

LE *JUS COGENS* DANS L'ŒUVRE
D'ALFRED VERDROSS ET D'ERICH KAUFMANN

Pierre-François LAVAL
Associé à l'IHEI
Professeur à l'Université d'Orléans

Alfred VERDROSS,
« Forbidden Treaties in International Law » (1937)
Erich KAUFMANN,
« Règles générales du droit de la paix » (1935)

La place qu'occupe le droit international impératif (*jus cogens*) dans la théorie des sources du droit international demeure, encore à ce jour, l'une de ses principales ambiguïtés. Le concept intéresse, sans aucun doute, les conditions de formation des règles internationales. Rares sont toutefois les auteurs qui y décèlent une véritable source *formelle* du droit¹, trouvant plutôt en lui une *propriété* attachée à certaines règles internationales d'intérêt général, qui exclurait que les Etats y dérogent par la voie d'accords particuliers². Le *jus cogens* n'en présente pas moins des liens évidents avec les sources *matérielles* du droit international. Certains l'envisagent, encore à ce jour, comme un instrument d'incorporation du *droit naturel* dans le droit positif. Avant de trouver sa pleine consécration avec la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, le droit impératif a ainsi longtemps été confondu par la doctrine internationaliste de l'entre-deux-guerres avec la *raison objective* et les *principes généraux du droit et de la*

¹ J. VERHOEVEN, « Sur les relations entre immunités et *jus cogens*, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012 », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J. E. VINUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2014, pp. 527-538, spéc. p. 534.

² Plutôt qu'une source particulière du droit, le *jus cogens* se présenterait comme un mécanisme permettant de garantir l'indisponibilité d'une série de règles jugées cruciales par et pour l'ordre juridique dont elles relèvent.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

morale, c'est-à-dire avec des règles éthiques, absolues et universelles qui s'imposeraient aux conventions passées entre les Etats. L'auteur autrichien Alfred Verdross (1890-1980) et son contemporain allemand Erich Kaufmann (1880-1972) sont de ceux qui, en recourant aux thèses jusnaturalistes, ont durablement contribué à la reconnaissance d'un droit international impératif. Quoique commune, cette contribution n'en demeure pas moins inégale. La genèse du *jus cogens* est régulièrement associée aux travaux que Verdross lui aura consacrés³, notamment à son célèbre article « *Forbidden Treaties in International Law* » paru, en 1937, à l'*American Journal of International Law*⁴. Plus discrète⁵, l'œuvre kaufmanienne n'en est pas moins révélatrice des efforts doctrinaux engagés durant l'entre-deux-guerres, en vue de ne plus faire exclusivement dépendre le droit international de la volonté des Etats. L'ambition de donner aux règles internationales un fondement objectif conduira ainsi nos deux auteurs au même point d'arrivée : le rejet des thèses du positivisme volontariste et l'adhésion à un courant néo-naturaliste.

Avant de la dénoncer, Kaufmann et Verdross auront pourtant, chacun, défendu l'idée d'un droit international scrupuleusement respectueux des intérêts de l'Etat. Membre des cercles conservateurs et catholiques de la monarchie austro-hongroise de la fin du XIX^{ème} siècle, Verdross a d'abord été l'un des membres de l'Ecole de Vienne, aux côtés de Merkel et Kelsen, avant de marquer ses distances avec la théorie de la norme fondamentale. Le point de rupture intervient véritablement avec la prise de conscience que l'existence d'un droit

³ V. pour une étude exhaustive de l'élaboration par la doctrine internationaliste du concept de *jus cogens*, R. KOLB, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001. Concernant plus spécifiquement la contribution de Verdross à la théorie du droit impératif, v. E. J. CRIDDLE, E. FOX-DECENT, « A Fiduciary Theory of Jus Cogens », *The Yale Journal of International Law*, 2009, pp. 331-388 ; E. T. KLEINLEIN, « Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionnalism ? », *Goettingen Journal of International Law*, 2012, pp. 385-416 ; B. SIMMA, « The contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law », *European Journal of International Law*, 1995, pp. 33-54 ; A. TRUYOL Y SERRA, « Verdross et la théorie du droit », *European Journal of International Law*, 1994, pp. 1-69.

⁴ « *Forbidden Treaties in International Law* », *AJIL*, 1937, pp. 571-577. Verdross a réalisé de nombreux autres travaux contenant des développements sur le droit impératif, notamment son cours général professé à l'Académie de La Haye en 1929 : « Règles générales du droit international de la paix », *RCADI*, 1929-V, vol. 30, pp. 271-518. V. également « Le fondement du droit international », *RCADI*, 1927-I, pp. 247-323 ; « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935-II, vol. 52, pp. 191-251 ; « *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law », *AJIL*, 1966, pp. 55-63.

⁵ Les développements relatifs au *jus cogens* figurent dans le cours général professé par Kaufmann à l'Académie de droit international de La Haye : « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935-IV, vol. 54, pp. 309-620.

