

Robert Kolb

Théorie du *ius cogens*
international

Essai de relecture du concept



Presses Universitaires de France

SOMMAIRE

SOMMAIRE	5
LISTE DES ABRÉVIATIONS	15
PRÉFACE	17
AVANT-PROPOS	19
INTRODUCTION	23
TITRE I: Les différentes théories sur le fondement du <i>ius cogens</i>	31
SECTION I: LES ARGUMENTS DES NÉGATEURS DU <i>IUS COGENS</i>	33
1. Première objection : le <i>ius cogens</i> suppose un ordre juridique institutionnalisé (argument institutionnel)	35
2. Deuxième objection : le <i>ius cogens</i> suppose des créateurs et sujets du droit nettement séparés (argument législatif ou subjectif)	46
3. Troisième objection : le <i>ius cogens</i> suppose une hiérarchie et une différenciation de la normativité impropres au droit international (argument normatif)	51
4. Appendice : l'incidence du caractère particulariste du droit international	54
SECTION II: LES THÉORIES SUR LE <i>IUS COGENS</i>	59
CHAPITRE I: LES THÉORIES PRINCIPALES	59
I. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE DE DROIT NATUREL : LA THÉORIE DU <i>IUS NECESSAEJUM OMNIUM</i>	59

1. La notion de droit naturel et son lien avec le <i>ius cogens</i>	59
2. Critique du rapprochement entre droit naturel et <i>ius cogens</i>	66
II. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE AXIOLOGIQUE D'UNE COMMUNAUTÉ : LA THÉORIE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL	
1. Les conceptions restrictives de l'ordre public	70
a) L'ordre public comme étalon de la licéité de l'objet d'un traité	70
b) L'ordre public comme synonyme de <i>ius cogens</i>	71
2. Les conceptions extensives de l'ordre public	73
a) L'ordre public comme un ensemble de normes exprimant les valeurs fondamentales de la communauté internationale	73
b) L'ordre public comme ordre juridique (institutionnalisé) de la communauté internationale	77
3. Les conceptions étatistes (atomistes) de l'ordre public	81
a) L'ordre public comme raison d'Etat	81
b) L'ordre public comme valeurs et critères au service de <i>policy-makers</i> (New Haven)	82
III. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE TECHNIQUE INHÉRENTE AU DROIT : LA THÉORIE DE LA DÉFINITION DU <i>IUS COGENS</i> PAR SON EFFET (INDÉROGABILITÉ)	
1. Portée de la théorie ; la question de son caractère tautologique	83
2. La notion de dérogation	86
a) Le rapport dérogation / modification	87
b) Le rapport dérogation / violation	88
c) La dérogation	96
IV. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE DE DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL : LA THÉORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX OU FONDAMENTAUX ET DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS	
1. Les éléments communs de ces théories	98
2. Les différentes théories	100
a) La théorie de la constitution internationale ; les principes constitutionnels internationaux	100

b) La Charte des Nations Unies comme constitution concrète de la communauté internationale.	106
c) Les principes généraux de droit comme incarnation du <i>ius cogens</i>	109
d) L'ancienne théorie soviétique et socialiste : les principes de la coexistence pacifique	113
3. L'indérogabilité logique et structurelle relève-t-elle du <i>ius cogens</i> ?	115
4. Indérogabilité de la norme et indérogabilité des régimes prévus par la norme.	120
5. Evaluation de ces théories.	123
V. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE DE COLLISION VERTICALE : LA THÉORIE DE LA HIÉRARCHIE DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL	124
1. Hiérarchie formelle (sources) et hiérarchie matérielle (normes).	124
2. Le <i>ius cogens</i> en tant que hiérarchie normative : un problème de priorité et non de validité. La question de la nullité.	130
a) Le <i>ius cogens</i> comme règle de priorité normative (<i>lex superior derogat inferiori</i>).....	130
b) L'affaiblissement de l'élément de la nullité comme conséquence du <i>ius cogens</i> (théories de Mosler, Conforti, Gaja)	132
3. La nature de la hiérarchie matérielle du droit impératif: hiérarchie absolue et hiérarchie relative.	137
4. Evaluation et critique: notamment la différence entre dérogation et abrogation	138
VI. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE DE COLLISION HORIZONTALE : LA THÉORIE DU CONFLIT DE TRAITÉS SUCCESSIFS.	140
1. Position du problème.	140
2. Le <i>ius cogens</i> comme règle de collision conventionnelle (Anzilotti, Morelli) ; les traités intégraux (Jaenicke).	146
3. Le problème de nullité : conceptions objectives et subjectives de l'effet de la contrariété de traités successifs.	150
4. Evaluation et critique : convergences et divergences des situations en question.	153
VII. LE <i>IUS COGENS</i> COMME GARANT A PRIORI DE LA SURVIE DU SYSTÈME ET DE SES ENTITÉS COMPOSANTES : LA THÉORIE DU MINIMUM D'EXISTENCE.	156

