



Article scientifique

Article

2003

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Théorie du ius cogens international

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Théorie du ius cogens international. In: Revue belge de droit international, 2003, vol. 36, n° 1, p. 5–55.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44892>

THÉORIE DU *IUS COGENS* INTERNATIONAL (1)

D 131
R003 565 219

PAR

Robert KOLB

PROFESSEUR DE DROIT INTERNATIONAL
À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL,
PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ DE BERNE
ET AU CENTRE UNIVERSITAIRE
DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE (GENÈVE)

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION

II. LES ARGUMENTS DES NÉGATEURS DU *IUS COGENS*

- A) *Première objection : le ius cogens suppose un ordre juridique institutionnalisé (argument institutionnel)*
- B) *Deuxième objection : le ius cogens suppose des créateurs et sujets du droit nettement séparés (argument législatif ou subjectif)*
- C) *Troisième objection : le ius cogens suppose une hiérarchie et une différenciation de la normativité impropres au droit international (argument normatif)*

III. LES THÉORIES SUR LE *IUS COGENS* INTERNATIONAL

- A) *Le ius cogens comme règle de droit naturel : la théorie du ius necessarium pro omnium*
- B) *Le ius cogens comme règle axiologique d'une communauté : la théorie de l'ordre public international*
- C) *Le ius cogens comme technique juridique inhérente au droit : la théorie de la définition du ius cogens par son effet (indéroabilité)*
- D) *Le ius cogens comme règle de droit constitutionnel international : la théorie des principes généraux ou fondamentaux et des principes constitutionnels*
- E) *Le ius cogens comme règle de collision verticale : la théorie de la hiérarchie des sources du droit international*

(1) Ce texte représente une brève synthèse des contenus de ma thèse d'habilitation sur la « Théorie du *ius cogens* international » (PUF, Paris, 2001). Afin de donner le plus possible d'espace aux développements substantiels, les renvois dans les notes en bas de page seront limités. Le lecteur intéressé pourra se reporter à la thèse. Une bibliographie complète sur le *ius cogens* international se trouve également dans cet ouvrage, en annexe.

- F) *Le ius cogens comme règle de collision horizontale : la théorie du conflit de traités successifs*
- G) *Le ius cogens comme garantie a priori de la survie du système et de ses entités composantes : la théorie du minimum d'existence*
- H) *Varia*
 - 1. *Le ius cogens* comme norme juridique sanctionnable *per omnes* (Wengler)
 - 2. *Le ius cogens* comme droit révolutionnaire des peuples à s'autodéterminer (Chaumont)

IV. TENTATIVE DE RECOMPOSITION DU CONCEPT DU *IUS COGENS* INTERNATIONAL

- A) *La restriction du concept de ius cogens : le ius cogens n'est pas l'ordre public*
- B) *L'élargissement du concept de ius cogens : ius cogens et utilitas publica*
- C) *L'identité profonde du ius cogens international avec le ius cogens de la tradition juridique générale*
 - 1. *Le ius cogens* du droit romain
 - 2. *Le ius cogens* du *ius commune* par rapport au *ius proprium* au moyen âge

V. LE STATUT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE COMME EXEMPLE DU *IUS COGENS* FONDÉ SUR L'*UTILITAS PUBLICA*

- A) *Généralités*
- B) *Le ius cogens relatif à la recevabilité générale des requêtes*
 - 1. La Cour ne peut connaître d'un différend sur la base de considérations ou de finalités exclusivement politiques, d'opportunité ou autrement extra-juridiques
 - 2. La détermination de la tâche de la Cour et du droit applicable par les parties
 - 3. Le compromis des parties ne peut pas être contraire à une disposition spécifique du Statut
 - 4. Les États ne sont pas autorisés à demander un avis consultatif à la Cour
 - 5. L'existence objective d'un différend juridique
 - 6. L'affectation d'intérêts de tiers comme raison de ne pas exercer la compétence judiciaire
 - 7. Une interprétation de certains textes fixée d'avance peut être incompatible avec la fonction judiciaire de la Cour
 - 8. La latitude des parties au regard de l'obligation d'exécuter l'arrêt de la Cour
- C) *Le ius cogens en dehors de la recevabilité générale des requêtes*
 - 1. *Le ius cogens* et la compétence de la Cour
 - 2. La composition personnelle des Chambres de la Cour
 - 3. *Varia*

D) *Dérogation positive et négative au Statut*

E) *Importance de l'interprétation*

VI. CONCLUSION

I. — INTRODUCTION

1. Peu de sujets ont en aussi peu de temps, depuis le milieu des années 1960, aussi profondément que le *ius cogens* captivé l'intérêt, troublé les esprits et occupé la plume des internationalistes. Cependant, l'état des travaux est tout sauf satisfaisant. La carrière foudroyante du *ius cogens* n'a pas été accompagnée d'un effort scientifique destiné à lui trouver un vêtement juridique précis et adéquat. A l'époque de la codification sur le droit des traités, dans les années 1960, le *ius cogens* était introduit sur la scène internationale par la petite porte. Il était censé régir la licéité de l'objet d'un traité. Il limitait la liberté des Etats de traiter eu égard au contenu de leur accord. Par déférence à la souveraineté et à l'autonomie de la volonté des Etats, ce *ius cogens* n'était admis que dans les cas les plus extravagants confinant à l'évidence morale : la non-agression, l'esclavage, la piraterie, les normes humanitaires essentielles.

Loin de lui avoir été fatale, cette identification avec les « valeurs essentielles » de la société internationale a été au contraire très profitable au *ius cogens* international. Lorsque, dans les années 1980, on chercha à renforcer la teneur communautaire du droit international en refoulant l'individualisme anarchique basé sur la souveraineté, ce *ius cogens* s'offrit comme véhicule de choix pour ces aspirations. Si les « valeurs fondamentales » avaient auparavant réduit à l'excès la portée du *ius cogens*, elles s'offraient désormais comme base pour son extension spectaculaire. C'est en effet toujours la même chose qui est répétée : le *ius cogens* traduit en droit l'émergence d'une communauté internationale en assignant un statut juridique supérieur à certaines valeurs fondamentales contre toute velléité contraire, de quelque ordre qu'elle soit, de la part des Etats. Ce *ius cogens*, dépositaire d'un droit de la communauté internationale émergente, est l'un des fers de lance par lesquelles celui-ci entreprend de reconstruire en sous-œuvre l'ensemble du droit international reçu, pour le plier aux exigences nouvelles de la solidarité planétaire.

Le *ius cogens* a depuis lors essaimé en toutes directions. D'abord, d'une technique juridique de non-dérogation, il est devenu un corps particulier de normes matérielles hiérarchiquement supérieures, voire suprêmes. Dès lors, la « violation » de normes de *ius cogens* emporte des conséquences particu-

lières. Ensuite, d'un critère de validité d'actes juridiques (notamment bilatéraux) confiné aux sources du droit, il est devenu un critère général de licéité d'actes les plus divers, par exemple de contre-mesures. Ainsi augmenté, le *ius cogens* est entré en d'incertaines interactions avec d'autres concepts : aspects liés aux sources (*ius cogens* au sens traditionnel), de procédure (qualité pour agir généralisée, *actio popularis*, obligations *erga omnes*) ou encore répressifs (crimes internationaux) ont été télescopés de plus en plus confusément. Autre évolution : comme le démontrent de récentes plaidoiries tenues à la Cour de la Haye, il devient de plus en plus courant de souligner l'importance d'une norme en disant qu'elle relève du *ius cogens*. On ne soulève pas le *ius cogens* pour s'opposer à la validité d'un acte juridique contraire. Pour dire qu'une norme juridique est importante, « fondamentale », on trouve seyant de dire qu'elle est *iuris cogens*. Ce *ius cogens* s'est aussi transporté en droit interne. Ainsi, l'article 139, paragraphe 3, de la nouvelle Constitution helvétique de 1998 dispose que toute initiative populaire tendant à réviser la Constitution qui ne respecte pas les règles impératives du droit international, doit être déclarée partiellement ou totalement nulle par l'Assemblée fédérale. Similairement, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a affirmé en l'affaire *Furundzija* (1998) que l'interdiction de la torture relevait du droit impératif. En tant que droit hiérarchiquement supérieur, ce *ius cogens* l'emporte par exemple sur des lois d'amnistie internes (2). Comme l'on voit, le *ius cogens* s'est ici profondément identifié à l'ordre public international, à une espèce de Constitution internationale.

2. Il ne semble pas douteux qu'une « communautarisation » du droit international est en cours, ni que le *ius cogens* ait un rôle certain à y jouer. Mais il ne nous semble pas que l'équation ordre public = valeurs fondamentales = *ius cogens* puisse être maintenue. Le *ius cogens* n'est pas exclusivement au service des valeurs fondamentales et il n'est pas une norme matérielle, hiérarchiquement supérieure en elle-même. Les multiples confusions, tributaires de raccourcis commodes et de procédés intellectuels propres à l'engagement politique, doivent être écartées, pour reconstruire un concept *juridique* de *ius cogens*.

Résumons dès ici les piliers de cette notion juridique de *ius cogens*.

- (1) Entre le *ius cogens* élaboré par la théorie générale du droit dès l'époque romaine et repris par les droits internes, et le *ius cogens* international, il n'y a pas de différence essentielle, mais seulement un ajustement aux spécificités de chaque société (pouvoir centralisé/décentralisé). La sou-

(2) Affaire *Furundzija* (10.12.1998), paras. 153 et s.

veraineté a contribué à occulter cet état des choses et à faire croire, initialement, qu'un *ius cogens* dans les relations internationales était soit impossible, soit hautement exceptionnel. En réalité, le *ius cogens* international n'est pas chose plus exceptionnelle que l'application courante et mécanique du concept d'impérativité en droit interne.

- (2) Le *ius cogens* n'est pas un corps de normes substantielles d'ordre supérieur, mais une simple technique juridique consubstantielle au droit. En particulier, il n'est pas l'ordre public. Le *ius cogens* est une conséquence parmi d'autres découlant du caractère des normes d'ordre public. Mais il peut s'attacher aussi à des normes qui ne relèvent pas de l'ordre public. Le *ius cogens* peut se greffer sur n'importe quelle norme ayant été dotée d'un caractère intégral.
- (3) Le *ius cogens* repose dès lors sur le couple « intérêt public » (*utilitas publica*) / « indérogabilité ». Son motif est l'intérêt public ou commun qui aboutit à ne pas permettre la dérogation d'un régime normatif. Cet intérêt public est relatif : il a trait au nombre de participants. Il se présente comme droit relativement plus général par rapport à un droit relativement plus particulier, toujours *ratione personae*. L'intérêt public est plus large que les valeurs fondamentales. Il inclut tout intérêt commun à l'intégrité d'un régime normatif. Ainsi, les statuts d'organisations ou d'organes internationaux, par exemple le Statut de la Cour internationale de Justice, se présentent comme droit intégral. Ce droit n'est pas à la disposition de groupes d'Etats particuliers, par exemple des plaideurs à une instance devant la Cour. Il s'agit de « droit public » au sens propre, parce qu'il touche à des intérêts collectifs, ce qui se traduit par le fait qu'il n'est à la disposition que de l'ensemble des Etats parties au traité constitutif.
- (4) D'où la définition suivante du *ius cogens* : le *ius cogens* est une technique juridique qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en ne permettant pas sa fragmentation en régimes juridiques plus particuliers qui seraient autrement applicables prioritairement en vertu de la *lex specialis*, dans tous les cas où il existe un intérêt public à cet effet. Le *ius cogens* constitue donc une limitation du *law-making power* eu égard à l'intégrité de régimes normatifs.

Le sens et la portée de ce qui vient d'être dit s'éclairera davantage au fil des pages qui suivent. D'abord, il faut nous occuper des arguments qui nient toute possibilité d'existence d'un *ius cogens* international. C'est en quelque sorte une question préliminaire. De la possibilité de les écarter comme non fondés dépend la faculté de construire une théorie affirmative du *ius cogens* international.

II. — LES ARGUMENTS DES NÉGATEURS DU *IUS COGENS*A) — *Première objection : le ius cogens suppose un ordre juridique institutionnalisé (argument institutionnel)*

1. Cette objection a été développée notamment par G. Schwarzenberger (3). Elle ne se présente à bien y regarder que comme objection relative, laissant un espace éventuel à un *ius cogens* international. Pour l'internationaliste londonien, le droit international est marqué par une profonde dichotomie : d'un côté, il y a le droit coutumier en tant que *ius strictum* où prévaut la politique de puissance et où le droit ne peut être tempéré d'aucune considération d'intérêt commun, d'équité ou de bonne foi; de l'autre côté, il y a le droit conventionnel en tant que *ius aequum* où prévaut un rapprochement des parties qui se traduit par la pénétration dans le droit de considérations d'intérêt commun, d'équité et de bonne foi. Dès lors, il ne peut y avoir de *ius cogens* international au niveau du droit international général. Il en est ainsi à cause de la distribution individualiste du pouvoir et de la pré-éminence de l'intérêt propre sur l'intérêt général qui y règne. Le *ius cogens* est lié à la possibilité d'articuler l'intérêt commun pour l'opposer (ou l'imposer) aux intérêts individuels. Cela suppose des institutions capables de formuler l'intérêt commun et de veiller sur son application. Le droit conventionnel instituant des organisations internationales constitue à cet effet un embryon de droit public s'orientant à l'intérêt commun. Cependant, l'intégration est encore trop précaire pour pouvoir de *lege lata* l'appréhender en tant que *ius cogens*.

2. Il paraît très douteux qu'il existe un tel antagonisme irréductible entre le droit coutumier et conventionnel. La pratique n'en porte pas de trace. Par ailleurs, un droit exclusivement tourné vers des fins individualistes n'existe pas, car le droit est toujours tourné vers l'autre : c'est une mesure d'ajustement social. Il est tout aussi douteux que le *ius cogens* ne puisse pas exister sans une sanction particulière, celle d'institutions préposées à sa mise en œuvre. Ce n'est ici qu'une variante de l'ancien argument du caractère non-juridique du droit international. En tant que concept visant à garantir l'intégrité normative, le *ius cogens* repose sur une volonté politique d'imposer une telle intégrité. Cette volonté peut être articulée dans la société internationale comme ailleurs, car c'est une fonction du pouvoir. Ce dernier ne fait guère défaut à la société internationale, tant s'en

(3) Cf. G. SCHWARZENBERGER, « International Jus Cogens ? », dans : *Papers and Proceedings of the Conference on International Law (Lagonissi), The Concept of Jus Cogens in International Law*, Genève, 1967, pp. 117 et s., 138-140. G. SCHWARZENBERGER, « The Problem of International Public Policy », *Current Legal Problems*, vol. 18, 1965, pp. 191 et s., 212-4. G. SCHWARZENBERGER, *International Law and Order*, Londres, 1971, pp. 27 et s. Voir aussi A. ROSS, *A Textbook of International Law*, Londres / New York, 1947, pp. 209-210.

faut. Des raisons particulières au *ius cogens* qui le rendraient incompatible avec l'absence d'un soubassement institutionnel n'existent pas. En tant que technique juridique de non-fragmentation normative, elle n'est ni trop vague ou subjective (4), ni ne met-elle en danger la stabilité du système international de manière excessive. Le droit connaît des concepts stabilisateurs (par exemple, la prescription, la sécurité juridique), mais aussi des concepts dynamiques (par exemple, la doctrine *rebus sic stantibus*, le *ius cogens*). Par leur fonction dynamique, ces derniers ne s'opposent pas *eo ipso* au droit. Au contraire, ils lui permettent d'atteindre de meilleurs équilibres. Enfin, la pratique ne confirme pas le danger d'une déstabilisation excessive. L'on peut même s'interroger quelles voies prendraient les États pour s'assurer de la sanction des intérêts protégés par le *ius cogens*, censés importants, à défaut d'une reconnaissance de celui-ci. La stabilité des relations internationales n'en serait pas accrue.

B) — *Deuxième objection : le ius cogens suppose des créateurs et sujets du droit nettement séparés (argument législatif ou subjectif)*

1. Il a été dit que l'identité au plan du droit international entre créateurs et destinataires des normes, à savoir les États, impliquait l'impossibilité de limiter l'autonomie de la volonté par des normes impératives (5). Tout droit impératif supposerait une autorité supérieure et des sujets subordonnés, car il s'appliquerait uniquement dans les relations entre le droit objectif issu du pouvoir centralisé et les actes juridiques subjectifs entrepris par les sujets entre eux. Un droit de coordination entre égaux ne peut connaître du *ius cogens* parce que l'élément d'hétéronomie dont celui-ci vit lui fait défaut.

2. Cette objection ne touche pas vraiment à l'existence d'un *ius cogens* international, mais à ses modalités d'opération dans l'environnement international. L'identification plus poussée entre sujet-créateur et sujet-destinataire opère un transfert du *ius cogens* du plan des actes juridiques vers les sources du droit. En droit interne, la production juridique législative et privée étant nettement distinctes, la dérogation ne peut porter que sur le régime prévu par la norme objective, non sur la norme elle-même. Le *ius cogens* n'est affaire que d'autonomie privée. Il y va de soi, et n'est donc pas dit, que les parties ne peuvent pas abroger dans leurs rapports *inter se* la norme générale, qu'elle soit impérative ou dispositive. L'article X du Code civil n'est pas à leur disposition. À cause de l'identité subjective mentionnée, le droit international ne connaît pas une hiérarchie juridique compa-

(4) Des notions particulièrement ouvertes du point de vue du contenu se prêtent souvent bien aux exigences de l'environnement international : on peut songer à l'équité.

