinochet au Chili »²²¹. Cette doctrine réaliste impliquant l'utilisation de la force dans leurs relations internationales se ressent notamment lorsque l'on s'attarde sur les chiffres. Depuis 1798, Les Etats-Unis ont lancé pas moins de 469 interventions militaires, dont au moins 251 à partir de 1991²²² moment où l'ordre international s'est recalibré sur un système unipolaire dans lequel ils sont hégémoniques. À partir de ce tournant, leur politique extérieure implique ouvertement l'usage de traitements inhumains et dégradants ainsi que l'usage de la force afin d'imposer leur vision²²³. À deux reprises, ils en ont fait usage de manière illégale. La première est en 1999 lors

²¹⁹ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012.

²²⁰ Cercle aristote, « Davy contre l'empire des USA - l'Amerique Empire », disponible sur <https://youtu.be/1QUzcW7H7AQ>, 2 avril 2023, 12 : 45.

²²¹ J. MEARSHEIMER, « Pourquoi les grandes puissances se font la guerre », *Le Monde Diplomatique*, Août 2023, p. 10.

²²² S. PLAGAKIS et B. SALAZAR TORREON, « Instances of use of United States Armed forces abroad : 1798-2023 », 7 juin 2023, disponible sur <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42738> ; Fletcher Center for Strategic Studies, « Military Intervention Project Research », University of Tufts, octobre 2019, disponible sur https://sites.tufts.edu/css/mip-research/#_edn1.

²²³ L'usage de la torture n'était pas uniquement réservé à Abu Ghraib mais faisait partie d'un vrai plan à l'international pour « éradiquer » le fléau du terrorisme. Ils s'y sont adonnés sans scrupule à Guantanamo ou encore

des bombardements du Kosovo et de la Serbie sous le couvert de l'OTAN. La deuxième est lors de l'entrée illégale en Irak en 2003 afin de renverser le régime baasiste²²⁴. Ils se présentaient comme un agent de médiation pour fournir une aide humanitaire à des populations opprimées là où ils n'étaient qu'une des parties combattantes²²⁵. En tant que puissance impériale, ils ont aussi poussé une majorité d'Etats à adopter des traités comme le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, des traités de protection des droits humains, le protocole de Kyoto ou encore la Convention d'Ottawa à propos des mines antipersonnelles sans y adhérer²²⁶. Cela est classique « d'une puissance impériale qui rejette les normes légales internationales car elles limitent son champ d'action »²²⁷. Toutes ces actions se font sans qu'aucune sanction à l'égard des Etats-Unis n'ait jamais été prise. Nous mentionnons Abu Ghraib, mais nous aurons tout aussi bien pu aborder la prison de Guantanamo ou encore l'intervention états-unienne en Afghanistan étant donné qu'ils ont tous été une facette de la « guerre contre la terreur ». Néanmoins, notre choix s'est porté sur Abu Ghraib pour trois raisons en particulier. Premièrement, l'ensemble du monde s'accorde sur le fait que les Etats-Unis ont violé le droit international à plusieurs reprises lors de la deuxième guerre du Golfe et notamment au moins deux normes ayant le statut impératif. Deuxièmement, il s'agit d'une des premières fois où ces actes de traitements inhumains et dégradants ont fait l'objet de photographie²²⁸. Troisièmement, cette pratique impériale met à mal le paradigme constitutionnaliste lorsqu'il argue que depuis 1991 l'ordre international tend de plus en plus vers l'émergence du projet cosmopolite²²⁹.

§1. Contexte des événements

Le 11 septembre 2001, les Etats-Unis sont attaqués sur leur territoire. Consécutivement, Georges W. Bush, alors président, déclare à la télévision qu'il lance sa « guerre contre la terreur »²³⁰. Dès lors, l'ensemble de son administration et notamment Donald Rumsfeld commence à infuser l'idée que ces terroristes sont des combattants *illégaux*²³¹. Leur adosser le label d'« illégaux » a pour effet linguistique de faire croire que ces personnes tomberaient en

en Afghanistan. Voir : Left eyes, « Ron DeSantis's Military Secrets : Torture and War Crimes », novembre 2022, disponible sur <https://open.spotify.com/episode/4EVKDJq3NzYpWo4j89JrBG?si=27a64b1bc3e14d0f>.

²²⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, §77 ; S. ŽIŽEK, « Against Human Rights », *New Left Review*, Vol. 34, 2005, p. 126.

²²⁵ S. ŽIŽEK, *Que veut l'Europe ? Réflexions sur une nécessaire réappropriation*, Paris, Editions Flammarion, 2005, p. 70.

²²⁶ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2006, p. 180.

²²⁷ J. HABERMAS, *op. cit.*, 2006, p. 180.

²²⁸ A. SOLOMON-GODEAU, « Torture à Abou Ghraib : les médias et leur dehors », *Multitudes*, vol. 28, 2007, p. 212.

²²⁹ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 181.

²³⁰ G. W. BUSH, « Allocution à une session conjointe du Congrès et du peuple américain », Washington DC, 20 septembre 2001, disponible sur : <https://2001-2009.state.gov/coalition/cr/rm/2001/5025.htm>.

²³¹ S. ŽIŽEK, *op. cit.*, 2005, p. 67.

dehors du champ d'application du Droit²³² ce qui permettrait l'application de moyen dit « illégaux ». Pour appuyer cette thèse de la « nécessité » du recours à la torture, certains journalistes se sont révélés être de fervents défenseurs de la parole gouvernementale. Parmi eux se trouve Jonathan Alter, un journaliste considéré comme libéral au sein de la société états-unienne. Ce dernier publie un article intitulé « Time to think about torture ». Il nous décrit alors que légaliser la torture physique serait contraire aux valeurs américaines. Cependant, au vu des violations des droits humains à travers le monde, il faudrait que les états-unien gardent l'esprit ouvert concernant l'emploi de certaines mesures pour combattre le terrorisme. Il propose alors l'utilisation d'« interrogatoire musclé » ou encore de transférer les détenus auprès d'Etats moins regardants quant à la violation des droits humains²³³. Malgré toute cette effervescence sur le recours à la torture, le comité attaché à la convention contre la torture ou autres peines et traitements inhumains, cruels et dégradants a émis une déclaration à la suite des événements du 11 septembre. Par celle-ci, il rappelle à tous les signataires de la Convention que le crime de torture ne connaît aucune exception²³⁴.

Sur base de « preuves » fallacieuses présentées devant le Conseil de Sécurité le 12 septembre 2002²³⁵, le gouvernement états-unien décida d'enclencher l'invasion de l'Irak le 20 mars 2003 en se positionnant à la tête d'une coalition armée via la réactivation de la Résolution 678 (1990). Dans ce contexte, la prison d'Abu Ghraib, ancienne prison utilisée par Saddam Hussein pour détenir des opposants politiques, fut réouverte et utilisée par les Etats-Unis dans le courant d'août 2003²³⁶. Au même moment, l'administration Bush continuait d'amoindrir la notion de torture afin de permettre certains actes qui devaient être employés uniquement dans le but d'obtenir des informations pour éviter un péril grave et imminent. Ils ont alors émis, sous la tutelle de John Yoo, une série de mémorandums pour « guider » la CIA et l'armée dans la conduite des interrogatoires. Par la présente, l'idée était de délimiter le champ d'application

²³² S. ŽIŽEK, *op. cit.*, 2005, p. 67.

²³³ J. ALTER, « Time to think about torture », *Newsweek*, 4 novembre 2001, disponible sur : <https://www.newsweek.com/time-think-about-torture-149445>.

²³⁴ Comité contre la torture, « Statement of the Committee in connection with the events of 11 September 2001 », 22 novembre 2001, disponible sur : <https://www2.ohchr.org/English/bodies/cat/docs/statements/A.57.44.pdf>.

²³⁵ I. RAMONET, « Mensonges d'Etat », *Le Monde diplomatique*, juillet 2003, disponible sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/2003/07/RAMONET/10193>.

²³⁶ A. VOLLE, « Abu Ghraib prison », *Encyclopedia Britannica*, date non mentionnée, disponible sur : <https://www.britannica.com/topic/Abu-Ghraib-prison>.

matérielle de la notion de torture pour permettre aux interrogateurs l'usage de moyens controversés afin d'obtenir des informations²³⁷.

§2. Les crimes au sein de la prison

Ce qui se passa à Abu Ghraïb était d'une violence qui avait pu être utilisée lors d'autres guerres. Néanmoins, la différence ici est que les agents présents sur place avaient « documenté »²³⁸ leurs actes en prenant des photos mettant en scène les différents sévices²³⁹. Parmi ces photos, l'une des plus accablantes devint au cours des années 2003-2004 le symbole des actes de tortures perpétrés. Il s'agissait d'un homme encagoulé et vêtu d'une cape noire, tenant en équilibre sur une caisse pas plus large que ses deux pieds. Sur ses doigts et au niveau de sa tête étaient attachés des fils électriques dont on pouvait s'attendre à ce que du courant passait à tout moment.