1. Les différentes expressions de cette théorie	156
a) La référence aux relations internationales	158
b) La référence à l'ordre juridique	158
c) La référence à la communauté internationale	160
d) La référence aux sujets du droit international	160
2. Evaluation et critique	162
 CHAPITRE II: LES THÉORIES SECONDAIRES.	163
I. LE <i>IUS COGENS</i> COMME NORME JURIDIQUE SANCTIONNABLE <i>PER OMNES</i> (WENGLER)	163
II. LE <i>IUS COGENS</i> COMME DROIT RÉVOLUTIONNAIRE DES PEUPLES À S'AUTODÉTERMINER (CHAUMONT)	167
III. LE <i>IUS COGENS</i> COMME RÈGLE OBJECTIVE DE L'ÉVOLUTION SOCIALE (MATÉRIALISME LIISTORIQUE ; CHURCHALOV)	168
 TITRE II: Tentative de recomposition du concept de <i>ius cogens</i> international	169
I. LA RESTRICTION DU CONCEPT DE <i>IUS COGENS</i> : <i>IUS COGENS</i> ET ORDRE PUBLIC	172
1. La nécessité de distinguer entre <i>ius cogens</i> et ordre public international	172
2. Les relations entre <i>ius cogens</i> et ordre public international	173
3. Critique doctrinale de la confusion entre <i>ius cogens</i> et ordre public	177
4. Origine et fondement de la tendance à la confusion	179
II. L'ÉLARGISSEMENT DU CONCEPT DE <i>IUS COGENS</i> : <i>IUS COGENS</i> ET <i>UTILITAS PUBLICA</i>	181
1. Les diverses causes de l'effet d'indéroabilité du <i>ius cogens</i>	181
2. La notion d' <i>utilitas publica</i>	182
3. L'organisation internationale porteuse de droit public fondé largement sur <i>Utilitas publica</i>	184
4. Ordre juridique des organisations internationales et <i>ius cogens</i>	187
III. <i>IUS COGENS</i> INTERNATIONAL ET <i>FUS COGENS</i> INTERNE : UNE IDENTITÉ PROFONDE, UNE DIVERSITÉ ACCIDENTELLE	188

1. Similitudes et différences entre <i>ius cogens</i> international et interne.	188
2. L'expérience romaine du <i>ius cogens</i>.	191
a) <i>ius publicum</i> et <i>ius privatum</i> romains.	192
b) Le <i>ius publicum</i> en tant que <i>ius cogens</i>	193
c) Limites implicites de la notion de <i>ius cogens</i> romaine.	196
d) Evaluation ; valeur exemplaire de l'expérience juridique romaine en matière de définition du concept de droit impératif.	198
3. Le problème des rapports entre <i>ius commune</i> et <i>ius proprium</i> au moyen âge.	199
a) Naissance du droit commun romano-canonique et des droits particuliers locaux	199
b) Le rapport entre droit commun et droit particulier : rapports de priorité/ supplétivité.	201
c) Le cas spécial de droit commun impératif eu égard à une <i>utilitas communis</i> . Parallélisme de la société du moyen âge au pouvoir décentralisé avec la société internationale	203
4. La notion moderne de <i>ius cogens</i>.	207

TITRE III: Le Statut de la Cour internationale de Justice comme exemple de <i>ius cogens</i> fondé sur <i>Vutilitas publica</i>.	209
---	-----