(5) Cf. p.e. W. BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Zurich, 1927, pp. 388 et s. E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911, pp. 178 et s.

rable entre droit objectif et actes juridiques privés. En droit international, le *ius cogens* touche aux limitations de la création et de l'abrogation des normes elles-mêmes et se situe par conséquent sur le plan des *sources du droit* et non seulement des *sources d'obligation*. Il garde cependant ses caractéristiques techniques, tout en étendant leur sphère d'application : il interdit l'*opting out* d'un régime général par accords en cercle plus restreint.

3. Il faut noter que l'unité législative du droit international n'est vraie que pour les groupes d'Etats promoteurs de règles juridiques, non pour les Etats *uti singuli* (ou en cercles restreints). Le « législateur international », c'est par exemple la pluralité d'Etats parties à une convention ou la généralité d'Etats porteurs d'une coutume universelle. Les Etats considérés individuellement sont *soumis* aux régimes juridiques ainsi créés et ne peuvent unilatéralement s'y soustraire. Cela peut être vrai aussi pour des cercles d'Etats restreints, précisément à cause du droit impératif. La hiérarchie n'est ici pas organique, mais repose sur le nombre d'Etats parties à un régime par rapport à des cercles plus restreints. L'identité subjective n'existe pas : le cercle restreint ne peut pas faire ce que le cercle plénier pouvait faire. Un exemple peut illustrer ce qui vient d'être dit. En droit interne on n'aurait pas idée de dire que le parlementaire préposé à édicter les lois ou le citoyen qui vote un texte n'est pas soumis à celui-ci et au droit impératif qu'il porte, au motif qu'ils ont le pouvoir de le créer ou de concourir à sa création. La modification du droit est une chose : sur ce plan, il doit y avoir parfaite coordination, parfaite horizontalité. La dérogation du droit est une autre chose : sur ce plan, en droit international comme ailleurs, il y a distinction des pouvoirs du législateur (« droit objectif ») et des sujets individuels en cercles plus restreints (« actes juridiques »), les derniers pouvant être empêchés de modifier un régime du premier. Ce qui est différent en droit international, c'est la différenciation uniquement relative, à raison du nombre d'Etats parties aux deux processus, plutôt que la différenciation à raison d'organes distincts. D'où l'incorporation de toute la problématique au sein de la nébuleuse élargie des sources.

C) — *Troisième objection : le ius cogens suppose une hiérarchie et une différenciation de la normativité impropres au droit international (argument normatif)*

1. Cette troisième objection prolonge les deux qui ont déjà été présentées, tout en déplaçant un peu les accents. Le centre des réflexions est toujours le caractère horizontal du droit international : le fait qu'il soit un *Koordinationsrecht*. Mais l'éclairage se déplace ici vers les aspects normatifs.

Il faut mentionner à cette place les considérations de P. Weil (6). Le droit international est selon cet éminent auteur malade de ses normes. Le *ius cogens* est l'une de ses pathologies. Il tenterait d'introduire dans le droit international un embryon de hiérarchie normative, fondée sur l'idée fictive de communauté internationale, sans en avoir réellement les moyens. Or, le droit international repose sur la coordination de volontés formellement égales. Il ne connaît pas la hiérarchie. Le *ius cogens* est donc étranger à sa structure. Il en dérègle le métabolisme normatif en introduisant une aspiration de super-normativité sans la sanction efficace pour l'administrer.

2. Trois réponses s'imposent à cet égard. En premier lieu, Weil admet lui-même que le *ius cogens* international est indispensable dans certains cas, car on ne saurait admettre que les Etats puissent s'accorder sur n'importe quelle monstruosité (7). Même ainsi limitée, l'ouverture relativise singulièrement les arguments qui précèdent. Tout n'est plus que question de degré, non de possibilité d'existence. En second lieu, les arguments de Weil s'appliquent à un *ius cogens* perçu comme hiérarchie de normes fondées sur les valeurs fondamentales de la communauté internationale. C'est certainement la conception la plus courante aujourd'hui. Mais c'est admettre que les arguments présentés ne sauraient s'appliquer à l'encontre du *ius cogens* en tant que technique juridique, tel que nous l'entendons. En troisième lieu, on ne saurait méthodiquement dresser la structure soi-disant nécessaire du droit international contre l'introduction de toute norme ou institution qui pourrait signifier une modification de cette structure, un développement du droit international. Depuis l'époque du *ius gentium* romain, le droit international s'est sans cesse transformé; il a sans cesse changé de structure. La structure du droit international n'est pas une norme en elle-même, s'opposant à la modification de ce droit. C'est un pur reflet *a posteriori* d'un état du droit et de la société internationaux. C'est une notion d'inventaire *ex post*, non la pierre de touche active de l'introduction de nouveaux concepts. On peut bien dire qu'une évolution est regrettable eu égard à la conception qu'on se fait du droit international. Pour le reste, l'on doit constater que dans la mesure où un principe hiérarchique s'est effectivement imposé en droit international, la structure de ce dernier a subi une modification. Le *ius cogens* international n'est donc à cet égard pas « impossible » dans l'ordre juridique international.

Au vu des explications qui précèdent, on peut tirer la conclusion qu'aucune raison suffisante ne s'oppose à l'existence d'un droit impératif international.

(6) P. WEIL, « Cours général : le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, pp. 129 et s., 261 et s.

(7) *Ibid.*, p. 277.

III. — LES THÉORIES SUR LE IUS COGENS INTERNATIONAL

A) — *Le ius cogens comme règle de droit naturel :
la théorie du ius necessarium pro omnium*

1. Le droit naturel est le plus ancien problème de la réflexion juridique humaine. Il se place tant sur le plan idéal que sur le plan réel : sur le premier, c'est un problème permanent, celui de la justice en droit, celui du droit juste; sur le deuxième, c'est un problème historique qui consiste à découvrir à quelles fins, pour quels intérêts et dans quels rapports avec le pouvoir son essor ou déclin ont coïncidé. Il n'y a pas une doctrine de droit naturel. Il y en a un grand nombre. Elles convergent le plus souvent sur le point que certaines fins de justice s'imposent à l'homme et limitent sa capacité de créer du droit et d'agir, en un mot, que le pouvoir de l'homme n'est pas absolu ou illimité (8). Chez les classiques, surtout le courant grotien appelé synthétique, le droit international est configuré comme synthèse entre le droit des gens naturel et le droit des gens positif (ou volontaire) (9). Le droit naturel comme précepte absolu de raison est supérieur au droit volontaire et l'encadre. Dès lors il se présente comme droit nécessaire qui ne peut être écarté par accord volontaire : c'est du droit impératif (10). Cette idée que le droit naturel limite l'autonomie normative des sujets a encore un nombre suffisant d'adeptes aujourd'hui (11) pour qu'il convienne de le mentionner comme catégorie à part.

2. En droit international, le rapprochement entre droit naturel et *ius cogens* est dû au fait que le droit impératif a été construit dès ses débuts comme exception hautement extravagante par rapport à l'autonomie subjective virtuellement illimitée conférée aux Etats par la souveraineté. Ces limites à la souveraineté ne pouvaient exister que dans l'extrême réduit de normes rationnellement, moralement ou socialement nécessaires. D'où leur entrée dans les sphères du droit naturel. Toutefois, cette conception repose sur une confusion. Le droit naturel (si l'on admet son existence) s'adresse au législateur plénier pour lui imposer d'extrêmes limites quant à la *création* ou la *modification* du droit. Le *ius cogens* de son côté s'adresse aux sujets de droits individuels pour leur interdire une *dérogation inter se* d'un régime juridique général qui par ailleurs reste inaltéré. Tant la finalité que l'ampleur des mécanismes sont différentes : limite méta-positive d'un côté, limite intra-positive de l'autre, adressées à des sujets différents; garantie de

(8) L'idée-clé est donc celle d'un ordre fragmentaire de principes qui s'imposent au respect de l'homme et duquel il ne peut disposer (« indisponible »; « unverfügbares »).

(9) Cf. p.e. GROTIUS, *De iure belli ac pacis* (1625), Prolegomena, para. 1.

(10) Cf. p.e. VATTEL, *Le droit des gens...* (1758), Préliminaires, para. 9.

(11) Cf. p.e. F.A. VON DER HEYDTE, *Völkerrecht*, vol. I, Cologne, 1958, p. 23, H. MOSLER, « *Ius cogens* im Völkerrecht », *ASDI*, vol. 25, 1968, p. 18. I. DETTER, *The International Legal Order*, Aldershot, 1994, p. 175.

valeurs humaines fondamentales d'un côté, protection de l'intégrité d'un régime normatif de l'autre. Tout au plus peut-on dire que les normes nécessaires envisagées par le droit naturel forment le noyau le plus resserré du *ius cogens*, car ce qui s'impose au législateur plénier au titre de la création du droit vaut *a fortiori* pour les sujets individuels dans des rapports plus restreints.

B) — *Le ius cogens comme règle axiologique
d'une communauté : la théorie de l'ordre public international*

1. Les auteurs qui rapprochent ou qui identifient le *ius cogens* à un ordre public international ne se comptent plus (12). On est cependant loin de s'être accordé sur le sens du concept d'ordre public international. Il est des conceptions restrictives. L'ordre public y apparaît tantôt comme simple étalon de licéité de l'objet d'un traité. Cette opinion prévalait, même chez des auteurs nettement positivistes, jusqu'à la moitié du XX^e siècle. Il n'y a qu'un pas de cette conception à celle qui identifie l'ordre public à la notion de *ius cogens* : l'un et l'autre sont synonymes (13). Certains auteurs préfèrent réserver le terme d'ordre public à un groupe de normes ayant une importance et donc un rang supérieur, alors que le *ius cogens* n'aurait trait qu'aux restrictions à la liberté de traiter ou de déroger à un régime général (14).

On aboutit ainsi à des conceptions de l'ordre public qui sont extensives. Le plus souvent l'ordre public est configuré comme un ensemble constitutionnel de normes exprimant les valeurs fondamentales de la communauté internationale (15). Une série de formules vagues ont ici fréquemment pris la place d'une élaboration technique réfléchie et détaillée de phénomènes entre eux très divers : le *ius cogens*, les obligations *erga omnes*, l'*actio popularis*, les crimes internationaux, la hiérarchie des normes, etc. Parfois, un pas de plus est accompli en personnifiant la communauté internationale. Celle-ci serait traduite par les institutions internationales de coopération et avant tout par les Nations Unies (16). Cette communauté internationale formerait la base de l'ordre public.

Il est enfin des conceptions étatistes ou atomistes de l'ordre public. Ainsi, l'ordre public a été présenté comme étant fondé sur la raison d'Etat (17).

(12) Voir les notes 180-1 de ma thèse d'habilitation.

(13) Cf. G. SCHWARZENBERGER, *International Law — As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I. Londres, 1957, p. 425.

(14) Cf. H. MOSLER, « The International Society as a Legal Community », *RCADI*, vol. 140, 1974-IV, p. 35-6.

(15) G. JAENICKE, « International Public Order », *EPIL*, vol. 7, p. 314.

(16) Cf. p.e. A. GOMEZ ROBLEDOS, « Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, vol. 172, 1981-III, pp. 170 et s.

(17) G.A. CHRISTENSON, « Jus Cogens : Guarding Interests Fundamental to International Society », *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1988, pp. 643 et s.

Dans un environnement marqué par la politique de puissance, l'ordre public ne pourrait s'assimiler qu'à la raison d'Etat, porteuse d'intérêts publics de l'Etat *uti singuli* ou de groupes d'Etats. Cet ordre public limite la volonté au regard d'un intérêt général, mais celui-ci n'exprime pas des aspirations communautaires ; il exprime l'effectivité des rapports de force.

2. Le *ius cogens* ne s'identifie pas simplement à un quelconque ordre public. L'ordre public représente un ensemble de normes matérielles de nature constitutionnelle ; le *ius cogens* est une technique juridique de non-dérogação. En tant que telle, le *ius cogens* s'attache aux normes d'ordre public pour garantir leur nécessaire intégrité. Mais il s'y attache du dehors, comme technique juridique formant l'une des caractéristiques des normes d'ordre public. De plus, le *ius cogens* concerne aussi d'autres normes non-dérogeables en dehors de l'ordre public. Dès lors, non seulement il n'est pas identique avec l'ordre public, mais de plus il n'est pas exclusif aux normes d'ordre public.

C) — *Le ius cogens comme technique juridique
inhérente au droit : la théorie de la définition du ius cogens
par son effet (indérogeabilité)*

1. Il y a un courant de pensée qui refuse de définir le *ius cogens* par tout élément de contenu. Les causes qui aboutissent à l'impérativité d'une norme sont diverses. C'est l'effet qui est toujours identique : l'interdiction de fragmenter un régime normatif en une série de *leges speciales* (18). La CDI s'est engagée dans cette voie. Elle a défini le *ius cogens* comme norme à laquelle aucune dérogação n'est permise, sans se préoccuper du contenu de ces normes. On a dit qu'une définition par l'effet est trop courte, voire tautologique. Mais si le *ius cogens* est réellement une technique juridique de non-dérogeabilité, sa définition ne pourra être que formelle. On pourra illustrer les normes impératives, sans plus. A-t-on idée, par exemple, en droit interne, de dresser une liste des innombrables normes impératives ? C'est le cas de presque l'ensemble du droit public.

2. Mais qu'est-ce que la « dérogação » ? Ce concept est lié à deux autres notions, avec lesquelles il forme un triptyque. C'est la « modification » et la « violation ».

a) *Le rapport dérogação | modification*. Il faut se garder de confondre la conclusion d'accords particuliers *ratione personae* avec la modification d'une norme, tant impérative que dispositive, par les moyens ordinaires de la création juridique. La modification est basée sur l'action de l'ensemble des

(18) Cf. J.M. RUDA, dans : *Lagonissi...* (*supra*, note 3), p. 101. A. PELLET, « The Normative Dilemma : Will and Consent in International Law-Making », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, p. 38.

parties d'un corps normatif, un traité ou une coutume : la totalité des parties au traité, la majorité qualifiée requise pour la formation coutumière. Par la modification, l'ancienne norme est abrogée objectivement et cesse d'exister. La dérogation concerne la conclusion d'accords en cercle restreint ou l'adoption d'actes juridiques particuliers applicables dans un cercle restreint. Le régime général continue à exister en dehors du cercle restreint ; il n'est par abrogé, mais dérogé ; il n'est plus applicable entre certaines parties. Il faut avouer que cette distinction est toujours menacée en droit international où la ligne de démarcation entre le droit général et objectif, et le droit particulier et subjectif, est singulièrement peu accusée. Mais on peut dire que tout se ramène au fond à un problème de généralité *ratione personae*, c'est-à-dire à une question de nombre.

b) *Le rapport dérogation / violation.* Tout d'abord, il a été dit avec véhémence que l'extension du *ius cogens* à des actes unilatéraux est une hérésie juridique : l'acte unilatéral soit respecte, soit viole le droit. Il ne peut par lui-même y déroger. Le sujet *uti singuli* est toujours soumis au droit. Il n'a jamais la possibilité de s'en affranchir par lui-même. L'application du *ius cogens* aux actes unilatéraux est donc une impossibilité logique (19). D'un autre côté, la vaste majorité d'auteurs qui identifie le *ius cogens* à l'ordre public se voit tout naturellement conduite vers un argument *a fortiori* : si le *ius cogens* protège des valeurs fondamentales de la communauté internationale même à l'égard de la liberté de traiter à plusieurs, il doit à plus forte raison s'appliquer aux actes unilatéraux, inférieurs dans la hiérarchie (20). Il faut ici opérer une distinction. Les actes unilatéraux simplement matériels, *i.e.* les agissements, ne sauraient être soumis au *ius cogens*. Ils n'ont pas de force normative en eux-mêmes et la seule question qui se pose est celle de leur conformité au droit. L'ordre public (non le *ius cogens*!) peut ici commander de les soumettre à de nouvelles limites, par exemple humanitaires. Mais alors, il suffit de secréter de nouvelles normes limitatrices, précisant leurs conditions d'exercice dans le sens voulu. Il en a été ainsi dans le régime juridique des contre-mesures. Il en va autrement pour les actes *juridiques* unilatéraux. Le caractère décentralisé et relativiste du droit international confère à ces actes une force normative autonome, car à défaut d'organes centralisés, c'est aux sujets de droit eux-mêmes que revient la qualification des situations juridiques (par exemple par reconnaissance). Dans la mesure où ils ont une force normative, les actes unilatéraux peuvent être soumis au *ius cogens*. Ils le sont en tant que sources de droits et d'obligations. L'aspect sous lequel le *ius cogens* peut s'appliquer aux actes juridiques unilatéraux est celui de déterminer leur *validité* et le cas échéant les frapper de nullité. Il ne s'agit au contraire pas de la question de savoir s'ils violent une prescription juridique, en un mot de juger leur

(19) Cf. WEIL (*supra*, note 6), p. 281.

(20) Cf. SUY, dans : Lagonissi ... (*supra*, note 3), p. 86.

illicéité. La validité peut relever du *ius cogens*, l'illicéité relève de la responsabilité internationale.

