

2. Le *jus cogens*, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la CIJ près d'un demi-siècle après sa proclamation?

Pierre-Marie Dupuy

*Qu'est-il donc impossible de penser et de quelle impossibilité s'agit-il?*¹

Il serait aléatoire de tenter de calculer l'âge du droit international impératif. Encore la démarche ne serait-elle nullement impossible. N'étant pas du droit naturel, le *jus cogens* a une histoire ; il constitue un produit, non un donné normatif². Les rapporteurs spéciaux successifs sur le droit des traités, qu'ils se réfèrent ou non aux écrits bien antérieurs d'Alfred Verdross³, ont les uns et les autres insisté sur le fait qu'il existait d'ores et déjà en droit positif, au moment du travail qu'ils entreprenaient alors, un ensemble de règles que l'on pouvait dire d'ordre public international⁴. Quoiqu'elle ouvrît ainsi un vaste champ au « développement progressif », l'introduction du *jus cogens* à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités était donc perçue par les rapporteurs spéciaux concernés comme comportant également une dimension codificatrice⁵.

¹ Foucault, *Les mots et les choses*, Préface.

² Voir Virally, *Réflexions*, 5.

³ Verdross, *Heilige und unsittliche*, 164; Verdross, *Forbidden Treaties*, 571. Comparer, toujours du même auteur, *Jus Dispositivum*, 55. Comparer Morelli, *A proposito di norme*, 108.

⁴ Même si les auteurs précités, tous britanniques, ne se référaient pas forcément de façon explicite à cette dernière notion, voir cependant Schwarzenberger, *The Problem of Public Policy*, 191. Sur les travaux des rapporteurs spéciaux successifs et la place du *jus cogens* dans leurs rapports, voir Gomez Robledo, *Le jus cogens international*, 9; voir aussi Rivier, *Droit impératif*, 2001. Sur la notion d'ordre public dans le contexte du droit impératif, outre la référence à Schwarzenberger, voir Rolin, *Vers un ordre public*, 441; voir aussi Jaenicke, *Zur Frage des internationalen*, 77.

⁵ Voir Frowein, *Jus Cogens*, 327.

Ce constat ne devait évidemment pas pour autant tarir les commentaires critiques à l'égard de la possibilité d'existence d'un droit impératif dans une société internationale constituée d'Etats souverains. Certains semblent d'ailleurs toujours tentés de ne voir autre chose dans l'affirmation du *jus cogens* qu'un simple effet de mode, façon d'apporter une réponse frivole à une question sérieuse, même s'il n'est pas faux que la faveur dont jouit l'affirmation du droit impératif auprès des Etats peut varier en fonction de l'époque et de l'esprit du temps⁶. D'autres encore, tout en acceptant l'idée, demeurent attachés à l'affirmation selon laquelle on ignorerait toujours quel serait le contenu du droit impératif⁷.

Quoi qu'il en soit, la question n'est pas celle de savoir si le *jus cogens* devrait ou non exister mais précisément de constater que ce sont les Etats eux-mêmes, en 1969, au terme des travaux de la Conférence de codification du droit des traités tenue sous l'égide des Nations Unies qui ont voulu procéder à l'affirmation de son existence à l'article 53 de la convention de Vienne, et ce en vue de mentionner explicitement une limite à leur propre liberté de compromettre⁸. On ne peut dès lors que se déclarer d'accord avec Prosper Weil, du moins sur ce point, lorsqu'il déclarait en 1992 dans son cours général à l'Académie de droit international de La Haye que « le fondement de la norme impérative est exactement le même que celui de la norme ordinaire, à savoir l'acceptation et la reconnaissance des Etats, tant et si bien que la théorie du *jus cogens* ... n'est pas un désaveu mais une confirmation du fondement du droit international »⁹. Pour reprendre la formule que l'on utilisait ailleurs, on rappellera que l'on se trouve ainsi confronté à une « impérativité convenue », fut-ce de façon implicite, par le comportement des Etats¹⁰.

⁶ Voir Sur, *Phénomènes de mode*, 53.

⁷ Voir en particulier Weil, *Le droit international*, 269. Voir, sur cette question, Waldock, *Deuxième rapport*, 80-81, par. 8-9.

⁸ Voir Gaja, *Jus Cogens*, 271.

⁹ Weil, *Le droit international*, 267.

¹⁰ Voir Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique*, 277. D'une façon plus générale, pour la présentation d'ensemble de la question par le même auteur, on renverra au chapitre III de la seconde partie, intitulé : *Le jus cogens, une révolution ?*, 269-313.

Toujours est-il que, près de cinquante ans après la proclamation de son existence, on peut légitimement se poser la question de savoir où en est le *jus cogens* ou, plus exactement, quelle a été, depuis 1969, date de son affirmation dans la convention de Vienne sur le droit des traités, l'importance et la portée effective qu'il a reçues dans le droit international positif. Or, il y a plusieurs façons d'aborder cette vaste question ; l'une consiste à observer qu'affirmée à l'occasion de la codification du droit des traités, c'est pourtant dans un autre domaine, celui de la responsabilité internationale, que l'invocation de la notion de droit impératif semble avoir eu les prolongements les plus significatifs¹¹. En relation avec un tel constat, on serait alors tenté de faire d'autres remarques, dont l'une dépasse le seul plan du droit pour déborder sur l'analyse des relations internationales dans certains de leurs développements les plus récents. Dans une perspective ainsi élargie, il apparaîtrait que ni les dispositions normatives résultant des travaux de la CDI sur le droit de la responsabilité ni les structures institutionnelles, ni enfin les moyens matériels limités dont dispose la « communauté internationale des Etats dans son ensemble » ne facilitent effectivement l'engagement et la mise en œuvre de la responsabilité internationale des Etats pour manquement à une obligation impérative, alors même que la tentative en a été faite à plusieurs reprises¹².

Une autre perspective consisterait aussi à examiner quelles ont été, depuis 1969, les instances ayant le plus volontiers invoqué l'existence du droit international impératif. On constaterait alors que les juges internes, souvent très à l'aise avec la notion d'ordre public, s'y réfèrent de plus en plus souvent, au point de provoquer parfois des litiges internationaux comme celui porté en 2008 par l'Allemagne à l'encontre de l'Italie devant la Cour internationale de Justice à la suite d'une série

¹¹ Voir notamment, Sicilianos, *Classification des obligations* ; Scobbie, *Invocation de la responsabilité* ; et Dupuy, *Quarante ans*, 305.

¹² Voir Dupuy, *Deficiencies of the Law*, 210. On peut en particulier penser aux difficultés de la réaction de la communauté internationale face à la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité tels que ceux commis en Syrie, sans parler de certaines conséquences, souvent désastreuses sur le plan géostratégique, de certaines opérations à visées à la fois punitive et humanitaire comme l'action autorisée par les Nations Unies en Libye sur la base de la résolution 1973 du Conseil de sécurité.

d'arrêts de la Cour suprême italienne ; ils remettaient en cause l'immunité de juridiction des Etats, du moins dans certains cas limite de non réparation persistante des dommages provoqués par des crimes de guerres et crimes contre l'humanité intervenus sous le régime nazi¹³.

Parmi les juridictions internationales, on sait que certaines ont manifesté une conception dynamique des normes d'ordre public international. C'est notamment le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁴, du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹⁵ ou du Tribunal de première instance de l'Union européenne¹⁶. D'autres en ont, au contraire, retenu une optique étroite, d'ailleurs vigoureusement critiquée en leur propre sein, comme ce fut en particulier le cas pour la Cour européenne des droits de l'homme dans la célèbre affaire *Al-Adsani*¹⁷. Il n'est en tout cas pas douteux que les juridictions, nationales comme internationales, n'hésitent plus aujourd'hui à prendre en compte l'existence en droit international de normes impératives même si elles ne leur assignent pas nécessairement toutes la même portée. Il faudrait enfin évoquer ici non seulement les juridictions internationales mais également d'autres instances de contrôle ou instances d'appréciation du comportement des Etats au regard de la règle de droit (« *adjudicative bodies* ») à l'échelle internationale, tels le Comité des droits de l'homme ; de longue date, on sait que cet organe a pris acte de l'importance du droit international impératif dans son domaine de compétence.

Face à une telle diversité d'organes et de jurisprudences, les yeux se tournent alors naturellement vers l'organe judiciaire principal des Nations Unies¹⁸. La Cour internationale de Justice a-t-elle aujourd'hui dégagé, face à une question aussi fondamentale que celle touchant à la

¹³ *Immunités juridictionnelles des Etats*, (Allemagne c. Italie), arrêt, 3 février 2012, CIJ Recueil (2012) 99.

¹⁴ Voir Maia, *Jus cogens*, 272.

¹⁵ Voir en particulier TPIY, arrêt, *Furundzija* (IT-95-17/1-T), chambre de première instance, 10 décembre 1998, par. 153.