Seymour Hersch partageait dans son article ce qu'un Général avait écrit dans son rapport concernant les abus subis par les détenus :

« Cassage de bâtons phosphorescents et versement du liquide phosphorique sur les détenus ; versement d'eau froide sur des détenus nus ; violence physique à l'encontre des détenus avec un manche à balai et une chaise ; menace d'un viol contre des détenus masculins ; permettre à un garde de la police militaire de recoudre la blessure d'un détenu après qu'il ait été blessé en ayant été violemment jeté contre le mur de sa cellule ; sodomiser un détenu avec un bâton luminescent et possiblement un manche à balai ; utilisation des chiens militaires pour intimider et faire peur aux détenus en les menaçant d'une attaque, avec dans un cas un détenu se faisant mordre ».²⁴⁰

Tous ces différents abus avaient été perpétrés par des militaires n'ayant pour la plupart aucune formation en gestion de prison²⁴¹. Il n'avait pas été rare non plus d'avoir forcé les détenus à pratiquer des actes homosexuels l'un envers l'autre tout en les humiliant sexuellement. La

²³⁷ X, « The torture papers : the road to Abu Ghraïb », Greenber, K. J. et Dratel, J. L. (dir.), Cambridge, Cambridge Press University, 2005, disponible sur : https://assets.cambridge.org/97805218/53248/frontmatter/9780521853248_frontmatter.pdf.

²³⁸ A. SCHMITT, « Torture, humiliations... Les photos qui ont révélé l'horreur d'Abou Ghraïb », *L'OBS*, le 25 août 2015, disponible sur : <https://www.nouvelobs.com/photo/20160825.OBS6879/torture-humiliations-les-photos-qui-ont-revele-l-horreur-d-abou-ghraib.html>.

²³⁹ A. SOLOMON-GODEAU, *op. cit.*, 2007, pp. 211-223.

²⁴⁰ S. M. HERSCH, « Torture at Abu Ghraïb : American soldiers brutalized Iraqis. How far up does the responsibility go? », *The New Yorker*, 30 avril 2004, disponible sur : <https://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>. Pour en savoir plus sur les moyens de torture utilisés, voir : Amnesty International, « Au-delà d'Abou Ghraïb : la détention et la torture en Irak », Mars 2006, disponible sur <https://www.amnesty.org/fr/documents/MDE14/001/2006/fr/> ; Left eyes, *op. cit.*, novembre 2022 ; Human Rights Watch, « The Road to Abu Ghraïb », 8 juin 2004, disponible sur <https://www.hrw.org/report/2004/06/09/road-abu-ghraib>.

²⁴¹ S. M. HERSCH, *op. cit.*, 30 avril 2004.

chaîne de commandement se serait basée sur le livre d'un anthropologue états-unien révélant que les Arabes étaient vulnérables aux humiliations sexuelles²⁴².

La Convention contre la torture ou autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants définit la torture comme :

« Tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles »²⁴³.

Au regard de cette définition, il est indéniable que l'ensemble des allégations d'actes qui ont été infligés aux détenus de cette prison relève bien du champ d'application de la Convention. Dès lors, quelles ont été les suites de cette affaire ?

§3. Les conséquences des crimes commis

Dans cette affaire, le souci est double. D'une part, l'administration Bush était au courant des méthodes utilisées et les avaient implicitement autorisées. D'autre part, la chaîne de commandement a été troublée consciemment. Rumsfeld a autorisé la mise en place d'un plan d'action secret où un groupe de travail devait capturer et interroger des cibles de grande valeur selon l'administration Bush²⁴⁴. L'affaire aurait impliqué plus de deux cents officiels pour mettre en place leurs règles « Attrape qui tu dois. Fais ce que tu veux »²⁴⁵. L'objectif par cette opération était de démanteler l'insurrection irakienne à l'encontre du gouvernement mis en place par la coalition et de permettre de traquer les terroristes internationaux affiliés à Al-Qaeda.

Qui était réellement en charge de cette prison n'était pas évident. Le complexe accueillait des militaires, des unités de paracommandos sous fausse identité qui étaient tous en uniforme tandis

²⁴² S. M. HERSCH, « The gray zone », *The New Yorker*, 16 mai 2004, disponible sur : <https://www.newyorker.com/magazine/2004/05/24/the-gray-zone>.

²⁴³ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, article 1, disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>.

²⁴⁴ S. M. HERSCH, *op. cit.*, 16 mai 2004.

²⁴⁵ *Ibid.*

que les agents de service de renseignement, des traducteurs et les personnes du programme spécial de Rumsfeld étaient en civil. Il n'était pas clair, même pour le Brigadier Général Karpinski qui était dans tout ce désordre²⁴⁶.

Les abus ont été signalés par Joseph Darby, un jeune policier militaire, à l'*Army's Criminal Investigations Division* tout en donnant un CD contenant l'ensemble des preuves. Ce signalement a alors été un dilemme pour l'administration Bush et le Pentagone : d'un côté, il faut poursuivre les responsables, d'un autre côté, cela mettra à mal leur plan²⁴⁷. Dès lors, pour faire bonne figure, ils ont poursuivi une petite dizaine de soldats et gradés de second ordre. Parmi ceux qui ont été le plus sévèrement punis, on retrouve Charles Graner qui a écopé d'une peine de 10 ans de prison pour mauvais traitement de détenus, échec dans la protection des détenus contre des abus, traitement cruel et inhumain²⁴⁸. Ivan Frederick s'est rendu coupable de mauvais traitement à l'égard de détenus, agressions et actes inhumains et a obtenu une peine de 8 ans de prison²⁴⁹. Enfin, Lynndie England a été condamnée à trois années de prison pour mauvais traitements et traitement inhumain de détenus²⁵⁰. Quant aux échelons supérieurs, nous remarquons qu'ils n'ont été nullement inquiétés par des procédures pénales ou même une quelconque responsabilité politique. En effet, Donald Rumsfeld n'a pas dû quitter son poste de secrétaire d'Etat et rien n'a débouché pour les autres membres de l'administration Bush. Uniquement les bas échelons de cette chaîne de commandement nébuleuse ont été poursuivis.

Comme le prévoit la Convention contre la torture et les traitements inhumains de 1984, les actes constituant des crimes de torture doivent trouver écho dans le Code pénal des différents Etats parties tout en prévoyant une mesure de proportionnalité quant aux peines infligées²⁵¹. Il semblerait que les Etats-Unis aient rempli le premier volet de cette obligation internationale au regard des militaires incarcérés. Néanmoins, lorsque l'on examine de plus près, une remise en question s'impose. Au vu de la proportionnalité des peines infligées au regard des crimes commis, est-ce qu'une peine de 10 ans est suffisante sachant qu'une des victimes a trouvé la mort ? Ensuite, est-ce que nous pouvons vraiment affirmer que justice a été rendue dès lors que

²⁴⁶ S. M. HERSCH, *op. cit.*, 16 mai 2004.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ X, « Parents defend convicted Abu Ghraib guard », CNN, 17 janvier 2005, disponible sur : <https://edition.cnn.com/2005/LAW/01/17/graner.parents/index.html>.

²⁴⁹ Court-Martial charges against Staff Sergeant Ivan L. Frederick, 20 mars 2004, disponible sur : <https://web.archive.org/web/20141222005033/http://news.findlaw.com/wsj/docs/iraq/ifred32004chrg.html>.

²⁵⁰ X, « England sentenced to 3 years for prison abuse », NBCNews, 26 septembre 2005, disponible sur : <https://www.nbcnews.com/id/wbna9492624>.

²⁵¹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, article 4.

les seules personnes incarcérées ont été libérées sous conditions après moins de la moitié de la peine prévue ? Selon nous, les Etats-Unis n'avaient pas la volonté de respecter pleinement l'implication de la violation d'une norme qui a atteint le statut de *jus cogens*. Il est clair, en suivant Hersch, que ces actes de torture étaient délibérés et faisaient partie d'un tout plus grand s'inscrivant dans la « guerre contre la terreur ». Dans un monde où l'hégémon états-unien a régné en maître durant cette période, nous ne pouvons attendre aucune conséquence à son égard quant à ce genre de comportement. Il est temps de nous tourner vers la pratique judiciaire au regard de ces normes afin de nous éclairer un peu plus.

Section 2. Le *Jus cogens* dans la pratique des Cours et Tribunaux

Cette section met en lumière la manière dont les organes judiciaires agissent lorsqu'il y a en jeu une allégation de violation d'une norme péremptoire.

Sous-Section 1. La position de la Cour internationale de Justice

§1. Avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*

En 1950, l'Assemblée Générale des Nations Unies a posé à la Cour un ensemble de questions pour être éclairée au regard des conséquences qu'impliqueraient des réserves à la signature de la convention sur le crime de génocide dans le cas où d'autres Etats signataires feraient objection à ces réserves. La Cour y a répondu en laissant un champ d'appréciation large concernant ces réserves. Elles resteraient compatibles avec la Convention dès lors où il n'y aurait pas un degré d'écart trop grand quant aux buts poursuivis par ledit instrument²⁵².

Nous pouvons tirer de l'avis consultatif plusieurs conséquences pertinentes sur la vision de la Cour au regard des normes de *jus cogens* comme garantes de l'intégrité de l'ordre juridique international. Nous tenons tout de même à signaler que bien que cette notion n'avait pas encore fait l'objet d'une adoption formelle au sein de la convention de Vienne de 1969, il semblerait que, par son avis, la Cour mette en germe ce principe. D'abord, la Cour note que l'Assemblée générale de l'ONU a voulu donner à la Convention une portée universelle. Les principes inscrits obligeraient les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Elle poursuit ensuite en notant que, dans une telle Convention, les Etats parties ont « un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention »²⁵³. Dès lors, l'objet de la réserve

²⁵² Cour internationale de Justice, avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951.

²⁵³ Cour internationale de Justice, avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951, p. 12.

doit seulement permettre la bonne réalisation des objectifs de la Convention tels que définis²⁵⁴. Sans le dire expressément, la Cour rappelle que le principe qui sous-tend le droit international reste l'égalité souveraineté des Etats et leur consentement. Dès lors que le système juridique international est décentralisé, l'analyse de la régularité d'une réserve appartient à chaque Etat. Individuellement, ils la jugent correcte ou non en fonction de s'ils y consentent ou non.