On s'est interrogé aussi sur le point de savoir si le *ius cogens* pouvait s'appliquer à d'autres sources que des actes juridiques, par exemple à une coutume régionale. Le *ius cogens* pourrait d'ailleurs être lui-même régional, coïncider par exemple avec les principes du Conseil de l'Europe. Dans ce cadre aussi, un droit particulier peut s'opposer à un droit général. Considérons un seul cas. S'il y a une ancienne coutume générale d'ordre impératif, une nouvelle coutume spéciale ne pourra s'établir que dans la situation où l'ancienne coutume soit cesse d'exister, soit cesse d'être considérée impérative. Si la coutume générale continue à être considérée impérative, c'est bien son caractère de *ius cogens* qui empêchera la validité *inter partes* de la coutume régionale. Il en va de même d'ailleurs pour une nouvelle coutume générale qui n'aurait pas la double *opinio iuris* quant à l'obligatorité de la pratique et quant à son caractère *iuris cogentis*. Elle ne pourrait pas s'établir contre l'ancienne coutume à cause du caractère impératif de cette dernière.

c) *La dérogation*. La dérogation s'oppose à la fragmentation d'un régime juridique intégral en rapports juridiques particuliers *ratione personae*, et ce normalement en raison d'un intérêt collectif ou public. Cependant, étant donné que le caractère spécial de la distribution du pouvoir international arme de force normative aussi des actes unilatéraux, il faut élargir la notion de dérogation du droit international par rapport à celle du droit interne. L'interdiction de dérogation signifie en droit international une limitation du pouvoir juridique de créer des normes particulières (*norm-creating-power*). Cette situation englobe la dérogation par accords, mais aussi par actes juridiques unilatéraux ou la coutume.

3. La conception du *ius cogens* comme technique juridique a été injustement occultée par les progrès tapageurs du *ius cogens* en tant qu'ordre public. Elle se recommande toutefois à tous égards.

D) — *Le ius cogens comme règle de droit
constitutionnel international : la théorie des principes généraux
ou fondamentaux et des principes constitutionnels*

1. Il s'agit de plusieurs théories qui ont certains points communs. Le *ius cogens* est ici assimilé aux propositions juridiques fondamentales. Contrairement aux doctrines d'ordre public qui se réfèrent aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale, les propositions visées ici sont originellement juridiques en cela que le fait social qu'elles expriment a déjà reçu sa traduction formelle en droit. Le *ius cogens* ne s'arrête d'ailleurs pas aux principes fondamentaux d'ordre substantiel. Il recouvre aussi et surtout les principes structurels, par exemple la distribution originaire des compé-

tences, les procédés de création juridique, les règles premières sur la personnalité internationale ou la responsabilité internationale, les préceptes *pacta sunt servanda* ou *consuetudo est servanda*, etc. Les fonctions essentielles d'un ordre juridique sont ainsi garanties contre toute tentative d'altération. En règle générale, le *ius cogens* est limité à cet échelon normatif suprême. Ne peuvent constituer du *ius cogens* que les propositions juridiques suprêmes dans toute leur généralité et abstraction. Des normes plus concrètes ne peuvent être impératives. L'impérativité se rétracte aux principes généraux.

Cette théorie s'est développée sur plusieurs branches.

a) L'une d'entre elles identifie le *ius cogens* à l'idée d'une constitution internationale telle qu'elle fut défendue dès le début du XX^e siècle en réaction aux dérives volontaristes par des écoles de pensée allemandes (Verdross) et italiennes (S. Romano). L'une et l'autre de ces écoles — écloses dans deux pays qui avaient été un berceau du positivisme étatiste, à cause de l'unification nationale tardive — avaient en commun la démonstration que l'ordre juridique international ne peut pas être fondé tout entier sur les modes de constatation du droit, sur la coutume et la convention, qui en réalité le supposent déjà. D'où à chaque fois le constat que pour conférer à une volonté pouvoir de création juridique, il faut présupposer une norme objective qui lui attribuât telle qualité. C'était postuler l'existence de certains principes nécessairement supérieurs, antérieurs à l'expérience juridique. L'école allemande s'est donnée une moulture matérielle, ouvrant la constitution internationale à des idées de bien commun et de justice. Celle italienne s'est rigoureusement tenue à l'idée du fait social porteur d'ordre intrinsèque, limitant ainsi la constitution à des principes structurels. C'était le courant institutionnaliste influencé par M. Hauriou. Dans les deux cas, les principes constitutionnels sont du droit nécessaire et ne supportent aucune dérogation.

b) Une autre théorie cherche à personnifier davantage cette constitution internationale en l'ancrant dans un sujet concret. La Charte des Nations Unies est alors présentée comme la constitution de la communauté internationale (21). La Charte obtient la priorité sur toute autre source du droit international. Dès lors, le *ius cogens* international conflue vers l'article 103 de la Charte, qui organise cette priorité. Il s'étend soit à l'ensemble des normes de cet instrument, soit aux grands principes qu'il contient. Quelques auteurs sont allés plus loin. Ils introduisent le *ius cogens* dans l'ensemble des règles de priorité au sein du droit institutionnel international,

(21) Cf. p.e. GOMEZ ROBLEDO (*supra*, note 16), pp. 167 et s. E.P. NICOLOUDIS, *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, Athènes, 1974, p. 127-9. P. ZICCARDI, « Il contributo della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati alla determinazione del diritto applicabile dalla Corte internazionale di giustizia », *Mélanges G. Morelli*, Milan, 1975, pp. 1069 et s. Cf. récemment B. FASSBENDER, *United Nations Security Council Reform and the Right of Veto*, La Haye/Londres/Boston, 1998, pp. 89 et s.

que ce soit envers les États membres, ou que ce soit à l'intérieur de l'organisation envers les sources dérivées (22).

c) Une troisième théorie voit les principes généraux de droit comme l'incarnation positive du *ius cogens* (23). Les principes généraux, communs aux ordres juridiques, forment un ensemble ouvert d'exigences consubstantielles à l'idée du droit. Ils se sont consolidés à travers l'expérience pluriséculaire de l'humanité. Ils ne constituent pas le corps intégré d'une constitution. Ce n'est qu'un ensemble ponctuel et fragmentaire de principes dont la nature même commande l'impérativité. On cite ici la bonne foi, l'interdiction de la fraude, la force majeure, les principes de collision des normes, l'interdiction d'accords *contra bonos mores*, etc. Il faut ajouter que l'ancienne doctrine soviétique affirmait quant à elle le caractère impératif de certains principes juridico-politiques (et donc hautement perméables aux influences idéologiques), savoir les principes de coexistence pacifique qu'elle promouvait dès les années 1960'.

2. Avant de passer à l'évaluation de ces théories pour ce qu'elles ont en commun, certains problèmes doivent être préalablement élucidés.

a) *L'indérograbilité logique ou structurelle et l'indérograbilité matérielle*. Pour certains auteurs, la cause de l'indérograbilité d'une norme n'est pas indifférente au *ius cogens*. La seule cause d'indérograbilité qui serait propre au *ius cogens* est celle qui a sa racine dans la protection d'intérêts matériels fondamentaux de l'ordre juridique, ceux-là même que l'on résume souvent sous le terme d'ordre public. La dérogation est dans ces cas techniquement possible, mais interdite en droit à travers des normes impératives. D'un autre côté, il est des normes axiomatiques dont la validité dérive de nécessités inhérentes à la pensée. Ainsi, la règle *pacta sunt servanda* n'est pas susceptible de dérogation, car ou bien l'accord dérogoire n'est pas appliqué et la règle demeure inaltérée, ou bien l'accord est appliqué et alors sa propre force obligatoire repose sur *pacta sunt servanda*. Il est aussi des normes de nature structurelle consubstantielles à l'ordre social et juridique d'une époque et d'une société. Elles peuvent changer, mais à un moment donné elles se présentent comme impératives. L'égalité souveraine en serait un exemple. Ce qui compte, c'est que ces normes sont déjà pré-juridiquement impératives. Ce n'est pas le droit qui interdit la dérogation, car le droit ne

(22) G. JAENICKE, « Zur Frage des internationalen ordre public », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 7, Karlsruhe, 1967, p. 94-6.

(23) Cf. H. B. REIMANN, *Jus cogens im Völkerrecht*, Zurich, 1971, p. 57, 76. E. HARLE, « Les principes généraux de droit et le droit des gens », *RDILC*, vol. 16, 1935, pp. 663 et s. A. MIAJA DE LA MUELA rapproche ces principes de la *ratio scripta* romaine : « *Ius cogens* y *ius dispositivum* en derecho internacional público », *Mélanges L. Legaz y Lacambra*, vol. II, Zaragoza, 1960, p. 1138. P. REUTER estime quant à lui que cette qualification de droit impératif de certains principes suffit éventuellement en elle-même pour leur faire quitter le giron du droit coutumier; ils deviennent alors *eo ipso* des principes généraux de droit (*Introduction au droit des traités*, 3^e éd., Paris, 1995, p. 128).

porte pas sur les lois antérieures de la logique ou de la structure sociale fondamentale. En un mot, le *ius cogens* ne peut intervenir que là où une dérogation est possible, c'est-à-dire pour protéger des intérêts matériels, non la configuration logiquement antérieure d'un système.

Il faut admettre qu'il s'agit largement d'un problème de définition : on peut réserver la qualification de *ius cogens* à un certain type de causes et admettre qu'il y a d'autres normes indérogeables pour d'autres causes. Mais il n'y a à cela aucune raison. Si c'est bien l'effet d'indérogeabilité qui constitue le critérium distinctif du *ius cogens*, on peut englober toutes ces situations sans égard aux causes juridiques ou pré-juridiques qui les régissent, précisément parce que l'effet dans les deux cas est identique : la norme résiste à la dérogation par accords particuliers. Les causes de cet effet sont tenues pour irrelevantes.

b) *L'indérogeabilité de la norme et l'indérogeabilité des régimes prévus par la norme.* En droit interne, cet aspect est tellement clair qu'il n'a pas besoin d'être précisé : par l'exercice de leur autonomie privée, des sujets peuvent bien déroger à un régime spécifique imposé par la norme X dotée d'un caractère impératif (le « contenu »), mais ils ne peuvent pas déroger la norme X en tant que telle (le « contenant »). L'article X du Code civil n'est pas à leur disposition. Cette distinction passe au second plan en droit international à cause de la distribution du pouvoir qui y règne et à cause de l'identité plus poussée du sujet-créateur et du sujet-destinataire des normes. C'est qu'en droit international il n'y a pas de distinction tranchée entre droit objectif émanant du législateur et droits subjectifs situés au plan des sujets. Les Etats peuvent donc déroger tant au régime d'une norme qu'à la norme elle-même. Le *ius cogens* s'élargit dès lors pour couvrir de sa protection les deux situations : il y a un *ius cogens* au premier et au second degré en droit international.

D'autres difficultés se posent sur le plan de la dérogation du régime prévu par la norme. Même si les Etats sont autorisés à déroger à une norme, en d'autres mots si celle-ci est dispositive, il peut y avoir certaines limites. Ils ne peuvent pas y déroger pour un temps et une gamme de situations indéfinies. Si c'était possible, cela équivaldrait de fait à une dérogation de la norme elle-même. Les Etats peuvent donc renoncer de manière concertée à l'application d'une norme pour des cas ponctuels ou prévisibles, en tout cas délimités selon des critères suffisamment précis. Exemple : Deux Etats peuvent renoncer par accord à traiter un fait illicite comme tel. Ils renoncent alors à liquider une relation selon les principes de la responsabilité internationale. Mais ils ne peuvent pas s'accorder que des groupes indéfinis de faits futurs ne seront pas considérés comme illicites en modifiant *inter se* la définition essentielle du délit international. Ici encore, il faut s'entendre : il est des faits qui ne sont illicites qu'en l'absence de consentement (par exemple, le survol d'un territoire); on peut donner un

consentement assez général pour l'avenir dans ce cas. Il en va tout autrement des principes essentiels de la responsabilité, par exemple de la règle de la responsabilité pour faute. Ce problème converge en partie vers celui des accords excessivement onéreux, des *Knebelungsverträge*. La question est complexe et nous ne saurions faire plus que de la soulever à cette place.

3. Les théories présentées ne fournissent qu'un vêtement trop étroit pour le *ius cogens*. En d'autres termes, elles sont bonnes pour ce qu'elles tendent à inclure, mais insuffisantes pour ce qu'elles tendent à exclure. Le *ius cogens* est rétréci aux données nécessaires du système normatif. Mais en fait, du *ius cogens* peut exister à tous les niveaux, et ce en relation à un simple intérêt commun de maintien de l'intégrité d'un régime normatif. De même, en droit interne, ce n'est pas parce que la Constitution contient du *ius cogens* que la loi ou le règlement administratif ne peuvent en contenir; ce serait absurde. Le *ius cogens* n'est donc pas limité au sommet normatif. Il n'est pas un ordre minimum qui se réduit à une super-source. En un mot : ces principes suprêmes sont sans doute du *ius cogens*, mais ils ne sont que l'une des nombreuses catégories qui le composent. Dès lors, ils ne sauraient fournir aucune différence spécifique pour être en eux-mêmes la base d'une théorie du *ius cogens*.

E) — *Le ius cogens comme règle de collision verticale :
la théorie de la hiérarchie des sources du droit international*

1. a) Il faut distinguer la *hiérarchie formelle* entre sources en tant que catégories normatives, de la *hiérarchie matérielle* entre normes à raison de l'importance de leur contenu. Le *ius cogens* comme phénomène de hiérarchie se situe sur le second plan. Voici l'argumentation proposée. Le droit international en tant que droit de coordination entre sujets égaux ne connaît pas une hiérarchie formelle des sources. Toute hiérarchie ne peut s'y réaliser qu'au regard du contenu des normes. Les normes juridiques qui traduisent les valeurs d'ordre public possèdent de ce seul fait une place supérieure dans l'édifice du droit international. Le *ius cogens* est dès lors le vecteur à travers lequel le droit international se transforme progressivement d'un système intégralement horizontal en système en partie vertical (24). Au sein des organisations internationales, une hiérarchie formelle s'est en revanche beaucoup plus largement établie. Le droit international y ressemble déjà au droit interne, car à une hiérarchie des organes correspond une hiérarchie générale des sources. Elle y dépasse par conséquent l'idée ponctuelle de la hiérarchie d'ordre public propre au droit international général.

(24) Cf. C. ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam/New York/Oxford, 1976, pp. 19-24.

Du moment que le *ius cogens* est configuré comme principe de hiérarchie matérielle, il touche à la *priorité* d'application entre normes. La conséquence de la nullité du régime dérogoire s'efface. D'une norme de validité de la production normative (nullité), le *ius cogens* devient une norme de priorité entre règles établies (conflit de règles). Il s'agit de la gestion de normes, non de leur production. Le *ius cogens* devient un régulateur du trafic sur les routes du droit international. Il s'identifie à la règle *lex superior derogat inferiori* / *lex inferior superior derogare non potest*. En combinant cette idée avec celle du droit plus général auquel aucun régime plus particulier ne peut être substitué, cela nous donne la définition suivante du *ius cogens* : *lex specialis inferior non derogat legi generali superiori*; ou encore : *lex superior generalis derogat legi speciali inferiori*.

b) Si certaines théories maintiennent l'idée d'une nullité de la norme contraire, elles sont particulièrement peu représentées — et pour cause — dans le cadre qui nous occupe. Il y a toutefois une série de doctrines qui dispensent de la nullité et font suffire d'autres sanctions. Il y aurait donc un *ius cogens* spécial, non exhaustif, tel que défini dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). Celui-ci retient la nullité comme élément de définition. Mais en dehors de la Convention, il y aurait encore un *ius cogens* général qui ne se caractérise pas par une sanction spécifique. Diverses raisons ont été avancées pour justifier un tel *ius cogens* sans nullité. Il en est qui sont pragmatiques. Ainsi, a été dit que les incertitudes quant à la définition des normes présentant un caractère impératif en droit international, tout comme l'absence de mécanismes juridictionnels préposés à leur constat, conseille de ne pas traiter toute infraction au *ius cogens* comme soumise à la nullité absolue (25). D'autres raisons sont plus conceptuelles. A cet effet, il a été rappelé que le *ius cogens* n'a pour objet que de limiter l'autonomie normative des parties, non une sanction particulière (26). Cette dernière est contingente et dépend des matières et des ordres juridiques. De surcroît, la nullité peut aussi dépendre du droit interne éventuellement applicable.

Pour les auteurs comme B. Conforti (27), pour qui l'article 103 de la Charte des Nations Unies est la *sedes materiae* du *ius cogens* international, la nullité doit s'effacer devant la priorité d'application d'une norme, car il est constant que l'article 103 ne frappe pas de nullité la norme contraire, mais se borne à la suspendre (*inefficacia temporanea*). L'article 103 ne confère pas une valeur impérative à toutes les dispositions de la Charte. Il ne vise que les normes relativement rares qui octroient des droits et des obligations aux Etats, c'est-à-dire des grands principes coutumiers

(25) Cf. MOSLER, (*supra*, note 11), pp. 39-40.

(26) Cf. J. JURT, *Zwingendes Völkerrecht*, Wil (St. Gall), 1933, p. 24, 97-8.

(27) B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4^e éd., Naples, 1992, pp. 181 et s. B. CONFORTI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 212, 1988-V, pp. 129 et s.

(articles 1 et 2) et des grands secteurs de compétence de l'Organisation (par exemple, le Chapitre VII).