¹⁶ Voir les arrêts *Yusuf* T-306/01 et *Kadi* T-315/01 du Tribunal de première instance du 21 septembre 2005, [2005] ECR II-3649, suivis de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, C-402/05 P, *Kadi*, [2008] ECR I-6351.

¹⁷ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n. 35763/97, 21 novembre 2001, 21 novembre 2001.

¹⁸ Cette préoccupation ne date pas d'hier. Voir, par exemple, Christenson, *World Court*, 93.

structure et aux composantes normatives de l'ordre juridique international, une doctrine suffisamment complète pour éclairer les autres instances d'invocation du *jus cogens* et contribuer ainsi au maintien de l'unité substantielle de l'ordre juridique international dont on pourrait penser que l'organe judiciaire principal des Nations Unies se considère comme le garant, au-delà de son rôle de règlement des différends au cas par cas ? On aurait grand tort de croire que les occasions lui ont fait défaut. Comme on le verra plus loin, une dizaine d'affaires contentieuses et trois avis consultatifs ont, directement ou non, offert au juge international la possibilité de prendre position.

Or, non seulement la Cour n'a toujours pas apporté de contribution évidente à la précision de l'identité des normes impératives comme de leur régime d'application, mais lorsqu'elle s'est enfin résolue à en mentionner explicitement l'existence, elle n'a apporté que des réponses très fragmentaires ayant, *in fine*, pour conséquence d'en restreindre la portée et d'en écarter la mise en œuvre. On doit toutefois se garder de porter un jugement sans nuance sur le bilan à dresser du *jus cogens* dans la jurisprudence de la plus haute juridiction internationale, marquée jusqu'ici par deux phases successives et contrastées.

Dans un premier temps, dès la première affaire dont la CIJ ait connu, elle considérait bien qu'il existait en droit international positif des normes dont l'importance du contenu justifiait que l'on n'y dérogeât jamais, alors même qu'elle n'employait pas pour autant le mot de *jus cogens* ou d'obligation impérative (sauf dans une seule affaire) ; dans une seconde période, beaucoup plus récente puisqu'elle commence en 2006, la Cour a bien nommé le droit impératif mais n'en a pas sollicité pour autant les caractères pour parvenir à ses conclusions. On est ainsi confronté à un mouvement contradictoire, dans le lequel un premier temps nous met en présence de la convergence entre substance et désignation, la plupart du temps implicite, du droit impératif alors que le second semble au contraire consacrer la dissociation de sa qualification explicite et de son application¹⁹.

¹⁹ L'auteur tient à indiquer par loyauté qu'il a lui-même participé à deux des affaires contentieuses analysées ci-après, en qualité de conseil et d'avocat. Il s'agit respectivement de l'affaire du *Timor oriental*, dans laquelle il était avocat du Portugal, et *Allemagne c. Italie*, dans laquelle il était avocat de l'Italie.

2.1. Convergence de la substance et de la désignation

2.1.1. La chose *avant* le mot

A consulter la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, si ce n'était en une seule occasion remontant à 1979, il lui aura fallu 37 ans, après l'adoption du texte de la convention de Vienne de 1969 pour se résoudre à utiliser dans l'un de ses arrêts l'expression « normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » ; ceci au paragraphe 64 de son arrêt du 3 février 2006 en l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête) dans des termes sur lesquels on reviendra.

Pourtant, dès les origines, en 1949²⁰, puis dans un certain nombre d'arrêts et d'avis consultatifs, la Cour s'était bel et bien référée à un certain nombre de principes et de règles dont elle insistait pour souligner qu'ils font partie du droit positif *et ne sauraient connaître de dérogation*, quoiqu'elle ne les désignât pour autant comme « normes impératives ». Ainsi, longtemps avant la conclusion des travaux de la Conférence de Vienne sur le droit des traités, la Cour avait-elle pris l'initiative de faire référence à des concepts dont l'analyse, dans le contexte de chacun des arrêts et avis concernés, permet de penser qu'ils entretiennent des liens particulièrement étroits avec la définition que donnera l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

Ainsi en va-t-il, dès 1949, de « certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, *plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre* », comme « l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats »²¹, formulation dont il résulte que les principes concernés n'admettent pas de dérogation²². Loin de faire un usage isolé de ces « considérations » fondamentales, la Cour a bien ainsi inauguré une catégorie normative à laquelle elle se référera par la suite à nouveau. En 1986, dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, elle en appelle ainsi à nouveau aux « considérations élémentaires d'humanité » en renvoyant explicitement à son arrêt de 1949. Dans les deux cas, et à propos du même

²⁰ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt, 9 avril 1949, CIJ Recueil (1949) 22.

²¹ Ibid.

²² Voir P.-M. Dupuy, *Considérations élémentaires*, 117.

type de faits²³, il est confirmé que ces principes font partie de longue date du droit international général et que ce sont eux qui ont inspiré les conventions internationales de droit humanitaire (dont en particulier les conventions IV et VIII de La Haye ainsi que l'article III commun aux conventions de Genève de 1949, même si le caractère coutumier des mêmes principes est dit à d'autres moments avoir trouvé sa source dans les conventions elles-mêmes)²⁴. Toujours est-il que, pour souligner l'importance primordiale de ces règles générales, la même référence aux « considérations élémentaires » réapparaîtra en 1996 dans *l'avis relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* à propos des « principes généraux de base du droit humanitaire »²⁵, faisant ainsi écho, mais en les complétant, aux « principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire » visés sous cette même appellation dans l'arrêt intervenu dix ans plus tôt.

On constatera de plus que les règles ainsi désignées sont considérées comme « absolues » dans les arrêts de 1949 et 1986 et comme « fondamentales pour le respect de la personne humaine » en raison du fait qu'elles constituent des « principes *intransgressibles* du droit coutumier » dans l'avis de 1996 ; cette dernière affirmation permettra cependant à la Cour, dont les membres furent, en l'occurrence, particulièrement divisés, d'éviter de s'interroger au paragraphe 83 de son avis sur la nature, impérative ou non, de ces règles ; elle le fit sous le prétexte que la question posée par l'Assemblée générale portait seulement sur leur « applicabilité en cas de recours aux armes nucléaires ». A suivre la formulation de la Cour, nous voilà donc en présence de règles « intransgressibles » mais pas forcément « impératives » ! La chose, oui, mais surtout pas le mot... !

Il est cependant notable qu'en 2004, dans son avis consultatif relatif aux *conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, rendu le 9 juillet 2004, la Cour se référera à nouveau, à propos des obligations les plus fondamentales du droit humanitaire, à

²³ Le mouillage de mines dans une zone maritime ouverte à la navigation internationale. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, CIJ Recueil (1986) 14, par. 215.

²⁴ Voir Abi-Saab, *Principes généraux*, 381.

²⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ Recueil (1996) 226, par. 77.

son propre avis de 1996 pour redire, ce qui était important en l'espèce, eu égard à la situation d'Israël à l'égard des conventions de Genève de 1949, qu'en raison du fait que de telles obligations sont à ranger parmi les « considérations élémentaires d'humanité », et que, de ce fait, « elles s'imposent à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit humanitaire »²⁶.

Si l'on remonte à présent en arrière, en dehors de la référence aux « considérations élémentaires » inaugurées en 1949, on se souviendra qu'en 1951, la Cour avait par ailleurs déclaré, à propos de la convention sur le génocide, que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel ». Ceci indique l'appartenance de ces règles au droit international général mais ne peut, en soi, suffire à en faire des règles impératives. Cependant, la Cour aura par la suite, à plusieurs reprises²⁷, y compris lors de son arrêt précité de 2006 dans lequel elle prononce enfin « le mot » ou expression de *jus cogens*, l'occasion de revenir sur les implications de son énoncé de 1951 ; pour dire qu'il désignait bien, admettra t'elle, le caractère proprement impératif de l'interdiction du génocide²⁸. Elle renouvellera la même affirmation un an plus tard, dans l'affaire *relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*²⁹.

2.1.2. La chose...et même presque le mot

Dans l'analyse de la position de la Cour à l'égard des obligations impératives, l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, restée isolée³⁰ et occupe une place à part³¹. C'est

²⁶ Paragraphe 157 de l'avis.

²⁷ Pour l'affirmation du caractère *erga omnes* de l'obligation mais pas encore de sa nature impérative, voir déjà l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 11 juillet 1996, CIJ Recueil (1996) 595, par. 31.

²⁸ Aux paragraphes 64 et 125 de l'arrêt du 3 février 2006.

²⁹ Au paragraphe 161 de l'arrêt sur le fond du 26 février 2007.

³⁰ On verra pourquoi dans la conclusion de cet article.