§2. Arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*

A la suite d'un mandat obtenu par l'Afrique du Sud pour administrer la Namibie actuelle, l'Ethiopie a souhaité, par l'initiation des procédures devant la Cour, faire déclarer illégale l'occupation de l'Afrique du Sud sur ce territoire. Malheureusement, la Cour n'a pas suivi la contestation de l'Ethiopie et a rejeté l'affaire au motif que le demandeur n'a pas su établir l'existence à leur profit d'un droit ou intérêt juridique particulier justifiant sa compétence²⁵⁵.

Sans l'énoncer de manière claire, en analysant le système de Mandats qui était mis en place au sein de la Société des Nations, la Cour semble mettre en germe la notion d'obligation *erga omnes partes*. En effet, elle se borne à savoir si les Mandataires pouvaient être tenus responsables à titre distinct envers chacun des membres de la Société²⁵⁶. Selon elle, cela n'existait pas dans le système qui était prévu. Néanmoins, elle énonce que certains instruments internationaux à caractère humanitaire ou certaines décisions judiciaires montrent que « des Etats peuvent demander qu'un principe général soit observé, même si l'infraction alléguée à ce principe ne touche pas à leurs intérêts concrets propres » et que « des Etats peuvent avoir un intérêt juridique à réclamer le respect d'un principe de droit international même s'ils n'ont subi dans un cas d'espèce aucun préjudice matériel ou ne demandent qu'une réparation symbolique »²⁵⁷.

A la suite, la Cour rappelle et insiste sur la distinction qui existe entre Droit et Morale. « La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante »²⁵⁸. Elle établit que certaines considérations et intérêts moraux peuvent inspirer le droit, néanmoins, « ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique »²⁵⁹.

²⁵⁴ Cour internationale de Justice, avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951, p. 13.

²⁵⁵ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, §34.

²⁵⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, §34.

²⁵⁷ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, §44.

²⁵⁸ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, §49.

²⁵⁹ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, §50.

§3. Arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*

La société Barcelona Traction est une société canadienne ayant différentes sociétés auxiliaires dont certaines ont pris leurs quartiers en Espagne. Ces dernières émettaient des obligations afin de se financer. Au bout d'un moment, elles ne savaient plus rembourser les intérêts aux différents obligataires. Le juge espagnol a accepté de s'occuper de la mise en faillite demandée par un groupe d'obligataires. La Belgique, *in casu*, se plaint de l'organisation de la faillite en faisant usage de la protection diplomatique. Lorsque le litige est porté devant la Cour, celle-ci doit juger si l'Espagne a failli à ses obligations issues du droit international ou si la Belgique n'a pas qualité pour agir étant donné que la société est canadienne. La Cour finira par donner raison à l'Espagne²⁶⁰.

Par cet arrêt, l'apport de la Cour au Droit international est important. Là auparavant il était considéré que pour agir un Etat devait avoir un intérêt juridique propre, la Cour consacre la possibilité pour un Etat d'agir à l'encontre de n'importe quel Etat dès lors que « vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »²⁶¹. Les Etats dans leur ensemble obtiennent donc une possibilité sur le plan procédural de faire valoir la protection de certains droits. La Cour poursuit en indiquant une liste non exhaustive des obligations qui peuvent déclencher telle procédure : les actes d'agression, la prohibition du génocide, des principes sur les droits humains fondamentaux, la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale²⁶². Par la présente, sans aborder la notion de *Jus cogens*, la Cour semble admettre que les normes qui sont considérées comme *Jus cogens* se voient aussi attribuer la qualité d'*erga omnes* dans le but de faire respecter l'intégrité normative de l'ordre juridique international.

§4. Arrêt *Activités Militaires et paramilitaires du 27 juin 1986 (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*

Le Nicaragua a déposé une requête introductive d'instance auprès de la Cour contre les Etats-Unis afin de demander la constatation de la violation par le défendeur du droit à la souveraineté et à l'indépendance politique et de la prohibition de la menace ou l'emploi de la force envers un autre Etat. En l'espèce, après que la Cour a rendu un arrêt se déclarant compétente, les Etats-Unis ont décidé de ne plus participer aux procédures suivantes car ils ne lui reconnaissaient pas

²⁶⁰ Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970.

²⁶¹ Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, §33.

²⁶² Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, §34.

une compétence judiciaire *in casu*. La Cour condamna le défendeur à mettre fin à toutes les activités illicites entreprises sur et à l'encontre du Nicaragua et elle constata la violation par ce dernier de la prohibition de la menace ou de l'usage de la force et du respect du droit à la souveraineté²⁶³.

La Cour nous apporte un éclairage très intéressant sur l'état du droit international au regard du principe d'égalité souveraineté et de la prohibition de l'usage ou de la menace de l'usage de la force au sein du droit coutumier. Tout d'abord, elle dément l'argument des Etats-Unis selon lequel lorsqu'une règle de droit coutumier se retrouve inscrite dans du droit conventionnel, la règle de droit coutumier perdrait de sa substance pour uniquement se retrouver dans le droit conventionnel²⁶⁴. La Cour recherche, par la suite, s'il existe en droit international une pratique constante des Etats ainsi qu'un *opinio juris* qui viendraient créer une règle concernant la prohibition de la menace ou l'usage de la force. Elle constate dans son analyse que cette norme a même obtenu le statut de *jus cogens*²⁶⁵, tout en ajoutant qu'il n'empêche qu'« entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux »²⁶⁶ quoique les atteintes au principe ne soient pas rares.

§5. Arrêt Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)

Dans cette affaire, la Belgique, qui à l'époque avait prévu une compétence universelle en matière pénale, avait émis un mandat d'arrêt à l'encontre de M. Yerodia, ministre des Affaires étrangères en fonction de la RDC au moment de l'émission. La RDC demandait à la Cour de déclarer la violation de la coutume internationale concernant l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale des ministres des affaires étrangères tout en requérant l'annulation dudit mandat. La Cour a retenu les arguments du demandeur²⁶⁷.

La Cour commence par établir qu'une immunité est offerte à certaines personnes occupant un rang élevé au sein de la machinerie étatique. Etant donné qu'il est inhérent pour un ministre des Affaires étrangères de devoir se rendre à l'étranger ; étant donné qu'il est impossible de distinguer les actes accomplis à titre officiel ou privé selon la Cour ; il faut lui accorder

²⁶³ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986.

²⁶⁴ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, §172 et suivants.

²⁶⁵ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, §190.

²⁶⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, §202.

²⁶⁷ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002.

l'immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger dans le cadre de sa fonction et cela quand bien même qu'il s'y trouverait en qualité d'officiel ou à titre privé²⁶⁸. La Cour s'attache ensuite à savoir si, comme l'affirme la Belgique, il y a une pratique des Etats qui verrait l'immunité levée dès lors où des allégations de crimes contre l'humanité seraient en jeu. Elle fait état de l'existence de deux décisions suivantes ce courant : l'arrêt Pinochet de la Chambre des Lords du Royaume-Uni du 24 mars 1999 et l'arrêt Kadhafi de la Cour de cassation française du 31 mars 2001. Néanmoins, ces deux affaires ne sont que des décisions isolées selon la Cour. Tout en rappelant que l'extension de la compétence juridictionnelle permet la répression de certains crimes graves, cette dernière ne porte pas atteinte aux immunités issues du droit coutumier²⁶⁹. La Cour souligne à juste titre que « l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des Affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité »²⁷⁰. Ensuite, elle fixe les exceptions qui appuient sa vision. Premièrement, un ministre peut toujours faire l'objet de poursuites pénales sur son propre territoire. Deuxièmement, l'Etat qu'il représente peut toujours lever l'immunité lorsqu'il est à l'étranger. Troisièmement, une juridiction compétente en vertu du droit international pourra toujours le juger pour les actes intervenant avant et après l'exercice de sa fonction ainsi que les actes privés accomplis durant la période de ministre. Quatrièmement, il a été vu au cours de l'histoire que des personnes occupant une telle position pouvaient se voir juger pour des allégations de crimes devant une juridiction pénale internationale compétente²⁷¹.

§6. Avis consultatif *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*

Dans cet avis, la Cour doit répondre à la question suivante adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies : « Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la

²⁶⁸ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002, §§54 et 55.

²⁶⁹ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002, §59.

²⁷⁰ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002, §60.

²⁷¹ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002, §61.

quatrième convention de Genève de 1949, et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de Sécurité et l'Assemblée générale ? »²⁷².

La Cour y reconnaît que le droit à l'autodétermination a atteint le statut de *jus cogens* et qu'il est aussi possible, en principe, pour n'importe quel Etat d'en demander le respect étant donné son caractère *erga omnes*. Elle établit ensuite que la construction d'un mur en territoire palestinien occupé reviendrait, entre autres, à nier ce droit à l'autodétermination. La Cour en tire les conséquences juridiques que nous pensons applicables aux situations violant une norme impérative. Premièrement, il y a une obligation de mettre fin à la situation illicite et de donner des assurances de non-répétition. Deuxièmement, il y a une obligation de réparation à la charge de l'Etat à l'origine du fait international illicite. Troisièmement, l'ensemble des Etats ne doit ni reconnaître la situation ni prêter aide ou assistance au maintien de la situation tout en ayant une obligation de coopération afin de mettre un terme aux violations alléguées.

Sans plus nous y attarder pour le moment, nous ne voyons pas très bien en quoi la violation d'une norme ayant le caractère de *jus cogens* se différencierait de la violation d'une norme générale de droit international au vu des conclusions de la Cour.