Enfin, il y a des auteurs qui admettent une autre sanction que la nullité pour le *ius cogens*. Ainsi, selon G. Gaja (28), le *ius cogens* a nécessairement trait aux intérêts fondamentaux de la société internationale. Son irrespect représente dès lors toujours la violation d'une obligation *erga omnes*. Toute réaction que le droit international permet pour sanctionner une telle violation d'une obligation *erga omnes* se présente donc aussi comme sanction adéquate du *ius cogens*. Pour G. Barile (29), un acte contraire au *ius cogens* représente un acte illicite *erga omnes* entraînant des effets de responsabilité internationale, mais sa validité intrinsèque n'est pas affectée.

Comme l'on voit, le poids respectif entre la priorité et la nullité peut varier, mais cette dernière est affaiblie, tandis que le concept de *ius cogens* s'étend souvent de manière significative.

c) Jusqu'ici la hiérarchie a été considérée comme *hiérarchie absolue* : l'ordre juridique international s'ordonne de manière verticale en fonction de l'importance intrinsèque des règles. Dans ce sens le phénomène a de l'ampleur : il remanie le système des sources du droit international dans un sens objectif, valable pour tous les sujets internationaux. Mais la hiérarchie du *ius cogens* peut aussi être présentée comme *hiérarchie relative*. La hiérarchie du *ius cogens* ne concernerait que la priorité relative des normes *iuris cogens* sur les normes issues d'accords particuliers dérogatoires. La hiérarchie se limite ici au rapport interne *ius cogens*/accord particulier dérogatoire, et ne touche pas au rapport externe *ius cogens*/normes du droit international général. Cette hiérarchie n'est au fond pas autre chose que le concept d'indérogabilité exprimé par un autre terme. Plus le *ius cogens* s'approche de l'ordre public, et plus l'on tendra à le construire comme phénomène de hiérarchie absolue ; plus il sera limité à la technique d'indérogabilité, et plus l'on sera enclin à le configurer comme phénomène de hiérarchie relative.

2. Il y a deux raisons qui militent contre une confusion du *ius cogens* avec la hiérarchie des normes. L'une est subordonnée, l'autre décisive. En premier lieu, et c'est l'aspect subordonné, le problème de la collision verticale des normes vers lequel le *ius cogens* est attiré est un problème général et régulier de tout ordre juridique. Il se situe sur un plan différent par rapport à l'aspect ponctuel de l'indérogabilité et certaines normes en raison de leur contenu. Il suppose donc d'autres règles, surtout formelles, qu'il faut se garder d'excessivement mélanger au *ius cogens*. En second lieu, et c'est l'aspect décisif, le *ius cogens* n'est pas en lui-même l'ordre public. C'est une technique juridique. Comme telle, le *ius cogens* est hiérarchiquement neutre.

(28) G. GAJA, « Obligations Erga Omnes, International Crimes and *Jus Cogens* : A Tentative Analysis of Three Related Concepts », dans : J.H.H. WEILER / A. CASSESE / M. SPINEDI, *International Crimes of State*, Berlin/New York, 1980, p. 158-9.

(29) G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*, Padoue, 1977, pp. 108-110.

Mieux même, elle n'est pas un phénomène de hiérarchie. Le *ius cogens* touche à la *dérogação* d'une norme, c'est-à-dire à la tentative de substituer une norme générale par une norme particulière, prioritairement valable *inter partes*. Ce processus peut avoir lieu à *n'importe quel niveau des sources du droit*. La hiérarchie des normes touche au contraire à l'*abrogation* (ou à la priorité) d'une norme par une norme supérieure *dans le rang des sources*. Pour parler avec une image spatiale, la dérogação vient d'en bas, du côté d'un droit relativement plus particulier; l'*abrogation* vient d'en haut, du côté d'un droit de rang supérieur. La hiérarchie du *ius cogens* ne peut donc être que relative, non absolue. Quelques simples exemples suffisent pour s'en rendre compte. En droit interne, le fait que la Constitution contienne du droit impératif n'empêche pas la loi, voire le règlement, d'en contenir. En droit international, le fait que certains principes constitutionnels sont impératifs n'empêche pas que des normes coutumières ou conventionnelles le soient aussi. Le *ius cogens* du droit international général n'empêche pas un *ius cogens* régional, par exemple dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le *ius cogens* peut donc exister à chaque échelon normatif, car il se mesure de manière relative : entre une norme d'une généralité donnée par rapport à des normes déroatoires plus particulières *ratione personae*. En d'autres termes, le *ius cogens* concerne le rapport entre *lex generalis/specialis* et non celui entre *lex superior/inferior*. Les deux sont loin de se confondre.

F) — *Le ius cogens comme règle de collision horizontale :*
la théorie du conflit de traités successifs

1. a) Le caractère coordinatif du droit international y a depuis toujours exalté l'importance de l'accord. Dans une société inorganique où se juxtaposent des puissances souveraines, l'accord est le vecteur essentiel de la formation de règles. A la subordination correspond la loi; à la coordination correspond l'accord. Il s'ensuit que les collisions horizontales entre normes acquièrent une importance et une fréquence accrues par rapport au droit interne. C'est d'autant plus vrai qu'à cause de sa coordinativité le droit international ne connaît pas une hiérarchie développée de ses manifestations normatives. Il est dès lors compréhensible qu'on se soit interrogé si l'accord pouvait être porteur de règles impératives (30) et plus particulièrement si certaines règles de conflit de traités pouvaient être configurées comme limitation du *law-making-power* et par conséquent comme mécanisme du *ius cogens*. En effet, pour quelques auteurs volontaristes qui n'admettent en toute cohérence que l'accord comme source du droit international, le *ius cogens* ne peut être autre chose qu'une limitation auto-imposée du pouvoir de créer certaines normes conventionnelles à l'avenir. C'est par l'accord lui-même que les Etats limitent leur capacité de conclure des

(30) Cela fut admis par la CDI : cf. *Ann. CDI*, 1966-II, p. 270, para. 4.

accords futurs sur des objets déterminés. Cela amène à l'incorporation du *ius cogens* dans les mécanismes de conflits des normes (conventionnelles) dans le temps. Telle est la position d'auteurs comme D. Anzilotti (31) ou G. Morelli (32). D'autres auteurs n'incluent dans le rayon d'action du *ius cogens* que le conflit entre certains traités ou dans certaines constellations spécifiques. Ainsi, selon Haraszti (33), le *ius cogens* suppose par définition la sanction de la nullité. La conclusion d'un traité postérieur rendant impossible l'exécution d'un traité antérieur n'aboutit à la nullité du premier que si toutes les parties à l'accord restreint postérieur sont aussi parties à l'accord antérieur. Dans le cas contraire, la règle de l'effet relatif interdit toute nullité envers le tiers. Dès lors de conflit entre traités incompatibles ne relève du *ius cogens* que dans le premier cas. D'autres auteurs, dont Jaenicke (34), insistent sur les traités intégraux. L'obligation est ici assumée par chaque partie à l'égard de toutes les autres en même temps ; elle ne peut être bilatéralisée au fragmentée. L'aspect *erga omnes* de ces traités interdit les traités postérieurs incompatibles. Ils se présentent dès lors comme traités impératifs.

b) Ni la pratique internationale, ni la Commission du droit international, n'ont retenu, dans le régime de la collision de traité successifs la nullité objective du traité postérieur incompatible avec un traité antérieur. Ils se sont orientés vers un régime subjectif, s'ouvrant sur la responsabilité internationale pour le traité laissé inexécuté. En d'autres termes : tous les traités restent valables ; le débiteur choisit lequel il veut exécuter ; il encourt la responsabilité pour celui qu'il enfreint. C'est pourquoi de très nombreux auteurs refusent de voir dans les règles de conflit de traités un problème de *ius cogens*, car il ne s'agit pas d'une question de validité des normes. D'un autre côté, la question de la validité peut être posée dans certains cas. Même si la conséquence juridique retenue n'est pas la nullité, cela n'empêche pas nécessairement d'y voir du *ius cogens* — la sanction de la nullité n'étant pas perçue par tous comme élément indispensable du droit impératif. Il faut d'ailleurs souligner que les principes de la responsabilité peuvent aboutir à l'invalidité du traité postérieur. Ainsi, la réparation spécifique ordonnée par le juge dans une telle espèce peut consister précisément en l'abrogation (ou l'ordre d'abroger) le traité postérieur incompatible. Il est enfin des auteurs qui refusent de voir dans les règles de collision conventionnelle du *ius cogens* non à cause du rôle de la nullité, mais parce

(31) D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Rome, 1928, pp. 88-92 ou D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, 1929, pp. 96-101.

(32) G. MORELLI, « Norme dispositive e diritto internazionale », *RDI*, vol. 11, 1932, pp. 388 et s., 483 et s. Voir aussi G. MORELLI, « A proposito di norme internazionali cogenti », *RDI*, vol. 51, 1968, p. 114-5.

(33) G. HARASZTI, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, 1973, p. 304-5.

(34) G. JAENICKE, « Völkerrechtsquellen », dans : K. STRUPP/H.J. SCHLOCHAUER (éds.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, t. III, Berlin, 1962, p. 773-4.

que pour eux le *ius cogens* touche nécessairement à la substance des règles en jeu, en un mot à l'ordre public.

2. En matière de *ius cogens* dans les conflits de traités, il faut distinguer deux plans différents. D'un point de vue général, la question du conflit de traités dépasse de loin celle du *ius cogens*, si bien qu'une assimilation fausse les données du problème. La collision horizontale des normes est un problème général et régulier de tout ordre juridique. Sa solution dépend d'une série de règles formelles propres, dont celles de la *lex posterior et specialis*. D'un autre côté, certains aspects de la collision peuvent relever du *ius cogens*. C'est d'abord le cas quand un traité contient des normes de *ius cogens*. Alors des règles de collision spéciales doivent s'appliquer, neutralisant en particulier la simple mise en œuvre de la *lex posterior*. Dans ce cas, la norme postérieure pourra être nulle : il en serait clairement ainsi sous le régime de la Convention sur les traités de 1969 ayant trait au *ius cogens* universel. Dans le cas d'un *ius cogens* plus restreint, la nullité ne peut s'appliquer qu'aux accords postérieurs des parties en cause entre elles ; par rapport aux tiers prévaut la règle de l'effet relatif (sauf peut-être en cas de mauvaise foi du tiers). Contrairement au *ius cogens* universel, celui restreint n'aura généralement rien de spécifiquement moral. Il reposera sur un simple intérêt public. La nullité *inter partes* est alors une sanction suffisante. Un autre cas de *ius cogens* dans la collision de traités pourrait être vu dans l'article 103 de la Charte des Nations Unies et dans le contexte de traités intégraux. Dans tous ces cas, deux spécificités doivent être soulignées : (1) il s'agit d'un *ius cogens* conventionnel, c'est-à-dire relatif (sauf pour le *ius cogens* universel consigné dans un traité multilatéral) ; (2) la sanction de la nullité demeure souvent incertaine ou limitée (sauf encore pour le *ius cogens* universel).

G) — *Le ius cogens comme garantie a priori
de la survie du système et de ses entités composantes :*
la théorie du minimum d'existence

1. Les conceptions à discuter présentement se combinent souvent avec certaines théories déjà discutées, celle de l'ordre public ou celle des principes constitutionnels. Elles ont cependant leurs spécificités. Leur point commun se situe dans une vision existentialiste et rationaliste du *ius cogens*. Le *ius cogens* n'est pas affaire d'expérience, mais postulat rationnel *a priori*. Il désigne ce minimum qu'il faut présupposer pour la permanence ordonnée du système international et/ou des entités qui le composent. L'apriorisme de ces théories est contrebalancé par leur base souvent très exigüe : elles concernent des nécessités qui confinent à l'évidence. Suivant

la formule de Carrillo Salcedo (35), « la cohésion du droit international, en tant qu'ensemble normatif, exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un *minimum de règles impératives* (...), c'est-à-dire de règles auxquelles on ne peut déroger sans mettre en péril la survie même de l'ordre international ».

A regarder de plus près, on s'aperçoit que l'unité de référence, le *quid*, n'est pas la même pour tous. Tantôt, on se réfère vaguement aux relations internationales (« règles indispensables à la vie internationale »); tantôt en revanche à l'ordre juridique international (« règles garantissant l'existence même du droit international »); tantôt encore à la communauté internationale (« règles fondamentales pour la survie et la cohérence maximale de la communauté internationale »). D'autres fois, c'est aux sujets du droit international que se dirige l'attention : le *ius cogens* aurait pour mission de protéger les droits inaliénables des divers sujets du droit international, l'Etat (droit à l'existence, égalité, non-recours à la force), les groupes (autodétermination des peuples, génocide, etc.) et les individus (protection de la vie et de l'intégrité corporelle, liberté, protection contre des atteintes par des actes criminels) (36).

2. Les mêmes réserves que pour les théories constitutionnalistes du *ius cogens* peuvent être avancées : ces constructions sont trop étroites, utiles pour ce qu'elles incluent, insuffisantes pour ce qu'elles excluent. Le *ius cogens* ne protège pas que les fondements du système mais peut être utilisé pour garantir un régime normatif quelconque, quant il y a un intérêt collectif à cela, contre la fragmentation en régimes plus particuliers. Par leur caractère apriorique, ces théories ne sauraient de surcroît livrer un ordre concret de normes impératives, car celui-ci est affaire d'observation et d'inventaire (et à ce critère, seule la théorie de Kadelbach suffit).

H) — *Varia*

A côté des théories principales présentées, il y a quelques théories très singulières défendues par un seul auteur. Voici deux exemples.

1. *Le ius cogens comme norme juridique sanctionnable per omnes* (Wengler)

Pour W. Wengler, l'ordre juridique se définit par un fait, celui de la sanction. La norme juridique n'est rien d'autre qu'une multitude de faisceaux représentant des pouvoirs d'action et des devoirs de subir l'action. Wengler parle de légitimation active et passive. Ces pouvoirs et devoirs sont renforcés par la contrainte. La sanction par excellence, ce sont les repréailles.

(35) J.A. CARRILLO SALCEDO, « Droit international et souveraineté des Etats », *RCADI*, vol. 257, 1996, p. 135-6, italiques dans l'original.

(36) Cf. S. KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1992, pp. 176, 210 et s.

Le *ius cogens* international s'inscrit dans ce creuset. Il est abordé dans le chapitre sur le conflit des normes. Le conflit ne présente une réelle difficulté que lorsque des tiers ont un intérêt dans la préservation inaltérée du régime antérieur envers les Etats cherchant à y déroger. Il y a ici une légitimation active de plusieurs Etats par rapport à la même norme. Cette légitimation ne peut être écartée par un accord entre un nombre réduit de parties. Un tel accord serait à la fois illicite et nul. Le *ius cogens* se réduit à ce type de situations. Il concerne des règles générales censées particulièrement importantes, pour lesquelles le droit international concède le droit de demander l'exécution et de recourir à une sanction non à quelques-uns, mais à *tous les Etats*. L'obligation vaut *erga omnes*, la sanction correspondante est concédée *ad omnes*. De telles normes ne peuvent en conséquence être dérogeées ou modifiées entre quelques Etats, car ce serait exproprier la légitimation active des autres par rapport à ces normes solidaires (37).

Le *ius cogens* relève ici de la multilatéralisation de la sanction. Il s'identifie à un mécanisme *erga omnes* qu'il faut se garder de confondre avec celui dont il est habituellement question, car pour Wengler il n'y a aucune communauté internationale.

2. *Le ius cogens comme droit révolutionnaire des peuples à s'autodéterminer (Chaumont)*

Si la clé de voûte de la théorie wenglerienne est la sanction, celle de la théorie de C. Chaumont est sa profession de foi maoïste. Dans son cours général de 1970, il avait encore mis l'accent sur le *ius cogens* des appareils d'Etats à travers les principes sur la coexistence pacifique. Dans son article de 1985, il récusé un *ius cogens* des Etats au bénéfice du *ius cogens* des peuples dépouillé de toute limitation technique ou juridique. Le *ius cogens* des appareils d'Etats, soumis à des interprétations contradictoires, est mort; le *ius cogens* se transfigure en droit des peuples. C'est la volonté des peuples qui a le dernier mot dans l'histoire et qui seule peut être réellement impérative. Le *ius cogens* concerne exclusivement les conditions d'existence et d'indépendance des peuples vis-à-vis de l'étranger et de leurs propres appareils d'Etat. Il fonde et sanctionne le droit des peuples à la Révolution (38).

Le *ius cogens* est ici dépouillé de toute forme juridique précise, car elle pourrait s'avérer inopportune pour son aptitude à satisfaire aux exigences d'une finalité politique absolue.

(37) Cf. W. WENGLER, *Völkerrecht*, t. I, Berlin, 1964, pp. 409 et s. D'où la définition du *ius cogens* à la p. 412 : « Als zwingendes Völkerrecht sind (...) die durch kollektiven Rechtszwang seitens sämtlicher Staaten gesicherten Sätze des Völkergewohnheitsrechts zu verstehen ».

(38) Cf. C. CHAUMONT, « Mort et transfiguration du *ius cogens* », *Mélanges P.F. Gondiee*, Paris, 1985, pp. 469 et s.

IV. — TENTATIVE DE RECOMPOSITION
DU CONCEPT DE *IUS COGENS* INTERNATIONAL

L'erreur des conceptions courantes sur le *ius cogens* paraît résider dans le fait qu'elles sont d'un côté trop larges, de l'autre trop étroites. Le centre de gravité réel du *ius cogens* ressortit à la théorie générale du droit, dont on s'est, en droit international, artificiellement éloigné. D'où trois cercles d'analyse : (1) la restriction du concept du *ius cogens*; (2) l'élargissement du concept de *ius cogens*; (3) analogies et spécificités du *ius cogens* international par rapport à la notion de droit impératif issue de l'expérience juridique générale.