³¹ *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, fond, arrêt, 24 mai 1980, CIJ Recueil (1980) 3.

en effet la seule, durant la période allant de 1959 à 2006, dans laquelle on constate la rencontre, très délibérée fût-elle éphémère, entre la substance du *jus cogens* et sa désignation explicite par la Cour. C'est en effet la Cour elle-même qui prendra à deux reprises l'initiative de souligner le caractère indérogeable de certaines obligations. L'ordonnance du 15 décembre 1979 est celle dans laquelle la Cour va le plus loin. La haute juridiction y déclare en effet :

« qu'aucun Etat n'a l'obligation d'entretenir des relations diplomatiques ou consulaires avec un autre Etat, mais qu'il ne saurait manquer de reconnaître les *obligations impératives* qu'elles comportent et qui sont maintenant codifiées dans les conventions de Vienne de 1961 et 1963 »³².

La Cour soulignera encore cette impérativité d'une manière particulièrement solennelle un an plus tard, dans son arrêt sur le fond en la même affaire et toujours à propos des obligations découlant pour deux Etats de leurs relations diplomatiques, en déclarant que leur méconnaissance ne pouvait que

« saper à la base un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres »³³.

Même si le mot lui-même n'est plus prononcé, peut-être parce que la Cour se souvient de l'avoir déjà utilisé au même propos un an plus tôt, il paraît difficile d'imaginer une désignation plus pure des obligations en cause comme appartenant à la catégorie de celles reconnues « par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que normes [auxquelles] aucune dérogation n'est permise ». Ainsi peut-on dire que, moins de quatre mois après l'entrée en vigueur de

³² *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, mesures conservatoires, ordonnance, 15 décembre 1979, CIJ Recueil (1979) 7, par. 41.

³³ Arrêt du 24 mai 1980, *supra* note 31, par. 92.

la convention de Vienne sur le droit des traités³⁴, on rencontre déjà « la chose » et même déjà le mot, du moins en 1979, puisque dans son ordonnance, la Cour, on l'a vu, emploie elle-même l'expression « obligation impérative ».

Chacun sait que toutes les normes *erga omnes* ne présentent pas nécessairement un caractère impératif mais qu'en revanche, toutes les normes impératives ont un effet *erga omnes*³⁵. Il n'est par conséquent pas indifférent de rappeler que c'est la Cour elle-même, là aussi, qui, dès 1970, dans la célèbre affaire de la *Barcelona Traction*, avait introduit cette notion dans des termes bien connus. Il est en tout cas frappant de constater que les exemples donnés par la Cour se rapportent à des obligations toutes aisément identifiables comme étant impératives puisqu'il s'agit de celles interdisant l'agression, le génocide, l'esclavage et la discrimination raciale³⁶, autant de faits illicites éminents que le premier rapporteur spécial sur le droit de la responsabilité, Roberto Ago, qualifiera plus tard devant la Commission du droit international comme des « crimes » de l'Etat³⁷. Il est ainsi particulièrement intéressant de constater que, du moins pendant une première phase qui s'écoule entre 1949 (soit vingt ans *avant* l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités) et 1980, la Cour manifeste qu'elle n'a aucune difficulté à constater sinon même à consacrer l'existence d'une hiérarchie normative en droit international général. Or, cette hiérarchie est établie par les juges à partir du contenu (non de la forme) des obligations violées, dont elle déduit l'importance que lui accorde la communauté internationale des Etats dans son ensemble. On a pu constater au rappel qui précède que l'utilisation non dommageable du territoire et l'interdiction du génocide y anticipent la conclusion des travaux de Vienne, alors que l'arrêt intervenu dans l'affaire de la *Barcelona* explicite quant à lui certaines des autres interdictions présentant un caractère impératif et ce, sans que sa liste soit limitative, puisqu'elle

³⁴ Qui date du 27 janvier 1980.

³⁵ Sur les normes *erga omnes*, voir la résolution de l'Institut de droit international « Les obligations erga omnes en droit international », Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* 71 (2005-II) : 286.

³⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt, 5 février 1970, CIJ Recueil (1970) 32, par. 34.

³⁷ Voir Dupuy, *Observations sur le crime international*, 449.

mentionne également alors « des principes et des règles concernant des droits fondamentaux de la personne humaine ». On voit ici que la vieille idée selon laquelle le contenu du *jus cogens* serait indéfini, pour être communément répandue, n'en est pas moins inexacte. Encore les obligations précitées ne sont-elles nullement limitatives. C'est donc bien ce qu'on a appelé par ailleurs « l'unité matérielle » de l'ordre juridique international qui est ainsi désignée par la Haute juridiction, à raison des valeurs consacrées dans un certain nombre de règles juridiques de caractère coutumier³⁸. Il est frappant de constater qu'à cette époque, la Cour « joue le jeu » en quelque sorte, du droit impératif y compris par anticipation, en ayant une démarche substantielle insistant sur la *ratio legis* de normes d'une importance particulière pour la communauté internationale, ainsi que l'arrêt de 1980 dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire* en apporte un témoignage particulièrement éloquent.

Toujours est-il qu'à partir de 2006, la Cour reconnaîtra à nouveau ouvertement, plus encore qu'en 1979 et 1980, que le *jus cogens*, désigné comme tel, existe bien en droit international positif. Elle le dira même quatre fois, en 2006, en 2007, en 2011 et en 2012 en se référant explicitement aux « normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Pas de doute possible quant à l'affirmation de cette existence, donc. Pourtant, et c'est là tout le paradoxe, l'organe judiciaire principal des Nations Unies ne tirera pas pour autant nécessairement de conséquences de ce constat positif. On avait eu jusques là toute une série de situations, celle de la désignation de la chose avant le mot, puis, le temps d'une seule affaire, la brève rencontre de la chose et presque du mot. Voici qu'en cette phase nouvelle, la plus récente, on sera confronté à une situation encore différente puisqu'on aura, certes, le mot, mais plus la chose, dans la mesure où la Cour procèdera à la dissociation entre qualification et application d'une norme en tant qu'elle appartient au droit indérogeable.

³⁸ Voir notre cours général à l'Académie de droit international de La Haye, *supra* note 10, particulièrement pp. 207-396.

2.2. Dissociation entre qualification et application du *jus cogens*

Deux séries de raisons permettent à la Cour d'écarter l'application du droit impératif si l'on entend par là la démarche consistant à tirer les conséquences juridiques du constat d'un manquement (conventionnel ou factuel, le second intéressant alors non le droit des traités mais celui de la responsabilité) d'un ou de plusieurs Etats à une norme de *jus cogens*. L'une est tirée de son absence de compétence pour le faire, l'autre d'une utilisation paradoxale de la distinction classique entre normes primaires et normes secondaires.

2.2.1. Obligations *erga omnes* et compétence de la Cour

A un an d'intervalle, en 2006 et 2007, la Cour, revenant apparemment sur sa réticence à prononcer le mot, ce qu'elle n'avait plus fait depuis son ordonnance de 1979 dans l'affaire du *Personnel diplomatique* dans laquelle elle parlait d'« obligation impérative », va affirmer l'appartenance au *jus cogens* de la norme interdisant le génocide. Elle le fait une première fois, on l'a dit, au paragraphe 64 de son arrêt de 2006 dans l'affaire opposant la RdC au Rwanda, puis en 2007 au paragraphe 161 de son arrêt dans l'affaire opposant la Bosnie Herzégovine à la Serbie-Monténégro. Cependant, dans le premier cas, elle situera cette affirmation par référence au précédent du *Timor oriental* pour se dispenser d'en tirer quelque conséquence normative que ce soit. Dans le second, il est vrai, le rappel du caractère impératif de l'obligation de ne pas commettre un génocide n'est pas subséquemment associé à l'affirmation d'un *non possumus* fondé sur le défaut de compétence. Toutefois, il est frappant de constater que, dans la suite de ses développements nourris relatifs à l'interprétation de la signification et de la portée de la convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide et, particulièrement, de son article premier, la Cour ne prendra jamais appui sur le caractère impératif de l'interdiction qu'elle croit découvrir dans cet article alors pourtant qu'elle n'y figure pas, du moins explicitement.

Pour bien comprendre, en revanche, la démarche de la Cour par référence à la question de sa compétence, présente dans l'affaire de 2006, il faut donc revenir à l'examen de l'arrêt de principe à cet égard.

En 1995, dans l'affaire du *Timor oriental*³⁹, portée devant elle par le Portugal agissant en tant que puissance administrante au sens de l'article 73 de la Charte des Nations Unies, la question posée par le demandeur revenait à savoir si l'Australie avait enfreint ses obligations *en tant que membre de l'O.N.U* en reconnaissant *de jure* l'annexion par la force de ce territoire effectuée par l'Indonésie. Postérieurement à cette conquête militaire particulièrement sanglante, cet Etat avait en effet conclu avec l'Australie un accord de délimitation du plateau continental dans la zone dite du *Timor Gap* en vue de son exploration et de son exploitation. Même si le Portugal avait veillé à prendre également appui sur d'autres arguments, le *jus cogens* était néanmoins en cause en cette affaire ; ceci, dans la mesure où le Portugal affirmait que l'Australie avait ainsi méconnu le droit du peuple timorais à disposer de lui-même autant qu'à disposer de ses ressources naturelles.