§7. Arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*

Dans cette affaire, la République démocratique du Congo (RDC) demande à la Cour de trancher le litige que ce pays a avec le Rwanda. Selon la RDC, le Rwanda a commis des violations massives, graves et flagrantes des droits de l'homme et du droit international humanitaire en raison d'actes d'agressions armées perpétrés en violation flagrante de la souveraineté et de son intégrité territoriale. Dans son arrêt, la Cour a décidé qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de ce litige à l'appui de trois arguments. Premièrement, le Rwanda n'est pas partie à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Deuxièmement, au vu des réserves formulées par le Rwanda pour les Conventions de prévention et répression du crime de génocide et sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales. Troisièmement, les conditions préalables à la saisine de la Cour pour les autres instruments invoqués n'étaient pas remplies²⁷³.

²⁷² Cour internationale de Justice, avis consultatif *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, §66.

²⁷³ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006.

L'enseignement de la Cour est double. D'une part, quand bien même il serait en jeu une violation d'obligation ayant atteint le statut impératif dans l'ordre juridique international, le consentement de l'Etat à la juridiction est nécessaire. D'autre part, elle confirme qu'une réserve à une clause compromissoire au sein d'une convention portant sur une norme impérative est valide.

§8. Arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*

La Cour a eu à connaître d'un litige entre l'Allemagne et l'Italie. L'Allemagne a initié l'action auprès de la Cour car elle a souhaité que cette dernière déclare que l'Italie avait violé l'immunité de juridiction que le droit international lui reconnaît en permettant à ses nationaux d'intenter des actions civiles devant les tribunaux italiens. Ensuite, il lui a fallu aussi déclarer que l'Italie n'avait pas respecté l'immunité d'exécution qui est reconnue aux Etats en permettant des mesures d'exécutions forcées contre la villa Vigoni qui est une propriété allemande. Ces différentes actions intentées au niveau civil devant les tribunaux italiens ont eu pour but d'obtenir la réparation pour des massacres perpétrés par l'armée allemande durant la Seconde Guerre mondiale. Les motifs invoqués contre la Grèce sont identiques²⁷⁴.

Dans ce jugement, la position de la Cour est tout à fait intéressante. Tout d'abord, elle mentionne que le litige entre les parties doit être réglé en vertu du droit coutumier étant donné qu'aucune des deux n'est partie à la Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 et la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens adoptés le 2 décembre 2004. En vertu de ce droit coutumier, il est indéniable qu'il existe une immunité de juridiction et d'exécution au profit des Etats. La Cour y souligne qu'il s'agit d'un prérequis indispensable pour le droit international et les relations internationales étant donné le principe d'égalité souveraine des Etats. Par cela, la Cour confirme que ce principe est un fondement indéniable du droit international. En outre, elle souligne le tiraillement entre deux positions pouvant être tirées de cette prémisse. D'une part, « les exceptions à l'immunité de l'Etat constituent une dérogation de l'égalité souveraine » et d'autre part, « l'immunité peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle »²⁷⁵. Ensuite, elle acquiesce sur le fait que des exceptions à cette immunité puissent exister. Ces restrictions portent, d'une part, sur les actes considérés comme *jure gestionis* et, d'autre part, sur les actes dommageables ou délictueux *jure imperii* ayant entraîné

²⁷⁴ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012.

²⁷⁵ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012, §§56 et 57.

la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'Etat du for (exception territoriale). Néanmoins, après une analyse de la pratique des Etats et de leur *opinio juris*, la Cour conclut que cette exception territoriale ne peut permettre la levée de l'immunité de l'Etat pour les procédures civiles puisqu'elle ne s'applique pas aux actes des forces armées ou dans le cadre d'un conflit armé. Enfin, en ce qui concerne la justification de l'Italie sur la gravité des allégations portées devant les tribunaux internes, la Cour est catégorique : le droit à l'immunité a un caractère préliminaire car il empêche un jugement défavorable et la tenue même d'un procès. Dès lors, la juridiction interne jugerait le fond de l'affaire en décidant de lever l'immunité en fonction que le fait allégué relèverait d'une violation d'une norme ayant atteint le statut impératif ou non. De plus, « s'il suffisait d'accuser l'Etat d'avoir commis des actes illicites de cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité »²⁷⁶. Autrement dit, si cela était accepté, le tribunal interne viderait de sa substance le concept même du droit à l'immunité. Afin de continuer à appuyer son argument, la Cour de poursuivre que la reconnaissance de cette immunité de l'Etat n'est ni une reconnaissance de la licéité des faits allégués ni même une assistance à la commission d'une violation d'une règle impérative²⁷⁷. De plus, vu le principe fondamental qu'est l'égalité souveraine des Etats et le consentement de juridiction qui en découle, la Cour estime qu'une instance juridictionnelle qui n'a pas compétence de base ne pourrait se voir attribuée ladite compétence quand bien même le litige porte sur des allégations de violation d'une norme impérative²⁷⁸. La Cour conclut en indiquant que dans le droit à l'immunité de l'Etat, il faut distinguer entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Selon elle, la renonciation de l'immunité de juridiction n'emporte pas la renonciation à l'immunité d'exécution.

A la lumière de cela, la Cour rappelle à juste titre une distinction essentielle dans le droit des immunités. Cependant, nous ne comprenons pas pourquoi, en vertu de l'objectif de réparation cherchée par une procédure juridique, un Etat permettrait ce genre de situation délicate. En

²⁷⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012, §83.

²⁷⁷ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012, §93.

²⁷⁸ Cour internationale de Justice, arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 3 juillet 2012, §95.

effet, le requérant aurait une « victoire à la Pyrrhus »²⁷⁹ vu qu'il ne pourrait réaliser l'objectif pour lequel la procédure a été initialement intentée, à savoir la réparation.

§9. Arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*

Dans cette affaire, la Cour internationale a eu à connaître d'un litige entre la Belgique et le Sénégal. L'enjeu était de savoir si la Sénégal avait violé ses obligations prévues par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, notamment l'article 7 qui prévoit l'obligation de poursuivre ou d'extrader, et le droit international coutumier. En effet, le Sénégal a eu en son territoire M. Hissène Habré sur son territoire, ancien président du Tchad qui y a obtenu asile politique en 1990. Selon la Belgique, le Sénégal doit poursuivre cet ancien dirigeant pour des allégations d'actes de tortures et de crimes contre l'humanité durant sa présidence. La Belgique, sans être directement affectée par ces crimes, a justifié la compétence de la Cour en arguant d'un manquement à une obligation *erga omnes* qui lui a permis d'invoquer la responsabilité du Sénégal. La Cour a déclaré recevable l'action²⁸⁰. Cette dernière a établi à la suite la violation par le Sénégal de l'obligation de poursuivre pénalement ou d'extrader l'auteur présumé de l'infraction relevant de la Convention. Elle souligne clairement que l'extradition est une option offerte à l'Etat alors que la poursuite ressort d'une obligation pouvant engager la responsabilité dudit Etat en cas de violation²⁸¹. La Cour tient pour acquis le caractère péremptoire de l'interdiction de torture. Cependant, l'obligation de poursuite ne semble valoir qu'à partir de l'entrée en vigueur pour l'Etat concerné²⁸².

Selon nous, la Cour réaffirme la portée impérative de l'interdiction de torture. Elle indique aussi que cette obligation déclenche, sur le volet procédural, la possibilité pour l'ensemble des Etats de faire valoir le respect en vertu de sa position d'obligation *erga omnes*. Cependant, au vu du paragraphe 100 de l'arrêt, la Cour semble tenir pour acquis le principe de droit pénal qui n'accepte pas l'application rétroactive d'une infraction qui n'était pas considérée comme telle lors de sa commission/réalisation. Les Etats restent évidemment souverains de décider d'appliquer la rétroactivité au sein de leur droit interne. Toutefois, cela pose question quant à

²⁷⁹ M. PELLONPÄÄ, opinion concordante sous Cour eur. D.H. (gde ch.) arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

²⁸⁰ Cour internationale de Justice, arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 3 juillet 2012, §§68 et 69.

²⁸¹ Cour internationale de Justice, arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 3 juillet 2012, §95.

²⁸² Cour internationale de Justice, arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 3 juillet 2012, §100.

la portée que pourrait avoir cette norme impérative qui est censée recouvrir des valeurs fondamentales de la Communauté internationale.

Sous-section 2. La position des Cours supranationales européennes

§1. Cour de Justice de l'UE arrêt *Kadi et Barakaat International Foundation*

La CJUE a eu à connaître d'un litige entre M. Kadi et les institutions de l'UE à la suite de l'implémentation de la résolution 1267 du Conseil de Sécurité. Cette dernière a mis en place un régime de sanctions à l'encontre de personnes considérées comme liées au régime Taliban et au phénomène du terrorisme international d'Oussama Ben Laden. A la suite de cette résolution, une seconde est prise en 2000. La résolution 1333 a eu pour objectif de renforcer l'interdiction de vol et de geler les fonds des personnes visées par la précédente résolution. Un comité de sanctions rattaché au Conseil de Sécurité décide par les présentes résolutions qui fera l'objet de ces sanctions. En octobre et novembre 2001, M. Kadi et *Barakaat International Foundation* se retrouvent respectivement sur les listes des entités à restreindre. *In fine*, les Règlements européens transcrivant les obligations découlant de la Charte se sont retrouvés annulés pour les parties concernant M. Kadi et la fondation²⁸³.