A. — *La restriction du concept de ius cogens :*
le ius cogens n'est pas l'ordre public

1. Contrairement à ce qui constitue actuellement le courant absolument dominant, il faut se garder de confondre le *ius cogens* avec l'ordre public international. L'ordre public est un corps de normes matérielles, le *ius cogens* une technique juridique. On voit la différence : corps de normes exprimant les valeurs fondamentales d'une communauté et engendrant à cause de leur importance même une série de conséquences juridiques distinctes sur le plan positif, d'un côté; technique juridique qui se présente comme attribut de certaines normes sous l'angle de leur dérogeabilité, de l'autre. La qualité du *ius cogens* est une conséquence du caractère d'ordre public de certaines normes. Elle assure leur non-fragmentabilité normative. Le *ius cogens* en tant que technique juridique peut cependant s'attacher aussi à d'autres normes imposant un régime intégral, normes qui ne participent par de l'ordre public. Dès lors, les liens qu'entretient le *ius cogens* avec l'ordre public sont doublement partiels. Partiels d'abord, parce que le *ius cogens* s'applique dans d'autres contextes que l'ordre public. Partiels ensuite, parce que l'effet impératif n'est qu'une des conséquences des normes d'ordre public, celle qui protège leur intégrité normative. A côté de l'effet impératif, il en est d'autres, ayant trait par exemple à la qualité pour agir (obligations *erga omnes*) ou à la répression d'actes contraires (crimes internationaux, compétence universelle).

2. Il convient de distinguer le *ius cogens* issu de l'ordre public du *ius cogens* plus large issu d'un quelconque intérêt public à l'intégrité normative. Plusieurs différences juridiques peuvent être imaginées. En premier lieu, le *ius cogens* d'ordre public (universel) doit avoir comme source du droit international général et s'appliquer à tous les Etats de la communauté internationale. Rien de tel pour un *ius cogens* reposant sur l'*utilitas publica* au sens plus large. Une source de droit particulier, un traité quelconque, suffit à lui donner vie. En second lieu, le *ius cogens* d'ordre public aura tendance à

élargir ses effets en dehors du cercle d'actes juridiques contraires pour frapper n'importe quel acte étatique contraire à ses prévisions. Une propension à l'hégémonie est dans le programme génétique du *ius cogens* d'ordre public à cause des valeurs fondamentales qu'il doit protéger de manière absolue. Rien de tel pour le *ius cogens* d'intérêt public. En troisième lieu, la nullité absolue des actes juridiques contraires doit être maintenue pour le *ius cogens* d'ordre public, précisément à cause des valeurs fondamentales qu'il protège. Une position plus souple, admettant d'autres sanctions plus habituelles dans l'ordre juridique international décentralisé, peut être admise pour le *ius cogens* d'intérêt public. En quatrième lieu, on peut imaginer que le *ius cogens* d'ordre public s'impose même au *persistent objector* dans la formation coutumière, alors qu'il n'en serait peut-être pas nécessairement ainsi pour un *ius cogens* de simple intérêt public. De plus, en cas de conflit entre une norme d'ordre public et une norme de *ius cogens* de simples intérêts publics, la première l'emportera. Ce n'est rien d'exceptionnel : c'est un problème de conflits de normes dont le caractère impératif importe peu. La priorité se joue sur d'autres critères, tels que l'importance de la norme. En droit interne aussi, les conflits entre normes émanant de la législation étatique ne se comptent plus. En tant que normes de droit public, elles sont impératives. On ne considère pas que cela influe sur la capacité de l'une de l'emporter sur l'autre, soit en général, soit dans certaines circonstances. Cette liste des différences entre *ius cogens* d'ordre public et d'intérêt public pourrait être allongée. Il convient ici d'ajouter seulement que le concept de *ius cogens* est unitaire quant à son mécanisme fondamental, mais qu'il s'adapte aux normes et branches en cause en modulant ses modes d'opération.

3. Toutefois, il ne faut pas faire essaimer le *ius cogens* par métastases incontrôlées hors du domaine de l'indéroabilité, pour régir en tant que corps de normes autonomes toute activité quelconque, allant des contre-mesures aux sanctions collectives, de la dérogation à la violation du droit, des sources à la qualité pour agir (obligation *erga omnes*), etc. Le *ius cogens* y perd tout contour (39). C'est une par une qu'il faut insérer dans l'ordre public (et non dans le *ius cogens*) ces notions diverses entre elles, en les drapant de l'habit juridique convenable. La raison de la confusion entre l'ordre public et le *ius cogens* réside dans les déviations que l'optique de la souveraineté des Etats a dès l'abord imposé à la matière. Au lieu de partir de la notion générale de droit impératif, telle que léguée par l'expérience séculaire de la jurisprudence, pour s'interroger inductivement quelle place elle pouvait avoir dans cette société particulière qu'est la société internationale, l'on s'est appuyé comme *prius* sur l'autonomie souveraine de la volonté des Etats pour conclure qu'elle ne pouvait assurément être limitée que par des

(39) Cf. les critiques remarquables de C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milan, 1994, pp. 471 et s., 477 et s.

exigences socialement et moralement évidentes, justement par les seules valeurs fondamentales indispensables. D'où l'identification automatique du *ius cogens* avec ce réduit minimum, rétrécissant *a priori* le champ d'analyse.

B. — *L'élargissement du concept*
de ius cogens : ius cogens et utilitas publica

1. L'effet de l'indérogabilité du *ius cogens* peut reposer sur diverses causes. Il en est trois : (1) les lois de la logique (par exemple pour *pacta sunt servanda*); (2) l'ordre public; (3) l'*utilitas publica gentium*. Le cercle de l'*utilitas publica* est le plus large. Il est utile de rappeler que le concept d'indérogabilité recouvre deux aspects en droit international : (a) la non-dérogabilité d'un régime général par accord particulier; (b) une limitation partielle du pouvoir normatif des sujets (*law-making-power*) pour ce qui est de la création de normes particulières, surtout unilatérales (40).

2. Avec l'*utilitas publica*, le rayon d'action du *ius cogens* s'élargit considérablement. En droit international, l'*utilitas publica* doit être prise au sens large. Il va de soi que la société internationale n'a pas atteint un niveau d'intégration sociale, morale et politique qui permette d'y relever un intérêt public bien articulé, défini et organisé, à l'instar de l'œuvre des institutions centrales de la collectivité étatique. L'*utilitas publica* est un intérêt général ou supra-individuel à quelque niveau que ce soit (en tant qu'intérêt du plus grand nombre ou de l'institution en tant que telle : la famille, le clan, la confrérie, la commune, l'Etat, etc.). Elle s'oppose à l'*utilitas singulorum*, à l'intérêt individuel. L'*utilitas publica* internationale signifie aux fins du *ius cogens* l'intérêt d'une communauté de sujets internationaux plus large par rapport à une communauté de sujets plus étroite, de maintenir l'intégrité normative d'un régime juridique dont elle est dépositaire en ne permettant pas que certaines parties puissent établir à sa place des régimes juridiques particuliers valables prioritairement entre elles. Cet intérêt peut être de fait ou de droit. Il se traduit par la volonté d'accorder à un régime l'effet impératif. Trois choses peuvent immédiatement être retenues. En premier lieu, la généralité de l'intérêt en question est *relative* : il s'agit toujours du plus général par rapport au plus particulier *ratione personae*. En deuxième lieu, le devoir de ne pas déroger à un régime n'est pas présumé. Il doit être établi par une volonté législative. En troisième lieu, cet intérêt général ne représente qu'une forme, voire un fait, et non une substance particulière. Il n'est pas lié à une représentation de valeurs, à l'éthique ou encore aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale.

3. L'exemple type d'un *ius cogens d'utilitas publica* se trouve au sein des organisations internationales. Le droit posé par leurs instruments constitu-

(40) Voir *supra*, III, C. 1.c), p. 17.

tifs est un droit public par excellence. Il ne souffre pas de fragmentation en régimes particuliers. Les normes régissant les activités des organisations internationales doivent avoir une portée objective et égale pour tous les membres. Ils ne peuvent différer pour chaque membre de l'organisation, car il s'agit de compétences conférées au titre d'une finalité commune et qui ne peuvent être exercées que de manière unitaire. Dès lors, les textes régissant les activités des organisations internationales, les divers traités constitutifs ou statuts, ne contiennent pratiquement que du droit impératif. Rien ne sert de souligner les différences de ce droit impératif avec celui d'ordre public. L'effet d'indéroabilité est bien le même et il n'y a par conséquent aucune raison d'exclure l'un de ces cercles du *ius cogens*, en inventant d'autres termes pour le couvrir. Il suffit d'être conscient que le *ius cogens* a plusieurs causes et que son agencement positif peut varier selon le cercle visé, tout en maintenant son mécanisme essentiel (l'indéroabilité) qui en souligne l'unité.

C. — *L'identité profonde du ius cogens international avec le ius cogens issu de la tradition juridique générale*

Le mécanisme fondamental du *ius cogens*, celui qui protège l'intégrité normative d'un régime contre la dérogation par des actes particuliers, ressortit à l'essence du *ius cogens* selon la théorie générale du droit. La structure particulière de la société internationale imprime toutefois au *ius cogens* international certaines spécificités : (1) le *ius cogens* se situe sur le plan de la création du droit objectif (sources) et non sur le plan d'actes juridiques subjectifs ; (2) l'existence d'actes unilatéraux possédant force normative autonome a commandé d'étendre le concept de non-déroabilité à une limitation du pouvoir législatif en matière de création de normes particulières ; (3) le *ius cogens* international protège tant que régime issue d'une norme (contenu) que la norme elle-même (contenant) ; (4) la nullité, absolument indispensable au *ius cogens* interne, pourrait faire place à d'autres formes de sanction, au moins dans certains cas, en droit international ; (5) en droit interne, le *ius cogens* tend à être lié à la loi et est donc d'application générale, tandis qu'en droit international le *ius cogens* peut se placer à n'importe quel échelon normatif.

Le *ius cogens* international présente des différences et des similitudes avec le *ius cogens* interne tout comme deux choses présentent toujours des similitudes ou dissimilitudes selon le point de vue où l'on se place. Mais on peut préciser : le mécanisme fondamental est le même, les accidents et modalités différents. L'histoire du droit témoigne de l'identité du mécanisme fondamental. Deux témoignages possèdent un intérêt particulier.

1. *Le ius cogens du droit romain* (41)

Le droit romain ne connaît pas le terme de *ius cogens*. Il distingue cependant entre *ius publicum* et *ius privatum*. Le *ius publicum* est le droit de l'Etat romain; il englobe les sources de droit objectif édictées par l'Etat (42). Le *ius privatum* a trait aux rapports juridiques entre individus privés et concerne la sphère de l'autonomie privée, les actes juridiques subjectifs. La distinction entre ces deux cercles se fait de manière casuistique, en considérant les intérêts qu'une norme protège. Les intérêts peuvent être soit ceux de la collectivité (*utilitas publica*), soit ceux de l'individu (*utilitas singulorum*). Dans le premier cas, il s'agit de droit public, dans le second de droit privé. Le *ius publicum* se présente comme droit impératif au regard de l'intérêt collectif qu'il sert : *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. L'indéroabilité devient un élément de définition du droit public : si une norme est dérogeable, elle fait partie du droit privé, si elle ne l'est pas, elle fait partie du droit public. Le *ius cogens* romain ne concerne jamais l'indéroabilité de la norme objective elle-même, car au sein de l'Etat celle-ci est acquise. C'est toujours sur le régime prévu par la norme que porte l'effet impératif. Le droit romain a nettement dégagé et même formulé de manière définitive la notion de *ius cogens*. Il en a fixé avec acuité les caractéristiques : (1) le *ius cogens* repose sur l'idée d'un droit public porteur d'intérêt collectifs (*utilitas publica*); ces intérêts n'ont pas une configuration particulière et ne s'identifient pas uniquement au réduit des intérêts fondamentaux; (2) l'intérêt public commande une indéroabilité du régime de la norme. La clé de voûte du *ius cogens* réside donc dans la paire *utilitas publica*/indéroabilité.

2. *Le ius cogens du ius commune par rapport au ius proprium au moyen âge*

Au moyen âge, l'idée de la continuité de l'Empire romain en tant qu'Empire universel, idée fortement soutenue par l'Eglise, fit en sorte que le droit romain resta en vigueur. Il fut apprêté aux nouvelles exigences et, s'interpénétrant avec le droit canonique, vint à former le droit commun. C'était le seul droit de portée générale. Avec l'extraordinaire essor des activités économiques au XIII^e et XIV^e siècles naquirent une multitude de centres locaux dotés d'un pouvoir croissant. Ces communes cherchèrent à se doter d'un pouvoir législatif propre en édictant des statuts. Au début, le rapport des forces fit que ce droit statutaire particulier restait subsidiaire au droit

(41) Cf. surtout M. KASER, « *Ius publicum und ius privatum* », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. 103, 1986, pp. 1 et s., 75 et s.

(42) On a tenté de réduire le *ius publicum* à un noyau de règles fondamentales (ordre public) : cf. F. WIEACKER, dans : *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 47, 1979, p. 280. L'analogie est ici frappante avec le droit international. Cependant, l'état des sources romaines ne permet pas d'affirmer l'existence d'un tel noyau normatif détachable des autres règles de droit public.

commun. Mais peu à peu, le pouvoir effectif glissait toujours davantage vers les communes. Ainsi, dès le XIV^e siècle, la prétention de priorité du *ius proprium*, en tant que *lex specialis*, sur le droit commun, en tant que *lex generalis*, l'emporta rapidement. On réserva cependant certaines dispositions du droit commun porteuses d'une *utilitas communis*. Par exemple, un grand nombre des règles du droit canonique commun ne sont pas dérogeables par les statuts locaux; les Constitutions égidiennes de 1357 représentent presque exclusivement du droit impératif; le droit pénal commun contient des normes indérogeables; etc. (43).

Ce qui est remarquable est que l'acte dérogoire ne se présente pas ici comme acte juridique privé. C'est une législation particulière, c'est du droit objectif. Le droit du moyen âge connaît à cet égard de frappantes similitudes avec le droit international. Comme la société internationale, celle du moyen âge se présente sous le jour d'une décentralisation intense du pouvoir. Le pouvoir public n'est pas concentré en l'Etat, mais émiétté sur une série de seigneuries, de confréries, de villes, de congrégations, etc. Le droit public (ou objectif) ne se distingue pas encore nettement des droits privés subjectifs. Les individus sont encore indistinctement porteurs de droits publics et privés. Il n'y a pas une sphère étatique supérieure et une sphère de l'autonomie privée inférieure. Dès lors, comme en droit international, le *ius cogens* conflue vers les sources du système en régissant la production de normes limitées *ratione personae*. Les statuts contraires au droit commun impératif sont nuls. Le mécanisme fondamental de ce *ius cogens* moyenâgeux reste donc le même que celui dégagé par le droit romain (*utilitas publica*/indérogeabilité), tout en s'adaptant aux modalités particulières de la production normative et à la distribution du pouvoir au sein d'une société. Avec la territorialisation de la puissance publique et la centralisation législative, ce droit impératif sera résorbé par la hiérarchie générale des sources.

V. — LE STATUT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE COMME EXEMPLE DU IUS COGENS FONDÉ SUR L'UTILITAS PUBLICA

A. — Généralités

1. Le droit des organisations ou des organes internationaux est un droit public fondé sur l'existence d'un intérêt commun qui est la cause matérielle de la création de l'organisation et qui sous-tend ses textes constitutifs. L'*utilitas publica* a ici un sens infiniment plus développé que dans la société internationale générale. Elle ouvre le champ à l'opération d'un *ius cogens*

(43) Cf. les analyses de W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 79-80, 105-6, 132, etc.

s'opposant à toute bilatéralisation ou autre fragmentation du régime commun. C'est le Statut de la Cour internationale de Justice qui servira ici d'illustration.

2. Il y a deux façons de régler des litiges sur la base du droit et par l'entremise d'un tiers : le moyen arbitral, plus ancien, et le moyen juridictionnel, plus récent. L'arbitre est l'organe des parties qui l'élisent ; il statue en leur nom. Le juge est l'organe de la collectivité qui institutionnalise sa fonction au regard de la paix sociale ; il statue au nom de la collectivité. Dès lors, ce qui distingue essentiellement l'arbitrage *ad hoc* du règlement judiciaire, ce sont l'ampleur du rôle et la valeur juridique dévolues à la *volonté des parties*. Dans l'arbitrage, les parties au litige sont seules *domini negotii*. Elles contrôlent la composition de l'organe arbitral et disposent de ses pouvoirs et du déroulement du procès. En dehors du compromis des parties, l'arbitre ne peut rien faire. Sous tous ces aspects, les différences avec la justice judiciaire s'affirment. La Cour internationale est l'organe de la collectivité d'Etats membres de son Statut ; elle est de surcroît l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Sa tâche et surtout les intérêts auxquels elle a mission de veiller dépassent de plus ou moins loin les volontés ou les intérêts des seules parties à une instance. La Cour doit veiller sur son intégrité judiciaire. Son Statut est à la disposition de l'ensemble de ses parties, non à celle des plaideurs occasionnels. Ceux-ci ne peuvent pas y déroger par accord particulier. A ce propos, A. de Bustamante y Sirven écrivait dès 1925 : « [L]e juge ou le tribunal, établi d'avance, [est] soumis à des règles... antérieures et supérieurs à la volonté de chaque plaideur... Le judiciaire n'est pas la création concrète et spéciale de tous les plaideurs, mais il existe avant eux et au-dessus d'eux et s'exerce de haut en bas » (44). D'où l'indérogabilité du Statut souligné par G. Schwarzenberger : « [I]ndividual parties to cases before the Court have but a limited choice : they may take the Statute as they find it or leave it » (45).