La Cour n'a cependant pas voulu connaître de cette affaire au fond. Elle n'a pas accueilli l'argument portugais selon lequel il s'agissait de juger de la responsabilité individualisée de l'Australie en tant que membre des Nations Unies, indépendamment de celle de l'Indonésie, tiers à l'instance. La puissance administrante, toujours reconnue comme telle par les Nations Unies au moment de la présentation de l'affaire devant la Cour, alléguait notamment que la question de l'illégalité de l'invasion et de l'acquisition par la force du Timor oriental ne se posait plus. Deux autres organes permanents de l'ONU, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale s'étaient en effet prononcés à plusieurs reprises pour condamner l'invasion indonésienne du Timor oriental comme contraire au droit international. Dans cette espèce, le Portugal avait pris grand soin de souligner son titre spécifique ou qualité juridique particulière pour se présenter devant la Cour au nom d'un territoire non indépendant, qualité déjà rappelée plus haut⁴⁰ qui lui garantissait de ne pas apparaître comme agissant au nom d'une *actio popularis* comme son seul droit à l'action avait été à trouver dans son appartenance à la communauté internationale des Etats ; par ailleurs, le demandeur affirmait que le droit du peuple timorais à

³⁹ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, 30 juin 1995, CIJ Recueil (1995) 90.

⁴⁰ Celle de puissance administrante au sens de l'article 73 de l'ONU et reconnue comme telle par cette organisation ; il ne s'agissait donc en rien d'un recours à une quelconque *actio popularis*.

l'expression auquel l'invasion indonésienne n'avait pas permis de s'exercer présentait une portée *erga omnes*.

La Cour lui donna raison au moins sur ce point ; elle le fit, toutefois, sans retenir pour autant le reste de l'argumentation du requérant quant à l'objet du différend (l'engagement de la responsabilité internationale de l'Australie). Elle affirme d'abord :

« qu'il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (...) est un droit opposable *erga omnes*. »⁴¹

Elle ne va cependant pas plus loin ; elle ne va surtout pas jusqu'à dire que le respect d'un tel principe constitue une obligation impérative, même si les juges consentent à observer que ce droit des peuples est « un principe essentiel du droit international »⁴². Toutefois, reprenant l'argument qu'elle avait retenu dans l'affaire de l'*Or monétaire* selon lequel elle n'avait pas compétence pour juger de la légalité des agissements d'un Etat tiers à l'instance et qui entendait le rester⁴³, la CIJ s'empressera d'ajouter que :

« L'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. »⁴⁴

⁴¹ *Timor oriental*, *supra* note 39, par. 29.

⁴² On notera toutefois que, dans son avis sur relatif aux *conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, CIJ Recueil (2004) 136, la Cour rappellera la position prise dans l'affaire du Timor à propos du caractère *erga omnes* du droit à l'autodétermination (par. 156). Ceci est d'autant plus remarquable qu'au paragraphe suivant, la Cour poursuit en rappelant de la même manière ce qu'elle avait dit dans son avis de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*

⁴³ Argument qu'elle aurait pu facilement balayer si elle s'en était tenue, comme deux ans auparavant, dans l'affaire de *Nauru*, à une identification précise et clairement individualisée de l'Australie. Voir aussi l'opinion dissidente de M. Weeramantry sous l'arrêt dans l'affaire du *Timor oriental*, *supra* note 39, 139.

⁴⁴ *Timor oriental*, *supra* note 39, par. 29.

Cet arrêt est critiquable ; il faut toutefois bien comprendre pourquoi. Ce que l'on peut reprocher aux juges, ce n'est nullement l'assertion que l'on vient de citer ; c'est d'avoir voulu éviter la question de fond en se déclarant incompétents alors que, sans nul recours à la jurisprudence de l'*Or monétaire*, la Cour aurait très bien pu clairement individualiser la responsabilité propre à l'Australie. C'est précisément ce qu'elle avait fait seulement à peine plus de deux ans auparavant dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie)*⁴⁵. Dans l'affaire du *Timor*, la Cour aurait pu également constater que la responsabilité du défendeur était distincte ici de celle de l'Indonésie comme elle l'avait été, dans l'affaire précédente, de celle de la Nouvelle-Zélande et de la Grande Bretagne, pourtant elles aussi parties à l'accord de tutelle sur Nauru. Dans l'affaire du *Timor*, l'Australie était en effet visée par le Portugal au regard de ses obligations en tant que membre des Nations Unies, organisation proclamant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme « un principe essentiel » pour reprendre les termes de la Cour elle-même. L'*or monétaire* aurait ainsi fort bien pu rester au placard si les juges avaient voulu connaître de l'affaire au fond, ce que, très manifestement, ils ne voulaient pas, pour des raisons dont le présent auteur sait de source sûre qu'elles étaient liées au contexte politique de l'époque⁴⁶ !

En revanche, y compris dans la perspective du *jus cogens*, on ne peut pas reprocher à la Cour de faire prévaloir la règle du consentement à sa compétence, inscrite dans son propre Statut, sur une règle de fond, fût-elle « d'importance essentielle pour la communauté internationale des Etats dans son ensemble ». D'une certaine façon, en effet, on peut dire, presque en accord sur ce point avec Robert Kolb, que, pour elle, son propre Statut pose des normes impératives⁴⁷ ; et l'on peut ajouter

⁴⁵ *Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, 26 juin 1992, CIJ Recueil (1992) 240, par. 48-55.

⁴⁶ L'affaire du *Timor oriental* date de 1995, et trouve place en plein cœur du conflit des Balkans. La revendication des droits des peuples aurait très bien pu prospérer devant la Cour, mais quinze ou vingt ans plus tôt, au moment où la vague de la décolonisation n'était pas encore apaisée.

⁴⁷ Voir Kolb, *Théorie du jus cogens*, notamment 209-317. Une réserve importante demeure toutefois à l'égard de la doctrine – très particulière – de cet auteur. Le droit impératif est du droit international général, non du droit conventionnel. Dire par conséquent que le Statut de la Cour est pour elle impératif ne range cependant pas cette impérativité-là dans le domaine du *jus cogens*. Ce qui est vrai est que la Cour ne peut déroger à son propre Statut parce qu'il est pour elle obligatoire.

que cette impérativité statutaire l'emporte sur toute autre considération, la Cour ne pouvant s'octroyer des pouvoirs que les Etats n'ont pas voulu lui conférer, ni dans son propre Statut ni dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'affirmation selon laquelle « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes » est en elle-même inaccessible à la critique, et toute l'habileté de la Cour a précisément été de s'abriter derrière elle pour se déclarer incompétence alors qu'elle aurait pu se déclarer compétente sans l'invoquer⁴⁸.

Dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo* (République du Congo c. Rwanda), c'est également par référence au fondement de sa compétence que la Cour distingue entre celle-ci et les conséquences de l'appartenance d'une norme au *jus cogens*⁴⁹. Le *non possumus* ainsi prononcé est là encore pour elle impératif parce qu'elle ne saurait agir hors des cadres de son Statut. La Cour commence par se référer au précédent constitué par la distinction que l'on vient de rappeler entre qualité des normes *erga omnes*, d'une part, et fondements de sa compétence, d'autre part. Elle reconnaît ensuite de façon très explicite que la norme interdisant le génocide constitue assurément une norme impérative du droit international, comme elle le redira un an plus tard, dans l'affaire entre Bosnie-Herzégovine et Serbie, et c'est ainsi qu'elle innove en osant enfin prononcer par deux fois « le mot ». Mais elle précise bien, à deux reprises dans le même arrêt de 2006:

« La Cour estime enfin nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties (voir paragraphe 64 ci-dessus) »⁵⁰.

⁴⁸ En considérant, pour l'une ou l'autre des raisons avancées par le demandeur, que n'étaient en cause en cette affaire que les agissements de l'Australie et non ceux de l'Indonésie, déjà désignés plusieurs fois comme gravement illicites par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale de l'ONU.

⁴⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, 3 février 2006, CIJ Recueil (2006) 6, par. 64.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 161. Au paragraphe 64, la Cour avait affirmé : « le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le

On voit donc que la position de la Cour, encore une fois explicable en raison des exigences statutaires auxquelles elle reste soumise, est bien arrêtée. Elle ne se considère pas en situation de pouvoir se saisir elle-même d'un cas d'infraction à une norme impérative si les bases consensuelles de sa compétence ne sont pas établies. On pourrait dire, par comparaison avec les droits internes, qu'il n'y a pas, en droit international, d'exception d'ordre public permettant à la Cour d'évoquer une question d'importance fondamentale pour la communauté internationale des Etats dans son ensemble. On retrouve ici le porte-à-faux que l'auteur de ces lignes avait désigné de longue date dans un article portant sur « le juge et la règle générale »⁵¹, entre le fondement consensuel de la compétence judiciaire internationale et l'affirmation d'existence d'un ordre public international constitué par un corps de règles impératives.