Le Tribunal qui a eu à connaître de l'affaire avant le recours en annulation a statué sur un point de droit montrant la compréhension du *Jus cogens*. Selon lui, « le droit international permet ainsi de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de Sécurité : elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du *Jus cogens*. Dans le cas contraire, elles ne lieraient pas les Etats membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté »²⁸⁴. La Cour de Justice a appuyé cette vision. Tout d'abord, elle se donne la compétence de réviser le respect de ces droits via l'acte communautaire qui traduit la résolution du Conseil de Sécurité au sein de l'ordre juridique européen²⁸⁵. Ensuite, elle considère que l'Union européenne étant une communauté de droit, les résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU ne bénéficient pas d'une immunité juridictionnelle quant à sa légalité interne et peuvent donc faire l'objet d'un contrôle au regard des droits fondamentaux, peu importe s'ils ont le statut de *jus cogens* ou non.

²⁸³ CJ, arrêt *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commissions des Communautés européennes*, 3 septembre 2008, C-402/05, EU:C:2008:461.

²⁸⁴ CJ, arrêt *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commissions des Communautés européennes*, 3 septembre 2008, C-402/05, EU:C:2008:461, §88.

²⁸⁵ CJ, arrêt *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commissions des Communautés européennes*, 3 septembre 2008, C-402/05, EU:C:2008:461, §278 et suivants.

§2. Cour européenne des Droits de l'Homme arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*

Monsieur Al-Adsani est un citoyen ayant la double nationalité britannique et koweïtienne qui est retourné en 1991 prêter main-forte à l'armée du Koweït alors en proie à une agression irakienne. Selon le cheikh Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah, le requérant aurait mis en circulation des cassettes vidéo à caractère sexuel l'impliquant. Le cheikh aurait entrepris alors une campagne de menace et d'agression à l'encontre de M. Al-Adsani afin qu'il avoue les faits. Le cheikh aurait ensuite brûlé le requérant à 25 %, ce qui a entraîné un passage à l'hôpital pendant six semaines. De retour au Royaume-Uni, M. Al-Adsani a assigné le cheikh et l'état du Koweït pour obtenir des dommages-intérêts pour les dommages physiques subis. Le système judiciaire britannique a refusé de lever l'immunité de l'état koweïtien en vertu de la loi de 1978 sur l'immunité des Etats au Royaume-Uni en usant de la *territorial tort exception*. La CEDH a conclu à l'unanimité sur la non-violation de l'article 3 de la Convention interdisant la torture et elle a conclu à neuf voix contre huit sur la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention qui protège l'accès à un tribunal²⁸⁶.

La Cour, bien qu'à une courte majorité, décide de distinguer les conséquences à tirer d'une allégation de violation d'une norme impérative en fonction que l'on se trouve devant une juridiction pénale ou bien devant une juridiction civile²⁸⁷. Elle admet tout de même que la torture a obtenu ce statut de *jus cogens*. Néanmoins, en ce qui concerne l'action civile, aucune levée d'immunité ne peut avoir lieu.

Autres points intéressants de l'arrêt sont les opinions individuelles des juges. Du côté des opinions concordantes, le juge Pellonpää émet un avis plus que pertinent. Selon lui, si la démarche était poussée suffisamment loin, tout un chacun pourrait se rendre compte de son manque de logique. Si on admettait que les normes de *jus cogens* aient une valeur hiérarchiquement supérieure qui l'emporterait sur toutes les autres normes n'ayant pas la même valeur que ces dernières, *in casu*, il faudrait aussi lever l'immunité d'exécution accordée aux Etats. En effet, en accordant l'accès à la justice, le but de tout demandeur en procédure civile est d'obtenir réparation. Dès lors quelle serait la victoire de ce dernier sans pouvoir faire exécuter le jugement obtenu ? En continuant le raisonnement, il pourrait alors être possible de saisir n'importe quel bien d'un Etat étranger tel que « des comptes bancaires à vocation publique, le patrimoine foncier à l'usage des instituts culturels et autres établissements d'un

²⁸⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

²⁸⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §61.

Etat à l'étranger »²⁸⁸. La justification qui serait de mise est que la protection à l'exécution sur ces biens ne relève pas du *Jus cogens*. Du côté des opinions dissidentes, les juges Rozakis et Calfish renversent la vision de la majorité en offrant un point de vue intéressant. Ils considèrent que les normes de *jus cogens* ont un statut hiérarchiquement supérieur qui devraient l'emporter en cas de conflit avec une norme qui lui est d'une hiérarchie inférieure. Outre cela, selon eux, les juridictions qui ont eu à juger de l'immunité dans des instances pénales n'ont pas distingué le fait que la procédure soit civile ou pénale. Dès lors, il ne saurait être fait état d'une quelconque distinction puisque la substance de la norme en cause relève du droit impératif²⁸⁹.

§3. Cour européenne des Droits de l'Homme arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*

Monsieur Al-Jedda est un irakien de naissance qui émigra dans plusieurs pays différents afin de ne pas adhérer au parti baasiste. Il finit par émigrer au Royaume-Uni où il a acquis la nationalité britannique en juin 2000. En septembre 2004, il retourne avec ses enfants en Irak où il est arrêté par des soldats états-uniens. Il est emmené et interné dans un centre de détention temporaire jusqu'au 30 décembre 2007. L'internement est sollicité sur base d'une allégation de participation à une cellule terroriste. Peu avant sa libération du centre de détention, le ministre de l'intérieur britannique a déchu le requérant de sa nationalité tout en lui opposant une interdiction de territoire. M. Al-Jedda attaque alors le Royaume-Uni sur base d'une supposée violation de l'article 5 § 1 de la CEDH qui prévoit la protection de la liberté contre des arrestations arbitraires. La Cour a jugé que le Royaume-Uni a bien eu le requérant sous sa juridiction et que l'Etat a violé l'article 5 § 1 de la Convention à seize voix contre une²⁹⁰.

La Cour européenne émet un jugement qui va bien plus loin que celui de la CJUE dans l'arrêt Kadi. En effet, selon elle, dès lors que le but même de la création des Nations Unies est le maintien de la paix et de la sécurité internationale *et* le développement et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil de Sécurité ne peut pas imposer « aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme »²⁹¹.

²⁸⁸ M. PELLONPÄÄ, opinion concordante sous Cour eur. D.H. (gde ch.) arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

²⁸⁹ C. L. ROZAKIS et L. CALFISH, opinion dissidente commune sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

²⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011.

²⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, §102.

Section 3. Que peuvent nous enseigner ces positions et pratiques ?

Plusieurs enseignements non négligeables se dégagent de ce que nous avons analysé dans les parties précédentes.

Premièrement, il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et du projet de conclusions de la Commission du droit international, la liste suivante de normes ayant atteint le statut de *jus cogens* : l'interdiction de l'agression, la prohibition du génocide, l'interdiction des crimes contre l'humanité, les règles fondamentales du droit international humanitaire, l'interdiction de la discrimination raciale et l'apartheid, la prohibition de l'esclavage, l'interdiction de la torture et le droit à l'autodétermination²⁹².

Deuxièmement, un groupe d'Etats est préoccupé par l'intégration verticale moralisatrice que le *Jus cogens* introduirait en le considérant comme hiérarchiquement supérieur. Avant l'introduction du concept dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, certains Etats s'en étaient inquiétés. À l'heure actuelle, cela garde une place privilégiée au vu des commentaires de quatre membres du Conseil de Sécurité quant à l'introduction d'un aspect de « valeur fondamentale » dans le projet de conclusion sur les normes impératives. Pour désamorcer cette appréhension, La Cour internationale a souligné qu'une distinction existe entre Morale et Droit bien que certains contenus normatifs puissent refléter un aspect moral²⁹³. Nous comprenons le souci que cela peut poser pour les Etats lorsque l'on sait que les sources de droit utilisées par la Cour excluent explicitement la morale en vertu de l'article 38 de son Statut.

Troisièmement, les normes impératives peuvent avoir leurs sources à trois niveaux qui leur permettent une existence concomitante : dans la coutume, dans les principes généraux du droit international et dans les conventions. Elle met l'accent sur le fait qu'une réserve conventionnelle à une norme impérative ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de cette norme²⁹⁴. En d'autres termes, une norme impérative n'a pas besoin d'être formalisée dans un traité pour exister et elle continue d'exister en dehors du traité qui la codifie. Un seul Etat semble nier cette réalité, à savoir les Etats-Unis. Selon eux, une norme impérative ne pourrait plus exister au sein des principes généraux du droit international ou de la coutume à partir du moment où sa matérialité a été formellement inscrite au sein d'une convention. Il semblerait que ces derniers aient adopté cette pratique depuis l'affaire des *activités militaires et*

²⁹² Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 85.

²⁹³ Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, §49.

²⁹⁴ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 45.

paramilitaires en rejetant la possibilité pour la prohibition de l'agression d'exister en dehors du cadre de la Charte des Nations Unies. La Cour a démontré dans son arrêt qu'une norme pouvait exister tant dans une convention que dans la coutume internationale. Les deux pouvant, à certains moments, ne pas recouvrir en tous points des conditions d'application identiques. Qui plus est, la Cour avait déjà indiqué qu'une réserve à un traité ne peut aller à l'encontre de la substance même de ce traité²⁹⁵. La Commission en actant cette position n'ajoute rien de plus au droit que ce qui avait été consacré plus tôt par la Cour internationale.

Quatrièmement, La Cour internationale de Justice a reconnu le statut *erga omnes* aux normes impératives sans que celui-ci ne puisse être réduit au *Jus cogens*²⁹⁶. Les obligations *erga omnes* permettent aux Etats de demander le respect des obligations sans qu'ils aient forcément un intérêt distinct. Bien que les normes de *Jus cogens* soient aussi *erga omnes*, elle a tenu à souligner que les normes *erga omnes* ne sont pas forcément des normes de *Jus cogens*. De ce fait, la Cour de La Haye a conscience de la distinction entre l'aspect de non-dérogação imposée par les normes impératives et l'aspect procédural de ces mêmes normes. Cela est reconfirmé par deux moyens : d'une part, par la liste dressée dans son arrêt *Barcelona Traction*²⁹⁷ et d'autre part, par la reconnaissance au sein des arrêts analysés des différentes normes qui ont atteint ce statut impératif.