L'objectivité du droit judiciaire s'étend d'ailleurs au mode de l'arbitrage dès que celui-ci s'institutionnalise. C'est le cas de l'arbitrage multilatéral organisé selon des procédures établies d'avance. Un exemple est fourni par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). On a souligné que les articles 37(2) et 39 de la Convention instituant le CIRDI (et réglant l'activité des tribunaux formés sous ses auspices) relèvent du droit impératif (46). Ce n'est donc pas simplement la différence arbitrage/juridiction, mais aussi, et peut-être avant tout, celle entre règlement par des instances bilatérales (*ad hoc*) ou multilatérales (*ex*

(44) A. SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *La Cour permanente de justice internationale*, Paris, 1925, p. 152.

(45) G. SCHWARZENBERGER, *International Law — As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, Londres, 1986, p. 723.

(46) G.R. DELAUME, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, vol. 109, 1982, p. 810, 819.

ante) qui est décisive. Il y a une croissance graduelle de l'intensité impérative des régimes en allant des organes bilatéraux *ad hoc* aux organes multilatéraux judiciaires. Cette évolution s'inscrit en parallèle au renforcement de l'*utilitas publica*.

3. Si le Statut de la Cour ne faisait aucune place à la volonté des parties à une instance — à l'instar du procès pénal des systèmes civilistes — les choses seraient claires. Or, il n'en est rien. Le Statut lui-même renvoie souvent à la volonté des parties, par exemple pour la composition de Chambres. Les attributions juridiques de la Cour reposent sur un fondement hybride qui les marque profondément : ici la volonté des justiciables, là les règles objectives du Statut incarnant l'intégrité judiciaire dont la Cour est seule gardienne. La volonté est maîtresse dans les premiers stades de la procédure : la saisine du juge, la définition de la tâche de la Cour, dans certaines limites l'indication du droit applicable ou la composition du corps judiciaire, dépendent de la volonté commune des parties à un litige. Le rôle de la volonté s'affaiblit plus la procédure avance. Une fois l'instance close avec un arrêt, elle se réduit à peu de chose. Cette différence a bien été perçue par la Cour quand elle dit, dans l'affaire *Nottebohm (Exception préliminaire, 1953)* : « La saisine de la Cour est (...) dominée par les déclarations émanant des parties (...). Mais la saisine de la Cour est une chose, l'administration de la justice en est une autre. Celle-ci est régie par le Statut et le Règlement que la Cour a arrêté en vertu des pouvoirs que lui a conférés l'article 30 de son Statut. Une fois la Cour régulièrement saisie, la Cour doit exercer ses pouvoirs tels qu'ils sont définis par le Statut. » (47). La raison est soulignée dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond, 1986)* : « La Cour est liée par les dispositions pertinentes de son Statut et de son Règlement (...) qui ont été élaborées en vue d'assurer une bonne administration de la justice, dans le respect de l'égalité des parties » (48).

En s'assurant de la place à donner à la liberté consensuelle et aux contraintes du Statut, la Cour doit tenir compte et peser réciproquement les deux intérêts qui se font face. D'un côté, son devoir d'exercer ses compétences autant que possible, afin de déployer autant que faire se peut l'effet pacificateur de sa mission et de contribuer au progrès de la règle de droit dans les relations internationales. La Cour exerce une fonction qui n'est pas seulement un pouvoir, mais aussi un devoir, au regard des finalités sociales poursuivies. De l'autre côté, la Cour doit tenir compte que la faculté réelle d'exercer son activité dépend pour beaucoup de la confiance qu'elle peut inspirer aux plaideurs, car elle n'a qu'une compétence consensuelle. Une forme de *judicial restraint* peut donc servir, selon les circonstances, comme

(47) CIJ, *Rec.*, 1953, p. 122.

(48) CIJ, *Rec.*, 1986, p. 59.

critère utile d'une politique judiciaire. Cependant, la préservation de l'intégrité du Statut participe elle-même de la confiance qu'auront les Etats en la Cour. De plus, trop de déférence aux vœux des parties n'est pas de mise, car elle aboutirait à éliminer les différences avec l'arbitrage. Ce ne serait pas servir les Etats, qui perdraient la possibilité d'un choix réel entre deux modes présentant des caractéristiques différentes.

4. Les actes de procédure des Etats devant la Cour sont tantôt bilatéraux ou bilatéralisables (accord, silence qualifié), tantôt unilatéraux (requêtes d'une partie). Le Statut et le Règlement se présentent explicitement comme droit impératif dans le premier cas. La Cour refuse d'obtempérer au désir des plaideurs en leur opposant l'intégrité des textes mentionnés. Dans le second cas, la Cour se bornera à contrôler si l'acte est compatible ou non avec ces textes, présentés comme droit strict. S'il ne s'agit pas d'un problème de *ius cogens*, d'utiles enseignements peuvent toutefois en être tirés dans la mesure où la Cour émet à cette occasion des considérations sur l'intégrité de sa fonction judiciaire. On se persuade alors que cette *ratio* dégagée par la Cour s'imposerait tout autant si la requête unilatérale, dont il s'agit, avait été soumise conjointement par les parties. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour refuserait d'agir dans le sens demandé parce que, comme elle l'a dit dans l'affaire de la *compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la ville libre* (1935), « la Cour ne peut statuer qu'en conformité de son Statut et de son Règlement » (49). Ou, selon les termes en l'affaire du *Cameroun septentrional* (1963) : « C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (50).

5. Le degré d'impérativité du Statut et du Règlement n'est pas identique. Le Statut représente du *ius cogens* intégral, le Règlement du *ius cogens* assoupli. Il faut souligner qu'il s'agit dans les deux cas de *ius cogens*. Le Statut s'impose également à la Cour et aux plaideurs et ne supporte ni dérogation ni même modification par eux. Le Règlement reste du *ius cogens* pour les plaideurs ; ils ne peuvent y déroger. Cependant, l'article 101 du Règlement de 1978 permet pour certaines des dispositions de ce texte que les plaideurs suggèrent à la Cour de les modifier ou de les écarter pour l'instance en cours. La Cour seule décide. Le Règlement reste donc un *ius cogens*

(49) CPJI, sér. A/B, n° 65, p. 70.

(50) CIJ, *Rec.*, 1963, p. 29. Sur l'estoppel et les exigences du Statut, voir l'argument douteux de la Cour en l'affaire du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Requête du Nicaragua à fin d'intervention)*, CIJ, *Rec.*, 1990, p. 118-9. Selon le Nicaragua, El Salvador et le Honduras auraient fait des assertions de fait et de droit valant reconnaissance d'intérêts juridiques du Nicaragua à fin d'intervention au sens de l'article 62 du Statut, et seraient désormais forclos de le contester. La Chambre ne rejette l'estoppel que pour l'espèce. Or l'estoppel ne concerne que les rapports des parties *inter se*. Il ne peut dispenser d'un contrôle objectif pour savoir si les conditions que le Statut pose aux fins de l'opération de certaines de ses normes sont réunies. La Cour doit les examiner d'office.

pour les plaideurs, car leur accord ne produit pas lui-même l'effet dérogatoire souhaité. Il peut donner lieu à une décision de la Cour qui reste toujours maîtresse des règles de procédure du Règlement émanant d'elle (sous réserve de conformité au Statut). Les travaux préparatoires des divers Règlements de la Cour dès 1922 éclairent cet aspect. La différence entre le *ius cogens* intégral et celui assoupli ne réside donc pas dans l'impérativité pour les plaideurs, mais sur la faculté de suggérer à la Cour la modification d'une disposition réglementaire, la Cour seule décidant. Il ne s'agit jamais de dérogation, mais de possibilité assouplie de provoquer la *modification* d'une norme. Rappelons enfin que certaines dispositions du Règlement renvoient directement à l'accord entre les parties. Cet accord aura valeur constitutive sur le point réglé par lui. Il s'agit de *ius dispositivum*. C'est le cas par exemple de l'article 46 du Règlement ayant trait au nombre et à l'ordre des pièces écrites.

6. Nombre de règles du Statut sont impératives. Ainsi, le premier chapitre, intitulé « Organisation de la Cour » ne contient que des normes impératives. En serrant les choses de plus près, on peut constituer quelques catégories plus capillaires.

a) *Cas de ius cogens strict*. L'article 25 du Statut représente un cas de *ius cogens* strict. Il est libellé comme suit : « Sauf exception expressément prévue par le Statut, la Cour exerce ses attributions en séance plénière ». Ici les exceptions sont déterminées avec précision. Il s'agit notamment des Chambres.

b) *Cas de ius cogens assoupli*. L'article 22 du Statut fixe le siège de la Cour à la Haye, mais lui réserve la faculté de « siéger et d'exercer ses fonctions ailleurs lorsqu'elle le juge désirable ». Les parties peuvent indiquer des raisons qui militent pour un déplacement ; la Cour seule décide. Si l'article 22 laisse une marge de discrétion à la Cour, il est évident que le désir de prestige de deux plaideurs ne peut pas l'obliger à siéger dans un palais construit pour elle sur leur frontière commune.

c) *Cas de ius dispositivum relatif*. L'article 39 du Statut en fournit un exemple. Il appelle le concours de la volonté des parties aux fins de son application. Il a trait au choix de la langue de la procédure. Les langues officielles de la Cour sont l'anglais et le français. Le jugement pourra être rédigé dans l'une ou l'autre de ces langues, selon l'accord des parties (avant d'être traduit dans l'autre langue officielle). Mais le pouvoir de disposition des parties est limité à ces deux langues.

d) *Cas de ius dispositivum intégral*. Les articles 42(2) ou 46 sont des exemples. Les parties peuvent se faire représenter par des conseils ou avocats (article 42(2)). L'audience ne sera pas publique si les parties le demandent (article 46). Le choix est ici laissé aux plaideurs. L'intégralité de l'aspect dispositif ne porte évidemment pas sur la possibilité de dérogation de

la disposition du Statut elle-même, mais sur le caractère libéral du régime normatif établi par celle-ci.

B. — *Le ius cogens relatif*
à la recevabilité générale des requêtes

Un grand nombre de limites impératives du Statut reflétées par la pratique se situent dans le contexte de ce qu'un auteur important a qualifié la « recevabilité générale » d'une requête adressée à la Cour (51). Il y a d'un côté des moyens de recevabilité spéciale. C'est une série de raisons précises qui empêchent la Cour régulièrement saisie de procéder à l'examen du fond d'une requête. Il s'agit par exemple de l'absence de différend réel, d'intérêt pour agir ou d'épuisement de recours internes dans la protection diplomatique. A côté de cette catégorie de moyens circonscrits vient se placer la recevabilité générale. Ces raisons d'irrecevabilité ne sont pas susceptibles de recevoir le même degré d'élaboration concrète parce qu'elles se proposent de servir une finalité générale. C'est finalité générale n'est autre que la protection de l'intégrité du juge et de la fonction judiciaire. L'irrecevabilité vise ici à écarter les requêtes incompatibles avec les pouvoirs tracés à la Cour par le Statut et le Règlement, ainsi que, subsidiairement, toute requête incompatible avec la notion même de fonction judiciaire. La Cour a marqué ces limites à la recevabilité des requêtes dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (1963) : « [M]ême si, une fois saisie, elle estime avoir compétence, la Cour n'est pas toujours contrainte d'exercer cette compétence. Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour » (52). On comprend dès lors que la recevabilité générale représente un corps de normes limitatrices ayant caractère de *ius cogens*. Quelles sont ces normes ?

(51) Cf. G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, p. 97 : « La Cour peut parfois conclure à l'irrecevabilité de la demande en invoquant des considérations générales, allant au-delà des conditions spécifiques de recevabilité matérielle, en se fondant uniquement sur l'incompatibilité de la demande avec sa fonction judiciaire. Il s'agit là d'une recevabilité générale qui, dans le cadre de la recevabilité matérielle, va au-delà des conditions spécifiques et représente un résidu de pouvoir discrétionnaire pour la Cour dans ce domaine, pouvoir qu'elle détient et exerce en vue de sauvegarder l'indépendance et l'intégrité de sa fonction judiciaire ».

(52) CIJ, *Rec.*, 1963, p. 29.

1. *La Cour ne peut connaître d'un différend sur la base de considérations ou de finalités exclusivement politiques, d'opportunité ou autrement extra-juridiques*

a) Il n'y a guère de différend international qui n'ait des connotations politiques, puisque le droit international régit les relations politiques entre Etats (53). Dès lors, le contexte ou les incidences politiques d'une instance n'empêchent pas la Cour de statuer. Cependant, en cas de différends non réductibles à des obligations juridiques internationales, la Cour a décliné d'en connaître. Ainsi, en l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest Africain* (1950), la Cour a refusé d'enjoindre à l'Union Sud-Africaine de négocier et de conclure un accord de tutelle (54). L'activité législative ne se prête pas non plus à l'appréciation de la Cour, pour autant qu'elle n'a pas fait l'objet de réglementation internationale. L'opportunité d'édicter un décret-loi autorisant la prolongation d'une concession de phares ne revient qu'au gouvernement concerné (55). Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur le moyen d'opérer le *peaceful change* (56) ou sur la manière de mettre un terme à l'asile politique dans une ambassade (57). En l'affaire des *Zones franches* (1932), la Cour a décliné d'entreprendre un règlement d'intérêts que lui demandaient conjointement les parties, en établissant un régime douanier et économique pour les zones en question (58). Le règlement de ces matières n'est pas une question de droit, mais une question d'ajustement d'intérêts économiques. Parfois, la Cour a pu séparer par voie d'interprétation les aspects non-juridiques d'une question des aspects juridiques, en se bornant à répondre aux derniers (59). La Cour refusera aussi de répondre si la finalité d'une requête est uniquement politique ou si le jugement ne peut donner lieu qu'à des effets politiques.

Le critère qui se dégage de la jurisprudence de la Cour est le suivant : la Cour exercera sa fonction judiciaire si l'aspect politique se greffe sur une question de droit et se trouve par conséquent fondu dans l'aspect juridique pour ce qui est du débat judiciaire. La Cour ne pourra en revanche pas exercer sa fonction si l'aspect politique ou d'opportunité est seul soumis à

(53) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv. X, chap. I : « [L]e droit des gens... est la loi politique des nations, considérées dans le rapport qu'elles ont les unes avec les autres ».

(54) CIJ, *Rec.*, 1950, p. 140 : « Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur les devoirs politiques ou moraux que ces considérations [sur la conclusion d'accords de tutelle] peuvent entraîner ».

(55) Affaire *franco-hellénique des phares* (1934), CPJI, sér. A/B, n° 62, p. 22.

(56) Affaire relative à l'interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (Deuxième phase), CIJ, *Rec.*, 1950, p. 229. Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc, CIJ, *Rec.*, 1952, p. 196.

(57) Affaire *Haya de la Torre*, CIJ, *Rec.*, 1951, p. 79 : « Un choix... ne pourrait être fondé sur des considérations juridiques, mais seulement sur des considérations de nature politique ou d'opportunité politique; il ne rentre pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer ce choix ».

(58) CPJI, sér. A/B, n° 46, p. 161-2.

(59) Affaire de la compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron (1926), CPJI, sér. B., n° 13, p. 23.

son attention ou s'il éclipse de vagues bases juridiques au point d'en effacer toute portée réelle. Le critère essentiel est donc celui du dédoublement : une combinaison d'aspects politiques et juridiques permet à la Cour de se saisir des derniers, tandis que l'absence de tels aspects juridiques doit aboutir à l'irrecevabilité de la requête.

b) La Cour ne peut pas connaître d'un différend sur la base d'autres considérations extra-juridiques, par exemple, en se fondant sur des considérations d'ordre moral (60) ou en s'engageant ouvertement dans un processus de législation (61).

2. La détermination de la tâche de la Cour et du droit applicable par les parties

a) Dans l'arbitrage, les parties peuvent librement circonscrire la tâche du tribunal et fixer les règles de droit applicables. L'affaire de l'*Alabama* (1872) avec les fameuses trois règles de Washington en témoigne. Qu'en est-il à la Cour ? Les parties peuvent-elles exclure certaines sources énumérées à l'article 38 du Statut, établir des priorités d'application, librement introduire de nouvelles sources ? Peuvent-elles introduire des sources non-intéressantes (par exemple, la *lex mercatoria*), un droit interne ou un droit librement confectionné par accord ? Peuvent-elles arrêter des règles ponctuelles (par exemple, une prescription acquisitive de 50 ans) qui s'imposeront au juge ? Jusqu'où peuvent-elles par la détermination de la tâche de la Cour limiter son rayon d'action ?

Dans la doctrine, des conceptions libérales prévalent. L'article 38 est considéré comme *ius dispositivum*, le choix du droit revenant très largement aux parties. Les arguments avancés sont les suivants. L'article 38 renvoie lui-même, à son paragraphe 1, aux accords (spéciaux) entre les Etats ; le choix du droit s'opère par un tel accord, qui s'impose dès lors à la Cour. De plus, s'il est possible de choisir l'équité selon le paragraphe 2 de l'article 38, il est difficile de voir pourquoi d'autres sources juridiques ne pourraient pas être retenues. Enfin, du point de vue pragmatique, une attitude souple favoriserait la soumission de litiges au juge international. En fait, la Cour suivrait une pratique très souple à cet égard.