Ce que l'on doit rajouter, près de 25 ans plus tard, c'est toutefois qu'est apparue à cet égard une distorsion entre la CIJ et le juge interne, par ailleurs habitué à l'invocation des règles d'ordre public dans son ordre juridique propre, mais, qui plus est, se trouve *doté quant à lui d'une compétence déliorée de l'assentiment préalable des parties*.

On ne doit pas être surpris que non seulement des juges internationaux une fois pour toutes délivrés de l'assentiment des Etats parce qu'il est exprimé dans leur traité constitutif, tels le Tribunal de première instance de l'Union européenne ou la Cour de Luxembourg, prennent la liberté de se référer au droit impératif en tant qu'il reflèterait un ordre public international ; mais on ne doit pas davantage s'étonner que des juges internes, qu'ils soient ou non de dernier recours, fassent de plus en plus souvent référence à l'existence en droit international de règles présentant non seulement un caractère *erga omnes* mais aussi une portée impérative.

C'est précisément ce que fit la Cour suprême italienne dans son arrêt *Ferrini*.

Il déclencha en 2008 le dépôt d'un recours par l'Allemagne à l'encontre de l'Italie devant la Cour internationale de Justice à l'occasion duquel la Cour manifesta d'une façon nouvelle, et cette fois nettement

cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties. »

⁵¹ Voir Dupuy, *Le juge et la règle générale*, 569.

plus contestable du point de vue de la technique mais aussi de la logique juridique, son refus de connaître d'un argument fondé sur l'existence du *jus cogens*.

2.2.2. Le recours à la distinction entre règles primaires et règles secondaires comme moyen interdisant à la Cour de tirer les conséquences de l'existence d'une norme impérative

Dans son arrêt *Ferrini*, du 11 mars 2004, la Cour suprême italienne devait examiner la plainte d'une personne victime du travail forcé auquel elle avait été contrainte entre 1943 et 1945 du fait des agissements de l'Allemagne nazie sans jamais pouvoir obtenir par la suite réparation devant les juridictions internes allemandes⁵². Le cas de Monsieur Ferrini n'était nullement isolé mais était partagé par plusieurs dizaines de milliers de personnes. La Cour suprême italienne, prenant en considération ce cas limite conduisant, si elle n'y faisait pas droit, au déni de justice, s'est alors appuyée sur un faisceau d'indices, au premier rang desquels l'émergence du droit impératif international consacrant les valeurs relatives aux droits de l'homme déclarées partagées par la communauté internationale dans son ensemble ; elle parvint ainsi à la conclusion selon laquelle, dans une telle situation, elle pouvait se résoudre à écarter la règle, pourtant reconnue par elle-même fondamentale, de l'immunité de juridiction des Etats étrangers. Elle accueillit ainsi la requête que M. Ferrini avait formulée contre l'Allemagne devant les tribunaux internes italiens afin d'obtenir, enfin, réparation des dommages provoqués par les crimes de guerre et crimes contre l'humanité dont il avait été victime, au même titre que tant d'autres.

Parmi les arguments opposés à l'argumentation sur laquelle s'était fondé le juge italien de dernier recours, l'Allemagne avait entendu restreindre le sens et la portée des normes impératives en droit international positif. Dans sa duplique, elle concluait ainsi un assez long développement par ces termes :

« En résumé, le *jus cogens* n'est composé que de règles primaires, de règles de conduite interdisant certains comportements spécifiques. Le *jus cogens* a pour objet de prévenir les actes communément considérés

⁵² Voir De Sena, De Vittor, *State Immunity*, 89.

comme incompatibles avec les fondements moraux et éthiques les plus essentiels de la communauté internationale. »⁵³

Loin de rejeter la vision allemande, la Cour a au contraire entériné cette lecture du *jus cogens* :

« En l'espèce, la violation des règles interdisant le meurtre, la déportation et le travail forcé a eu lieu entre 1943 et 1945. Tous les intéressés s'accordent à reconnaître le caractère illicite de ces actes. L'application des règles de l'immunité de l'Etat aux fins de déterminer si les juridictions italiennes peuvent connaître de réclamations fondées sur pareilles violations ne saurait créer le moindre conflit avec les règles qui ont été violées. (...) L'obligation de réparation est une règle qui existe indépendamment des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet. Or, le droit de l'immunité de l'Etat ne concerne que les secondes. »⁵⁴

Ce faisant, la Cour rejetait la thèse que défendait l'Italie selon laquelle existerait un conflit latent entre, d'une part, l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux et, d'autre part, le principe de l'immunité de juridiction de l'Etat. Pour le juge international, en effet :

« à supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'Etat sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence

⁵³ A l'appui d'une telle opinion, l'Allemagne évoquait notamment la distinction entre les règles de procédure gouvernant la compétence de la Cour elle-même et les règles de fond. Consultable sur le site de la Cour à la rubrique de l'affaire, Procédure écrite, Réplique de la République fédérale d'Allemagne, par. 56-68.

⁵⁴ *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, supra note 13, par. 94.

sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. »⁵⁵

Voilà qui est clair et net et tous ceux qui pensent différemment sont des esprits confus ! Pourtant, l'Italie n'était nullement la seule à relever qu'il existe en droit positif un « conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part ». Ce sont là, en effet, très précisément les termes de la résolution que l'Institut de droit international avait adoptée seulement deux ans plus tôt, en 2009, à sa session de Naples. Cette résolution portait « sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux »⁵⁶ ; après le constat de ce conflit normatif, fait dans son préambule, l'IDI a adopté dans le corps de la résolution, à son article II, paragraphe 2, la disposition selon laquelle :

« Conformément au droit international conventionnel et coutumier, les Etats ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. *Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate à laquelle ont droit les victimes des crimes visées par la présente résolution* ».

Ainsi, cet organe réunissant un aréopage d'experts parmi les plus éminents du droit international reconnaissait-il bel et bien l'existence d'un conflit latent entre deux normes de droit positif, l'une appartenant en effet à la catégorie des règles primaires et l'autre (l'immunité de juridiction de l'Etat devant les tribunaux étrangers) à celle des normes secondaires parce que procédurales.

La netteté avec laquelle la Cour prend la position inverse ne doit ainsi pas faire illusion. Elle n'a que l'apparence de la rigueur. Sa démarche consiste en effet à associer une assertion exacte à une réflexion inaboutie. L'assertion d'évidence, c'est que les règles primaires et les règles secondaires n'appartiennent pas à la même catégorie normative,

⁵⁵ Ibid. Les italiques sont de nous.

⁵⁶ Pour une présentation et un commentaire de la résolution, voir Salmon, *La résolution de Naples*, 316. Le texte de la résolution est disponible à l'adresse suivante : http://www.idiil.org/idiF/resolutionsF/2009_naples_01_fr.pdf.

ce qu'elle fait du reste de façon peu rigoureuse en se contentant de déclarer qu'elles « se rapportent en effet à des questions différentes », comme si deux normes primaires ou deux normes secondaires ne pouvaient pas, les unes par rapport aux autres, « se rapporter à des questions différentes ». Là n'est donc pas le bon critère. Mais le plus grave est que la Cour s'arrête là dans son raisonnement. Elle dit en effet en substance : « ces normes n'appartiennent pas à la même catégorie, donc, il ne peut y avoir de conflit normatif entre elles ». Elle refuse ainsi délibérément de se poser la question qui vient pourtant logiquement immédiatement après : celle de savoir, au cas où la règle primaire présenterait un caractère impératif (ce qu'elle semble curieusement mettre en doute en l'espèce⁵⁷), si cette impérativité de la règle primaire ne devrait pas, du seul fait de son existence, primer la règle secondaire de l'immunité de juridiction, quant à elle non impérative ?⁵⁸ Or, c'est pourtant très exactement ce à quoi la résolution de l'Institut de droit international invite les Etats⁵⁹. En répondant comme elle le fait, c'est-à-dire en inférant l'absence de conflit entre les normes en cause du seul fait que les unes sont des règles de conduite et les autres des règles de procédure, la Cour établit une autonomie intégrale des premières par rapport aux secondes ; comme si la procédure était une fin en soi, et n'était pas destinée à permettre la mise en œuvre des normes substantielles.

Plus précisément, en agissant ainsi, les juges semblent méconnaître l'essence de la distinction établie par Hart entre normes primaires et normes secondaires⁶⁰, à laquelle il est vrai qu'ils prennent soin, contrairement aux plaidoiries allemandes, de ne pas se référer explicitement ; toujours est-il que les normes secondaires sont, par excellence, « des normes portant sur les normes » et, par conséquent, même si elles

⁵⁷ Comparer avec la prise de position déjà citée de la Cour dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* ainsi qu'aux développements consacrés aux mêmes principes cardinaux de droit humanitaire, également rappelés plus haut, dans son avis sur la *Légalité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*.

