

Robert Kolb

Théorie du *ius cogens*  
international

Essai de relecture du concept



Presses Universitaires de France

## SOMMAIRE

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

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

<b>1. Similitudes et différences entre <i>ius cogens</i> international et interne.</b>	188
<b>2. L'expérience romaine du <i>ius cogens</i>.</b>	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
<b>3. Le problème des rapports entre <i>ius commune</i> et <i>ius proprium</i> au moyen âge.</b>	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
<b>4. La notion moderne de <i>ius cogens</i>.</b>	207

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

<b>SECTION I: GÉNÉRALITÉS.</b>	211
--------------------------------	-----

<b>1. Droit public et <i>ius cogens</i> dans les textes constitutifs d'institutions internationales</b>	211
<b>2. Le rôle de la volonté des parties dans les divers modes de règlement juridictionnel (arbitrage / Cour de justice).</b>	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
<b>3. La place de l'élément consensuel et la fonction constitutionnelle de la Cour internationale de Justice ; aspects de politique judiciaire</b>	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

<b>4. Précisions sur la nature juridique impérative du Statut et du Règlement de la Cour</b> . . . . .	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. <b>Droit international et politique internationale ; différends juridiques et politiques</b> . . . . .	262
2. <b>Différend juridique et contexte ou incidences politiques</b> . . . . .	264
3. <b>Différends non réductibles à des obligations juridiques (domaine réservé)</b> . . . . .	266
4. <b>Finalités politiques de la requête et effets uniquement politiques de l'arrêt</b> . . . . .	269
5. <b>Le critère essentiel qui se dégage de la jurisprudence de la Cour pour distinguer les différends justiciables et non-justiciables</b> . . . . .	272

II. LA COUR NE PEUT CONNAÎTRE D'UN DIFFÉREND SUR LA BASE DE CONSIDÉRATIONS EXTRA-JURIDIQUES	
<i>LATO SENSU</i> . . . . .	272
<b>1. Les considérations d'ordre moral</b> . . . . .	272
<b>2. L'exercice d'attributions législatives</b> . . . . .	274
m. DANS QUELLE MESURE LES PARTIES À L'INSTANCE PEUVENT-ELLES DÉTERMINER LE DROIT APPLICABLE ET LA TÂCHE DE LA COUR ? . . . . .	276
<b>1. Position du problème</b> . . . . .	276
<b>2. Les réponses doctrinales : prédominance     de conceptions libérales</b> . . . . .	278
<b>3. Critique des arguments avancés</b> . . . . .	281
<b>4. Les différents cas de figure qui ressortant     de la pratique</b> . . . . .	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
<b>5. L'application par la Cour du droit interne     et d'autres sources non interétatiques     (droit international public au sens strict)</b> . . . . .	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
<b>6. Résumé</b> . . . . .	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
<b>1. Nature de la procédure consultative     et conditions de compétence et de     recevabilité</b> . . . . .	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
<b>VI. L'EXISTENCE OBJECTIVE D'UN DIFFÉREND JURIDIQUE . . . . .</b>	<b>317</b>
<b>1. L'objectivité du différend . . . . .</b>	<b>317</b>
<b>2. La réalité du différend {moot questions} . . . . .</b>	<b>319</b>
<b>VII. L'AFFECTATION D'INTÉRÊTS DE TIERS COMME RAISON DE NE PAS EXERCER LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE . . . . .</b>	<b>321</b>
<b>VIII. UNE INTERPRÉTATION DE CERTAINS TEXTES FIXÉE D'AVANCE PEUT ÊTRE INCOMPATIBLE AVEC LA FONCTION JUDICIAIRE DE LA COUR . . . . .</b>	<b>325</b>
<b>IX. LA LATITUDE DES PARTIES AU REGARD DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER L'ARRÊT DE LA COUR . . . . .</b>	<b>327</b>
<b>1. Position du problème . . . . .</b>	<b>327</b>
<b>2. Force de la chose jugée et liberté des parties sur les modalités de l'exécution . . . . .</b>	<b>328</b>
<b>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 . . . . .</b>	<b>331</b>
<b>4. Facteurs qui influent sur l'ampleur de la liberté des parties face à l'arrêt . . . . .</b>	<b>336</b>
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
<b>5. Immutabilité de la sentence . . . . .</b>	<b>340</b>
<b>6. Résumé . . . . .</b>	<b>340</b>

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