Cette distinction est cohérente avec l'analyse que nous faisons du *Jus cogens*. En tant que norme impérative, elle permet à un ordonnancement juridique précis de voir son intégrité normative respectée en vertu de l'obligation de non-dérogação qui en découle. Par arbitrage ou encore devant les Nations Unies, les normes *erga omnes* permettent procéduralement aux Etats d'en demander le respect sans devoir justifier un intérêt distinct. Néanmoins, l'ordre juridique international ayant pour *Grundnorm* l'égalité souveraineté des Etats, une telle norme impérative ne pourrait servir de base de compétence pour une quelconque juridiction sans le consentement de l'Etat en cause²⁹⁸.

Cinquièmement, dans l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour internationale de Justice rappelle que des violations répétées d'obligations internationales n'ont pas pour

²⁹⁵ Cour internationale de Justice, avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951.

²⁹⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, §33.

²⁹⁷ Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, §34.

²⁹⁸ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006, §64.

conséquence de les faire disparaître²⁹⁹. Donc les Etats-Unis dans leur pratique d'hégémon de l'ordre international depuis 1991 ne pourraient pas justifier, sur base de l'ensemble des violations de leurs obligations internationales, que la norme n'existe plus. Le recours au droit dans l'ordre anarchique est utile pour les Etats ne disposant pas d'autant de ressources que la superpuissance états-unienne. Le droit international public permet d'encadrer *a minima* la lutte entre les Etats pour leur survie. Il leur offre un ensemble d'outils et de ressources à opposer aux capacités militaires et de pouvoir que d'autres Etats détiendraient.

Sixièmement, les résolutions du Conseil de Sécurité ne peuvent pas déroger aux normes impératives, du moins celles couvrant des droits humains. Cela s'explique par le fait que d'une part nous les considérons comme du droit conventionnel car elle en a tous les attributs³⁰⁰. Cela entraîne que la nullité consacrée par les articles 53, 64 et 71 de la convention de Vienne de 1969 s'applique. D'autre part, la majorité des Etats sont d'accord avec cette vision et la Commission du droit international le confirme³⁰¹. Bien que cela ait été contredit par les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité, cette position est renforcée par deux moyens. Le premier est que la Charte contient en son sein d'une part la transcription de norme impérative coutumière et d'autre part, un objectif de promotion et de protection des droits humains, comme le rappelle la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Al Jedda*. Le Conseil de Sécurité ayant été institué par ce traité, il se doit de respecter ses principes lors de l'édiction de ses résolutions³⁰². Le second a été relevé par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Kadi*. D'abord, elle n'a pas annulé la position du Tribunal lorsque celui-ci établissait que les résolutions du Conseil de Sécurité ne peuvent contrevenir aux normes de *jus cogens*. Ensuite, elle a même ajouté que lorsqu'il en va de la transposition dans l'ordre juridique européen d'une résolution, il fallait qu'à tout le moins l'acte dérivé européen se conforme au respect des droits humains qui sont le socle même de la communauté européenne³⁰³.

Septièmement, les conséquences juridiques de la violation d'une norme impérative sont identiques à la violation de toute obligation internationale au regard de la responsabilité internationale. Dans son avis consultatif sur *les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire de la Palestine occupée*, la Cour de La Haye énonce que les conséquences

²⁹⁹ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, §202.

³⁰⁰ *Cfr.* Titre 2 - Chapitre 2- Section 1 - §4 du présent mémoire.

³⁰¹ Commission du Droit International, *op. cit.*, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, p. 51.

³⁰² Cour eur. D.H., arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, §102.

³⁰³ CJ, arrêt *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commissions des Communautés européennes*, 3 septembre 2008, C-402/05, EU:C:2008:461, §278 et suivants.

d'une telle violation sont les suivantes : mettre un terme à la situation illicite et offrir des garanties de non-répétition, obligation pour l'Etat auteur de réparer les dommages causés par son fait illicite et les Etats tiers ne doivent pas reconnaître la situation qui découlerait du fait illicite tout en ne prêtant pas assistance à l'Etat responsable. La Cour tire ces conséquences des articles 30, 31 et 41 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite³⁰⁴. Néanmoins, l'obligation de non-reconnaissance et de non-assistance sont aussi des obligations existantes pour la violation par un Etat de n'importe quelle obligation internationale. En effet, si les Etats tiers ne les respectent pas, il y a un risque qu'ils voient leur responsabilité internationale engagée en vertu de l'article 16 *a contrario* du même projet d'articles³⁰⁵. Dès lors il ne pourrait être soutenu que la violation d'une norme de *jus cogens* ait des conséquences juridiques allant au-delà de ce qui est prévu pour tout fait internationalement illicite.

Huitièmement, le *Jus cogens* n'a pas pour effet de lever les immunités de l'Etat et de ses hauts représentants. Bien que l'égale souveraineté des Etats n'ait pas le caractère péremptoire, elle peut être considéré comme la *Grundnorm* de l'ordre juridique international. En effet, de ce principe découle l'ensemble des principes fondamentaux du droit international : l'interdiction de l'agression, la non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat tiers, le système international par nature décentralisé, etc. Parmi ces principes, celui de l'immunité de l'Etat et de ses hauts représentants a fait l'objet de différents litiges au regard d'allégations de violation d'une norme impérative tant devant la Cour de La Haye que devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Au regard de la Cour internationale de Justice, il a d'abord été constaté que ces immunités qui existent en droit coutumier peuvent faire l'objet d'une levée dans des cas bien établis : en cas de commission d'un acte *jure gestionis*, en vertu l'exception territoriale pour les actes *jure imperii* et avec le consentement de l'Etat. Elle n'a pas trouvé l'existence d'une exception qui serait liée à l'allégation de violation d'une norme de *jus cogens*³⁰⁶. En effet, l'immunité a un caractère préliminaire tandis que la vérification des allégations de violation requiert de s'intéresser au fond. Ces trois exceptions sont corroborées par la pratique étatique que cela soit dans des Conventions internationales ou dans leur ordre juridique interne. Si l'on devait suivre

³⁰⁴ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptée à New York le 12 décembre 2001, disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf.

³⁰⁵ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptée à New York le 12 décembre 2001, disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf.

³⁰⁶ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012, §64 et suivants.

la théorie du *Jus cogens* comme hiérarchie des normes du droit international, il y aurait une remise en doute de la fondation même de l'ordre juridique international qui est l'égalité souveraineté des Etats. Comme l'a très justement souligné le juge Pellonpää dans son opinion concordante, en acceptant la levée de l'immunité de juridiction d'un Etat défendeur à un litige, il faudrait aussi lever l'immunité d'exécution étant donné que cette dernière n'a pas le statut impératif³⁰⁷. Or cela aurait des conséquences sans précédent sur des possibilités de saisies de biens qui ont un caractère de mission publique. Tout un chacun pourrait opposer à cela qu'il n'y a qu'à saisir des biens qui ne se retrouvent pas sous le champ de cette mission. Or, il n'est absolument pas envisageable dans un ordre juridique basé sur l'égalité des Etats de le permettre. Cela voudrait dire que la justice d'un Etat pourrait décider individuellement et unilatéralement de la destination des biens d'un Etat tiers. Il est indéniable que cela contreviendrait au fait que chaque Etat en étant souverain peut décider du système social économique, gouvernemental ainsi que la destination de ses biens.

Dans l'hypothèse où l'Etat défendeur aurait renoncé à son immunité de juridiction, la Cour internationale a bien souligné que cette renonciation n'entraîne pas la renonciation de l'immunité d'exécution³⁰⁸. Dans de telles circonstances, l'impact d'une telle procédure pour le requérant de l'action serait quasiment nul. Sans possibilité de faire exécuter le jugement, il n'a aucun moyen que d'obtenir réparation.

³⁰⁷ M. PELLONPÄÄ, opinion concordante sous Cour eur. D.H. (gde ch.) arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

³⁰⁸ Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012, §131.

Conclusion

La vision constitutionnaliste du *Jus cogens* soulève plusieurs questions qui ne trouvent pas leur réponse dans la doctrine. En suivant la théorie de la hiérarchie, le *Jus cogens* serait hiérarchiquement supérieur tant sur le plan des sources que sur le plan matériel. Une norme pour être valide ne devrait pas lui être contraire. Or le *jus cogens* sera aussi potentiellement utilisé pour régler les conflits de lois sur le plan matériel. Mais comment une norme qui doit être valide au regard du *Jus cogens* pour exister pourrait par la suite être écartée par cette même norme *jus cogens* lors de son application ? En continuant sur la thématique de la hiérarchie, une large frange de la doctrine et des juges croit qu'en tant que valeur fondamentale pour la Communauté internationale, le *Jus cogens* aurait la capacité de lever l'immunité de l'Etat et de ses hauts représentants. En plus des soucis que cela poserait en termes de consentement à la juridiction ou encore au niveau des biens qui seraient saisis, la question de la rétroactivité d'application du concept n'est pas abordée. Or, si nous devons observer le cours de l'Histoire avec un regard constitutionnaliste, une série presque illimitée de faits devrait tomber sous son champ d'application³⁰⁹ car ils lui sont contraires. En guise d'exemple, nous pouvons citer la gestion des peuples autochtones d'Amériques par les colons européens, le commerce triangulaire de la traite des noirs ou encore la situation des Algériens lors de la guerre d'Algérie sans pour autant savoir jusqu'à quel moment dans l'Histoire l'application du *Jus cogens* doit rétroagir.