⁵⁸ Puisqu'elle fait l'objet en droit positif de toute une série de dérogations, et pas seulement pour les activités menées *jure gestionis*.

⁵⁹ Outre le fait que la seconde plaidoirie de l'auteur du présent article portait en partie sur cette résolution, rappelons qu'un certain nombre des juges à la Cour sont eux-mêmes membres de l'Institut de droit international et que plusieurs d'entre eux avaient participé à la session de Naples de 2009.

⁶⁰ Hart, *Concept of Law*; Bobbio, *Nouvelles réflexions*, 159.

ne sont pas toujours dans la dépendance des premières, on ne peut nullement partir du principe de l'absence de lien entre elles et les normes primaires, dont elles sont, selon les cas, chargées d'indiquer comment elles sont produites, mises en œuvre, ou quelles conséquences sont attachées à leur méconnaissance.

Surtout, il convient, ici, de bien percevoir la différence existant entre le raisonnement inabouti de la Cour dans l'*affaire relative à l'immunité de juridiction des Etats* et le constat inattaquable fait dès 1995 selon lequel une chose est le caractère *erga omnes* d'une norme et une autre la question de savoir si les bases de sa compétence sont réunies en l'espèce. Dans cette dernière assertion, il est exact que l'on trouve une distinction nette entre la règle de fond ou règle primaire et la règle secondaire d'« adjudication », relative à la compétence de la Cour. Cependant, comme on l'a dit plus haut, on est ici en face d'un système conventionnel et *statutaire* établissant clairement la primauté de la seconde sur la première ; rien de semblable, cependant, pour les Etats. Ils n'ont pas, quant à eux, l'obligation statutaire de faire valoir la procédure sur le fond. Ils doivent, tout au contraire, en droit international général, tirer *toutes* les conséquences du caractère impératif d'une norme de conduite déterminée, jusque dans ses prolongements procéduraux. Comme le dit à juste titre l'Institut de droit international en 2009, « *les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate à laquelle ont droit les victimes des crimes* » de guerre et des crimes contre l'humanité.

La Cour, quant à elle, derrière la tranquille assurance avec laquelle elle sépare les normes substantielles des normes procédurales, coupe ainsi délibérément les ailes au droit impératif, en indiquant explicitement aux Etats qu'ils n'ont non seulement pas mais qu'ils n'ont *jamais* à remettre en cause la règle classique de l'immunité de juridiction, fût-ce dans des cas limites comme celui auquel était confrontée la Cour suprême de l'Italie. La norme faisant obligation aux Etats de prévenir et de réprimer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité comme de réparer leurs conséquences dommageables risque ainsi de demeurer à l'état de pure virtualité dans un cas comme celui vérifié dans les circonstances de l'affaire Ferrini dans laquelle les tribunaux de l'Etat auteur des faits illicites refusaient depuis des décennies d'en

réparer les conséquences⁶¹. Du point de vue de la théorie de la norme, la distinction entre normes primaires et secondaires est ainsi privée de toute utilité ; elle est même reniée, puisque les normes secondaires, qui sont pourtant conçues comme étant « des normes sur les normes », ne peuvent plus assurer l'application des normes primaires car séparées radicalement de celles-ci. Pourquoi le passer sous silence, il semble bel et bien qu'il s'agisse tout simplement d'une absurdité théorique !

Toujours est-il que la position prise par la Cour dans l'affaire Allemagne c. Italie est d'une toute autre nature que celles qu'elle avait prises jusques là, dans une variété d'affaires et selon une assez grande diversité d'attitudes. Ici, bel et bien, *la Cour prend position, et elle le fait dans un sens restrictif à l'égard de la portée des normes impératives* ; elle va dans le sens de l'affirmation d'une impérativité tronquée, parce que réduite au vase clos des normes primaires, elles-mêmes ainsi dépourvues des moyens d'assurer leur respect ou de faire en sorte que leur violation soit réparée. Pour la toute première fois dans l'histoire de sa jurisprudence à l'égard du *jus cogens*, la Cour cherche de la sorte manifestement à limiter la portée de l'impérativité. Or, il lui aurait, là aussi, été possible d'adopter une attitude beaucoup moins radicale. Elle aurait pu rejeter la position de la Cour suprême italienne et rester attachée au maintien, même dans les circonstances limite de l'espèce, de la règle de l'immunité juridique, issue à laquelle l'Italie elle-même s'attendait, tout en constatant, à l'instar de l'Institut de droit international, qu'il y avait bien un problème, ne fût-ce que potentiel pour le juge interne, du fait du « conflit normatif latent » qui existe bel et bien entre l'obligation impérative de réparer les conséquences des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, et la règle de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger devant les tribunaux internes. Elle aurait pu admettre que, sinon la conclusion en l'espèce de l'arrêt *Ferrini*, tout au moins la *démarche* de la Cour suprême italienne était admissible, consistant à confronter l'extension de la portée du principe de l'immunité de juridiction de l'Etat aux évolutions substantielles que l'on pouvait discerner pour ce qui a trait aux conséquences attachées à la commission des crimes de guerre et contre l'humanité ; cela ne l'aurait pas pour autant empêchée de conclure qu'en l'état actuel, cette évolution

⁶¹ Voir à cet égard les précisions apportées par les plaidoiries de l'Italie, particulièrement son contre-mémoire, p. 8 à 15 et sa duplique, p.6-7.

n'est pas encore suffisamment consolidée en pratique pour avoir conduit jusqu'aux conséquences que la Cour suprême d'Italie en avait tiré. La Cour aurait pu, autre façon de prendre une position plus pondérée, accepter notamment que le fait que le juge interne se pose au moins la question de la prévalence d'une règle sur l'autre n'est pas en soi une illicéité au regard du droit international quand sont en cause les conséquences d'une atteinte grave aux droits de l'homme et/ou au droit humanitaire. Or, la Cour n'a pas fait cela. Elle a décidé de trancher, au risque de bloquer l'évolution du droit international positif. Qui avait dit que le juge international se contente d'appliquer le droit sans chercher à peser sur son évolution ?

2.2.3. Non un retournement, mais une volonté pondératrice

Quelques mois après avoir rendu son arrêt de février mettant un terme au différend entre l'Allemagne et l'Italie, en juillet, la Cour internationale de Justice rendra un autre arrêt, dans l'affaire sur les *questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, entre la Belgique et le Sénégal à propos du sort à réserver à l'ancien dictateur tchadien, Hissène Habré ; ce dernier avait trouvé de longue date un refuge sur le territoire sénégalais sans avoir fait l'objet de poursuites judiciaires de la part des autorités locales en dépit des lourdes accusations de crimes contre l'humanité qui pesaient contre lui.

A la lecture des audaces relatives de cet arrêt sur deux points précis, on ne peut s'empêcher de penser que tout se passe comme si les juges s'étaient rendu compte qu'il leur fallait gommer, du moins pour partie, l'impression pénible de réaction à toute évolution du droit dans ses relations avec la norme impérative mais, plus encore, avec les normes *erga omnes* qu'avait laissé leur précédent arrêt.

Premier point : en ce qui concerne le *jus cogens* lui-même, la Cour n'hésite pas à reconnaître, ce qui, il est vrai, avait déjà été dit longtemps avant elle par le TPIY, que « la prohibition de la torture fait partie du droit international coutumier et qu'elle est devenue une norme impérative (*jus cogens*) »⁶². Encore la Cour indique-t-elle, au paragraphe suivant que « l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la convention, ne s'applique qu'aux faits survenus

⁶² *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, 20 juillet 2012, CIJ Recueil (2012) 422, par. 99.

après son entrée en vigueur pour l'Etat concerné ». Il faut donc en déduire que si l'interdiction de la torture fait partie du *jus cogens*, l'obligation de poursuivre demeure quant à elle soumise au régime conventionnel mis en place par la convention de 1984 sur l'interdiction de la torture. Cette distinction n'est cependant nullement précisée dans l'arrêt.