Aucun de ces arguments n'est décisif. Quant au premier, il est insuffisant de dire qu'un compromis spécial est un accord au sens de l'article 38(1) (a) pour le rendre *eo ipso* compatible avec le Statut. Si cela était suffisant, chaque accord devrait primer toute disposition du Statut. Or, la question est précisément de savoir où sont les limites de la liberté des plaideurs à ce propos. Quant au second, la fonction équitable de la Cour est nettement confi-

(60) Affaires du *Sud-Ouest Africain (Deuxième phase)*, CIJ, *Rec.*, 1966, p. 34, para. 49.

(61) *Ibid.*, p. 36, para. 57. Affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, CIJ, *Rec.*, 1974, pp. 23 et 192.

gurée comme fonction extraordinaire à partir de laquelle des arguments pour la fonction ordinaire ne sauraient être tirés. Sinon la fonction judiciaire de la Cour serait écartée au bénéfice de considérations d'équité. Quant à l'argument pragmatique, il ne saurait servir pour abolir les différences qui séparent le judiciaire de l'arbitral. Cette abolition n'enrichirait pas le droit international. Les parties qui souhaitent plus de flexibilité n'ont qu'à choisir l'arbitrage. En s'assurant du prestige de la Cour et du statut particulier de ses arrêts (article 94 de la Charte), il est normal qu'elles assument en contrepartie un minimum d'obligations ou de contraintes.

b) La pratique de la Cour peut être classée en trois catégories.

En premier lieu il y a la *détermination de la tâche de la Cour*. Ni le droit, ni les sources ne sont ici modifiées. Les parties prennent simplement soin de préciser les modalités de leur application pour le litige soumis au juge. Il s'agit de la définition du différend et de la formulation du *petitum*. La corrélation entre la détermination de la tâche du juge et le droit applicable est particulièrement visible dans les litiges de délimitation terrestre ou maritime. Les zones de délimitation sont précisément définies, certains espaces en sont exceptés (par exemple des îles), les méthodes à utiliser décrites. Ainsi, dans l'affaire de la *délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (1984), les parties ont demandé à la Chambre de la Cour de tracer une ligne de délimitation unique pour le plateau continental et les zones de pêche, alors que les règles de délimitation n'étaient pas dans les deux cas nécessairement identiques. De plus, les parties ont défini par une série de critères extrêmement exactes l'aire dans laquelle la Chambre aurait à tracer les limites, notamment le point d'arrivée de celle-ci (62). Cette définition de sa tâche a tellement restreint la marge d'action de la Chambre que la question de sa compatibilité avec le Statut a été posée (63). Dans ce cadre, et quelles que soient les restrictions imposées à la Cour, il s'agit de préciser la manière d'appliquer le droit aux espèces en égard à la définition du différend entre les parties.

En second lieu, il peut s'agir de *précisions limitées à propos d'une norme applicable*. A cause des nombreuses lacunes et règles vagues du droit international, les parties peuvent avoir un intérêt certain à préciser les conditions d'application d'une norme ou à constituer par accord une norme spéciale. Ainsi, il est possible d'arrêter aux fins d'une espèce la règle d'une prescription acquisitive de 50 ans ou la règle d'un *uti possidetis* d'une date particulière. D'autres fois, les parties peuvent renoncer à l'application de règles dispositives, par exemple de l'épuisement préalable de recours internes.

(62) CIJ, *Rec.*, 1984, p. 263-4. Cf. aussi l'affaire du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras) (fond)*, CIJ, *Rec.*, 1992, p. 357.

(63) Op. diss. Gros, CIJ, *Rec.*, 1984, p. 363-4.

En troisième lieu, il peut s'agir d'une *modification des sources applicables*. Ici, les parties cherchent à modifier l'ordre des sources ou à en introduire des nouvelles. Ainsi, dans l'affaire du *plateau continental (Tunisie/Libye)* (1982), les parties voulaient que la Cour se réfère aux nouvelles tendances du droit de la mer telles qu'elles émergeaient de la Conférence des Nations Unies alors en cours. Par voie d'interprétation, la Cour a réduit cet élément à une circonstance pertinente à prendre en compte (64). Le cas du choix du droit interne comme source applicable fera l'objet de développements sous peu (lettre d).

c) Plus on descend d'aspects liés à la tâche de la Cour vers ceux concernant les sources applicables, plus le choix des parties est incisif sur le plan du droit et appelle des limitations par du droit impératif. Il semble que la liberté des parties soit limitée notamment sous trois chefs.

(1) *Situations affectant les tiers*. Les plaideurs peuvent déterminer la tâche de la Cour et choisir les normes applicables comme *lex specialis* pour autant qu'il s'agit de situations affectant leurs seuls intérêts juridiques (par exemple, une délimitation *inter se*). Dans la mesure au contraire où des intérêts de tiers sont affectés et à plus forte raison dans le cadre de situations *erga omnes*, l'accord spécial ne peut pas s'imposer à la Cour.

(2) *Exigences du droit applicable*. Si le droit matériel applicable renvoie lui-même à l'accord entre les parties ou présente d'autres souplesses afin d'accommoder leurs désirs (par exemple, le droit de la délimitation maritime), cet état des choses conduit à une liberté parallèle des plaideurs dans leur choix du droit devant la Cour. Au contraire, si le droit matériel est strict, notamment s'il s'agit du *ius cogens* d'ordre public, la liberté des parties devant la Cour est d'autant limitée. Ainsi deux États ne pourraient pas demander à la Cour de leur reconnaître des droits souverains sur une partie de la haute mer, même *inter se*.

(3) *Exigences de la fonction judiciaire*. C'est une clause générale : le compromis doit être compatible avec la fonction judiciaire de la Cour.

d) Le *droit interne* peut être retenu par la Cour de manière incidente, dans la mesure où il est nécessaire pour mettre en œuvre une norme internationale. Mais il se pose la question de savoir si les parties à l'instance peuvent prescrire à la Cour qu'un litige soit tranché d'après le droit interne. La Cour s'est montrée très libérale à ce propos. Elle n'a pas insisté sur le caractère international de sa fonction judiciaire. Elle a accepté de trancher des différends internes (internationalisés par la réclamation diplomatique d'un État) sur la base du droit interne si telle était la teneur du compromis des parties. On peut se référer aux affaires des *Emprunts serbes et brésiliens* (1929) (65). La compétence *ratione materiae* de la Cour, reposant sur un

(64) CIJ, *Rec.*, 1982, p. 37-8.

(65) CPJI, sér. A, n° 20, pp. 17-20; CPJI, sér. A, n° 21, pp. 94 et s.

litige international, a été dissoute dans sa compétence *ratione personae*, tranchant des litiges entre Etats. L'article 38 du Statut est ainsi subordonné aux articles 34 et 36, à la compétence personnelle et aux règles relatives à l'attribution de compétences. Voici le raisonnement : du moment que des Etats se décident à lui soumettre un litige *quelconque* (peu importe son objet), celui-ci possède *eo ipso* la qualité d'un différend international parce qu'il émane des sujets du droit international par excellence. L'objet international du litige découle exclusivement de la personnalité internationale du sujet qui le soumet à la Cour. En d'autres termes, il est suffisant que des Etats se présentent devant la Cour. Il n'y a aucune autre limite *ratione materiae* quant à la qualité du différend ou du droit applicable. Dès lors, l'article 38 n'a aucun contenu impératif.

Cette jurisprudence excessive a été à juste titre attaquée par la doctrine. La fonction de la Cour est internationale. Il en découle qu'elle ne peut *prima manu* appliquer que le droit international. La fonction internationale de la Cour lui trace bien des limites *rationae materiae* qui sont autonomes de la personnalité des justiciables. Ces limites constituent du droit impératif. L'article 36 (ou 34) ne l'emporte pas totalement sur l'article 38, car l'un et l'autre ont leur sphère d'application respective. L'article 36 ne peut pas fournir la base d'un choix de droit incompatible avec la teneur essentielle de l'article 38, car ce dernier est seul *sedes materiae* du droit applicable. L'article 38 limite l'article 36, et sa limitation aux règles internationales relève du *ius cogens*. Un tel équilibre entre les articles 36 et 38 se recommande davantage que le privilège excessif accordé par la Cour à l'article 36 et donc au libre arbitre des plaideurs. L'article 36 est porteur de liberté subjective, l'article 38 de limites fonctionnelles ; c'est la Cour qui est gardienne de ces dernières.

e) Les parties peuvent rendre applicables avec plus de facilité d'autres sources qui, si elles ne sont pas interétatiques, sont pour le moins internationales. C'est le cas de sources proches du *ius gentium* : la *lex mercatoria*, le droit transnational, le droit administratif international, etc. Comme ces sources intéressent le plus souvent des individus, elles ne seront pas souvent applicables. En effet, l'article 34 du Statut limite l'accès de la Cour aux Etats (et il s'agit d'une limite *iuris cogentis*).

3. *Le compromis des parties ne peut pas être contraire à une disposition spécifique du Statut*

L'affaire des *Zones franches* (ordonnance, 1929) fournit un exemple d'un compromis contenant une disposition contraire au Statut. Les parties avaient demandé conjointement que la Cour leur indique, à titre officieux, les résultats du délibéré avant que la décision ne fût arrêtée. Or, aux termes de l'article 54(3) du Statut, les délibérations de la Cour sont secrètes. Dès lors, la Cour refuse d'accéder à la requête des parties : « [L]es termes et l'es-

prit de son Statut, tels qu'ils apparaissent notamment dans ses articles 54, alinéa 3 et 58, ne permettent pas à la Cour de communiquer 'à titre officieux' aux représentants de deux Parties en case 'le résultat du délibéré' sur une question à elle soumise pour décision; (...) contrairement à ce qui est permis pour le Règlement (article 32 [désormais 101]), il ne lui appartient pas, sur la proposition des Parties, de déroger aux dispositions du Statut... » (66). Il est difficile d'exprimer en termes plus clairs le caractère impératif du Statut.

4. *Les Etats ne sont pas autorisés à demander un avis consultatif à la Cour*

a) Les articles 96 de la Charte et 65-8 du Statut limitent la faculté de demander des avis consultatifs à certains organes des Nations Unies ou à des organisations internationales affiliées aux Nations Unies. Il s'agit d'une limite impérative. D'autres entités, notamment les Etats, ne peuvent pas demander un avis consultatif. La proposition contraire avait été faite lors des travaux préparatoires, mais elle fut nettement rejetée. Les raisons qui justifient ce choix sont très diverses. L'ouverture de la fonction consultative aux Etats bouleverserait profondément le fonctionnement de la Cour. Les Etats pourraient s'assurer un prononcé de la Cour sans porter le devoir de l'exécuter. Le prestige de la Cour serait mis en danger. La Cour deviendrait un conseil juridique des Etats, sa fonction contentieuse pâtirait sous la charge de travaux consultatifs. La Cour pourrait être consultée pour connaître de manière anticipée l'éventuelle teneur d'une décision contentieuse future. En fonction de quoi, on pourrait décider ou non de s'y soumettre : dites-moi si je gagne, et je vous dis si je joue. Il se créerait de surcroît une espèce de *res iudicata de facto* aux effets redoutables. Aucune juridiction n'aime à limiter sa marge d'action par des prises de positions dans l'abstrait. L'aspect consensuel de la compétence de la Cour pourrait être tourné si la demande unilatérale d'avis est admise. L'égalité des parties serait menacée, d'autant plus que l'Etat requérant serait seul maître de la teneur et formulation de la question. Il faudrait alors prévoir des procédures d'intervention et des demandes d'avis reconventionnelles. Des difficultés procédurales s'ensuivraient. Enfin, la procédure consultative n'a pas pour les Etats l'importance qu'elle peut avoir pour les organisations internationales. Ces dernières ne peuvent agir que sur la base de leurs textes constitutifs et dès lors il est vital pour elles de savoir quelle est l'interprétation correcte de ces textes.

b) La Cour a toujours considéré cette limite comme relevant du droit impératif. Elle a refusé de répondre à une requête qui semblait relever

d'une simple demande d'avis, tant quand elle était unilatérale (67) que quand elle relevait d'une pétition conjointe (68). L'accord des parties ne peut pas prévaloir sur le Statut. Il faut toutefois distinguer une demande d'avis d'une requête d'arrêt déclaratoire. Ce dernier fixe le statut juridique d'une situation, tout en laissant les conséquences pratiques à en tirer aux parties. L'arrêt est exécutoire en cela que la détermination de ce statut juridique ne peut plus être remise en cause.

5. *L'existence objective d'un différend juridique*

a) Suivant la définition classique de l'affaire *Mavrommatis* (1924), un différend est « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » (69). Ce différend demande à être constaté objectivement et d'office par la Cour. Les affirmations subjectives des parties ne sont pas décisives, tant quand elles affirment que quand elles nient l'existence d'un différend. Dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974), la Cour a modifié les formes du différend en se prévalant de son pouvoir inhérent, issu de sa fonction judiciaire, de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande (70). La configuration du différend rentre ainsi dans le cercle de la recevabilité générale et se soustrait à la volonté des plaideurs.

b) Il en va de même de la réalité du différend. La Cour ne saurait trancher des litiges non susceptibles d'avoir des effets pratiques sur les droits ou obligations des parties (*moot questions*), même si les parties le désirent. Elle protège ici son caractère judiciaire. C'est l'affaire du *Cameroun septentrional* (1963) qui illustre ce qui vient d'être dit (71).

c) Dans les deux cas, la Cour s'est efforcée de creuser l'écart entre elle-même, porteuse d'intégrité judiciaire, et les plaideurs, soumis au Statut. C'est la base même du *ius cogens* en la matière. On sent, quand il s'agit de la définition du différend, affleurer une *imperatoria maiestas*.

6. *L'affectation d'intérêts de tiers comme raison de ne pas exercer la compétence judiciaire*

Une fois la compétence de la Cour établie, les parties à l'instance ne peuvent pas, même par commune volonté, forcer la Cour à exercer cette com-

(67) Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (1925), CPJI, sér. A, n° 6, p. 21.

(68) Affaire relative à l'interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927 (accord *Caphandaris-Molloff*) (1932), CPJI, sér. A/B, n° 45, p. 87.

(69) CPJI, sér. A, n° 2, p. 11.

(70) CIJ, *Rec.*, 1974, p. 260.

(71) CIJ, *Rec.*, 1963, pp. 29-31, 31-4.

pétence. Il y a des limites qui ressortissent à sa fonction judiciaire et au principe consensuel qui régit son activité. Ainsi, la Cour ne pourra pas exercer une compétence régulièrement conférée, si l'objet du litige concerne les droits ou devoirs d'un Etat tiers et que ce dernier n'a pas consenti à ce que la Cour se saisisse du litige. C'est ce qui ressort de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Question préliminaire)* (1954) (72). Cette limitation dépasse les intérêts des plaideurs ; elle touche aux intérêts des tiers et aux principes constitutionnels du fonctionnement de la Cour. Dès lors, les plaideurs ne peuvent en disposer. Il s'agit de droit impératif pour eux. Si l'arrêt de la Cour ne suppose pas une détermination préalable des droits ou des obligations du tiers, mais n'a qu'un effet indirect sur le tiers, par exemple à cause d'une solidarité d'intérêts, la compétence de la Cour n'est pas mise en cause (73). Ici, un rapport horizontal se substitue à un rapport vertical : si dans l'arrêt de l'*Or monétaire* la position du tiers doit être jugée *a priori pour que* l'on puisse venir à la question en litige, ici la position du tiers se trouve affectée *parce que* la Cour a traité de la question en litige.

7. *Une interprétation de certains textes fixée d'avance peut être incompatible avec la fonction judiciaire de la Cour*

Dans l'affaire des *Zones franches (ordonnance, 1929)*, les parties avaient demandé à la Cour de dire si le Traité de Versailles a abrogé ou a eu pour but d'abroger les zones franches. La Cour a refusé de se laisser enfermer dans cette interprétation prédéterminée, car le Traité pouvait avoir ni l'un, ni l'autre effet : « [I]l ne saurait, dans la règle, être imposé à la Cour de choisir entre des interprétations déterminées d'avance et dont il se pourrait qu'aucune ne correspondît à l'opinion qu'elle se serait formée ... » (74). La Cour laisse une certaine flexibilité (« dans la règle ... »), car il est constant que les parties peuvent circonscrire la tâche de la Cour et influencer sur le droit applicable. Ici, la restriction paraissait excessive, d'autant plus que le Traité de Versailles ne relevait pas exclusivement des rapports *inter partes*. Les limitations seront excessives à chaque fois que la Cour ne pourra plus arriver à une appréciation suffisante d'une situation à elle soumise, situation qui s'en trouve faussée, ou si les interprétations prédéterminées ne permettent pas une application raisonnable du droit, qui à force de devenir partiel devient partial. Dans tous ces cas, les limites découlent de l'intégrité judiciaire de la Cour.

(72) CIJ, *Rec.*, 1954, p. 32.

(73) Affaire relative à certaines terres à phosphates à Nauru (*Nauru c. Australie*) (*Exceptions préliminaires*), CIJ, *Rec.*, 1992, p. 261, para. 55.