SECTION I: GÉNÉRALITÉS.	211
--------------------------------	-----

1. Droit public et <i>ius cogens</i> dans les textes constitutifs d'institutions internationales	211
2. Le rôle de la volonté des parties dans les divers modes de règlement juridictionnel (arbitrage / Cour de justice).	212
a) Différences entre arbitrage et règlement judiciaire.	212
b) Caractère objectif et indérogeable du texte constitutif d'un organe judiciaire.	219
c) L'indérogeabilité en fonction du caractère bi- ou multilatéral de l'organe juridictionnel	222
3. La place de l'élément consensuel et la fonction constitutionnelle de la Cour internationale de Justice ; aspects de politique judiciaire	223
a) Volonté des parties et intégrité du Statut	223
b) Tendances à l'extension et à la restriction de l'activité judiciaire de la Cour : le caractère finaliste de sa mission pacificatrice et la prise en compte des réactions des justiciables potentiels à sa jurisprudence.	226

4. Précisions sur la nature juridique impérative du Statut et du Règlement de la Cour	230
a) Un cercle étroit : le <i>ius cogens</i> au sens strict	230
b) Un cercle large : le droit procédural comme droit strict	232
c) La différence dans le degré d'impérativité entre Statut et Règlement	239

SECTION II: CATÉGORIES ET EXEMPLES DE DROIT IMPÉRATIF DANS L'ACTIVITÉ DE LA COUR 249

CHAPITRE I: SURVOL GÉNÉRAL 249

(Exemples de dispositions impératives dans le Statut. Le degré d'impérativité : *ius cogens* strict, *ius cogens* assoupli, *ius dispositivum* relatif, *ius dispositivum* intégral).

CHAPITRE II: *IUS COGENS* ET RECEVABILITÉ GÉNÉRALE DES REQUÊTES 254

A) COMPÉTENCE ET RECEVABILITÉ ; RECEVABILITÉ SPÉCIALE ET RECEVABILITÉ GÉNÉRALE 254

B) LES DIVERS CHEFS D'IRRECEVABILITÉ GÉNÉRALE D'UNE REQUÊTE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE 262

I. LA COUR NE PEUT CONNAÎTRE D'UN DIFFÉREND SUR LA BASE DE CONSIDÉRATIONS OU DE FINALITÉS EXCLUSIVEMENT POLITIQUES OU D'OPPORTUNITÉ	262
1. Droit international et politique internationale ; différends juridiques et politiques	262
2. Différend juridique et contexte ou incidences politiques	264
3. Différends non réductibles à des obligations juridiques (domaine réservé)	266
4. Finalités politiques de la requête et effets uniquement politiques de l'arrêt	269
5. Le critère essentiel qui se dégage de la jurisprudence de la Cour pour distinguer les différends justiciables et non-justiciables	272

II. LA COUR NE PEUT CONNAÎTRE D'UN DIFFÉREND SUR LA BASE DE CONSIDÉRATIONS EXTRA-JURIDIQUES <i>LATO SENSU</i>	272
1. Les considérations d'ordre moral	272
2. L'exercice d'attributions législatives	274
m. DANS QUELLE MESURE LES PARTIES À L'INSTANCE PEUVENT-ELLES DÉTERMINER LE DROIT APPLICABLE ET LA TÂCHE DE LA COUR ?	276
1. Position du problème	276
2. Les réponses doctrinales : prédominance de conceptions libérales	278
3. Critique des arguments avancés	281
4. Les différents cas de figure qui ressortant de la pratique	282
a) La détermination de la tâche de la Cour	283
b) Les précisions limitées quant à la norme applicable	285
c) La modification des sources applicables	286
d) Synthèse des limites que la fonction de la Cour impose en matière de droit applicable et de la fonction judiciaire en général	289
(1) <i>Situations affectant des tiers</i>	289
(2) <i>Exigences du droit matériel applicable</i>	290
(3) <i>Exigences de la fonction judiciaire en général</i>	291
5. L'application par la Cour du droit interne et d'autres sources non interétatiques (droit international public au sens strict)	291
a) Le problème de l'application d'un droit interne par la Cour	291
b) Le problème de l'application d'autres sources par la Cour ; la <i>lex mercatoria</i> et le droit transnational ; le droit administratif international	301
6. Résumé	303
IV. LE COMPROMIS DES PARTIES NE PEUT PAS ÊTRE CONTRAIRE À UNE DISPOSITION SPÉCIFIQUE DU STATUT	304
V. LES ÉTATS NE SONT PAS AUTORISÉS À DEMANDER UN AVIS CONSULTATIF À LA COUR	305
1. Nature de la procédure consultative et conditions de compétence et de recevabilité	305