Pourtant, et c'est le second point à relever, la Cour n'avait pas hésité, plus haut dans la motivation de son arrêt, à renoncer à une lecture sélective des dispositions de cette même convention, tout au moins du point de vue de leurs portées respectives. La question déterminante dans cette affaire, en effet, n'était pas celle de l'appartenance de la prohibition de la torture au *jus cogens* dont, au demeurant, la Cour, une fois encore, ne tire aucune conséquence déterminante. La question déterminante était celle du *locus standi* ou intérêt à l'action de la Belgique à l'encontre du Sénégal. Or, la Cour, sans plus d'égards pour un fondement propre à la Belgique du droit d'agir sur la base invoquée de la compétence passive, d'abord avancée par cette dernière, appuie sa reconnaissance de la légalité propre à l'action belge sur l'affirmation qu'il existe certains traités définissant des obligations *erga omnes partes* et que tel est bien le cas pour la convention sur la torture, y compris pour ce qui concerne l'obligation de saisir les autorités compétentes en vue du déclenchement des poursuites pénales. Le plus étonnant est qu'à l'appui du premier des trois éléments de cette affirmation, la Cour n'a pas de problème à s'appuyer sur le *dictum* cité plus haut de la *Barcelona Traction*. Or, ce dernier n'est pas pertinent en l'espèce, comme le relèvera à juste titre le professeur Sur, juge *ad hoc* du Sénégal, « puisque ce qui est en cause, ce sont des obligations d'origine conventionnelle et non coutumières, et qu'au surplus la Cour s'est déclarée incompétente pour connaître des règles coutumières dans le cadre du présent différend »⁶³. On peut faire une remarque tout aussi critique à propos de la référence que la Cour fera également à l'avis sur les *réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1951. Certes, cette convention était bien un traité, mais un traité dont la Cour avait alors dit qu'il énonçait des obligations ayant valeur coutumière. Or ici, il en va de même en ce qui concerne l'obligation, sans aucun

⁶³ Ibid., opinion dissidente du juge *ad hoc* M. Serge Sur, par. 28 a).

doute coutumière, de prohibition de la torture, même si en l'occurrence la Cour s'était en amont déclarée incompétente pour connaître de la coutume. Mais on ne pouvait certainement pas faire la même affirmation à l'égard de l'obligation d'entreprendre des poursuites (obligation, du reste, procédurale) dont au demeurant la Cour elle-même reconnaîtra plus loin qu'elle relève quant aux conditions de son invocabilité d'un régime resté quant à lui conventionnel ! Qu'importe ! L'essentiel pour la Cour, dans ce dernier arrêt, n'était manifestement pas de chercher d'abord la rigueur logique mais d'envoyer le signal qu'en dépit du précédent très restrictif sinon réactionnaire, au sens littéral du terme, constitué par son arrêt dans l'affaire Allemagne/Italie, elle n'était pas pour autant hostile au droit relatif aux obligations *erga omnes*, quitte à le cantonner ici dans le cadre conventionnel de celles qui sont restreintes aux membres d'une convention *erga omnes partes*. Elle le fit, qui plus est, en renforçant cet effet d'annonce par la consécration de l'interdiction de la torture en tant que règle impérative, au sein d'un arrêt où elle se disait pourtant incompétente en matière coutumière.

Quoiqu'il en soit, on ne saurait mettre les deux arrêts de 2012 dans la même catégorie du point de vue de sa jurisprudence à l'égard du *jus cogens*, et l'on verra dans un instant pourquoi.

2.3. Conclusion générale

Confronté à la nécessité de faire le bilan de cette quête jurisprudentielle, on est porté à reprendre l'interrogation faite par Michel Foucault au début des « mots et des choses » : *qu'est-il donc impossible de penser et de quelle impossibilité s'agit-il ?* La réponse semble assez évidente. L'impossibilité, du moins pour les juges de la Cour, est celle qui consisterait à penser un *jus cogens* semblant aller à l'encontre des « droits fondamentaux des Etats » pour parler comme elle le fit dans son avis sur la *licéité des armes nucléaires*⁶⁴.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour à l'égard du *jus cogens* semble dominée par un paradoxe : celui d'après lequel elle était beaucoup plus proche de la chose lorsqu'elle n'en prononçait pas le mot.

⁶⁴ Voir note suivante.

C'est dans les premiers temps, dès 1949, avec l'invocation des « considérations élémentaires d'humanité », que la Cour s'appuyait sur une inspiration nettement articulée aux droits de l'homme et aux principes « élémentaires » ou « cardinaux » du droit humanitaire ; elle le fit encore en 1951 avec l'avis sur les *réserves*, puis en 1986 dans l'arrêt Nicaragua/États-Unis ainsi qu'en 1996, à l'occasion de l'avis sur la *légalité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires* au demeurant très difficilement acquis, par la seule voix prépondérante du Président de la Cour, puis en 2003 dans son avis consultatif relatif aux *conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

Certes, il y eut l'espèce bien particulière constituée, en 1979-1990, par l'affaire du *Personnel diplomatique*, dans laquelle on a pratiquement le mot dans l'ordonnance et la chose dans l'arrêt. Pourtant, si l'on y regarde de plus près, en cette affaire, la Cour avance le joker du droit indérogeable non en faveur de la protection de la personne humaine mais de ce qu'elle appellera en 1996, dans l'avis précité, marqué ainsi de l'ambivalence issue du clivage entre les juges, comme constituant « les droits fondamentaux de l'État »⁶⁵. En 1980, ce qu'il faut sauver, ce sont les privilèges et immunités des agents et des locaux diplomatiques. Alors, la Cour rattache explicitement les normes qui les établissent au patrimoine immémorial de la communauté internationale dans son ensemble. A partir du moment, en 2006, où elle décide, à cela incitée par les arguments de l'une des parties, à reconnaître par deux fois dans l'interdiction du génocide une règle insusceptible de dérogation, la Cour n'en tire cependant pas spécifiquement de conclusions pour sa décision au fond, soit qu'elle ne se reconnaisse pas la compétence pour le faire, dans la première des deux espèces (*RdC contre Rwanda*), soit qu'elle se contente de s'appuyer sur d'autres considérations dans son arrêt de 2007 sur le *génocide*.

Enfin, en 2012, la jurisprudence de la Cour offre apparemment une image contrastée. La réalité est cependant beaucoup plus nuancée. Le 3 février, dans son arrêt sur *l'immunité juridictionnelle de l'État*, lorsqu'elle se trouve confrontée à la situation, nouvelle pour elle, de choisir entre la défense intangible des « droits fondamentaux de

⁶⁵ Au paragraphe 96 de son avis, *supra* note 25, la Cour parle du « droit fondamental qu'a tout État à sa survie ».

l'Etat » sous les espèces de l'immunité de juridiction, et de normes élémentaires de droit humanitaire dont elle va jusqu'à sembler mettre en cause qu'elles appartiennent au droit impératif, risquant ainsi la contradiction avec sa jurisprudence de 1986 et celle de 1996⁶⁶, la Cour choisit ; et elle le fait sans aucune nuance ; sans même ouvrir la perspective de la moindre évolution future alors même que la pratique des juges internes manifestait dans un nombre croissant de pays, y compris la France une tendance de plus en plus nette à la prise en compte du conflit normatif latent très explicitement relevé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2009. La Cour choisit, et elle le fait en se contentant de renvoyer dans un camp les règles primaires (parmi lesquelles certaines sont impératives mais sans pour autant aucun effet tangible, du moins dans sa jurisprudence) et dans l'autre les règles secondaires ; elle dresse une barrière à portée générale entre la procédure et le fond, en semblant jouer sur l'apparente similitude entre le constat, quant à lui parfaitement consistant avec son Statut, selon lequel elle ne peut connaître d'une affaire sans le consentement de la Partie intéressée, et l'affirmation, en elle-même incompatible avec la logique de l'impérativité normative, selon laquelle cette dernière ne s'imposerait qu'à l'égard des normes primaires mais non de celles de procédure. Qui plus est, la Cour n'hésite pas à faire prévaloir une norme procédurale dont le demandeur reconnaissait lui-même qu'elle n'est pas impérative sur une norme qui l'est manifestement⁶⁷.

Pourtant, la même année, quelques temps plus tard, le 20 juillet, le discours semble en apparence totalement différent. La Cour n'hésite pas à faire de toute la convention sur la torture, prise en bloc, un traité énonçant des obligations *erga omnes partes*, ceci afin de trouver un fondement au droit d'agir de la Belgique. Si l'on est partisan d'un ordre public international à l'égard de la défense de certaines normes fondamentales, fussent-elles posées par voie conventionnelle, pourquoi ne pas applaudir ? Ce qui gêne, pour autant, dans cette dernière affaire, c'est la façon assez brouillonne selon laquelle la Cour procède, peu conciliable avec la logique. Toutefois, prenons acte de la volonté d'envoyer un message moins négatif à l'égard de plaideurs désireux, dans l'avenir, de s'appuyer sur le *jus cogens*.

⁶⁶ Voir *supra* Par. 2.1.1.

⁶⁷ Voir à cet égard les développements intéressants de l'opinion dissidente du juge Yusuf sous l'arrêt précité, *supra* note 13, 291.