LE *JUS COGENS* DANS L'ŒUVRE D'ALFRED VERDROSS ET D'ERICH KAUFMANN

commun suppose l'existence d'un « corps solidaire »⁶. L'auteur n'aura alors de cesse d'insister sur l'existence d'une *communauté internationale*, notamment dans son ouvrage *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* paru en 1926⁷, tout en faisant progressivement appel à la tradition du droit naturel chrétien, d'abord dans son cours sur les principes généraux du droit professé à La Haye en 1929, puis dès la première édition de son célèbre ouvrage *Völkerrecht*, paru en 1937. La jeunesse d'Erich Kaufmann demeure, pour sa part, profondément marquée par la formation de l'Etat national allemand. Kaufmann servira la République de Weimar, et plaidera à différentes reprises devant la Cour permanente de Justice internationale pour défendre le Reich. Dans son premier ouvrage de 1911 consacré à la clause *rebus sic stantibus*, il livre une version *a minima* de la fonction occupée par le droit international⁸. Celui-ci est présenté comme un simple instrument de coordination des volontés souveraines. Nulle obligation internationale ne saurait primer à titre permanent les intérêts des Etats⁹, qui demeurent libres de répudier leurs engagements en invoquant, au besoin, l'hypothèse du changement fondamental de circonstances. Kaufmann va toutefois, lui aussi, nettement faire évoluer sa conception des choses. Sans jamais se détourner du droit positif, l'auteur cherche progressivement à en analyser les règles à la lumière de « principes supérieurs de justice » reflétant les besoins fondamentaux de l'individu. Son cours sur les « règles générales du droit de la paix » enseigné à l'Académie en 1935 convoquera le droit naturel et l'idée d'une communauté spirituelle du peuple.

A l'image de celle des auteurs de l'Ecole moderne du droit naturel, la réflexion de nos auteurs prend régulièrement appui sur l'idée d'un *droit universel*. Elle fait la part belle à l'idée d'un contenu *juste* du droit, à des principes de vie sociale fondés sur la *nature des choses*. L'influence de la pensée hégélienne est ainsi très nettement perceptible. Si la philosophie du droit est sans cesse sollicitée, elle n'est toutefois jamais déconnectée du droit positif. Kaufmann et Verdross, comme Louis le Fur à la même époque en France, estiment en effet que le droit naturel ne peut, seul, suffire et qu'il suppose le concours du droit positif. Le droit naturel a donc bel et bien sa place

⁶ R. KOLB, *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 32.

⁷ *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne et Berlin, Verlag von Julius Springer, 1926.

⁸ *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911.

⁹ A. TRUYOL SERRA, R. KOLB, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pedone, 2007, p. 116.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

dans le discours juridique, mais en tant qu'instrument permettant tout à la fois de *fonder* et de *limiter* les normes du droit positif. Se trouve ainsi formulée l'hypothèse d'un corps de règles impératives, dotées d'une valeur supérieure à celle des règles décidées par les Etats. S'il revient à ces derniers de traduire les préceptes absolus et objectifs de justice au sein des accords qui les lient, le droit naturel ne saurait en cette occasion, ni en aucune autre, être mis en échec par le droit positif qui ne dispose que d'une « valeur *relative* qui varie avec le développement de la civilisation [et qui] a pour fondement la valeur *absolue* de l'idée de justice »¹⁰. Par la limite qu'il autorise à fixer au pouvoir normatif des Etats, le droit naturel préfigure ainsi très nettement l'idée d'un *jus cogens* international¹¹. En le mobilisant, Verdross et Kaufmann auront anticipé la nécessité d'un mécanisme juridique permettant d'imposer à l'arbitraire étatique l'observation de certaines règles objectives et idéales de justice (I). Cette intuition commune ne s'est toutefois pas traduite à l'identique dans l'œuvre respective des auteurs. Contrairement à son contemporain allemand, qui jamais n'envisagera ces règles supérieures autrement qu'en marge du droit positif, Verdross va progressivement assimiler l'impérativité normative à une technique du droit positif et ainsi préfigurer les futures règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités (II).

I. L'ANTICIPATION DU *JUS COGENS*
PAR LE RECOURS AU DROIT NATUREL

La critique du positivisme volontariste constitue le premier et principal point de rencontre des réflexions de Verdross et Kaufmann, qui auront eu pour projet commun de ne plus envisager les Etats comme les seuls créateurs du droit mais plutôt comme des agents au service d'un droit qui leur serait supérieur. Comme le relève sobrement Kaufmann dans le fil de ses développements, « si les Etats légifèrent dans l'ordre interne et international, cela ne signifie pas qu'ils ne seraient soumis dans cette œuvre à aucune loi ou règle supérieure ». Tout à l'inverse, existent des « règles de droit non écrites qui s'imposent à leurs volontés »¹². Est ainsi formulée l'adhésion aux théories du droit naturel. La « Raison objective » est présentée par nos auteurs tout à la fois comme la seule véritable source et comme

¹⁰ A. VERDROSS, « Le fondement du droit international », *op. cit.*, p. 286.

¹¹ R. KOLB, *Théorie du jus cogens international*, *op. cit.*, p. 65.

¹² « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 398.