2. Les travaux préparatoires sur l'incapacité des États de demander un avis consultatif	307
3. Arguments en faveur d'une telle incapacité des États de demander un avis consultatif	309
4. La jurisprudence de la Cour.....	313
5. La distinction entre avis consultatif et arrêt déclaratoire	315
6. Vœux, suggestions ou recommandations judiciaires	317
VI. L'EXISTENCE OBJECTIVE D'UN DIFFÉREND JURIDIQUE	317
1. L'objectivité du différend	317
2. La réalité du différend { <i>moot questions</i> }	319
VII. L'AFFECTATION D'INTÉRÊTS DE TIERS COMME RAISON DE NE PAS EXERCER LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE	321
VIII. UNE INTERPRÉTATION DE CERTAINS TEXTES FIXÉE D'AVANCE PEUT ÊTRE INCOMPATIBLE AVEC LA FONCTION JUDICIAIRE DE LA COUR	325
IX. LA LATITUDE DES PARTIES AU REGARD DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER L'ARRÊT DE LA COUR	327
1. Position du problème	327
2. Force de la chose jugée et liberté des parties sur les modalités de l'exécution	328
3. Le principe : impossibilité pour les parties de subordonner la validité de l'arrêt à leur accord ultérieur ou de modifier les constats de droit ainsi que le dispositif de l'arrêt. Jurisprudence de la Cour.	331
4. Facteurs qui influent sur l'ampleur de la liberté des parties face à l'arrêt	336
a) Volonté des parties de ne pas nécessairement exécuter l'arrêt connue <i>ex ante</i>	336
b) Jugement dispositif et jugement déclaratoire	338
c) Négociations <i>praeter sententiae</i> et transactions	338
d) Procédure devant la Cour et procédure arbitrale	339
5. Immutabilité de la sentence	340
6. Résumé	340

CHAPITRE III: LE *IUS COGENS* DU STATUT
EN DEHORS D'ASPECTS TOUCHANT À LA
RECEVABILITÉ GÉNÉRALE 341

- I. *IUS COGENS* ET COMPÉTENCE DE LA COUR 341
 - 1. L'examen *proprio motu* de la compétence de la Cour ne relève pas du droit impératif 341
 - 2. La compétence de la compétence en tant que droit impératif 342
 - 3. La compétence personnelle de la Cour (article 34 du Statut) en tant que droit impératif 343

II. *IUS COGENS* ET PROCÉDURE DE LA COUR *LATO SENSU*. 348

- 1. Varia 348
 - a) La faculté de la Cour de prononcer le *non liquet*. 348
 - b) Les conditions de nomination de juges *ad hoc*. 349
 - c) Le pouvoir inhérent de la Cour de modifier les questions qui lui sont soumises. 349
 - d) La présentation de pièces de procédure 350
 - e) La suppression de la procédure orale 350
 - f) La motivation de l'arrêt de la Cour. 350
 - g) La faculté des juges d'émettre une opinion individuelle ou dissidente. 351
 - h) La prise en compte d'un traité non enregistré dans une instance devant la Cour 351
 - i) L'existence objective d'un intérêt juridique nécessaire à l'intervention au sens des articles 62 et 63 du Statut 353
- 2. La composition personnelle des Chambres *ad hoc* de la Cour. 354
 - a) La révision du Règlement en 1972 et 1978. 355
 - b) Volonté des parties et limites des textes en matière de la composition personnelle des chambres *ad hoc*. 356
 - c) Le Statut ne permet-il aucune influence des parties en matière de composition personnelle des chambres *ad hoc* ? 359
 - d) La question de l'influence 'excessive' des parties : l'affaire du *Golfe du Maine* (1982). 363

III. LE PROBLÈME DE LA DIRECTION DE PROTECTION DU *IUS COGENS* DANS LE CONTEXTE DU STATUT DE LA COUR : DÉROGATION POSITIVE ET NÉGATIVE _____ 367

1. Réduction de la portée d'une norme (dérogation négative) et extension de la portée d'une norme (dérogation positive)	367
2. La dérogation positive dans le contexte du Statut de la Cour.	368
FV. DISPOSITIONS DOUTEUSES ET IMPORTANCE DE L'INTERPRÉTATION.	373
CONCLUSION GÉNÉRALE	375
BIBLIOGRAPHIE	379
INDEX DE JURISPRUDENCE	387
INDEX DES MATIÈRES.	391