Il ne faudrait cependant pas voir dans ce dernier arrêt une contradiction avec le précédent. L'enjeu était loin d'être le même dans les deux affaires. Ce qui était en cause dans la seconde, c'était seulement la condamnation du Sénégal pour manquement à des obligations qu'il avait lui-même acceptées en devenant partie à la convention sur la torture. C'est, certes, important mais ça n'est au fond, très classiquement, qu'une application de la règle *pacta sunt seroanda*. Pour autant, à l'inverse de ce qui était le cas dans l'affaire relative aux *immunités juridictionnelles de l'Etat*, les juges n'étaient pas là confrontés à une opposition frontale entre, d'une part, certains droits attachés à la souveraineté étatique, et, d'autre part, l'affirmation d'obligations touchant aux droits de la personne humaine. Ce qui semble bel et bien aux juges « impossible à penser », c'est que, du fait de l'évolution du droit international général, les Etats dont la Cour reçoit sa compétence soient contraints par l'existence des normes impératives à renoncer à toute l'extension de droits que ces mêmes sujets pléniers de l'ordre juridique international détiennent en qualité de souverains.

La réponse à la question précédente vaut également pour la suite de l'interrogation foucaldienne : *de quelle impossibilité s'agit-il ?* A l'analyse de la jurisprudence de la Cour sur la question de l'impérativité normative, les juges s'avouent actuellement dans l'incapacité de penser autrement leur fonction que dans le cadre de la soumission à la sauvegarde des intérêts, très étroitement entendus, de ceux dont ils tirent leur compétence mais aussi leur légitimité : les Etats⁶⁸. L'idée que la Cour puisse être aussi la porte-parole de « la communauté internationale dans son ensemble » ne paraît pas accessible aux juges⁶⁹; ou, du moins, elle ne peut l'être que dans la mesure où l'affirmation des droits de la personne n'ébranle pas les droits faisant partie de l'apanage de souveraineté, tels le droit de bénéficier en toutes circonstances de l'immunité de juridiction devant les tribunaux étrangers ou, dans un autre contexte, « le droit fondamental qu'a tout Etat à sa survie », tel que la Cour le mentionnait dans son avis de 1996 sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁷⁰.

⁶⁸ Comparer aux vues exprimées en 1996 par Carrillo Salcedo, *Droit international*, 35.

⁶⁹ Voir pourtant, s'agissant à l'époque d'un futur juge, Simma, *From Bilateralism*, 229 ; en tant que juge, Simma a voté avec la majorité, en faveur de l'Allemagne, dans l'affaire Allemagne c. Italie.

⁷⁰ *Supra* note 25, par. 96.

Toutefois, l'arrêt du 20 juillet 2012 relatif aux *questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* manifeste qu'à l'intérieur des limites précédemment décrites, la Cour peut à l'occasion contribuer à consolider la désignation de certains droits fondamentaux de la personne comme appartenant au *jus cogens* ; elle peut aussi, ce qui est différent, désigner certaines obligations comme possédant un caractère *erga omnes*, fut-il limité aux Etats parties à une convention multilatérale générale.

La Cour n'est décidément pas une cour suprême de l'ordre public international et on aurait tort d'en être surpris étant donnée sa base de compétence. Elle est tout au plus une juridiction dépendante des Etats qu'il lui faut par conséquent préserver d'une confrontation ouverte avec les droits fondamentaux de la personne lorsque ce face-à-face pourrait conduire à repenser la souveraineté. Cela, du moins, dans la conception que la Cour se fait de sa fonction...

Bibliographie

- ABI-SAAB, R. « Les principes généraux du droit humanitaire selon la Cour internationale de Justice ». In *Revue internationale de la Croix-Rouge* 69 (1987) : 381-389. ISSN : 0035-3361.
- BOBBIO, N. « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires ». In *Essais de théorie du droit*, 159-173. Bruxelles, Paris : Bruylant, LGDJ, 1998. ISBN : 2-8027-1184-9.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. « Droit international et souveraineté des Etats ». In *Recueil des cours* 257 (1996) : 35-221. ISBN : 90-411-0440-2.
- CHRISTENSON, G. A. « The World Court and *Jus Cogens* ». In *American Journal of International Law* 81 (1987) : 93-101. ISSN : 0002-9300.
- DE SENA, P., AND F. DE VITTOR. « State Immunity and Human Rights; The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini Case* ». In *European Journal of International Law* 16 (2005) : 89-112. ISSN : 0938-5428.
- DUPUY, P.-M. « L'unité de l'ordre juridique international ». In *Recueil des cours* 297 (2002) : 9-489. ISBN : 90-411-0440-2.
- DUPUY, P.-M. « Le juge et la règle générale ». In *Revue générale de droit international public* 93 (1989) : 569-597. ISSN : 0373-6156.
- DUPUY, P.-M. « Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ». In *Mélanges en*

- l'honneur de Nicolas Valticos, Droit et justice*, 117-130. Paris : Pedone, 1999. ISBN : 2-233-00339.
- DUPUY, P.-M. « Observations sur le crime international de l'Etat ». In *Revue générale de droit international public* 84 (1980) : 449-486. ISSN : 0373-6156.
- DUPUY, P.-M. « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats ». In *Revue générale de droit international public* 107 (2003) : 305-348. ISSN : 0373-6156.
- DUPUY, P.-M. « The Deficiencies of the Law of State Responsibility Relating to Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole': Suggestions for Avoiding the Obsolescence of Aggravated Responsibility ». In CASSESE, A. (ed.). *Realizing Utopia, the Future of International Law*, 210-226. Oxford : Oxford University Press, 2012. ISBN : 0-19-969166-5.
- FOUCAULT, M. *Les mots et les choses*. Paris : Gallimard, 1966. ISBN : 2070224848.
- FROWEIN, J. « Jus Cogens ». In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 7 (1984) : 327. ISBN : 978-0-19-929168-7. Online edition : <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.
- GAJA, G. « *Jus Cogens* Beyond the Vienna Convention ». In *Recueil des cours* 172 (1981- III) : 271-316. ISBN : 90-411-0440-2.
- GOMEZ ROBLED0, A. « Le *jus cogens* international : sa génèse, sa nature, ses fonctions ». In *Recueil des cours* 172 (1981- III) : 9-217. ISBN : 90-411-0440-2.
- HART, H. *The Concept of Law*, 5th ed. Oxford : Clarendon Law Series, 1984. ISBN : 0-19-876122-8.
- JAENICKE, G. « Zur Frage des internationalen ordre public ». In *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 7 (1967) : 77-277.
- KOLB, R. *Théorie du jus cogens international*. Paris : PUF, 2001. ISBN : 2-13-051889-3.
- MAIA, C. « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ». In HENNEBEL, L., and H. TRIGOURDJA (eds.). *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, 271-311. Paris : Pedone, 2009. ISBN : 978-2-233-00575-5.
- MORELLI, G. « A proposito di norme internazionali cogenti ». In *Rivista di diritto internazionale* 51 (1968) : 108-117. ISSN : 0035-6158.
- RIVIER, R. *Droit impératif et juridiction internationale*. PhD thesis, Paris II Panthéon-Assas, 2001.

- ROLIN, H. « Vers un ordre public réellement international ». In *Homage d'une génération de juristes au Professeur Basdevant*, 441-462. Paris : Pedone, 1960.
- SALMON, J. « La résolution de Naples de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, du 10 septembre 2009 ». In *Revue belge de droit international* 42 (2009) : 316-343. ISSN : 0035-0788.
- SCHWARZENBERGER, G. « The Problem of International Public Policy ». In *Current Legal Problems* 18 (1965) : 191-214. ISSN : 2044-8422.
- SCOBIE, I. « Invocation de la responsabilité pour violation d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ». In DUPUY, P.-M. (ed.). *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, 121-144. Paris : Pedone, 2003. ISBN : 2-233-00419-1.
- SICILIANOS, L. « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale ». In DUPUY, P.-M. (ed.). *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, 57-77. Paris : Pedone, 2003. ISBN : 2-233-00419-1.
- SIMMA, B. « From Bilateralism to Community Interest in International Law ». In *Recueil des cours* 250 (1994-VI) : 217-384. ISBN : 90-411-0419-4.
- SUR, S. « Les phénomènes de mode en droit international ». In SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Le droit international et le temps*, 49-65. Paris : Pedone, 2001. ISBN : 2-233-00382-9.
- VERDROSS, A. « Forbidden Treaties in International Law ». In *American Journal of International Law* 31 (1937) : 571-577. ISSN : 0002-9300.
- VERDROSS, A. « Heilige und unsittliche Staatsverträge ». In *Völkerbund und Völkerrecht* 2 (1935-1936) : 164-168. ISBN : PUV0128815.
- VERDROSS, A. « *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law ». In *American Journal of International Law* 60 (1966) : 55-63. ISSN : 0002-9300.
- VIRALLY, M. « Réflexions sur le jus cogens ». In *Annuaire français de droit international* 12 (1966) : 5-29. ISSN : 0066-3085.
- WALDOCK, H. « Deuxième rapport ». In *Yearbook of the International Law Commission* (1963-II) : 36-94. ISSN : 0082-8289.
- WEIL, P. « Le droit international en quête de son identité ». In *Recueil des cours* 237 (1992-VI) : 9-370. ISBN : 90-411-0235-3.