Le dernier souci que nous mentionnons est que cette vision du *Jus cogens* ne peut pas exister tant que l'ordre international est anarchique et amoral. Comme nous l'avons abordé avec les actions des Etats-Unis, en se comportant de manière hégémonique, ils mettent à mal le projet cosmopolite. D'un revers de la main, ils balaient les normes juridiques qui ne leur conviennent pas sans être inquiétées d'une quelconque sanction. Sans un cadre réel pour délimiter le champ d'action des acteurs tout en définissant précisément les tenants et aboutissants d'une telle conception, leur conception du *Jus cogens* ne restera qu'un vœu pieux.

Au regard de sa dimension systémique et de sa dimension contextuelle, un recentrage sur ce qu'est le *Jus cogens* doit être fait. Dans sa dimension systémique, il s'agit d'un label juridique qui permet de garantir l'intégrité de l'ordre juridique international inscrit dans un ordre international anarchique. Il protège la formation de sous-systèmes *inter-partes* qui se

³⁰⁹ C. FOCARELLI, *op. cit.*, 2008, p. 440.

heurteraient au système global. En octroyant ce statut péremptoire, il permet aux Etats moins puissants dans l'ordre international anarchique d'avoir d'autres ressources pour défendre leur survie. Etant donné que chaque Etat a un intérêt à protéger son existence, la qualité *erga omnes* est offerte aux normes ayant atteint un tel statut afin de garantir un équilibre des forces. Contrairement à ce que certains auteurs semblent affirmer³¹⁰, l'ordre international reste ancré dans la volonté des Etats. Le consentement y est un principe fondamental et notamment concernant l'accès à une juridiction³¹¹.

Dans sa dimension contextuelle, tant les Etats que les Cours et tribunaux ne reconnaissent pas les effets attribués par les constitutionnalistes³¹². Que cela soit dans les traités internationaux, dans les commentaires relatifs au *Jus cogens*, dans les législations internes des Etats ou encore les décisions judiciaires et arbitrales, nous n'avons relevé aucune trace d'une pratique qui viserait à lever les immunités. Qui plus est, même si la pratique semble accepter l'idée de valeur fondamentale à la Communauté internationale, au regard de la responsabilité internationale de l'Etat, une norme ayant atteint le statut de *jus cogens* n'a pas plus de conséquences lors de sa violation qu'une norme internationale dite « ordinaire ». Les preuves que la conception constitutionnaliste reflète effectivement l'état actuel du droit international sont donc quasiment nulles, voire fallacieuses.

Même si en l'état ils n'ont pas réussi à imposer leur vision du *Jus cogens* au sein de l'ordre international, il est indéniable que leurs idées commencent à se répandre au sein de la doctrine et des juridictions. Que cela soit les conclusions de la Belgique dans l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³¹³, la décision de la Cour de Cassation italienne appuyée par l'Etat italien dans l'affaire *Ferrini*³¹⁴, les opinions dissidentes des juges dans l'arrêt *Al Adsani*³¹⁵, tous semblent accorder au *Jus cogens* une portée bien plus grande que ce pourquoi le concept a été accepté. Au regard de ce que nous avons démontré vis-à-vis des dimensions systémique et contextuelle du concept, pourquoi promeuvent-ils une telle conception tant dans leurs écrits que devant les

³¹⁰ Th. TOMUSCHAT, *op. cit.*, 1993.

³¹¹ Cour internationale de Justice, arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006.

³¹² Cette vision est aussi appuyée par l'analyse qu'en a fait la Commission du droit international. Voir : Commission du Droit International, « Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

³¹³ Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002.

³¹⁴ Corte di Cassazione, *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, *Rivista di diritto internanazionale*, vol. 84, 2004, p. 539.

³¹⁵ C. L. ROZAKIS et L. CALFISH, opinion dissidente commune sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

juridictions ? En agissant de la sorte, souhaitent-ils modifier le droit international pour l'avenir via la coutume internationale ? Cette dernière est constituée par deux éléments : d'une part un élément objectif qui est une pratique répétée et constante à travers le temps, d'autre part un élément subjectif qui est l'*opinio juris* ou le sentiment pour les acteurs de droit international d'être légalement tenu par ce comportement. Est-ce que les auteurs souhaitent consciemment créer une *opinio juris* qui sera valable pour le futur ? Toute chose égale par ailleurs, ils sembleraient la « promouvoir »³¹⁶ via différents médias afin d'établir une pratique. Malheureusement, nous nous retrouvons alors face au problème ontologique le plus basique vis-à-vis de l'*opinio juris*. Est-ce que les Etats sont déjà liés juridiquement par le comportement ou s'agit-il uniquement d'un sentiment « légal » qui n'a pas encore de substance, mais considéré comme contraignant ? En l'espèce, nous pensons qu'ils ne cherchent pas à savoir si une telle pratique juridiquement contraignante existe à un instant précis mais plutôt de savoir comment par une telle pratique il pourrait y avoir du Droit nouveau qui se développe³¹⁷. *In fine*, les juridictions internes ou internationales seront le dernier rempart pour délibérer sur l'objectivité de cette *opinio juris*. Elles ont un rôle essentiel dans cette production normative et d'effets attachés au *Jus cogens*. Jusqu'à présent, elles n'ont pas considéré que l'objectif d'humanité promu se retrouve inscrit dans le droit positif. Malgré tout, elles pourraient décider de renverser cette tendance pour indiquer aux Etats le comportement moral considéré comme supérieur à adopter pour l'avenir³¹⁸. D'ici là, seul le temps permettra d'infirmier ou de confirmer notre analyse.

³¹⁶ FOCARELLI, C., *op cit.*, 2008, pp. 429-459.

³¹⁷ FOCARELLI, C., *op. cit.*, 2008, p. 455.

³¹⁸ FOCARELLI, C., *op. cit.*, 2008, p. 458.

Bibliographie

Législation

Pacte de la Société des Nations, adoptée à Paris le 28 juin 1919, *Journal Officiel de la Société des Nations*, février 1920, articles 11 à 16.

Charte des Nations Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, disponible sur : <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/full-text>.

Projet d'article sur le droit des traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. 2, 1966, article 50.

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf.

Convention européenne sur l'immunité des Etats, adoptée à Bâle le 16 mai 1972, *Série des traités européens*, vol. 74, 1972, disponible sur : <https://rm.coe.int/16800730da>.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adoptée à New York le 12 décembre 2001, disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf.

Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 2004, disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/4_1_2004.pdf.

Constitution Belge, article 23, disponible sur : https://www.senate.be/doc/const_fr.html.

Jurisprudence

Internationale

Cour de justice de l'Union européenne

CJ, arrêt *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commissions des Communautés européennes*, 3 septembre 2008, C-402/05, EU:C:2008:461.

Cour européenne des Droits de l'Homme

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

PELLONPÄÄ, M., opinion concordante sous Cour eur. D.H. (gde ch.) arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

ROZAKIS, C. L. et CALFISH, L., opinion dissidente commune sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *McElhinney v. Ireland*, 21 novembre 2001.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011.

Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de justice

Cour permanente de Justice internationale, arrêt *Lotus (France c. Turquie)*, 7 septembre 1927.

SCHÜCKING, M., opinion individuelle sous Cour permanente de Justice internationale, arrêt *Oscar Chinn*, 12 décembre 1934.

Cour internationale de Justice, avis consultatif *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai 1951.

Cour internationale de Justice, arrêt *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966.

Cour internationale de Justice, arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970.

Cour internationale de Justice, arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986.

Cour internationale de Justice, arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002.

Cour internationale de Justice, avis consultatif *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004.

Cour internationale de Justice, arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006.

Cour internationale de Justice, arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, 3 février 2012.

Cour internationale de Justice, arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 3 juillet 2012.

Divers tribunaux internationaux

Tribunal d'arbitrage, affaire *Pablo Najera (France c. United Mexican States)*, 19 octobre 1928.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998

Nationale

Australie

Cour d'appel de Nouvelle-Galles du Sud, *Zhang c. Zemin*, NSWCA, 2010, §§ 130-136.

Canada

Cour Supérieure de Justice d'Ontario, *Bouzari c. République Islamique d'Iran*, O.J., vol. 2800, 2004, § 443.

Etats-Unis d'Amérique

Court-Martial charges against Staff Sergeant Ivan L. Frederick, 20 mars 2004, disponible sur : <https://web.archive.org/web/20141222005033/http://news.findlaw.com/wsj/docs/iraq/ifred32004chrg.html>

Cour d'appel des Etats-Unis pour le neuvième circuit, *Siderman de Blake c. Republic of Argentina*, Cal. Daily Op. Service, 22 mai 1992.

Cour d'appel des Etats-Unis pour le quatrième circuit, *Yousuf c. Samantar, Bankr, E.D. Va.*, 2012.

Grèce

Areios Pagos, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, ILR, vol. 129, 2007, p. 513.

Italie

Corte di Cassazione, *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, *Rivista di diritto internanazionale*, vol. 84, 2004, p. 539.

Royaume-Uni

House of Lords, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 juin 2006, disponible sur : <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>.

Doctrine

ALEXIDZE, L., « Legal nature of *Jus Cogens* in contemporary International Law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1981, disponible sur : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024727780_02.

ARANGIO-RUIZ, G., « The 'Federal Analogy' and UN Charter Interpretation : A Crucial Issue », *European Journal of International Law*, 1997, pp. 1-28.

BIANCHI, A., « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *The European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 491-508.

BIANCHI, A., *International Law Theories : An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

COSNARD, M., « La compétence universelle en matière pénale », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 355-372.