(74) CPJL, sér. A, n° 22, p. 15.

8. *La latitude des parties au regard de l'obligation d'exécuter l'arrêt de la Cour*

a) Les parties peuvent-elles demander à la Cour un arrêt dont la validité ou la force exécutoire seraient d'une manière ou d'une autre subordonnées à leur acceptation ultérieure ? Les parties peuvent-elles renégocier certains aspects du litige après l'arrêt de la Cour en s'écartant du dispositif de celui-ci ? En principe, la décision de la Cour est contraignante et doit être exécutée par les parties de bonne foi. La force de la chose jugée se présente sous deux aspects : (1) la sentence fait droit entre les parties et doit être exécutée (chose jugée au sens substantiel) (2) la sentence est immuable, aucune juridiction ne pouvant revenir sur une décision définitive (chose jugée au sens formel). Le degré d'impérativité de ces deux aspects est différent. L'immutabilité de l'arrêt selon l'article 60 du Statut ne connaît que les exceptions prévues dans le Statut, c'est-à-dire le recours en interprétation ou en révision. Pour le reste, elle représente du *ius cogens*. La situation est plus nuancée pour ce qui est de la chose jugée au sens substantiel. D'abord, la Cour n'indique pas les modalités selon lesquelles un arrêt doit être exécuté. Sur celles-ci, les parties peuvent et doivent s'accorder. Ils fixeront la manière précise de liquider leur litige dans le respect et l'arrêt rendu — soit conjointement, soit unilatéralement par le débiteur de l'obligation. Cependant, selon un principe général du droit, le créancier des obligations reconnues par un arrêt rendu en son seul intérêt peut toujours renoncer à demander l'exécution d'un arrêt. Ce qu'il peut faire tout seul, il peut aussi le faire par accord avec l'autre partie. Ainsi, une nouvelle négociation apte à tenir compte de facteurs extra-juridiques et à chercher un meilleur compromis n'est pas interdite une fois l'arrêt rendu. Il serait étrange que les parties perdent le droit de s'accorder directement du fait d'avoir à un moment cherché l'appui du juge pour définir leurs droits. Le règlement judiciaire international constitue dans ce sens aussi un succédané au règlement direct et amiable des litiges entre les Etats concernés. L'accord des parties peut intervenir avant que l'arrêt ne soit rendu : c'est un jugement d'accord que selon l'article 88 (2) du Règlement la Cour peut entériner en lui donnant expression dans une ordonnance. Est-ce à dire que la chose jugée matérielle ne relève en rien du droit impératif ? Il ne semble pas.

b) Ce que les parties peuvent toujours, c'est de renégocier *ex post* sur le fond leur différend en s'accordant sur des nouvelles transactions *praeter sententiae*. Ce qu'elles ne peuvent pas — et cela relève du *ius cogens* — c'est de subordonner la validité de l'arrêt à leur consentement, ou d'en modifier les constats de droit ou le dispositif. Elles ne peuvent pas non plus déclarer *ex ante* leur intention de ne pas exécuter l'arrêt ou de l'exécuter seulement éventuellement, par exemple en prévoyant déjà la renégociation. Deux affaires illustrent ces deux branches. Dans l'affaire des *Zones franches* (1929-1932), le compromis stipulait que si l'arrêt devait prévoir l'importa-

tion de marchandises en franchise ou à droits réduits à travers la douane, cet aspect du dispositif serait sujet à l'assentiment des deux parties. La Cour a estimé qu'une telle condition est contraire au Statut (75). Il ne s'agissait pas ici simplement de renégociation : c'est en amont, pour conférer force obligatoire à l'arrêt lui-même, que l'accord postérieur venait se placer. Dans ces circonstances, la Cour refusera de rendre l'arrêt. La question s'est reposée dans l'affaire du *plateau continental (Tunisie|Libye)* (1982). La Libye interpréta le compromis de manière à ce que la tâche de la Cour ne serait que de donner des directives sur lesquelles les parties renégocieraient en gardant une marge d'action presque complète. Par une interprétation *in favorem validitatis*, la Cour ramène l'opinion libyenne à des proportions compatibles avec le Statut (76). Le juge Gros a exprimé beaucoup plus de doutes parce qu'il s'est tenu littéralement aux déclarations orales de la Libye (77). Contrairement à l'affaire des *Zones franches* précitée, les parties ne subordonnaient pas la validité de l'arrêt à leur accord. Une partie faisait connaître *ex ante* sa position selon laquelle l'arrêt servirait de base à un processus de négociation et ne serait pas immédiatement exécutoire. Or, les parties ne peuvent pas revenir sur les constats de droit de la Cour. L'arrêt en tant qu'acte juridictionnel doit être distingué du fond du litige sur lequel il porte. Si la Cour est avertie *ex ante* que les parties entendent remettre en cause le caractère exécutoire de l'arrêt par des négociations sur l'objet même des droits et obligations y reconnus, elle doit refuser de statuer. Peu importe que les parties pourraient *ex post* renoncer à exécuter l'arrêt. Si cette intention est connue *ex ante*, la Cour doit refuser de répondre (78) parce qu'ici son intégrité judiciaire est en jeu, et qu'en répondant, elle livrerait aux États un avis consultatif contrairement au droit du Statut. Les parties peuvent se réserver un maximum de latitude en priant la Cour de rendre un jugement déclaratoire. Mais ici encore, elles ne peuvent pas *ex ante* déclarer ne pas vouloir nécessairement s'en tenir aux constats juridiques que la Cour aura opérés. Si tel est leur souhait, elles peuvent choisir un amiable compositeur revêtu de pouvoirs spéciaux, soit un arbitre.

c) On peut résumer comme suit : (1) une règle de droit impératif interdit aux parties de subordonner la validité de l'arrêt à leur consentement ou de modifier *ex post* les constats de droit de l'arrêt; (2) la Cour ne peut pas rendre un arrêt si les parties déclarent *ex ante* leur intention de ne pas l'exécuter intégralement ou si cette intention est autrement établie; (3) les parties au litige ne perdent pas le droit de renégocier sur le fond du diffé-

(75) CPJI, sér. A/B, n° 46, p. 161 : « [I] serait incompatible avec son Statut et avec sa position en tant que Cour de justice de rendre un arrêt dont la validité serait subordonnée à l'approbation ultérieure des Parties ». Voir aussi CPJI, sér. A, n° 24, p. 14.

(76) CIJ, *Rec.*, 1982, p. 40.

(77) Op. diss. Gros, *ibid.*, pp. 143-46.

(78) *Ibid.* p. 145.

rend — pas sur l'arrêt — en s'accordant *ex post* sur des nouvelles transactions.

C. — *Le ius cogens en dehors
de la recevabilité générale des requêtes*

1. *Le ius cogens et la compétence de la Cour*

Il y a deux normes impératives dans le contexte de la compétence.

a) C'est le cas, en premier lieu, de la compétence de la compétence, signifiant que s'il y a litige sur le point de la compétence d'un tribunal celui-ci décide. Il faut faire attention de distinguer ici un aspect dispositif d'un aspect impératif. Les parties ne peuvent pas écarter le principe ou se réserver unilatéralement le bénéfice de trancher sur la compétence. Cela équivaldrait à leur non-soumission au juge, à la faculté de bloquer unilatéralement l'instance. A côté de cet aspect impératif, il y a celui dispositif : la compétence de la compétence doit revenir à un tiers, mais peu importe lequel. Un tribunal ne doit pas être maître de sa propre compétence. Cette question peut par exemple être renvoyée à une autre juridiction. Ainsi, la compétence d'un corps arbitral pourrait être tranchée par la Cour. Il est toutefois douteux que la compétence de la compétence de la Cour puisse être renvoyée à un autre organe. L'article 36(6) du Statut représente du *ius cogens*.

b) La Cour n'est ouverte qu'aux seuls Etats. L'article 34 du Statut, ayant trait à la compétence personnelle, constitue du droit impératif. Cela ressort clairement des travaux préparatoires. Cette limite est tellement acceptée que la Cour, tout en soulignant à plusieurs reprises son importance, n'a jamais eu à l'appliquer au contentieux. C'est pourquoi il a fallu imaginer une procédure aventureuse pour permettre le recours des fonctionnaires internationaux devant la Cour (à travers un organe demandant un avis), ou créer dans la Convention de Montego Bay un Tribunal spécial qui puisse donner l'accès aux entités non-étatiques auxquelles la Convention reconnaît des droits. De même, dans les nombreux cas où des individus adressent à la Cour une requête contre un gouvernement, le Greffier se borne à leur opposer une fin de non-recevoir fondée sur l'article 34. Il n'a pas cherché à connaître la position de l'Etat intimé pour savoir s'il se soumettait de fait à la Cour (*forum prorogatum*). Tout cela témoigne du fait que l'article 34 est considéré exprimer du droit impératif.

2. *La composition personnelle des Chambres de la Cour*

a) Selon le Règlement de 1978, à son article 17(2), le Président s'informe sur les souhaits des parties quant à la *composition* de la Chambre qu'elles

veulent former. L'article 26(2) du Statut ne parle de la consultation des parties que quant au *nombre* des juges appelés à y siéger. Une vive controverse s'est allumée autour de cette question. La doctrine dominante et la Cour elle-même résolvent le problème comme suit : les parties peuvent proposer une composition, la Cour seule décide. Elle ne s'écartera des vœux des parties que si des raisons propres à son intégrité judiciaire l'exigent. Il n'est aucune raison de refuser d'écouter ce que souhaitent les parties à ce propos, tant que ces souhaits ne font qu'informer la Cour sans la lier. Une minorité, dont notamment le juge Shahabuddeen (79), s'est violemment opposée à cette manière de voir. Il a été dit que le Statut ne permet aucune influence des parties sur la composition personnelle des Chambres. Une telle interférence nuit à l'intégrité de la Cour, car elle aboutit de fait à la contraindre. Les Chambres tendent alors à être composées sous l'angle de considérations régionalistes et politiques, tout en mettant en jeu l'autorité de la Cour dont elles restent l'organe. Le *ius cogens* dont serait porteur l'article 26 du Statut est donc configuré diversement par la majorité et par la minorité : impossibilité d'imposer un choix à la Cour par l'exercice d'une volonté conjointe d'un côté, impossibilité déjà d'exprimer un souhait à cet égard de l'autre.

b) Il semblerait que la solution plus flexible de la majorité se recommande davantage : l'intégrité de la Cour est suffisamment protégée si elle préserve sa liberté entière de décider. Elle pourra — et devra — alors s'opposer à toute requête incompatible avec la fonction judiciaire. Il est déjà arrivé que les parties aient cherché à exercer une influence excessive sur la Cour en la menaçant de désistement d'instance si les désirs des plaideurs n'étaient pas satisfaits (80). La Cour a néanmoins suivi les indications des parties. S'agissant de la première constitution d'une chambre, la pratique à cet effet n'étant pas encore arrêtée, les parties avaient quelques atténuants. Il est alors compréhensible que la Cour n'ait pas été trop stricte. Toutefois, il faut regretter qu'elle n'ait pas saisi l'occasion, tout en accommodant les plaideurs, de clairement poser les principes pour l'avenir, en assurant le respect de son intégrité. C'est ce qu'avait fait la Cour permanente en l'affaire des *Zones franches* (ordonnance, 1929), quand, trouvant un moyen de donner les informations souhaitées par les parties sans déroger ouvertement au Statut, elle s'empresse d'ajouter : « [I]l importe néanmoins d'établir clairement que les compromis par lesquels la Cour est saisie de différends internationaux devraient désormais être rédigés en tenant exactement compte des formes dans lesquelles il appartient à la Cour de manifester

(79) Op. diss. SHAHABUDEEN, affaire du *différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (*El Salvador/Honduras*) (*Requête à fin d'intervention*), *Ordonnance*, CIJ, *Rec.*, 1990, pp. 18 et s., 22-49, 53-4.

(80) *Affaire du Golfe du Maine*, *Constitution d'une Chambre*, CIJ, *Rec.*, 1982, pp. 3 et s. et p. 11 (Op. diss. MOROZOV), 12-3 (Op. diss. EL-KHANI).

ter son opinion selon les termes mêmes des actes constitutionnels qui régissent son activité... » (81).

3. *Varia*

Il y a une série d'autres normes impératives dans la procédure de la Cour. Il faudra ici se borner à en énumérer quelques-unes : (1) la faculté de la Cour de prononcer un *non liquet* en cas d'illiquidité des faits présentés ; (2) les conditions de nomination des juges *ad hoc* ; (3) la modification de la formulation de requêtes ; (4) la présentation de pièces de procédure ; (5) la renonciation à une procédure orale (elle ne s'impose pas à la Cour) ; (6) la motivation de l'arrêt ; (7) le droit d'émettre des opinions individuelles ou dissidentes ; (8) l'impossibilité de connaître d'un traité non-enregistré ; etc.

D. — *Dérogação positive et négative au Statut*

En règle générale, le *ius cogens* n'interdit que la dérogation négative, le fait de réduire la portée des obligations prévues par une norme. Mais il existe aussi une dérogation positive ou impropre, qui demeure permise. Rien n'est ici soustrait au régime normatif. L'accord des parties y ajoute d'autres aspects. Cette distinction est applicable surtout quand le *ius cogens* vise à établir des régimes minima : par exemple un salaire minimum ; ou des garanties minimales de droit international humanitaire. Des accords accordant plus de salaire ne sont évidemment pas interdits, tout comme un traitement plus favorable des personnes protégées ne l'est pas. Une dérogation positive concernant le Statut de la Cour existe dans des conventions organisant matériellement le règlement des différends au sein de la matière qu'elles régissent, et qui prévoient le recours à la Cour internationale. Un exemple en est la Convention de Montego Bay de 1982. Les règles contenues à ses articles 288-296 valent aussi pour le cas où les parties saisissent la Cour. Or, ces règles donnent aux juridictions appelées certains pouvoirs spéciaux. Elles prévoient par exemple une procédure préliminaire spéciale relative à l'abus des voies de droit offertes par la Convention (article 294). D'autres adjonctions sont ponctuelles. Tant qu'on supposait, par exemple, que l'article 41 du Statut ne conférait pas de force contraignante aux mesures conservatoires indiquées par la Cour, les mesures ordonnées en vertu de l'article 290 (6) de la Convention de Montego Bay auraient été obligatoires selon les précisions dudit article.

Selon une partie de la doctrine, les dispositions de la Convention sur le droit de la mer dérogent au Statut en tant que *lex specialis*. Dans les cas couverts par la Convention, la Cour opérerait directement sur la base de la Convention plutôt que de son Statut. Cette opinion doit être rejetée. La

(81) CPJI, sér. A., n° 22, p. 13.

Cour ne peut agir que sur la base de son Statut, qui est indérogeable. La situation s'analyse comme l'exercice de la faculté des parties de donner plus de droits à la Cour par accord particulier (à condition qu'ils ne se heurtent pas à une disposition impérative du Statut empêchant non seulement une soustraction de droits, mais toute modification de la règle prévue : par exemple l'article 34, réservant l'accès de la Cour aux seuls Etats).

E. — *Importance de l'interprétation*

Beaucoup de cas qui peuvent se présenter sous le jour de l'impérativité du Statut ou du Règlement prêteront à certains doutes. S'agit-il d'une dérogation négative (privative) ou positive (attributive)? S'agit-il d'une dérogation au Statut ou d'une renonciation à faire valoir des droits propres? Dans toutes ces situations douteuses, l'interprétation en tant qu'exercice d'intelligence pratique pourra fournir son aide en arrondissant les angles ou en adoucissant les conflits. Une illustration éclairera ce qui vient d'être dit. En l'affaire du *plateau continental (Tunisie/Libye)* (1982), le compromis prévoyait qu'au cas où les parties n'arriveraient pas à s'accorder dans les trois mois sur l'exécution de l'arrêt rendu par la Cour, elles reviendraient *ensemble* devant elle pour lui demander des éclaircissements. Or, l'article 60 du Statut stipule qu'un recours en interprétation est ouvert à toute partie *unilatéralement*. Fallait-il voir dans l'article 3 du Compromis une dérogation à l'article 60 du Statut, expropriant une partie d'un droit qu'elle tient de ce texte (82)? Ou s'agissait-il d'une procédure parallèle, spéciale, qui n'affectait pas les droits des parties selon le Statut? L'interprétation peut ici opter pour la seconde alternative, en écartant de cette manière toute pointe acérée, dirigée contre le Statut.

VII. — CONCLUSION

Les contenus essentiels de cette étude peuvent être ramenés à trois points.

1. Le *ius cogens* international est une notion plus étroite qu'on ne la présente habituellement. Elle n'est pas un ensemble de normes fondamentales (ordre public), mais une technique juridique de non-dérogeabilité s'attachant à des normes les plus diverses.

2. Le *ius cogens* international est une notion plus large qu'on ne le dit habituellement. L'effet impératif n'est pas limité aux normes d'ordre public, protégeant des intérêts sociaux ou moraux fondamentaux, mais s'étend à toute norme porteuse d'une *utilitas publica*. Le *ius cogens* s'identifie dès lors au droit public pris au sens large.

(82) Le problème a été soulevé dans l'Op. diss. Gros, CIJ, *Rec.*, 1982, p. 146.

3. Le *ius cogens* est une technique du droit qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique en interdisant sa fragmentation normative en régimes restreints, applicables prioritairement *inter partes*, notamment quand le législateur a prévu cette indérrogabilité en raison d'un intérêt public (collectif).