COSTELLOE, D., *Legal consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

d'ASPREMONT, J., « *Jus Cogens* as a Social Construct Without Pedigree », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2015, pp. 85-114.

de VISSCHER, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Editions A. Pedone, 4^e ed., 1970.

FASSBENDER, B., « Sovereignty and Constitutionalism in International Law », *Sovereignty in Transition*, Walker, N. (dir.), London, Hart Publishing, 2003, pp. 115-143.

FASSBENDER, B., *The United Nations charter as the constitution of the International Community*, Leiden, Nijhof, 2009.

FOCARELLI, C., « Promotional *Jus Cogens* : A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, 2008, pp. 429-459.

GIEGERICH, Th., « Do Damages Claims Arising from *Jus Cogens* Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts ? », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinis Nijhoff Publishers, 2006, pp. 203-237.

HABERMAS, J., « Does the Constitutionalization of International Law still have a Chance ? », *The Divided West*, Cambridge, Polity Press University, 2006, pp. 115-193.

HABERMAS, J., « The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society », *Constellations*, Vol. 15, 2008, pp. 444-455.

KAMMERHOFFER, J., « Kelsen – Which Kelsen ? A Reapplication of the Pure Theory to International Law », *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, pp. 225-249.

KANT, E., *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 114.

KELSEN, H., *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1951.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éd. de la Baconnière, 1988, p. 69.

KLABBERS, J., « Constitutionalism Lite », *International Organizations Law Review*, Vol. 1, 2004, pp. 31-58.

KLEINLEIN, Th., « *Jus Cogens* as the 'Highest Law' ? Peremptory Norms and Legal Hierarchies », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2015, pp. 173-210.

KOLB, R., *Théorie du Jus Cogens international : essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001.

KOLB, R., *Peremptory International Law Jus Cogens*, Portland, Hart Publishing, 2015.

KOSKENNIEMI, M., « What Should International Lawyers Learn from Karl Marx ? », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, 2004, pp. 229-246.

KOSKENNIEMI, M., « Between Coordination and Constitution : International Law as a German Discipline », *Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, Palonen, K. (dir.), Münster, Lit Verlag, 2011, pp. 45-70.

LINDERFALK, U., « The legal consequences of *Jus Cogens* and the individuation of norms », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, 2020, pp. 893-909.

MOSSLER, H., *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980.

PAULUS, A. L., « Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation : An Attempt at a Re-appraisal », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005, pp. 297-334.

PETERS, A., « Compensatory constitutionalism : the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 579-610.

PETERS, A., « Fragmentation and Constitutionalization », *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, A., Hoffmann, F. et Clark, M. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1011-1032.

PETSCHKE, M., « *Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order », *Penn State International Law Review*, Vol. 29, 2010, pp. 233-273.

PINGEL, I., « L'immunité des Etats », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 239-248.

ROMAIN, J.-F., « L'ordre public et les droits de l'homme », *L'ordre public : Concepts et applications*, Watté, N. (dir.) Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 8-61.

ROZAKIS, Ch. L., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, pp. 19-24.

RUSSETT, B., « Liberalism », *International Relations Theories : Discipline and Diversity*, Dunne, T., Kurki, M. et Smith, S. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 68-88.

RUIZ FABRI, H., « L'ordre public en droit international », *L'ordre public : Ordre public ou Ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Redor, M.-J. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 85.

SCHWÖBEL, Ch. E. J., « Situating the Debate on Global Constitutionalism », *ICON*, Vol. 8, 2010, pp. 611-635.

SOLOMON-GODEAU, A., « Torture à Abou Ghraib : les médias et leur dehors », *Multitudes*, vol. 28, 2007, pp. 211-223.

STEIN, Th., « Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure », *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and obligations erga omnes*, Thouvenin, J.-M. et Tomuschat, Ch. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 249-263.

TERRÉ, F., « Rapport Introductif », *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Revet, Th. (dir.), Paris, Editions Dalloz, 1996, pp. 3-12.

TOMUSCHAT, Ch., « Obligations arising for States without or against their will », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1993, disponible sur : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792329541_02.

von BERNSTORFF, J., *The public international law theory of Hans Kelsen : believing in universal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

von BERNSTORFF, J., « Hans Kelsen and The Return of Universalism », *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, A., Hoffmann, F. et Clark, M. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2016.

von VERDROSS, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne, Springer, 1926.

von VERDROSS, A., « Forbidden Treaties in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 31, 1937, pp. 571-577.

WALKER, N., « The Idea of Constitutionalism Pluralism », *The Modern Law Review*, Vol. 65, 2002, pp. 317-359.

WALKER, N., *Making a World of Difference ? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law*, Badia Fiesolana, European University Institute, 2005.

X, « The torture papers : the road to Abu Ghraib », Greenber, K. J. et Dratel J. L. (dir.), Cambridge, Cambridge Press University, 2005, disponible sur : https://assets.cambridge.org/97805218/53248/frontmatter/9780521853248_frontmatter.pdf

ŽIŽEK, S., « Agains Human Rights », *New Left Review*, Vol. 34, 2005, pp. 115-131.

ŽIŽEK, S., *Que veut l'Europe ? Réflexions sur une nécessaire réappropriation*, Paris, Editions Flammarion, 2005.

Autre

Rapport

Amnesty International, « Au-delà d'Abou Ghraib : la détention et la torture en Irak », Mars 2006, disponible sur <https://www.amnesty.org/fr/documents/MDE14/001/2006/fr/>.

Commission du Droit International, « Premier rapport sur le *jus cogens*, présenté par Dire Tladi, Rapporteur spécial », 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Commission du Droit International, « Deuxième rapport sur le *jus cogens*, présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 1^{er} mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Commission du Droit International, « Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Commission du Droit International, « Quatrième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 29 avril-7 juin 2019 et 8 juillet-9 août 2019, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Commission du Droit International, « Cinquième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par Dire Tladi Rapporteur spécial », 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Commission du Droit International, « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*), Commentaires et observations reçues des Etats », 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, disponible sur https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml.

Human Rights Watch, « The Road to Abu Ghraib », 8 juin 2004, disponible sur <https://www.hrw.org/report/2004/06/09/road-abu-ghraib>.

PLAGAKIS, S. et SALAZAR TORREON, B., « Instances of use of United States Armed forces abroad : 1798-2023 », 7 juin 2023, disponible sur <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42738>.

Presse

ALTER, J., « Time to think about torture », *Newsweek*, 4 novembre 2001, disponible sur : <https://www.newsweek.com/time-think-about-torture-149445>.

HERSCH, S. M., « The gray zone », *The New Yorker*, 16 mai 2004, disponible sur : <https://www.newyorker.com/magazine/2004/05/24/the-gray-zone>.

HERSCH, S. M., « Torture at Abu Ghraib : American soldiers brutalized Iraqis. How far up does the responsibility go? », *The New Yorker*, 30 avril 2004, disponible sur : <https://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>.

MEARSHEIMER, J., « Pourquoi les grandes puissances se font la guerre », *Le Monde Diplomatique*, Août 2023, pp. 1 et 10-11.

RAMONET, I., « Mensonges d'Etat », *Le Monde diplomatique*, juillet 2003, disponible sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/2003/07/RAMONET/10193>.

SCHMITT, A., « Torture, humiliations... Les photos qui ont révélé l'horreur d'Abou Ghraib », *L'OBS*, le 25 août 2015, disponible sur : <https://www.nouvelobs.com/photo/20160825.OBS6879/torture-humiliations-les-photos-qui-ont-revele-l-horreur-d-abou-ghraib.html>.

X, « England sentenced to 3 years for prison abuse », *NBCNews*, 26 septembre 2005, disponible sur : <https://www.nbcnews.com/id/wbna9492624>.

X, « Parents defend convicted Abu Ghraib guard », *CNN*, 17 janvier 2005, disponible sur : <https://edition.cnn.com/2005/LAW/01/17/graner.parents/index.html>.

Encyclopédie en ligne

RAULET, G., « HABERMAS JÜRGEN (1929-) », *Encyclopædia Universalis*, date non mentionnée, disponible sur <https://www.universalis.fr/encyclopedie/jurgen-habermas/>.

VOLLE, A., « Abu Ghraib prison », *Encyclopedia Britannica*, date non mentionnée, disponible sur : <https://www.britannica.com/topic/Abu-Ghraib-prison>.

Divers

BUSH, G. W., « Allocution à une session conjointe du Congrès et du peuple américain », Washington DC, 20 septembre 2001, disponible sur : <https://2001-2009.state.gov/coalition/cr/rm/2001/5025.htm>.

Cercle aristote, « Davy contre l'empire des USA - l'Amerique Empire », 2 avril 2023, disponible sur <https://youtu.be/1QUzcW7H7AQ>.

Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Roach and Pinkert c. United States of America*, 22 septembre 1987, Résolution n° 3/87.

Comité contre la torture, « Statement of the Committee in connection with the events of 11 September 2001 », 22 novembre 2001, disponible sur : <https://www2.ohchr.org/English/bodies/cat/docs/statements/A.57.44.pdf>.

Fletcher Center for Strategic Studies, « Military Intervention Project Research », University de Tufts, octobre 2019, disponible sur https://sites.tufts.edu/css/mip-research/#_edn1.

Left eyes, « Ron DeSantis's Military Secrets : Torture and War Crimes », novembre 2022, disponible sur <https://open.spotify.com/episode/4EVKDJq3NzYpWo4j89JrBG?si=27a64b1bc3e14d0f>.

X, « Hermann Mosler », disponible sur <https://prabook.com/web/hermann.mosler/252255>, consulté le 10 mai 2023.

